

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

AÑO 2 • VOL. 2 • JULIO-DICIEMBRE 2023

DIRECTORES:

JOAN PICÓ I JUNOY

LUIZ GUILHERME MARINONI

IIDP

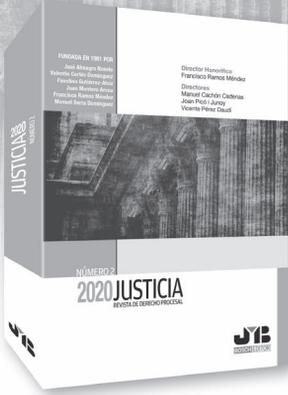
Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

IB
BOSCH EDITOR

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

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

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



JMB
BOSCH EDITOR

JUSTICIA

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

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

2 NÚMEROS al año

Director honorífico
Francisco Ramos Méndez

Directores
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junyo
Vicente Pérez Daudí

FINANCIADO EN 1981 POR:
José Antonio Sainza
Vicente Cachón Cadenas
Francisco Ramos Méndez
Juan Martínez Alcázar
Francisco Ramos Méndez
Bosch Editor Desarrollos

Director honorífico:
Francisco Ramos Méndez

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

NÚMERO 2
2020 JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JMB
BOSCH EDITOR

Para más información y pedidos: editorial@jmboscheditor.com

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 2 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2023



REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 2 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESIDENTE

Santiago Pereira Campos

SECRETARIO GENERAL

Giovanni Priori

TESORERA

Ángela María Buitrago

VICEPRESIDENTES

I) Región España y Portugal

Titular: Joan Picó i Junoy (España)

Suplente: Paula Costa e Silva (Portugal)

II) Región Bolivia, Chile, Ecuador y Perú

Titular: Macarena Vargas (Chile)

Suplente: Karla Vilela (Perú)

III) Región Brasil

Titular: Cassio Scarpinella (Brasil)

Suplente: Alexandre Câmara (Brasil)

IV) Argentina, Paraguay y Uruguay

Titular: Patricia Bermejo (Argentina)

Suplente: Virginia Barreiro (Uruguay)

V) Región Colombia y Venezuela

Titular: Ulises Canosa (Colombia)

Suplente: Rodrigo Rivera (Venezuela)

VI) Región México, América Central y el Caribe

Titular: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)

Suplente: Juan Mendoza (Cuba)

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

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

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

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

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

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

© AGOSTO 2023



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

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

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

Maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

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

PRESENTACIÓN

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

En este segundo volumen de 2023 se recogen los mejores estudios que se presentaron para optar a los premios Víctor Fairén Guillén y Ada Pellegrini Grinover y que fueron evaluados por un comité científico designado para las «XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal» del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas, de la mano del Instituto Brasileño de Derecho Procesal, en la ciudad de Porto Alegre los días 17, 18 y 19 de mayo de 2023.

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

Barcelona-Curitiba, 30 de junio de 2023

JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI
Directores

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	13
-------------------	----

DOCTRINA

Fato notório: revisão crítica diante da difusão digital de conhecimento. <i>Notourious fact: a critical review in light of the digital dissemination of knowledge.</i>	
--	--

CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA.....	21
--------------------------------------	----

Robôs Togados – as interconexões entre precedentes judiciais e Inteligência Artificial. <i>Robot Judges – connections between judicial precedents and artificial intelligence.</i>	
--	--

MARIANA BOTINI DE SOUZA.....	71
------------------------------	----

Las funciones de las Cortes Supremas en la posmodernidad. Precedentes, interpretación del derecho y tecnología. <i>The functions of Supreme Courts in postmodernity. Precedents, legal interpretation, and technology.</i>	
--	--

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ.....	123
-------------------------------	-----

El proceso ejecutivo financiero. Una propuesta para la materialización del principio de economía procesal. <i>The financial executive process. A proposal for the materialization of the principle of procedural economy.</i>	
---	--

FABIÁN ANDRÉS DURÁN RIVERO.....	169
---------------------------------	-----

El cambio climático y la adaptación del derecho procesal en el marco de la tutela colectiva: una aproximación a la prueba en litigios climáticos. <i>Climate change and the adaptation of pro-</i>	
--	--

cedural law in the context of collective actions: an approach to evidence in climate litigation.

CARLOS GLAVE MAVILA..... 197

Modulação temporal de efeitos das decisões judiciais no direito processual brasileiro. *Temporal modulation of effects of judicial decisions in Brazilian procedural law.*

MACENO LISBOA DA SILVA..... 251

Cooperación judicial civil internacional en un mundo contemporáneo: Bondades y limitaciones desde la teoría general del proceso. *International civil judicial cooperation in a contemporary world: Benefits and limitations from the general theory of the process.*

JORGE IVÁN MARÍN TAPIERO..... 295

La acreditación de prueba documental en el proceso penal: el caso uruguayo. *Accreditation of documentary evidence in criminal proceedings: the Uruguayan example.*

GERMÁN OLIVERA RANGEL..... 347

A Proporcionalidade Panprocessual e a Sustentabilidade do processo civil: em busca de alternativas para o serviço justiça. *The Panprocedural Proportionality and the Sustainability of the civil procedure: in search of alternatives for the justice service.*

MICAELA PORTO FILCHTINER LINKE..... 393

Del hilo rojo de la Marina Inglesa (o del procedimiento testigo en el orden civil). *The rogue's yarn of the British Navy: the model case proceedings in private litigation.*

WALTER REIFARTH MUÑOZ..... 415

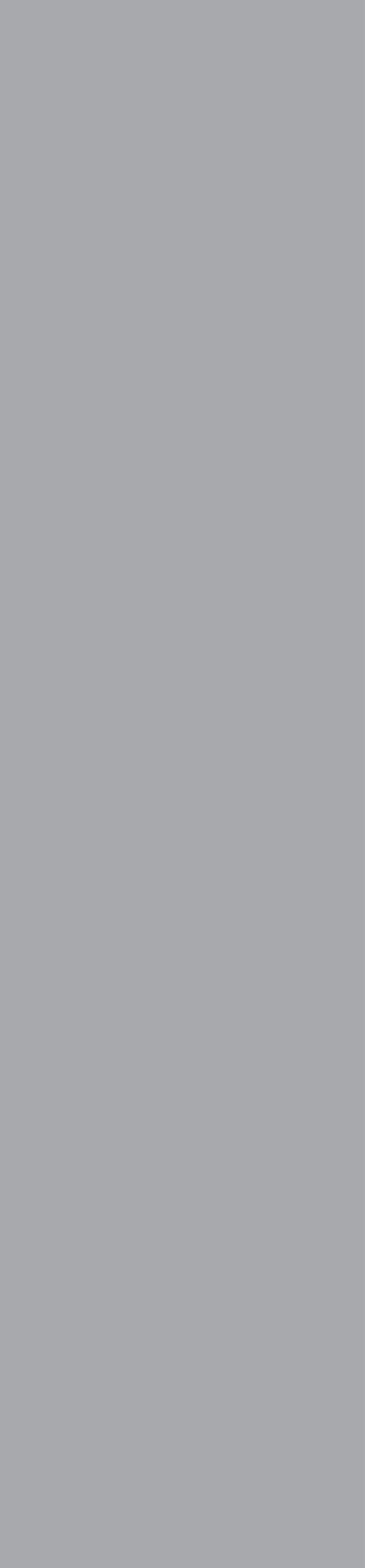
Descentralización de la Justicia: contratos inteligentes para la solución de controversias en línea. *Decentralization of Justice: smart contracts for online dispute resolution.*

DIEGO ROBLEDO..... 449

¿El infierno son los otros? La declaración del coimputado como prueba de cargo. <i>Hell are the others? The co-accused's testimony as evidence.</i>	
ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ.....	521
Questões antigas e problemas atuais: dos erros lógicos-metodológicos a uma nova perspectiva de análise sobre o juízo de identificação da causa no processo. <i>Old questions and current problems: from logical-methodological errors to a new perspective of analysis on the identification judgments of the cause in the process.</i>	
GABRIEL FELIPE ROQUETO RIGUETTI.....	585
Da liberdade do dissenso à virtuosidade do consenso: a contractualização do sentido do direito na formação do precedente judicial consensual. <i>From the freedom of dissent to the virtue of consensus: the contractualization of the meaning of Law in the formation of consensual judicial precedent.</i>	
PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS.....	643
NORMAS EDITORIALES	713

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

Doctrina



FATO NOTÓRIO: REVISÃO CRÍTICA DIANTE DA DIFUSÃO DIGITAL DE CONHECIMENTO

*NOTOURIOUS FACT: A CRITICAL REVIEW IN LIGHT OF
THE DIGITAL DISSEMINATION OF KNOWLEDGE*

CARLOS FREDERICO BASTOS PEREIRA

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Advogado

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: O presente artigo analisa como a difusão digital de conhecimento impacta no conceito de fato notório. Propõe, por meio de um critério pragmático, uma nova classificação da notoriedade em direta e indireta. Para os fatos de notoriedade indireta, como são, por exemplo, aqueles advindos de informações extraídas de fontes da internet, admite-se a sua utilização no processo judicial por meio de demonstração através de provas, desde que observados os critérios: a inserção no processo deve ocorrer a partir de uma regra de instrução, desde que limitadas aos fatos secundários, observado o contraditório e a fundamentação específica da decisão judicial sobre a credibilidade e confiabilidade da fonte da internet, a partir da expertise,

ABSTRACT: This article examines how the digital dissemination of knowledge impacts the concept of notorious fact. It proposes, through a pragmatic criterion, a new classification of notoriety into direct and indirect. For facts of indirect notoriety, such as those derived from information extracted from internet sources, their utilization in judicial proceedings is allowed through demonstration by means of evidence, provided that the following criteria are observed: inclusion in the process should occur based on an instructional rule, limited to secondary facts, respecting the right to be heard and specific justification by the judicial decision regarding the credibility and reliability of the internet source, based on expertise, bias, motivation, and controvertibility.

enviesamento, motivação e controvertibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Fato notório. Internet. Prova. Poderes Instrutórios. Direito Processual Civil.

KEYWORDS: Notorious fact. Internet. Evidence. Instructive Powers. Civil Procedural Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Passado: a evolução histórica do conceito de fato notório a partir de três momentos fundamentais; 3. Presente: o impacto da *internet* da produção e disseminação do conhecimento sobre os fatos; 4. Futuro: proposta de classificação da notoriedade (direta vs indireta) e garantias processuais para investigação judicial na internet; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O fato notório é aquele de conhecimento amplo e geral de um determinado grupo social, razão pela qual é necessário comprovar a sua ocorrência e veracidade em um determinado processo judicial. Como algumas variações, essa é a definição clássica de fato notório. O Brasil, por exemplo, segue essa linha de raciocínio e a única referência consta do art. 374, inc. I, do Código de Processo Civil, dispensando a comprovação do fato notório em juízo.

Ocorre que a sociedade contemporânea tem sido impactada profundamente pela expansão rápida e significativa das tecnologias digitais, as quais têm transformado a forma como pessoas, grupos e organizações se comunicam, interagem entre si e obtêm conhecimento sobre fatos. As práticas jurídicas não ficam imunes a essas alterações e o direito processual civil como um fenômeno cultural também sofre os influxos dessas mudanças. Com a difusão digital de conhecimento, as informações sobre fatos são produzidas e disseminadas na rede mundial de computadores não só em grande quantidade, mas também em uma velocidade avassaladora, de modo a informação sobre diversos fatos fica acessível de forma simples e gratuita a um grande número de pessoas.

Neste cenário, a era digital faz com que seja inevitável questionar aquilo que ordinariamente conhecemos por conhecimento geral, cultura e verdade, repercutindo na ideia clássica de fato notório. Afinal, é preciso averiguar se um fato pode ser qualificado como notório em razão da sua ampla e pública disponibilidade na *internet*. Mais do que isso, levando em conta o papel que a utilização do fato notório desempenha no acerto das questões de fato pelo juiz, é um desafio verificar a confiabilidade destas informações sobre fatos que estão disponíveis *online* quando utilizados no processo de formação de convencimento judicial.

Diante dessas transformações, é imperativo realizar uma revisão crítica do conceito de fato notório e de sua aplicação no âmbito do direito processual civil, sobretudo em razão dos desafios apresentados pela difusão digital de conhecimento sobre fatos para os sistemas de justiça¹.

2. PASSADO: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FATO NOTÓRIO A PARTIR DE TRÊS MOMENTOS FUNDAMENTAIS

Olhando para trás, podemos identificar três momentos bem definidos no curso da história que são muito relevantes para a compreensão acerca da evolução do conceito de fato notório: (i) a sua origem no direito canônico; (ii) a obra de FRIEDRICH STEIN sobre o conhecimento privado do juiz, publicada no ano de 1823; e (iii) o ensaio de PIERO CALAMANDREI, publicado em 1925, lançando críticas ao Projeto do Código de Processo Civil italiano apresentado por FRANCESCO CARNELUTTI.

O primeiro momento fundamental para compreensão da origem histórica da teoria do fato notório remete a uma gradual e difusa elaboração dos juristas medievais no direito comum e remonta a fontes canônicas².

1 O presente artigo é parte de uma pesquisa mais ampla e aprofundada sobre o tema que pode ser encontrada em PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fato notório e internet*. Salvador: JusPodivm, 2023.

2 É o que atesta grande parte da doutrina, cfr., por todos, GHISALBERTI, Carlo. La teoria del notorio nel diritto comune. In: *Annali di storia del diritto*, anno I, 1957, p. 403-451, p. 01; GHISALBERTI, Carlo. Fatto notorio. a) Premessa storica. In: *Enciclopedia dei diritto*. Milano: Giuffrè, 1967, t. XVI, p. 995-999; BERTOLINO, Rinaldo. *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*. Torino: Giappichelli, 1965, p. 115; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1991, p. 565-591,

Nessa época, o direito canônico era regulamentado pelo *Corpus Iuris Canonici*, uma compilação de fontes que vigorou entre 1582 e 1917 e foi responsável pela consolidação e estabilização da ordem jurídica canônica³. Vigeu até ser substituído pelo Código Canônico, em 1917, o qual, por sua vez, foi posteriormente substituído pelo Código de 1983. As noções em torno da notoriedade nem sempre foram concebidas de maneira sistematizada e uniforme na legislação desse período, havendo múltiplos conceitos e, até mesmo, certa confusão na sua identificação⁴. Além disso, a figura do notório que originalmente constava da legislação eclesiástica era voltada ao sistema penal, mas suas noções foram posteriormente generalizadas e transplantadas pela doutrina ao sistema civil⁵.

esp. p. 567; PANZAROLA, Andrea. Il notorio, la judicial notice e «concreti» di prova. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 71, n. 3, 2016, p. 610-636. Alguns doutrinadores apontam que o direito romano já consagrava o fato notório como elemento de dispensa da prova testemunhal, cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1972, t. 1, p. 214 – tradução livre). Em sentido contrário, tanto na doutrina estrangeira afirmam que «no direito romano tampouco se concebeu, especificamente, o notório» (CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Trad. Érico Maciel. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957, p. 64), como na doutrina brasileira, cfr., por exemplo, ROCHA, José de Moura. O fato notório no processo civil brasileiro. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, n. 2, p. 146-166, jul./dez. 1960, p. 151; PALAIA, Nelson. *O fato notório*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 02.

- 3 CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58-65.
- 4 CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*, p. 67-68; ROCHA, José de Moura. O fato notório no processo civil brasileiro, *Revista de Direito Processual Civil* p. 152, para quem «efetivamente, antes que o direito canônico possuísse os seus princípios informativos e nêles pudesse ser enquadrado o ‘notório’, encontramos uma ausência de regularidade na conceituação do mesmo».
- 5 ALLORIO, Enrico. Observaciones sobre el hecho notorio. In: *Problemas de derecho procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963,

Foi com base nessa profusão de conceitos dispersos de maneira desuniforme que os juriconsultos do direito comum, diante da dificuldade de sintetizar o notório mediante apenas uma fórmula, criaram uma classificação na época capaz de acomodar todos os seus aspectos em três diferentes gêneros⁶:

- (i) *notorium facti*, que corresponde à notoriedade fundada no princípio da evidência e da publicidade. Dentro desse gênero, foram identificadas ainda três espécies distintas de notoriedade: (i.1) *notorium facti permanentis*: fatos cuja existência contínua permite a imediata e clara constatação por todos, de modo que não seria possível ocultar a sua existência; (i.2) *notorium facti transeuntis*: fatos que, mesmo não havendo continuação no tempo, foram incorporados à memória coletiva de um modo que não poderia ser negada a sua notoriedade, oportunidade em que a prova era exigida; e (i.3) *notorium facti interpolati*: fatos reiterados no tempo cuja existência e notoriedade não poderiam ser negados, mas exigiam prova;
- (ii) os *notorium iuris*: fatos cuja notoriedade deriva da sua certificação em um processo judicial porque foram objeto de confissão judicial (*notorium confessionais*), porque foram decididos em uma sentença já transitada em julgado (*notorium iuris per*

vol. 2, p. 391-406, esp. p. 393. Igualmente, cfr. GHISALBERTI, Carlo. *La teoria del notorio nel diritto comune*, p. 32-35; CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*, p. 68; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José. El problema de los hechos notorios en el Código de Derecho Canónico. *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 2, n. 6, 1947, p. 749-766.

- 6 Sobre o tema, cfr. GHISALBERTI, Carlo. *La teoria del notorio nel diritto comune*, p. 17-32; PANZAROLA, Andrea. Il notorio, la judicial notice e «concetti» di prova. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 71, n. 3, 2016, p. 610-636.

sententiam) ou porque foram comprovados mediante uma prova válida (*notorium per legitimas probatione*);

- (iii) *notorium praesumptionis*, que se refere à notoriedade baseada em uma presunção de verdade de determinado fato.

Portanto, foi o desenvolvimento da doutrina do notório pela ciência jurídica medieval a partir das fontes canônicas que paulatinamente estabeleceu os contornos da fórmula *notoria non egent probatione* («o notório não precisa ser provado»), núcleo da questão relativa aos efeitos processuais da notoriedade. Ainda assim, como a distinção entre questões de fato e questões de direito era ainda um pouco nebulosa, faltava clareza em torno da fonte da notoriedade (a observação direta do fenômeno, processos judiciais e presunções), confundindo o fato notório com outras categorias processuais, tais como as presunções, a confissão judicial, a coisa julgada e os meios de prova.

O *segundo* momento histórico fundamental para a compreensão da teoria sobre o fato notório remonta ao clássico estudo de FRIEDRICH STEIN sobre o *conhecimento privado do juiz*, publicado no final do século XIX, mais especificamente no ano de 1893⁷. Trata-se de lugar-comum na doutrina conferir à obra do jurista alemão o mérito de desenvolver a ideia das *máximas de experiência* como uma categoria autônoma e diferenciá-las dos *atos notórios* no contexto do conhecimento privado do juiz.

No entanto, a compreensão da obra de STEIN exige uma contextualização da época em que foi publicada. Vigorava naqueles tem-

7 No original «Das Private Wissen Des Richters: Untersuchungen Zum Beweisrecht Beider Prozesse», com tradução para o espanhol em STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Trad. Andres de la Oliva Santos. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

pos o *positivismo jurídico*, um movimento jurídico que pregava, dentre outras questões, uma clara separação conceitual entre as questões de fato e as questões de direito e a utilização do silogismo como técnica de decisão⁸.

Nesse contexto, STEIN propõe que a diferença fundamental entre máximas de experiência e fatos notórios reside justamente na posição que cada qual ocupa no raciocínio jurídico: enquanto as primeiras situavam-se na *premissa maior* do silogismo, os segundos corresponderiam à *premissa menor*. Para o autor, haveria outra premissa maior, de natureza fática, que resultaria justamente das regras de experiência, na medida em que «o veredicto do juiz é, inevitavelmente, uma conclusão que se obtém de uma premissa menor, sempre consistente em um juízo de fato, ou de uma premissa maior, quer de caráter jurídico, quer de caráter puramente fático»⁹.

Trata-se, como se pode perceber, de uma construção que buscava dar maior autonomia ao juiz no momento de proferir a sua decisão judicial, libertando-o do apego formalista e irrestrito à letra da lei como única fonte de resolução das controvérsias. Isso ocorre, em primeiro lugar, ao reconhecer que o juiz é um ser humano inserido na sociedade e que carrega consigo uma cultura inerente a essa condição que acaba interferindo em seu julgamento. Em segundo lugar, deve-se ao intuito de racionalizar o emprego do *sensu comum* no raciocínio judicial mediante uma configuração lógica¹⁰.

8 Como bem percebido por ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73-74.

9 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 15 – tradução livre.

10 Neste sentido, cfr. TARUFFO, Michele. *Sensu comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 55, n. 3, p. 665-695, 2001.

STEIN confere autonomia aos fatos notórios, os quais sempre corresponderão a eventos concretos e não a princípios gerais e abstratos, como são as regras de experiência¹¹. Fatos notórios seriam aqueles tão generalizadamente percebidos, ou divulgados sem refutação de maneira tão geral, que um homem com razoável experiência de vida pode se convencer da sua existência, como é o caso do juiz que funciona em um processo judicial¹².

O terceiro momento histórico fundamental para a compreensão da teoria sobre o fato notório diz respeito às críticas lançadas por PIERO CALAMANDREI ao conceito de fato notório que constava do Projeto Carnelutti do Código de Processo Civil italiano¹³. Trata-se de uma das principais tentativas – senão a principal – de incorporar o seu *conceito* ao direito positivo. No projeto apresentado por CARNELUTTI buscou-se positivizar o conceito de fato notório. O art. 296 previa que «o juiz estabelece os fatos de acordo com o que resulta do processo e da *pública notoriedade*». Em seguida, o art. 297 dispunha que «reputam-se publicamente notórios aqueles fatos cuja existência é conhecida da generalidade dos cidadãos no tempo e no lugar em que a decisão é dada».

O dispositivo em questão foi alvo de agudas críticas desenvolvidas por PIERO CALAMANDREI em célebre ensaio sobre o tema, publicado em 1925, no qual afirma que a formulação do dispositivo lhe pareceu «incompleta, obscura e inadequada»¹⁴. O primeiro ponto

11 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 168 – tradução livre.

12 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 177.

13 CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n. 1, p. 273-304, 1925.

14 Isso não quer dizer, contudo, que o tema da notoriedade não fosse explorado anteriormente pela doutrina italiana, pelo contrário, como, por exemplo, LESSONA, Carlo. *Teoria general en la prueba en derecho civil*. Trad.

ressaltado é que a notoriedade consiste em uma qualidade de determinados fatos que torna a produção de prova inútil, pois não aumentaria o grau de convicção do juiz e das partes sobre a sua ocorrência. Defende, porém, que a discussão em torno da sua definição deve ser tratada fora do campo da terminologia.

O grande mérito das críticas de CALAMANDREI foi chamar a atenção para que a definição o fato notório parta das razões que fundam a proibição imposta ao juiz de utilizar a sua ciência privada em juízo. E aqui, nesse ponto, o processualista italiano faz expressa menção às ideias lançadas por STEIN sobre o tema, o que indica a ligação entre os temas para a construção do conceito de fato notório aqui explorado. A vedação ao uso da ciência privada pelo juiz remonta ao aforismo *secundum allegata et provata partium debet iudex judicare, non secundum sua conscientiam*¹⁵. Compreendê-lo pressupõe a sua decomposição em duas prescrições dirigidas ao juiz: (i) primeiro, a proibição de estender os fatos da causa para além daqueles trazidos pelas partes ao processo; e (ii) segundo, a proibição de averiguar a verdade dos fatos por meios diversos das provas produzidas no processo. Essas duas proibições existem para preservar a compatibilidade psicológica entre a função de juiz e a função de testemunha, impedindo-o de macular o controle crítico das provas produzidas no processo.

Segundo CALAMANDREI, a utilização dos fatos notórios em juízo não seria capaz de gerar uma *incompatibilidade psicológica* do juiz

D. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Revista de Legislación, 1906, vol. 1, p. 276 e CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni. il processo di cognizione*. Napoli: E. Jovene, 1965, p. 733.

15 Sobre a origem histórico do brocardo, cfr., com proveito, PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

com a função de testemunha porque, ao lado das máximas de experiência, integram o patrimônio comum de um determinado círculo social, por ele chamado genericamente de *cultura*. E o controle crítico dessas noções culturais não precisa ser feito pelo juiz, já que a própria coletividade o faz previamente, fora do processo. Dessa forma, o juiz poderá utilizar os fatos notórios no processo porque não precisaria realizar esse controle crítico do conhecimento disseminado que é feito pela própria coletividade, extraprocessualmente.

Portanto, CALAMANDREI conceitua fato notório da seguinte maneira: «consideram-se notórios os fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado círculo social no tempo em que é proferida a decisão»¹⁶.

O Código de Processo Civil italiano foi aprovado somente no ano 1940 sem incorporar o conceito de CARNELUTTI, mas também sem fazer menção expressa aos fatos notórios de maneira geral. No entanto, o seu art. 115 trouxe a previsão de que «ressalvados os casos previstos em lei, o juiz deve fundamentar sua decisão nas provas produzidas pelas partes ou pelo Ministério Público, bem como nos fatos não especificamente contestados pela parte», ressaltando em seguida que «o juiz, todavia, sem a necessidade de prova, pode fundamentar a sua decisão em fatos extraídos da experiência comum». No conceito de experiência comum, a doutrina e os tribunais passaram a entender que estavam incluídos os fatos notórios, o que seria, portanto, uma exceção à regra de que somente os fatos trazidos pelas partes ao processo poderiam ser analisados pelo juiz.

As lições de CALAMANDREI influenciaram legislações processuais de outros países, principalmente aqueles inseridos na tradição do

16 CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n. 1, p. 273-304, 1925.

Civil Law, como os da Europa e da América Latina, destacando-se, por exemplo, o Brasil. No direito brasileiro, a incorporação do fato notório ao direito positivo de maneira minimamente sistemática e clara foi feita paulatinamente¹⁷.

No Código de Processo Civil de 1939, a ideia de que o fato notório dispensava a prova foi finalmente incorporada no art. 211. Porém, nada mais constou da legislação processual sobre o *conceito* de fato notório, tampouco sobre o seu *regime processual*, tarefa que coube à doutrina e jurisprudência na época. Antes disso, porém, os tribunais brasileiros já consideravam e aplicavam a máxima *notoria non egent probatione*, sendo aceito de maneira geral que fatos notórios não dependiam de prova¹⁸. A inclusão no texto normativo, portanto, apenas confirmou uma prática já consolidada.

No Código de Processo Civil de 1973, o art. 334, inc. I, afirmava expressamente que os fatos notórios não dependiam de prova. Embora o *texto* normativo tenha sido alterado, a *norma* permaneceu a mesma: quando notório, o fato é retirado do *thema probandum*, mas sem que tenha sido conceituado. Também não foi regulamentado o regime processual do fato notório em relação às partes, notadamente a sua alegação e impugnação na fase postulatória, e em relação ao juiz, especialmente o momento e as condições em que seria possível conhecê-lo no curso do procedimento. Por conta disso, o tema parece não ter chamado tanto a atenção da doutrina que dedicou poucas

17 Referências ao notório podem ser encontradas desde as Ordenações Filipinas, ainda que difusas e sem uma sistematização satisfatória, regulando situações de fato muito específicas, conforme noticiado por SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2ª ed. São Paulo: M. Limonad, 1952, vol. I, p. 149-151. Igualmente, em PALAIA, Nelson. *O fato notório*, p. 14-15.

18 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 151.

linhas ao desenvolvimento do instituto, quase sempre mencionado em obras mais amplas sobre direito probatório no contexto do *objeto de prova* e da sua diferença com as *regras de experiência*¹⁹, salvo os comentaristas do Código que dedicaram maior esforço em conceituar e mencionar suas características²⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a estrutura do texto normativo da legislação processual anterior, limitando-se a prescrever a dispensa de prova quanto aos fatos notórios, conforme consta do art. 374, inc. I. A doutrina, em sua grande maioria, continua tratando do tema de acordo com as duas perspectivas já mencionadas: o fato notório como enunciado fático que está fora do objeto de prova e a diferença entre fato notório e regras de experiência. Nem mesmo o avanço das tecnologias digitais e da *internet*, mediante disponibilização *online* e em grande escala de inúmeras informações sobre fatos, parece ter despertado o interesse da doutrina processual brasileira em correlacionar essas questões com o fato notório, salvo algumas exceções²¹.

19 LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Campinas: Kennedy Editora. 1974, p. 11-12; SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 5.

20 AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, vol. 4 (arts. 332 a 443), p. 65-66; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. IV, p. 274-276; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV (arts. 332 a 475), p. 31-39; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. IV (arts. 332 a 475), p. 26-27.

21 De um lado, por exemplo, defendendo que os fatos divulgados na *internet* não constituem fato notório, cfr. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, item 1.318.1; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao*

Diante desta breve incursão histórica no desenvolvimento da noção de fato notório, podemos, agora, projetar alguns fenômenos do mundo contemporâneo, em especial, a imensa disponibilidade de informações *online*, que impactam diretamente na compreensão daquilo que entendemos por obtenção de conhecimento sobre fatos.

3. PRESENTE: O IMPACTO DA *INTERNET* DA PRODUÇÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO SOBRE OS FATOS

Olhando para o presente, podemos dizer que hoje vivemos um *novo paradigma*²², uma nova realidade social e cultural de interação entre indivíduos, grupos, organizações e instituições, e não somente da verificação de um desdobramento de fases anteriores em relação ao

Código de Processo Civil: das provas – disposições gerais. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. VIII, t. I (arts. 369 a 404), p. 192. Há, de forma isolada, quem sustente a inconstitucionalidade do art. 374, inc. I, do Código de Processo Civil, cfr. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. *Revista de Processo*, v. 45, n. 310, p. 205-236, dez. 2020. De outro, defendendo que, a depender do conceito de fato notório adotado, as informações disponíveis na internet podem, sim, serem considerados fatos notórios, cfr. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, em comentários ao art. 374.

- 22 Paradigma, nesse ponto, é expressão utilizada como «as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência» (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997, p. 13). Em sentido semelhante, Manuel Castells fala em um novo paradigma que ele denomina de *paradigma da tecnologia da informação* (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura.* Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, vol. 1, p. 107-113).

progresso tecnológico. Podemos dizer igualmente que vivemos uma *sociedade em rede*²³, hiper conectada pela *internet*, fruto dessa revolução tecnológica.

A sociedade encontra-se inserida em uma forma de conexão que, alimentada pelas novas tecnologias das informações, altera toda a morfologia social com impacto direto e significativo nas relações de poder, comportamento e cultura. Trata-se efetivamente de um novo paradigma porque a rede representa conexões entre pessoas e grupos que não estão ligados mais por vínculos institucionais, que podem surgir e se reformular instantaneamente.

Toda essa interação entre o mundo real e o mundo virtual acaba gerando novas formas de conexão e, conseqüentemente, novas estratégias dos indivíduos e dos grupos na busca por informações e conhecimento sobre determinados fatos. Atualmente, quem procura uma informação, procura na *internet*. Quem quer tornar pública uma informação, publica na *internet*. Quem quer esconder uma informação, tem que retirá-la da *internet*. Mais do que uma mera transformação em relação ao *local* onde se encontra uma informação, trata-se de uma mudança significativa no modo pelo qual nós buscamos informações sobre fatos e, conseqüentemente, na forma pela qual adquirimos conhecimento sobre esses fatos. É uma mudança de paradigma cultural²⁴. Agora, a busca por conhecimento não passa por reduzir as

23 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação*, p. 565.

24 Como alerta Manuel Castells, «o que caracteriza o novo sistema de comunicação, baseado na integração em rede digitalizada de múltiplos modos de comunicação, é sua capacidade de inclusão e abrangência de todas as expressões culturais» (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação*, p. 460-461). Pierre Levy diz que virtual e real não são antônimos e, portanto, não antagonizam entre si (LEVY, Pierre. *O que é virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo, Ed. 34, 1996).

fontes de conhecimento (*knowing-by-reducing*), e sim por ampliá-las (*knowing-by-including*)²⁵.

A *internet* propicia acesso facilitado à informação, velocidade na disseminação destas informações, aumento da diversidade de fontes de conhecimento, democratizando significativamente o acesso ao conhecimento e à informação. Ao mesmo tempo, a *internet* gera um desafio na verificação de confiabilidade desses fatos, em saber se o conhecimento obtido digitalmente é efetivamente verdadeiro. Como se pode perceber, esse cenário acaba por gerar um paradoxo, já que, de um lado, em uma perspectiva quantitativa, temos muitas informações sobre fatos disponíveis ao nosso alcance, porém, de outro, em uma perspectiva qualitativa, essas informações podem não ser tão confiáveis assim.

Deste modo, podemos destacar alguns pontos que ilustram esses fenômenos contemporâneos, resultando na *baixa qualidade epistêmica* da notoriedade dos fatos para assegurar a veracidade da sua ocorrência pelo juiz²⁶.

Sociedade em rede, verdade e cultura. O conceito de fato notório desenvolvido por PIERO CALAMANDREI e amplamente replicado pela doutrina brasileira tem como um de seus elementos centrais o conceito de *cultura*, por ele referida como uma «cultura em lato senso», definida até mesmo como «rudimentar». Essa cultura seria composta não só de noções que as pessoas aprendem na escola ou que resul-

25 Sobre esse ponto: «é o reconhecimento de conexão - a rede - que está mudando nossa estratégia mais antiga e básica de conhecimento» (WEINBERGER, David. *Too big to know: rethinking knowledge now the facts aren't the facts, experts are everywhere, and the smartest person in the room is the room*. New York: Basic Books, 2012, p. 5 – tradução livre).

26 Para um exame mais aprofundado da transmissão de conhecimento sobre fatos notórios à luz da epistemologia, remetemos o leitor a PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fato notório e internet*, cap. 2.9.

tam de estudos científicos mais aprofundados, mas, sobretudo, de um «complexo de conhecimentos empíricos, tirados da experiência ou da tradição, que qualquer homem que vive em sociedade possui»²⁷.

No entanto, a utilização da cultura como elemento fundamental do conceito de fato notório parte de dois problemas: um teórico e outro prático²⁸.

No *aspecto teórico*, a cultura como elemento constitutivo do conceito de fato notório parte da premissa, ainda que não explicitada dessa maneira por CALAMANDREI, de que o conhecimento de um fato por determinado círculo social, por integrar o patrimônio cultural de quem julga, é mais do que suficiente para atestar a sua veracidade. O escrutínio da crítica social seria suficiente para tanto. Até mesmo por isso seria desnecessário produzir qualquer tipo de prova para comprovar a verdade daquele fato, afinal, existe um *consenso* entre os integrantes daquele círculo social de que o fato é verdadeiro. Nesse ponto, há um processo de *objetivação* do fato notório, menos ligado à percepção individual de um sujeito e mais conectado ao patrimônio cultural de uma dada coletividade.

O que se percebe, portanto, é que a disputa sobre as teorias da verdade está na base da compreensão do fato notório, afinal, o conceito de CALAMANDREI, embora não faça maiores referências de forma expressa, prefere a teoria da *verdade por consenso* em detrimento da teoria da *verdade por correspondência*²⁹.

27 CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n. 1, p. 273-304, 1925.

28 Parte-se aqui da análise feita em dupla perspectiva por COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova: l'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Torino: G. Giappichelli, 2018, p. 192-193.

29 COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 192.

Nas teorias da *verdade por correspondência*, existe uma conexão entre verdade e realidade³⁰. Afirmar que algo é verdadeiro é afirmar que algo corresponde à realidade. Como se pode perceber, é a realidade que funciona como critério de referência para determinar a veracidade ou a falsidade de uma afirmação factual. Essa ideia remonta à clássica lição de TARSKI que, aderindo a uma concepção semântica de verdade, afirma que a frase «a neve é branca» será verdadeira se, e somente se, a neve for branca³¹. Um enunciado será verdadeiro, portanto, apenas quando corresponder à realidade, isto é, ao que consta do mundo lá fora.

Na teoria da *verdade do consenso*, por sua vez, o que existe é o consentimento de que uma afirmação factual é verdadeira. Trata-se, a bem da verdade, de uma crença que gera o consenso. Essa crença, no entanto, deriva de um estado subjetivo e psicológico sem necessidade de correspondência com a realidade³². Um enunciado será verdadeiro, portanto, se os indivíduos concordarem com a verdade sobre ele. Porém, o fato de que membros de um determinado grupo concordam que a Terra é plana não quer dizer que a Terra seja plana...

30 Afinal, «a ideia raiz da verdade por correspondência é que a verdade envolve uma relação com a realidade» (GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 59).

31 TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 4, n 3, p. 341-376, mar., 1944, esp. p. 343.

32 Isso porque «uma teoria consensual da verdade parece errada desde o início, pelo menos como uma explicação de nosso conceito comum. Não só a verdade de uma proposição não requer consenso total, como também não exige que ninguém acredite nela» (GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*, p. 12 – tradução livre). É uma ideia de *verdade negociada* a que se refere TARUFFO, Michele. Verdade negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 13, n. 13, p. 634-657, 2014.

Transportando esse raciocínio para a ideia de fato notório, temos o seguinte cenário: *a)* se o fato notório for compreendido à luz da *verdade por consenso*, a dispensa de produção de prova para comprovar a sua veracidade é justificada porque o escrutínio da crítica social de um determinado grupo seria suficiente para atestá-lo como verdadeiro. O consenso formado entre os indivíduos de uma comunidade seria suficiente para atribuir *certeza* à veracidade daquele fato, oportunidade em que pode ser qualificado como notório; *b)* se o fato notório for compreendido à luz da *verdade por correspondência*, a dispensa de produção da prova *não é justificada* porque o escrutínio da crítica social de um determinado grupo não bastaria e seria insuficiente para atestá-lo como verdadeiro. Seria necessário, adicionalmente, produzir e reunir elementos probatórios para demonstrar que a afirmação de notoriedade daquele fato corresponde à realidade.

Desse modo, para a teorização do fato notório que toma por base a ideia de verdade por consenso, se o conhecimento sobre um fato estiver disseminado na cultura de determinado grupo social, não haveria dúvida a ser eliminada diante da *certeza* de sua veracidade³³. É uma crença, compartilhada coletivamente, de que aquele fato é verdadeiro porque, afinal, é notório. Confia-se, portanto, na *communis opinio*.

Ocorre, no entanto, que a *certeza* sobre a ocorrência ou ino-
corrência de um determinado fato não necessariamente corresponde à verdade. A verdade é *objetiva* e não depende da *crença* ou *convicção* do juiz sobre ela. Já *certeza* é *subjetiva* e ligada ao estado psicológico do juiz, ao seu convencimento sobre a veracidade de um determinado enunciado fático. Desse modo, um sujeito pode ter *certeza* de que

33 A notoriedade «fornece ao juiz a certeza quanto à existência dos fatos relevantes em questão» (DE STEFANO, Giuseppe. *Il notorio nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1947, p. 22 – tradução livre).

um determinado fato notório é verdadeiro sem que isso corresponda à realidade dos fatos³⁴. Nem sempre notoriedade será sinônimo de verdade³⁵.

Além do aspecto teórico, também é o caso de analisar o *aspecto prático* que envolve a utilização da cultura como elemento constitutivo da notoriedade. E, nesse quesito, o aspecto prático adota uma visão *pragmática* acerca da apuração dos fatos no processo judicial diante da imensa disponibilidade de informações e dados na *internet*³⁶. Afinal, com o advento e o incremento da *internet* na sociedade contemporânea, «qualquer pessoa agora pode acessar rapidamente

34 Nestes termos, tratando da relação entre prova e verdade, cfr. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 108-111; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad em el derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 80-88. Para uma análise das fontes de notoriedade e os graus de verdade, cfr. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, p. 574-575. Afirmando que «notoriedade e verdade» são coisas diferentes, embora tendam a coincidir, parece claro que os factos notórios também devem ser provados quando há dúvida sobre a sua existência (e, conseqüentemente, sobre a sua notoriedade)», cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 182 – tradução livre.

35 «Verdade e notório nem sempre estão de acordo. Muitas vezes estão em desacordo. A cultura elementar, a cultura das massas, contém muitos erros que passam por verdades notórias» (PALAIA, Nelson. *O fato notório*, p. 44-45).

36 «A cultura, como sistema de produção e reprodução de significados, valores, definição de vida e estilos de vida, está dialeticamente relacionada à *internet*» (FUCHS, Christian. *Internet and society: social theory in the information age*. London: Routledge, 2008, cap. 9 – tradução livre). Já Paolo Comoglio denunciava que «no mundo analógico o conceito de cultura era ambíguo e incerto. Além das dificuldades de definição, é ainda difícil

uma imensa e indeterminada quantidade de informações» e não existe mais um «conjunto – limitado e de domínio comum – de fontes de informação»³⁷. Todos podem discordar de todos na *internet*, havendo aquilo que especialistas têm chamado de um *perpétuo desacordo*³⁸.

O fenômeno da Big Data e da sobrecarga de informações. Podemos dizer também que estamos na era do *Big Data*, termo que pode ser criticado por não traduzir a complexidade do fenômeno, mas pode ao mesmo tempo ser utilizado para traduzir a ideia de uma sociedade com acesso massivo, veloz e progressivo a um grande volume de dados e informações³⁹. A era do *Big Data* tem gerado aquilo que especialistas denominam de *information overload*, expressão da língua inglesa que pode ser traduzida como sobrecarga ou excesso de informações, o que dá origem à incapacidade de o indivíduo processar e filtrar as informações disponíveis para atingir determinada finalidade, geralmente uma tomada de decisão. Embora essa sensação de angústia diante da explosão de informações e de conhecimento não seja pro-

identificar tipologias ou classificações entre culturas» (COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 193 – tradução livre).

- 37 TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: *La prova nel processo civile*, a cura di Michele Taruffo. Milano: Giuffrè, 2012, p. 51.
- 38 DAVID WEINBERGER diz que «toda ideia é contrariada em algum lugar na web. Nós todos nunca vamos concordar, mesmo quando o acordo é generalizado, exceto talvez em alguns fatos menos interessantes» (WEINBERGER, David. *Too big to know*, p. 12 – tradução livre).
- 39 Sobre o tema, cfr. BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. Critical questions for Big Data: provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon. *Information, Communication & Society*, vol. 15, n. 5, June, 2022, p. 662-679. O fenômeno da *Big Data* é usualmente explicado a partir de três características, conhecidas como os «3 Vs»: volume, velocidade e variedade de dados (LANEY, David. *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*. *META Group Research Note*, 6, 2001).

priamente nova⁴⁰, e a sua utilização não tenha nascido originalmente na área jurídica, o seu emprego pode ser importante para esclarecer o processo de tomada de decisão em um determinado processo judicial, seja em relação ao agir estratégico das partes, seja em relação às decisões proferidas por juízes e tribunais.

A *internet*, de maneira geral, tem sido apontada como a principal causa para a disponibilidade em excesso de informações, ocasionando uma série de consequências que reconfiguram a busca por informações e pelo conhecimento⁴¹. Selecionar e separar as informações relevantes das irrelevantes no intuito de buscar conhecimento sobre determinado fato ou assunto pode ser uma tarefa guiada por controle social ou... por algoritmos. Atualmente, é amplamente conhecida e debatida a existência de filtragem realizada pelos algoritmos, sobretudo em redes sociais, que tende a direcionar o indivíduo para selecionar informações unicamente compatíveis com seus interesses e ideologias, eliminando outras informações que poderiam ser úteis para a tomada de decisão, mas que, em sentido contrário, vão de encontro à perspectiva traçada inicialmente.

A *hiper documentação de fatos*. Outro ponto que merece destaque é a ampla possibilidade de documentação de fatos que o mundo digital possibilita. A grande produção e armazenamento de dados tem origem no desenvolvimento de novas técnicas de documentação de

40 PETER BURKE, por exemplo, faz uma análise histórica desse fenômeno e denuncia que a explosão de informação e conhecimento já aconteceu em outros momentos; o que muda, porém, é a rápida expansão e a fragmentação, cfr. BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento II: da Enciclopédia à Wikipedia*. Trad. Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 311-313, ver também, especialmente, a análise histórica do autor sobre a coleta e a análise do conhecimento (parte I, caps. 1 e 2).

41 WEINBERGER, David. *Too big to know*, p. 9-11.

informações potencialmente relevantes. É possível falar até mesmo em hiper documentação⁴².

Na verdade, o que ocorre atualmente é que a revolução digital proporciona, mediante intensa velocidade, o desenvolvimento de novas tecnologias que permitem uma documentação imediata e instantânea de vários fatos e acontecimentos do mundo cotidiano, como, por exemplo, «digitalização; computação em tempo real; o microprocessador; o computador pessoal, e-mail; redes locais e de longa distância que levam à *internet*; a evolução do software, que ‘bloqueou’ a edição contínua como uma função quase universal; a *World Wide Web*; e, claro, as pessoas e sua técnica»⁴³.

O fenômeno pode ser ilustrado por simples exemplos do cotidiano. Além das técnicas antigas e usuais de registro como a caneta, o papel, a tinta –hoje consideradas até mesmo como rudimentares–, todos nós temos à disposição um aparelho celular que permite por meio de rápido acesso e cliques o registro de fatos. Esses fatos podem ser registrados por meio de simples telefonemas, fotografias e gravação de vídeos. Os aplicativos que podem ser baixados nos celulares também fornecerem inúmeros dados devidamente documentados. Para cadastro nesses aplicativos são fornecidas informações pessoais

42 Embora o desenvolvimento de técnicas de documentação de fatos não seja uma novidade na história da humanidade, trata-se de um fenômeno que ganhou contornos absolutamente diferentes e inovadores nos tempos atuais, em que o mundo está inserido em uma revolução digital, com o advento e incremento de novas tecnologias ligadas por meio da rede mundial de computadores, a *internet*. Neste sentido, cfr. COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 237-238; BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento II: da Enciclopédia à Wikipedia*, p. 128-129.

43 PAUL, George L.; BARON, Jason R. Information inflation: can the legal system adapt? *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 3, issue 3, article 2, 2007.

e financeiras. Para atualização de redes sociais podem ser marcadas localizações e pessoas. Para realizações de compras são emitidas notas fiscais digitais, são utilizados cartões de crédito. Todos os dias, todas as horas, todos os minutos, milhares e milhares de registros e documentos são produzidos. Depois de as empresas buscarem incessantemente diminuir o tamanho (físico) do celular, buscaram ampliar exponencialmente o seu tamanho (digital) mediante aumento e aprimoramento das telas, das memórias e das possibilidades de gravação. Os celulares, com capacidade de verdadeiros computadores, viraram bibliotecas inteiras⁴⁴.

Atualmente, existem imensas e imprevisíveis possibilidades de registrar e arquivar documentos, acontecendo uma verdadeira *explosão* de documentação dos fatos, notadamente por causa da *internet*⁴⁵. Documento que, enquanto coisa representativa de um fato, pode ser contrastado entre, de um lado, uma noção *forte* (no caso, a noção jurídica tradicional), caracterizada por uma concepção objetiva e teórica focada nas características constitutivas do documento, ou seja, no modo pelo qual a informação é registrada, e de outro, uma noção *fraca* de documento, mais disseminada na linguagem comum, caracterizada por uma concepção subjetiva ou pragmática (adotada por parte da doutrina processual mais contemporânea) segundo a qual será documento qualquer coisa com finalidade informativa⁴⁶.

Por exemplo, no processo civil brasileiro atual, o Código de Processo Civil, embora de forma tímida, evoluiu no tratamento da

44 FERRARIS, Maurizio. Documental violence. in P. Bojanic (ed.), *La violence extrême, la violence institutionnelle*, Editions EuroPhilosophie, Toulouse, 2014, p. 285-307.

45 FERRARIS, Maurizio. L'esplosione della registrazione. In: Luca Taddio and Gabriele Giacomini (eds.). *Filosofia del digitale*. Milan: Mimesis, 2020.

46 COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 242-243.

matéria regulamentando o *documento eletrônico* nos arts. 439-441. No entanto, não fez maiores distinções entre documentos escritos e não-escritos. A doutrina, contudo, acompanha uma noção mais ampla de documento, seja aceitando o documento como «todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir ideias e demonstrar a ocorrência de fatos»⁴⁷, seja compreendendo o documento como «um objeto, corpóreo ou não, em que são apostos signos, por humanos ou máquinas»⁴⁸.

A difusão de informações da imprensa e formação da opinião pública. Também é possível analisar a crise sobre a percepção de notoriedade dos fatos a partir da sua relação com a *opinião pública*⁴⁹. A notoriedade,

47 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO entende por documento «símbolos [que] podem ser trazidos por coisas e normalmente são veiculados por papéis na modalidade escrita, mas também podem ser trazidos por pessoas e não necessariamente seriam veiculados na forma escrita em papéis». O que há em comum entre esses documentos, de acordo com DINAMARCO, é que «sempre expressam ideias de uma pessoa, a serem captadas e interpretadas por outras» (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2017, vol. III, p. 657-658). Em igual sentido, LEITE, Clarisse Fechiani Lara. *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 405 a 441: da prova documental*. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. VIII, t. II.

48 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 141. Para o autor, não são traços distintivos do documento a sua capacidade de representar ou tornar cognoscível um fato, tampouco a possibilidade que represente em caráter permanente esse fato. Podem ser considerados documento coisas, corpóreas ou não, cujos signos foram apostos por um ser humano ou por uma máquina (por exemplo, uma carta, fotografia, uma gravação em vídeo, e-mails, um exame de sangue, um arquivo «.doc»).

49 O parentesco entre os dois fenômenos tem sido assumido por parte da doutrina, já que notoriedade e opinião pública possuiriam semelhanças porque extraídas da consciência coletiva de um determinado grupo social,

para alguns, representaria a verdade de um fato decorrente da sua objetividade enquanto patrimônio cultural desse grupo social; a opinião pública, por sua vez, traduziria um estado de incerteza e dúvida ainda ligado à subjetividade dos indivíduos que compõe o grupo social⁵⁰.

Com essa premissa em mente, é possível conceituar opinião pública, em termos gerais, como a expressão do modo de pensar de um determinado grupo social ou da sociedade como um todo acerca de um determinado assunto ou acontecimento⁵¹. A opinião pública não é a opinião da maioria, tampouco pressupõe concordância entre todos os membros do grupo, mas reflete uma *tendência central* daquele grupo social sobre um determinado assunto, ainda que antagônicas e heterogêneas as opiniões individuais dos seus membros⁵².

embora não possam ser confundidas entre si. Analisando as semelhanças e diferenças dos fenômenos, cfr. CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*, p. 238-242 e 260-262.

- 50 DE STEFANO, Giuseppe. *Il notorio nel processo civile*, p. 47-49. O processo de maturação da opinião pública poderia ser formal e institucionalmente introduzido no processo judicial, por exemplo, por meio da notoriedade, como afirmado «às vezes a opinião, que é um fato natural e espontâneo, é imediatamente elevada ao nível de uma instituição: isso ocorre pelo que foi dito sobre fama e notoriedade» (TIRANTI, Vittorio Emanuele. *L'opinione pubblica nei suoi rapporti con la prova*. Pisa: Spoerri, 1903, p.72).
- 51 A opinião pública «exprime um julgamento coletivo sobre um fato ou uma problemática elaborada por uma determinada sociedade», razão pela qual o seu estudo «coloca em jogo processos de interação complexos entre indivíduos, grupos e estruturais sociais», cfr. DEVILLÉ, Anne. Opinião(ões). In: ARNAUD, André-Jean (coord.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2ª ed. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 551-552.
- 52 Termo utilizado por BLUMER, Herbert. The mass, the public and the public opinion. *American Sociological Review*, vol. 13, n. 5 (oct., 1948), p.

No processo de formação da opinião pública, historicamente, sempre foi ressaltado o papel da *imprensa*, assim compreendida a mídia tradicional (como a televisão, o rádio e os jornais)⁵³. A imprensa tem papel importante na disseminação de fatos, pensamentos e ideias, capazes, portanto, de influenciar e moldar a opinião pública. A notoriedade de um fato está intimamente ligada ou à maneira como ele ocorreu ou à maneira como ele foi divulgado⁵⁴. Antes, acreditava-se que essa divulgação acontecia por meio de publicações oficiais, de ciências históricas ou da imprensa. Hoje a *internet* revoluciona o modo de divulgação desses fatos, porém, não fica excluído o papel da imprensa.

Ocorre que, atualmente, a opinião pública é significativamente impactada pelas novas formas de comunicação digital e avanços tecnológicos. Toda a lógica que informa o processo de produção da informação nos dias atuais, e, via de consequência, da opinião pública, é completamente alterada pelas novas tecnologias. Antes, as mídias tradicionais monopolizavam esse espaço de produção da informação, mas hoje elas disputam esse espaço com outros atores que são igualmente produtores da informação, sobretudo em redes sociais, de modo que a formação da opinião pública é disputada por uma pluralidade de agentes que respeitam códigos de condutas diferentes.

542-549. Também em ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

53 Neste sentido, «a imprensa tem sido considerada como uma verdadeira 'tecnologia intelectual', capaz de permitir a acumulação e a formalização do conhecimento, transformando em profundidade o pensamento individual e coletivo» (COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 194 – tradução livre).

54 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 173.

Daí porque, nos dias de hoje, é impossível analisar o processo de formação da opinião pública de forma dissociada de dois conceitos que, embora diferentes, são interligados entre si: as *fake news* e a pós-verdade⁵⁵.

As *fake news* consistem em um fenômeno de alteração ou distorção deliberada de fatos com propósito de atingir determinado objetivo. Não se trata, porém, de mera divulgação de informações falsas, mas de algo mais grave que corresponde a uma verdadeira fabricação de informação dolosamente distorcida e/ou sabidamente falsa e posterior veiculação *como se notícia fosse*. A desinformação, no entanto, é um fenômeno mais amplo porque não necessariamente diz respeito à fabricação fraudulenta de uma notícia falsa. Pode-se dizer que a *fake news* é uma espécie da qual a desinformação é gênero. A desinformação pode ser conceituada em termos simples como uma *informação enganosa*.

Conceitos como desinformação e *fake news*, por sua vez, são intimamente ligados ao conceito de *pós-verdade*. Pode-se dizer, inclusive, que há uma relação de causa e consequência porque a desinformação e as *fake news* são instrumentos que resultam nesse processo de degeneração da verdade, completude e objetividade dos fatos. Indivíduos e grupos sociais simplesmente ignoram a verdade objetivamente verificável, correspondente à realidade dos fatos, focando em suas

55 Relacionando os temas, vale conferir FARIAS, Luis Alberto de; CARDOSO, Ivelise; NASSAR, Paulo Roberto. Comunicação, opinião pública e os impactos da revolução digital na era da pós-verdade e *fake news*. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*, v. 3, n. 34, p. 71-81, set./dez., 2020; POZOBON, Rejane de Oliveira; KEGLER, Bruno. *Fake news*, pós-verdade e os limites (ou desafios) da opinião pública na sociedade da plataforma. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*, v. 18, n. 34, p. 48-57, set./dez., 2020.

crenças e naquilo que eles acreditam ser a verdade⁵⁶. Trata-se de uma verdade construída por conveniência e consensos de grupos sociais, o que é aumentado exponencialmente com a *internet*, notadamente as redes sociais. Uma percepção subjetiva da realidade, produto desse processo de transformação da comunicação altamente impactado pelas novas tecnologias. Nesse ponto, a concepção de *verdade por consenso* triunfa sobre a concepção da *verdade por correspondência*.

Embora a livre circulação de ideias e informação na *internet* possa, em princípio, parecer contribuir para uma visão democrática e pluralista da divulgação de informação e dos fatos, a total ausência de controle e critérios para apuração da veracidade desse fluxo de informações no meio digital não ratifica ser essa uma alternativa viável à imprensa tradicional. Além disso, é amplamente conhecido hoje que a circulação de ideias no meio digital não é totalmente livre porque é induzida por algoritmos e inteligência artificial das grandes corporações privadas que hoje dominam as redes sociais, de forma a induzir comportamentos e opiniões sobre essas informações de acordo com as *bolhas digitais* em que os indivíduos e grupos sociais estão inseridos. Nessas bolhas digitais, verdadeiras *câmaras de eco*, a verdade derivada das crenças pessoais sobrepõe-se à verdade factual que corresponde à realidade⁵⁷.

56 Assim, pode-se dizer que «a pós-verdade nos introduz no campo da percepção subjetiva da realidade, em que as crenças e as convicções individuais pesam mais do que a objetividade dos fatos comprovados» (BLANCO ALFONSO, Ignacio. Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública: una aproximación desde la fenomenología. *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, p. 167-186, enero/marzo 2020 – tradução livre).

57 Deste modo, «se as pessoas vivem em câmaras de eco na *internet*, não importa quantas diferenças, desacordos e pontos de vista estejam presentes fora de cada câmara» (WEINBERGER, David, *Too big to know*, p. 81 – tradução livre).

Por conta disso, se a percepção de notoriedade de um fato tem sua origem na mesma fonte de conhecimento da opinião pública – a saber, a consciência coletiva de um determinado grupo social ou da sociedade como um todo, conforme já dito anteriormente –, é possível que essa mesma percepção seja *contaminada*, em maior ou menor grau, pelos sentidos outorgados pela opinião pública àqueles mesmos fatos. Sendo assim, a notoriedade deixa de ser um veículo que atribui certeza à veracidade do fato e passa a ser um veículo de introdução de *incerteza*⁵⁸.

Todos esses elementos são fortes indicativos de que o modo de obtenção de conhecimento sobre fatos mudou com a era das tecnologias digitais, sobretudo a *internet*. E mudou consideravelmente. A teoria do fato notório sempre esteve calcada nas premissas de um paradigma de obtenção de conhecimento sobre fatos muito diferente da atual, sendo necessário estabelecer novas balizas para sua teorização no processo judicial. É o que se passa a fazer em seguida.

4. FUTURO: PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO DA NOTORIEDADE (DIRETA VS INDIRETA) E GARANTIAS PROCESSUAIS PARA INVESTIGAÇÃO JUDICIAL NA *INTERNET*

Olhando para frente, podemos projetar que fatores típicos do mundo contemporâneo, em especial a difusão digital de conhecimen-

58 Assim, «a opinião pública não coincide com a verdade, precisamente por ser opinião, por ser *doxa* e não *episteme*; mas, na medida em que se forma e fortalece no debate, expressa uma atitude racional, crítica e bem informada» (MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale *et all*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 842-845).

to e informações acerca de fatos, exigem uma nova definição, ou melhor, uma *nova classificação* para a notoriedade que leve em consideração o paradoxo dos fatos na modernidade.

Diante dessas premissas, podemos dizer que a notoriedade pode ser direta ou indireta⁵⁹. O critério de classificação adotado para separar essas duas espécies de notoriedade é o modo de percepção do fato pelos indivíduos de maneira geral.

Trata-se de um critério confessadamente *pragmático* acerca da notoriedade, e não um critério *epistêmico*⁶⁰, o que vem justificado por três razões.

A *primeira razão* é a alteração na estratégia cognitiva dos indivíduos, grupos, organizações governamentais, empresas e da sociedade de maneira geral na busca por informações e por conhecimento sobre fatos na contemporaneidade, notadamente com o advento da *internet* e mediante o emprego de novas tecnologias⁶¹. A utilização de informações disponíveis digitalmente na rede mundial de computadores faz parte da vida em sociedade e simplesmente não pode ser ignorada como um dado da realidade que repercute no direito processual.

59 Em sentido aproximado a DE STEFANO, Giuseppe. *Il notorio nel processo civile*, p. 55-59.

60 Nessa esteira, PAOLO COMOGLIO diz que «é possível afirmar que o conceito de notoriedade não é tanto epistêmico, mas essencialmente pragmático para adaptar o fenômeno processual contexto específico em que deve operar» (COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 312-313).

61 No contexto das informações da *internet*: «e não há atalhos: uma proibição efetiva do juiz de consultar a *internet* não é imaginável» (DITTRICH, Lotario. *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, p. 108-125 – tradução livre).

A *segunda razão* consiste no fato de que o fenômeno processual também deve ser visto à luz da sua dimensão social e antropológica. A decisão judicial deve ser proferida no processo de forma mais aderente possível à verdade dos fatos, o que representa dizer que não pode ir de encontro à realidade do mundo⁶². Elementos externos que vem do mundo exterior ao processo judicial, como as fontes de prova, são de grande utilidade porque «o processo mesmo não vive isolado da realidade da vida, sendo por isso indispensável captar esses elementos capazes de refletir realidades exteriores ou de afinal influir sobre elas»⁶³.

A *terceira razão* é a baixa qualidade epistêmica da notoriedade quando o controle da veracidade do fato é exercido extraprocessualmente pela cultura de uma determinada esfera social. Uma decisão judicial, para ser mais aderente possível à realidade dos fatos, precisa abandonar a *crença* de que o *consenso* de um determinado grupo ou comunidade seria suficiente para revelar a notoriedade de um determinado fato.

62 LORENZO CARNELLI já advertia de que «o processo destaca uma realidade própria, já que tem que prover conhecimentos e justificar atuações da lei, na observância da ordem pública, mas sem desligar-se essencialmente da outra realidade que a todos nos contém, formada pela vida e pelo mundo» (CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*, p. 140). Mais contemporaneamente, PAOLO COMOGLIO contextualiza o fenômeno à luz das informações *online* disponíveis: «a acessibilidade cada vez mais difundida e economicamente não onerosa da informação, sobretudo através da *internet* e das redes de computadores, torna a regra que impede o juiz de considerar a informação publicamente acessível e facilmente disponível, cada vez menos justificável, tanto em termos de economia processual como de legitimidade social, pelo simples fato de não ter sido adquirido no processo» (COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, p. 321 – tradução livre).

63 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II, p. 717.

Deste modo, a notoriedade pode ser dividida em duas espécies.

Por *notoriedade direta* entende-se o conhecimento sobre fatos que advém de uma experiência imediata da percepção de indivíduos pela comunidade sem a *intermediação* de outros fatos, no momento em que a decisão é proferida. A fonte da notoriedade direta é a própria percepção imediata dos indivíduos, sem intermediação de outros fatos. O maior exemplo desta categoria são os fatos históricos e os fatos de grande repercussão, como um grande acidente ambiental, um ataque terrorista, um acontecimento político ou econômico. O momento da experiência coletiva, nesse ponto, coincide com o momento da própria atualidade.

Geralmente, os fatos notórios enquadrados dentro da categoria referente à notoriedade direta são abstratos e gerais e dificilmente são aptos a produzir efeitos jurídicos no processo. Isso ocorre porque, muito embora esses fatos sejam notórios, não são notórios os efeitos que eles produzem *concretamente* em determinadas relações jurídica⁶⁴. Vários são os exemplos deste cenário⁶⁵: uma crise econômica pode

64 Como já dizia STEIN, «apenas as características amplas das coisas podem ser notórias, nunca suas peculiaridades» (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 179 – tradução livre). No mesmo sentido, cfr. CAPELO, Maria José. Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 143, n. 3985, Coimbra Editora, Coimbra, março/abril 2014, p. 286-304, esp. p. 299-300. Em sentido aproximado, dizendo que «a questão, portanto, é identificar a repercussão que esses fatos externos terão sobre o litígio particular» (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I (arts. 369 a 404), p. 189).

65 De forma certa, dizendo que «pode-se dizer que fatos notórios são aqueles que são conhecidos – ou podem ser conhecidos – por todos e, conseqüentemente, também pelo juiz; por exemplo, o evento de uma inundação, uma epidemia, um terremoto, o rompimento de uma barragem, um aci-

ser considerada um fato notório, mas a sua repercussão *concreta* na atividade de uma determinada empresa não é; um desastre ambiental pode ser considerado um fato notório, mas os danos causados em uma determinada residência de forma *concreta* não são; a pandemia da COVID-19 é um claro exemplo de fato notório⁶⁶, mas o mesmo não se pode dizer das consequências sanitárias, sociais e econômicas *concretas* na relação jurídica entre pessoas, empresas e governos.

Por *notoriedade indireta* entende-se o conhecimento sobre fatos que advém de uma experiência sobre um determinado fato que é mediado por outros fatos, geralmente documentados, que são de ciência pública. A fonte da notoriedade indireta não é a percepção imediata dos indivíduos, mas uma percepção mediada por outros fatos que permitem, ao menos potencialmente, o seu amplo conhecimento, e garantem, efetivamente, a sua ciência em caráter público por um determinado grupo ou comunidade. STEIN, por sua vez, já dizia que um fato será convertido em notório ou por causa da maneira como ele aconteceu, ou por causa do modo como ele foi divulgado⁶⁷.

Atualmente, em razão da sobrecarga de informação, da difusão digital do conhecimento e do fenômeno da hiper documentação, é possível dizer que, no caso da notoriedade indireta, a maioria desses

dente de avião, uma greve, etc.» (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 181 – tradução livre).

66 JARAMILLO, José Luis González. Los hechos notorios en la dogmática probatoria. A propósito del COVID-19 y sus efectos jurídicos. *Revista Diálogos de Derecho y Política*, n. 25, a. 10, enero-abril, 2020, p. 36-60.

67 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 173. O autor alemão falava de três fontes de conhecimento dos acontecimentos: (i) a publicação oficial; (ii) a ciência histórica em seu sentido amplo (incluindo literatura, geografia, antropologia etc.); e (iii) a imprensa (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez* p. 174-175).

fatos de segunda ordem, que promovem a intermediação com os fatos de primeira ordem, está devidamente documentada e plenamente acessível na rede mundial de computadores. Nesse ponto, é possível fazer uma intersecção entre a notoriedade indireta e a ampla disponibilidade e publicidade de informações extraídas da *internet*⁶⁸. Em outras palavras, pode-se perceber que a notoriedade indireta nada

68 A referência à *internet* e à pesquisa de fontes *online* para configuração de fatos notórios já vinha sendo percebida pela doutrina. MICHELE TARUFFO já alertava que «a introdução da *internet* mudou profundamente essa situação. Por um lado, qualquer pessoa agora pode acessar rapidamente uma imensa e indeterminada quantidade de informações: portanto, deixa de ser verdadeira a suposição de que todos, inclusive o juiz, podem contar com o mesmo conjunto - limitado e de domínio comum - de fontes de informação. As fontes de informação são agora muito numerosas e diversificadas, e a informação disponível é substancialmente infinita, pelo que todos podem consultar alguma informação, mas certamente não todas. Por outro lado, a confiabilidade das informações obtidas usando um ou outro ‘motor de busca’ não é garantida de forma alguma. Em particular, nada garante que esta informação pertença a qualquer patrimônio comum de conhecimento e, portanto, tenha fundamento para tal. Em todos estes casos, que já pertencem aos hábitos quotidianos, não se pode aplicar a regra tradicional segundo a qual se considera notório o fato que pode ser conhecido pelos meios normais de informação, pois os atuais meios comuns de conhecimento não são mais capazes de fornecer um conhecimento confiável do fato em questão. Consequentemente, surge também a necessidade de uma prova específica destes fatos, idônea para apurar a sua veracidade» (TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: *La prova nel processo civile*, p. 50 – tradução livre). Também a proposta de prova da notoriedade à luz das novas tecnologias e da *internet* está presente, mais recentemente, em COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cap. 5.3. Igualmente, MARIA JOSÉ CAPELO afirma sobre o fato notório que «a possibilidade de colmatar facilmente esta ‘ignorância’, através dos meios acessíveis a comum das pessoas (ex: *internet*), não o descaracteriza ou impede que seja utilizado num processo» (CAPELO, Maria José. Os fatos notórios e a prova dos danos não patrimoniais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, p. 299).

mais é do que a notoriedade da própria prova, a exemplo de uma *metaprova*. Admitir a possibilidade de produzir prova da notoriedade é importante para trazer a informações *online* para a dialética processual das partes.

Por isso é que o critério *temporal* é fundamental na definição da notoriedade como direta ou não⁶⁹. Hoje, a notoriedade sobre um determinado fato pode ser direta porque os indivíduos daquela comunidade *testemunharam* o fato e não precisam fazer referência a outros fatos para afirmá-lo e prová-lo em juízo. Quando se fala aqui em testemunhar o fato, não se fala em testemunhar diretamente o fato, como o indivíduo que viu um ato ilícito ocorrer em sua frente, por exemplo. Até mesmo porque vimos que uma das características do fato notório, tal qual exposto por CALAMANDREI e acolhido por quase toda a doutrina, é a desnecessidade de relação direta entre o sujeito e o fato. Quando se fala em testemunhar o fato na notoriedade direta está-se utilizando um sentido mais abrangente, no sentido de vivenciar a experiência coletiva diante do mencionado acontecimento fático. Porém, no futuro, a notoriedade sobre esse mesmo fato pode ser indireta, porque o decorrer do tempo faz com que os indivíduos possam não ter presenciado o fato, razão pela qual a referência a outros fatos para afirmá-lo e comprová-lo em juízo –como matérias jornalísticas e sites da *internet*– é necessária.

Com essa classificação da notoriedade, podemos notar que dois problemas são resolvidos.

O primeiro problema diz respeito à utilização arbitrária e sem controle pela decisão judicial das informações disponíveis da *internet*.

69 A questão foi precisamente identificada por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135-136.

Permitir a aquisição processual dessas informações enquanto fatos de notoriedade indireta é jogar luzes sobre o conhecimento que pode influenciar o resultado da decisão judicial com o propósito de tornar possível o seu controle intersubjetivo, o que é melhor do que a proibição em absoluto da utilização dessas informações. Bem vistas as coisas, é perfeitamente possível que o juiz consulte informações sobre fatos na *internet* e decida o caso em julgamento influenciado justamente por essas informações, mas não explicita na fundamentação que fez essa consulta. A classificação proposta elimina esse problema e torna a consulta passível de controle intersubjetivo quando fundamentada a decisão.

O segundo problema corresponde à utilização discricionária e sem critério de fontes da *internet* para extrair informações sobre fatos. Partindo do pressuposto de que é possível a utilização de informações disponíveis *online*, é o caso de avançar no desenvolvimento de critérios para dizer quando essa informação é confiável e quando não é. O controle da notoriedade indireta não pode ser feito a partir da simples menção à disponibilidade da informação na *internet*, como se o simples disponibilidade e acessibilidade do fato fosse suficiente para atestar a sua verdade⁷⁰. É necessário fazer uma correção da máxima de experiência empregada, que também é passível de controle: não é

70 Na Itália, por exemplo, a relação entre notoriedade e informações extraídas da *internet* não vem escapando do enfrentamento da jurisprudência e da doutrina de forma mais consistente, cfr. NERI, Adriana. Fatti notori e informazioni pervenute da internet. In: *Giurisprudenza di merito*, n. 10, p. 2569-2577, 2007; MORA, Andrea. Questioni in tema di fatto notorio. In: *Studi in onore di Giovanni Iudica*. Milano: Università Bocconi: EGEEA, 2014, p. 895-406; FERRARI, Francesca. Il fatto notorio e la rete internet: un rapporto difficile. In: QUERZOLA, Lea (org.). *Problemi relativi alla prova nel processo civile*. Bologna 2016, p. 87-115; GIGLIOTTI, Fulvio. Fatto notorio e informazioni accessibili in rete. In: *Giustizia civile*, n. 4, p. 839-865, 2019.

porque uma informação está na *internet* que ela será verdadeira, mas porque há confiabilidade e credibilidade da fonte da *internet* da qual a informação foi extraída.

Uma vez fixada a classificação da notoriedade, e devidamente explicitado o seu critério de viés eminentemente pragmático, é o caso de se estabelecer limites para utilização dessas informações retiradas da *internet* pelos sujeitos processuais, notadamente o órgão julgador. A utilização dos poderes instrutórios para extrair informações da *internet* sobre fatos relevantes para o julgamento da causa, aqueles de notoriedade indireta, não pode ser feita sem critérios, sob pena de transformar o juiz em um verdadeiro investigador judicial de caráter inquisitório⁷¹.

O presente trabalho propõe que sejam observados cumulativamente quatro critérios para investigação judicial oficiosa na *internet*: a) a utilização da informação *online* como *regra de instrução*, e não como regra de decisão; b) a limitação da investigação judicial na *internet* aos *fatos secundários*, ficando proibida em relação aos fatos principais; c) o exercício do *contraditório* pelas partes sobre as informações extraídas de fontes *online*; e d) a necessidade de *fundamentação específica* da decisão judicial sobre a credibilidade da fonte da *internet* a

71 DINAMARCO, por sua vez, afirma que a iniciativa probatória do juiz é desaconselhável «sempre que as alegações de uma parte sejam por lei dispensadas de prova – como em caso de notoriedade do fato ou presunções legais», o que seria «uma superafetação ou contrariedade ao sistema e aos intuitos do legislador» (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 61). Note-se, porém, que há referência genérica à notoriedade, sem menção à notoriedade indireta, nos termos propostos por este trabalho. Para um exame mais aprofundado da relação entre poderes instrutórios do juiz e colheita de informações disponíveis em fontes *online*, cfr. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fato notório e internet*, cap. 3.3.

partir dos critérios da expertise, do enviesamento, da motivação e da controvertibilidade.

É o caso de analisar, separadamente, cada uma dessas diretrizes.

O *primeiro critério* diz respeito à utilização da informação *online* como regra de instrução, e não como regra de decisão. Estipular esse limite é fazer com que o juiz submeta a informação *online* ao *procedimento probatório*, notadamente trazendo o elemento de prova colhido de fonte da *internet* para o debate processual. Trata-se de barreira insuperável que, se não for observada, impede qualquer discussão posterior sobre essas informações. Nesse caso, a violação ao contraditório enquanto garantia constitucional do processo é evidente (art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal).

O *segundo critério* a ser observado é que somente informações da *internet* que digam respeito a *atos secundários* podem ser aportadas ao processo por meio dos poderes instrutórios⁷². Trata-se, nesse ponto, de um corolário da própria compreensão de poderes instrutórios do juiz, com base na sua supletividade e complementariedade. Permitir uma livre e irrestrita utilização de poderes instrutórios pelo juiz, alcançando também os fatos primários, subverte a divisão de trabalho entre juiz e partes em matéria probatória. Compete às partes, segundo as regras de distribuição do ônus da prova, produzir provas relevantes e aptas à comprovação dos fatos que são constitutivos dos seus direitos.

O *terceiro critério* corresponde à necessidade imperativa de o juiz possibilitar o exercício do *contraditório* pelas partes sobre as in-

72 No contexto do uso de informações da *internet*: «em primeiro lugar, deve ficar claro que a alegação dos fatos primários permanece na disponibilidade das partes» (DITTRICH, Lotario. La ricerca della verità nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 108-125 – tradução livre).

formações extraídas de fontes online da *internet*⁷³. Esse ponto já foi ressaltado por ocasião do primeiro critério, mas é o caso de reiterar a proibição de que decisões judiciais utilizem informações *online* na fundamentação sem prévia manifestação das partes, sob pena de configurar decisão-surpresa (arts. 9º e 10, CPC). Afinal, não há que se falar em incompatibilidade entre a iniciativa probatória do juiz e o princípio do contraditório, já que ambos os sujeitos – partes e juiz – atuam de forma conjugada no accertamento dos fatos⁷⁴.

O *quarto requisito* concerne à adoção de uma *metodologia decisória* pelo juiz em sua fundamentação que permita, de forma concreta e específica, realizar um juízo de *credibilidade* sobre a fonte da *internet* de onde está sendo extraída a informação⁷⁵. Essa metodologia passa,

73 No contexto do uso de informações da *internet*: «em terceiro lugar, fica claro que, onde isso acontecer, o juiz terá que provocar o contraditório, dando às partes a possibilidade de contra argumento» (DITTRICH, Lotario. *La ricerca della verità nel processo civile Rivista di Diritto Processuale*, p. 108-125 – tradução livre).

74 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82-83; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

75 O exame da credibilidade da prova consiste em denunciar e revelar na fundamentação do ato decisório qualquer circunstância que interfira na idoneidade e prestabilidade da prova como elemento capaz de comprovar um enunciado fático no processo, cfr. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 237-238). Trata-se, como se pode perceber, de uma etapa prévia à valoração individualizada entre prova e fato, geralmente realizada com base em regras da experiência comum, que repercute diretamente na própria análise que será feita sobre a eficácia da prova. Neste sentido, «qualquer circunstância que aponte para a desestabilização da prova deve ser revelada na motivação da sentença» (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Prova e convicção*, p. 327-329).

em primeiro lugar, pelo dever que o juiz tem de indicar e transcrever no corpo da decisão judicial o *link* referente à fonte da *internet* de onde a informação é colhida, bem como o dever de registrar a data de acesso a ele. Somente assim será possível controlar intersubjetivamente a informação, permitindo não só o acesso ao seu conteúdo, como também quando esse acesso foi realizado, para verificar eventuais alterações e checar a veracidade da informação.

Desta forma, a credibilidade da informação *online* pode ser averiguada por meio de quatro etapas⁷⁶:

- a) *Expertise*. A fonte *online* que produziu a informação deve ter especialidade na matéria versada; caso contrário, será apenas mais uma informação dentro de um oceano de informações *online* que não geram nenhuma razão para *crer* e *confiar* na sua veracidade. Pouco importa se o *site* é gerido por um indivíduo, por um órgão governamental ou por empresas ou entidades privadas, a *expertise* é um critério fundamental para indicar a credibilidade da informação extraída *online*. Podemos pensar em vários exemplos: uma informação sanitária constante do *site*

76 A ideia de estabelecer critérios para a investigação judicial de fatos na *internet* tem inspiração na preocupação que a doutrina dos EUA tem mostrado com o instituto da *judicial notice*, previsto na *Rule 201* das *Federal Rules of Evidence*, responsável por dispensar a necessidade de prova sobre fatos sobre os quais não recai uma disputa razoável (em tradução livre: «fact that is not subject to reasonable dispute»), seja porque o fato é geralmente conhecimento dentro nos limites territoriais do Tribunal (em tradução livre: «generally known within the trial court's territorial jurisdiction»), seja porque o fato pode ser prontamente averiguado a partir de fontes cuja precisão não pode ser razoavelmente questionada (em tradução livre: «can be accurately and readily determined from sources whose accuracy cannot reasonably be questioned»). Em relação ao tema, remetemos o leitor, com as devidas referências bibliográficas, a PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fato notório e internet*, cap. 3.2

da ANVISA, uma informação sobre direitos do consumidor retirada do *site* do Procon ou uma informação técnica divulgada por um profissional de renome nacional na área. A credibilidade da fonte gera a confiabilidade da informação. Essa conclusão é alcançada por meio da regra de experiência de que sujeitos e entidades com expertise em um determinado tema divulgam em seus *sites* informações confiáveis. Porém, somente esse aspecto não é suficiente.

- b) *Enviesamento*. Ainda que sujeitos e entidades, públicas ou privadas, possam ter expertise quanto ao conteúdo de determinada matéria, é possível que elas divulguem informações que não denotem confiabilidade por causa de eventuais conflitos de interesses existente entre *quem* produziu a informação e o próprio *conteúdo* da informação veiculada *online*. Uma empresa farmacêutica pode divulgar em seu *site* estudos científicos sobre a eficácia de um determinado medicamento, mas ela pode ser titular da patente e lucrar com as respectivas vendas. Um órgão governamental pode divulgar informações tendenciosas e distorcidas por motivos políticos escusos.
- c) *Motivação*. A terceira etapa diz respeito à indicação de suposta motivação de manter a fiabilidade e a idoneidade da informação *online*. Não é um caso de um enviesamento na divulgação da informação, porque a fonte *online* não tem qualquer interesse mediato ou imediato no efeito causado pela veracidade ou falsidade da informação. Uma entidade pode não ter *estímulo* em checar a veracidade da informação.
- d) *Controvertibilidade*. É possível que informações veiculadas *online* tenham sido produzidas por sujeitos e entidades com expertise, sem conflitos de interesses ou destituídas de outra motivação, mas que tenham caráter controverso e, por conta disso, são capazes de gerar desconfiança sobre a credibilidade da infor-

mação. Desse modo, a quarta etapa corresponde à verificação de existência de uma fundada e efetiva *controvertibilidade* da informação *online* aportada ao processo. Na dúvida, é sempre preferível que a prova seja produzida. Adaptando um velho e conhecido brocardo do direito processual penal: *in dubio pro probatione*.

Em conclusão, vale ressaltar que toda e qualquer informação *online* pode ser questionada. Trata-se de direito da parte, decorrente do princípio do contraditório, fazer alegações e controverter as alegações contrárias, produzindo as provas necessárias para tanto, a chamada contraprova.

5. CONCLUSÕES

O presente estudo examinou o impacto da difusão digital de conhecimento no conceito de fato notório e, via de consequência, a repercussão causada pela necessária resignificação do que se entende por notoriedade no direito processual civil à luz das novas modalidades de conhecimento sobre fatos proporcionadas pela *internet*. Acredita-se que a proposta de uma nova classificação para a notoriedade dos fatos que foi exposta neste trabalho permite que o direito processual civil lide de forma racional com a inevitabilidade do amplo acesso ao conhecimento sobre fatos na era digital.

Não é e nunca foi o objetivo do presente estudo autorizar o uso indiscriminado de informações extraídas da *internet* no processo judicial, mas, pelo contrário, estabelecer critérios confiáveis para a apuração da veracidade desses fatos de notoriedade indireta disponíveis *online*. Se aceitarmos a premissa de que é impossível saber se juízes e tribunais consultam a rede mundial de computadores para decidir as demandas judiciais, aceitaremos que é melhor jogar luzes no processo de utilização destas informações disponíveis em fontes *online* median-

te o estabelecimento de critérios acerca da confiabilidade e veracidade desses fatos. Afinal, uma coisa é certa: pior do que ser julgado pelo *Google* é não saber que está sendo julgado pelo *Google*...

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, vol. 4 (arts. 332 a 443).
- ALLORIO, Enrico. Observaciones sobre el hecho notorio. In: *Problemas de derecho procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, vol. 2, p. 391-406.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil: das provas – disposições gerais*. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. VIII, t. I (arts. 369 a 404).
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. IV (arts. 332 a 475).
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BERTOLINO, Rinaldo. *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*. Torino: Giappichelli, 1965.
- BLANCO ALFONSO, Ignacio. Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública: una aproximación desde la fenomenología. *Revista de Estudios Políticos*, n. 187, p. 167-186, enero/marzo 2020.
- BLUMER, Herbert. The mass, the public and the public opinion. *American Sociological Review*, vol. 13, n. 5 (oct., 1948), p. 542-549.
- BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. Critical questions for Big Data: provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon. *Information, Communication & Society*, vol. 15, n. 5, June, 2022, p. 662-679.

- BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento II: da Enciclopédia à Wikipedia*. Trad. Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1991, p. 565-591.
- CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, n. 1, p. 273-304, 1925.
- CAPELO, Maria José. Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 143, n. 3985, Coimbra Editora, Coimbra, março/abril 2014, p. 286-304.
- CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Trad. Érico Maciel. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, vol. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni. il processo di cognizione*. Napoli: E. Jovene, 1965.
- COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova: l'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Torino: G. Giappichelli, 2018.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DE STEFANO, Giuseppe. *Il notorio nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1947.
- DEVILLÉ, Anne. Opinião(ões). In: ARNAUD, André-Jean (coord.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2ª ed. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 551-552.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1972, t. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2017, vol. III.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. II.

- DITTRICH, Lotario. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, p. 108-125.
- FARIAS, Luis Alberto de; CARDOSO, Ivelise; NASSAR, Paulo Roberto. Comunicação, opinião pública e os impactos da revolução digital na era da pós-verdade e fake news. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*, v. 3, n. 34, p. 71-81, set./dez., 2020.
- FERRARI, Francesca. Il fatto notorio e la rete internet: un rapporto difficile. In: QUERZOLA, Lea (org.). *Problemi relativi alla prova nel processo civile*. Bologna 2016, p. 87-115.
- FERRARIS, Maurizio. Documental violence. in P. Bojanic (ed.), *La violence extrême, la violence institutionnelle*, Editions EuroPhilosophie, Toulouse, 2014, p. 285-307.
- FERRARIS, Maurizio. L'esplosione della registrazione. In: Luca Taddio and Gabriele Giacomini (eds.). *Filosofia del digitale*. Milan: Mimesis, 2020.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad em el derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. *Revista de Processo*, v. 45, n. 310, p. 205-236, dez. 2020.
- FUCHS, Christian. *Internet and society: social theory in the information age*. London: Routledge, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GHISALBERTI, Carlo. Fatto notorio. a) Premessa storica. In: *Enciclopedia dei diritto*. Milano: Giuffrè, 1967, t. XVI, p. 995-999.
- GHISALBERTI, Carlo. La teoria del notorio nel diritto comune. In: *Annali di storia del diritto*, anno I, 1957, p. 403-451.
- GIGLIOTTI, Fulvio. Fatto notorio e informazioni accessibili in rete. In: *Giustizia civile*, n. 4, p. 839-865, 2019.
- GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

- JARAMILLO, José Luis González. Los hechos notorios en la dogmática probatoria. A propósito del COVID-19 y sus efectos jurídicos. *Revista Diálogos de Derecho y Política*, n. 25, a. 10, enero-abril, 2020, p. 36-60.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.
- LANEY, David. 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety. *META Group Research Note*, 6, 2001.
- LEITE, Clarisse Fechiani Lara. *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 405 a 441: da prova documental*. São Paulo: Saraiva, 2020, vol. VIII, t. II.
- LESSONA, Carlo. *Teoría general en la prueba en derecho civil*. Trad. D. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Revista de Legislación, 1906, vol. 1.
- LEVY, Pierre. *O que é virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo, Ed. 34, 1996.
- LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Campinas: Kennedy Editora. 1974.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José. El problema de los hechos notorios en el Código de Derecho Canónico. *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 2, n. 6, 1947, p. 749-766.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et all. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 842-845.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORA, Andrea. Questioni in tema di fatto notorio. In: *Studi in onore di Giovanni Iudica*. Milano: Università Bocconi: EGEE, 2014, p. 895-406.
- NERI, Adriana. Fatti notori e informazioni pervenute da internet. In: *Giurisprudenza di merito*, n. 10, p. 2569-2577, 2007.
- PALAIA, Nelson. *O fato notório*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- PANZAROLA, Andrea. Il notorio, la judicial notice e «concreti» di prova. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 71, n. 3, 2016, p. 610-636.
- PAUL, George L.; BARON, Jason R. Information inflation: can the legal system adapt? *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 3, issue 3, article 2, 2007.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fato notório e internet*. Salvador: JusPodivm, 2023.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. IV.
- POZOBON, Rejane de Oliveira; KEGLER, Bruno. Fake news, pós-verdade e os limites (ou desafios) da opinião pública na sociedade da plataforma. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*, v. 18, n. 34, p. 48-57, set./dez., 2020.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ROCHA, José de Moura. O fato notório no processo civil brasileiro. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, n. 2, p. 146-166, jul./dez. 1960.
- ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV (arts. 332 a 475).
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2ª ed. São Paulo: M. Limonad, 1952, vol. I.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Trad. Andres de la Oliva Santos. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- TARSKI, Alfred. The semantic conception of truth. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 4, n 3, p. 341-376, mar., 1944.

- TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: *La prova nel processo civile*, a cura di Michele Taruffo. Milano: Giuffrè, 2012.
- TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 55, n. 3, p. 665-695, 2001.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO, Michele. Verdade negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 13, n. 13, p. 634-657, 2014.
- TIRANTI, Vittorio Emanuele. *L'opinione pubblica nei suoi rapporti con la prova*. Pisa: Spoerri, 1903.
- WEINBERGER, David. *Too big to know: rethinking knowledge now the facts aren't the facts, experts are everywhere, and the smartest person in the room is the room*. New York: Basic Books, 2012.

ROBÔS TOGADOS – AS INTERCONEXÕES ENTRE PRECEDENTES JUDICIAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ROBOT JUDGES – CONNECTIONS BETWEEN JUDICIAL PRECEDENTS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

MARIANA BOTINI DE SOUZA

Advogada

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: Com a edição do novo Código de Processo Civil em 2015, foi instaurado o sistema de precedentes brasileiros, que exalta a necessidade de os Tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente. Como forma de auxiliar o judiciário no cumprimento dessa tarefa, o presente artigo propõe a utilização de ferramentas de inteligência artificial, já utilizados em outros campos de atuação jurídica, para desempenhar a função de encontrar padrões decisórios e replicá-los em casos futuros análogos, como forma de privilegiar os princípios da isonomia e segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente Judicial; Inteligência Artificial, Código de Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT: With the enactment of the new Code of Civil Procedure, in 2015, the system of Brazilian precedents was established ex-tolling the need for the courts to standardize their jurisprudence and keep it complete, stable and coherent. As a way of assisting the judiciary in fulfilling this task, this article proposes the use of artificial intelligence tools, already used in other fields of legal activity, to perform the function of finding decision-making patterns and replicating them in similar future cases, such as way of privileging the principles of isonomy and legal certainty.

KEYWORDS: Judicial precedent; Artificial Intelligence, Brazilian Civil Procedure Code.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sistema brasileiro e sistema anglo-americano de precedentes: aproximações e distanciamentos. 2. Inteligência Artificial e suas contribuições para o mundo jurídico. 2.1. O que é Inteligência Artificial e do que essa ferramenta é capaz?. 2.2. O caso Victor e a análise de repercussão geral do recurso extraordinário. 3. Inteligência Artificial e precedentes: extração e replicação de *ratio decidendi* a casos futuros. 4. Conclusões parciais: limitações, expectativas e tendências. 5. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Por meio da edição da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), foi instaurado o sistema de precedentes brasileiros, privilegiando os valores constitucionais da isonomia e da estabilidade. No entanto, quase oito anos após a promulgação do Código, os juízes ainda relutam em observá-lo, havendo poucos instrumentos que possibilitem a comunidade jurídica fiscalizar, ou ainda, exigir, o cumprimento dos deveres elencados no art. 926 do CPC, que cria para os tribunais a obrigação de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Ao pesquisador jurídico, apesar de ambientado nessa realidade, não é dado normalizá-la. Impende denunciar suas indignidades, bem como apresentar propostas para sua modificação. A essa relevante tarefa se dedicou o presente artigo, que tem por objeto a busca por um meio mais lógico de identificação e replicação de padrões decisórios e *ratios decidendi*, de forma a fortalecer o sistema de precedentes e evitar julgamentos não equânimes, tarefa para qual se propõe o uso da inteligência artificial (IA).

O problema de pesquisa que se propôs foi escrutinar se, e em que medida, os *softwares* baseados em processos de aprendizagem artificial podem auxiliar no desenvolvimento do sistema de precedentes, sendo objetivo geral do trabalho demonstrar que tais softwares, denominados *learns machines*, possuem o potencial de auxiliar o fator humano nessa empreitada, analisando decisões, extraindo *ratios decidendis* e replicando em casos futuros.

A pesquisa partiu da perspectiva de que a Inteligência Artificial pode solucionar problemas relacionados a dificuldade de implantação e fortalecimento do sistema de precedentes. Assim, valeu-se do método hipotético-dedutivo. Quanto à natureza do estudo, que busca instrumento adequado para solucionar o problema proposto, a pesquisa pode ser entendida como aplicada «cujo objetivo é adquirir conhe-

cimentos para a solução de um problema específico¹» e propositiva, portanto, produtora de tecnologia social. Caracteriza-se ainda como pesquisa exploratória, quanto seus objetivos.

Outrossim, adota uma abordagem qualitativa, por ser este o meio mais adequado para a compreensão de temas relacionados à Ciência Social, cuja complexidade não pode ser expressa ou reduzida numericamente². Ademais, considerando a natureza do estudo, que busca instrumento adequado para solucionar o problema proposto, pode ser qualificada como aplicada «cujo objetivo é adquirir conhecimentos para a solução de um problema específico. Como enfoque de cada sessão, o artigo possui os seguintes objetivos específicos – primeiro, descrever o cenário vigente do sistema de precedente brasileiro, indicando as características mais relevantes do modelo; em seguida, introduzir do leitor alguns conceitos básicos de inteligência artificial, apresentando algumas *learns machines* que já operam no mundo jurídico e, por fim, fazer apontamentos de como a tecnologia pode colaborar no fortalecimento deste sistema, identificando e replicando padrões decisórios e *ratios decidendis*.

O artigo evidencia que o direito jurisprudencial brasileiro de fato ganhou relevância, em decorrência de influências da tradição *common law*, neste sentido, retirou o judiciário de uma situação de sujeição acrítica aos atos do parlamento, garantindo que este poder editasse um rol cada vez maior de normas do caso concreto, com eficácia geral e vinculante.

Porém, não se pode perder de vista que o precedente pátrio não equivale ao instituto desenvolvido nos países de sistema *common law*.

-
- 1 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 8ª edição. Barueri: Atlas, 2022. Pág. 85.
 - 2 MINAYO, Maria Cecília de Souza; GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. Teoria, método e Criatividade. Petrópolis : Vozes, 2013.

O sistema brasileiro está sob constante influencia *civil law*, tradição jurídica na qual, a tendência interpretativa pende para a abstração e para a aplicação da lei em tese, realidade que tem que ser levada em consideração para a escolha dos meios que viabilizem a concretização dos deveres do art. 926, do CPC.

Para essa função a inteligência artificial, por meio das denominadas *learns machines*, demonstrou ser instrumento adequado. Muito embora ainda não se tenha conseguido concretizar a «missão» proposta por Alan Turing³, quanto ao desenvolvimento de uma inteligência artificial de propósito geral, ocorreram avanços no campo da IA que renderam contribuições para a praxe jurídica, como o desenvolvimento do campo de programação de linguagem natural, que permite a máquina analisar documento de textos.

Utilizando-se de inferências e fórmulas estatísticas, o *software* é capaz de encontrar, com alto grau de acurácia, padrões, em julgamentos realizados com base em precedentes, para predizer julgamentos futuros, como é o caso da LexisNexis, ou para replicá-los em processos que o próprio *software* descobre serem semelhantes, função atribuída ao sistema Victor⁴, que ajuda o Supremo Tribunal Federal uniformizando sua jurisprudência e mantendo-a coerente.

3 Notório matemático, responsável por teorizar de maneira inédita a respeito de uma máquina que, programada com um cérebro de criança, fosse capaz de aprender sozinha, dispensando a necessidade de programadores a alimentarem com novas informações e que, além disso, pudesse desempenhar todas as funções realizadas por seres humanos de maneira indistinta. FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

4 Software desenvolvido pelo STF, em parceria com a UNB (Universidade de Brasília), que tem a função de analisar a existência de repercussão geral nos recursos extraordinários protocolados na Corte. Hartmann Peixoto, F. (2020). Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial

É também possível considerar a utilização de *learn machines* no processo de extração da *ratio decidendi* de um determinado julgado, ou seja, é possível imaginar uma máquina que extraia do acórdão, os quais na realidade brasileira são prolatados pelo método *seriatim*, os motivos necessários e determinante para que o Tribunal tenha se posicionado dessa ou daquela maneira. Para isso, é indispensável que a doutrina nacional aprofunde mais a discussão a respeito do tema *ratio decidendi*, e crie elementos objetivos para alcançá-la, sem os quais não será possível traduzir o conceito para a máquina e induzi-la a perseguir o resultado almejado.

Por outro lado, não se vislumbra adequada a utilização da tecnologia para a *formulação* do precedente em si. Como se demonstra neste trabalho de pesquisa, as conclusões finais alcançadas pela *learn machine* decorrem de fórmulas estatísticas, que são influenciadas pela frequência com que se decidiu em determinado sentido, nos dados com os quais ela foi treinada. Tal critério não reflete o método de julgamento dos Tribunais, cujos processos decisórios levam em conta a justiça da decisão, as leis, a proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros elementos, e não a popularidade da decisão.

Assim, se compreende que a inteligência artificial é um importante instrumento à disposição da comunidade jurídica para o fortalecimento do sistema de precedentes, mas sua relação com o jurista não é de sobreposição – ou seja, as *learns machine* não podem substituir juízes. Há sim, uma relação de cooperação, na qual a máquina desempenha atividades corriqueiras que demandam lógica estrita ou repetição, deixando o cérebro humano livre para fazer o que sabe de melhor – criar.

na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira De Inteligência Artificial E Direito - RBIAD*, 1(1), 1–22.

A práxis jurídica brasileira é permeada por uma característica que, muito embora não encontre amparo legal, é bem conhecida por advogados e partes – a insegurança. Tarefa espinhosa que se impõe ao patrono consiste em transmitir ao seu cliente informações a respeito de decisões judiciais que denotem algum grau de segurança jurídica ou estabilidade, isso porque a resposta, no mais das vezes, depende, não só da lei, mas de sua interpretação, que pode oscilar ao alvedrio do juízo sorteado para analisar aquele caso específico. Legítima a frustração do cidadão que espera do Estado um tratamento uniforme e estável e se depara com tratamento anti-isonômico e com alterações repentinas e não justificadas na jurisprudência.

Buscando solucionar problemas dessa ordem, foi instaurado, através da edição da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), o sistema de precedentes brasileiros, privilegiando os valores constitucionais da isonomia e da estabilidade. No entanto, quase oito anos após a promulgação do Código, os juízes ainda relutam em observá-lo, havendo poucos instrumentos que possibilitem a comunidade jurídica fiscalizar, ou ainda, exigir, o cumprimento dos deveres elencados no art. 926 do CPC, que cria para os tribunais a obrigação de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Ao pesquisador jurídico, apesar de ambientado nessa realidade, não é dado normalizá-la. Impende denunciar suas indignidades, bem como apresentar propostas para sua modificação. A essa relevante tarefa se dedica o presente artigo, que busca, não só abrir uma discussão séria e profícua a respeito da importância do fortalecimento do sistema de precedentes brasileiros, mas também apresentar a inteligência artificial como instrumento adequado a esse fim.

O objeto deste artigo consiste na investigação de um meio mais lógico de identificação e replicação de padrões decisórios e *ratios decidendi*, de forma a fortalecer o sistema de precedentes e evitar julgamentos não equânimes ou movidos por subjetivismos dos

órgãos judicantes, tarefa para qual se propõe o uso da inteligência artificial.

O problema de pesquisa proposto é escrutinar se, e em que medida, os softwares baseados em processos de aprendizagem artificial podem auxiliar no desenvolvimento do

sistema de precedentes. Sendo o objetivo geral do trabalho demonstrar que tais softwares, denominados *learns machines*, possuem o potencial de auxiliar o fator humano nessa empreitada, analisando decisões, extraindo *ratios decidendis* e replicando em casos futuros.

A pesquisa partiu da perspectiva de que a Inteligência Artificial (IA) pode solucionar problemas relacionados a dificuldade de implantação e fortalecimento do sistema de precedentes. Assim, valeu-se do método hipotético-dedutivo, descrito por Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, nos seguintes termos:

Portanto, o ponto de partida da pesquisa não é a observação, mas um problema, O crescimento do conhecimento marcha de velhos problemas para novos, por intermédio de conjecturas e refutações.

(...)

Nosso conhecimento consiste no conjunto de expectativas (...). A quebra desta provoca uma dificuldade: o problema que vai desencadear uma pesquisa. Toda investigação nasce de algum problema teórico/prático sentido⁵.

Quanto à natureza do estudo, que busca instrumento adequado para solucionar o problema proposto, a pesquisa pode ser entendida como aplicada «cujo objetivo é adquirir conhecimentos para a solu-

5 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 8ª edição. Barueri: Atlas, 2022. Pág. 123.

ção de um problema específico⁶» e propositiva, portanto, produtora de tecnologia social. Caracteriza-se ainda como pesquisa exploratória, quanto seus objetivos.

Outrossim, adota uma abordagem qualitativa, por ser este o meio mais adequado para a compreensão de temas relacionados à Ciência Social, cuja complexidade não pode ser expressa ou reduzida numericamente⁷.

Ademais, considerando a natureza do estudo, que busca instrumento adequado para solucionar o problema proposto, pode ser qualificada como aplicada «cujo objetivo é adquirir conhecimentos para a solução de um problema específico»⁸.

Se valerá para o levantamento de dados da pesquisa bibliográfica, em livros, periódicos, artigos etc, cuja seleção se dará por meio do levantamento por amostragem por referência⁹, de modo a evitar vieses.

Como enfoque de cada sessão, o artigo possui os seguintes objetivos específicos – primeiro, descrever o cenário vigente do sistema de precedente brasileiro, indicando as características mais relevantes do modelo; em seguida, introduzir ao leitor alguns conceitos básicos de inteligência artificial, apresentando algumas *learns machines* que já

6 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 8ª edição. Barueri: Atlas, 2022. Pág. 85.

7 MINAYO, Maria Cecília de Souza; GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. Teoria, método e Criatividade. Petrópolis : Vozes, 2013.

8 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 8ª edição. Barueri: Atlas, 2022.

9 DIAS, Tereza Fonseca; NICACIO, Camila Silva. (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

operam no mundo jurídico; e, por fim, fazer apontamentos de como a tecnologia pode colaborar no fortalecimento deste sistema, identificando e replicando padrões decisórios e *ratios decidendis*.

1. SISTEMA BRASILEIRO E SISTEMA ANGLO-AMERICANO DE PRECEDENTES: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Atualmente, há uma propensão dos sistemas ligados a tradição do *civil law* ao fortalecimento do direito jurisprudencial, traço que fora classicamente associado ao *common law* «(...) chegando-se até mesmo a se afirmar (...) a vocação do nosso tempo para jurisdição e a doutrina jurídica, ao contrário de outros tempos, em que o movimento pendular se direcionava para (...) a legislação ou a administração»¹⁰.

A virada está associada com o neoconstitucionalismo e a superação do ideário que enxergava a lei como instrumento capaz de construir um direito uno, íntegro e de subordinar o juiz ao seu estrito cumprimento. Nos tempos correntes, incumbe ao juiz não só declarar o direito, como também o constituir, em decorrência do que «(...) há (...) uma valorização dos precedentes judiciais (...)»¹¹.

No Brasil, a guinada em direção ao direito jurisprudencial foi impulsionada pelo judiciário e teve origem nas súmulas¹², técnica interpretativa desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao largo

10 ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 63.

11 CAMPOS, Fernando Teófilo. Precedentes Judiciais. Técnicas de Dinâmica, Teoria e Prática. - 1. Ed. - Curitiba: Appris.(e-book, pág. 1010).

12 «(...) no direito brasileiro, desde a década de 60 do século passado, registra-se nítida tendência de valorização da jurisprudência (...)» (ANDRADE, JÚNIOR, 2021, pág. 68.)

de qualquer previsão legal, através de alterações em seu regimento interno, ainda em 1963¹³. Apenas dez anos após esse primeiro passo, sobreveio previsão de índole legal, realçando ainda mais a importância do direito jurisprudencial – o Código de Processo Civil de 1973 previu expressamente, entre seus artigos 476 a 479, a necessidade de todos os tribunais criarem súmulas de acordo com seus regimentos internos.

Súmulas não são precedentes, «(...) se prestariam, quando muito, a servir como ‘indicativo’ da existência do precedente (...)»¹⁴. Diversamente da técnica que deve ser adotada na criação de um precedente, a tese sumular é construída em moldes que mais se aproximam de um enunciado normativo e, enquanto os precedentes são prenhes de fatos jurídicos concretos, a súmula tende a abstração. Ainda assim, seu desenvolvimento e vasto uso pelos tribunais é um demonstrativo de como a práxis forense principiava a devotar atenção a necessidade de uniformização da jurisprudência, objetivo também perseguido pelo precedente.

Uma segunda etapa rumo a consolidação do sistema de precedentes foi marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta, ao dispor sobre um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que conjuga, de um lado, o modelo europeu de controle concentrado e abstrato, e de outro, o controle difuso e concreto de inspiração norte americana, atribuiu bem mais prestígio a

13 «(...) a partir deste marco (...) o STF edita 370 súmulas, todas aprovadas na sessão plenária de 13.12.1936 (...) chegando (...) nas décadas de 1970 (...) até a súmula 621. ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 66.

14 ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 25.

atividade judicante, desatando as amarras que limitavam a atuação do judiciário ao cumprimento acrítico da lei.

Exemplos da força repaginada das decisões judiciárias podem ser encontrados na criação de novos modelos de ações abstratas de constitucionalidade, no alargamento do rol de autoridades competentes para propô-las e na eficácia vinculante e geral das decisões exaradas nessas ações. Mencione-se ainda a possibilidade de o Senado, em deferência à decisão do Supremo Tribunal Federal, suspender a execução da lei declarada inconstitucional, em controle concreto de constitucionalidade»¹⁵ e a figura da súmula vinculante criada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Com tais inovações, a Constituição brasileira, aproximou as funções dos juízes brasileiros, daquelas atribuídas aos juízes oriundos de sistemas de tradição *common law*. Historicamente, no *civil law*, propalava-se a ideia de que o judiciário deveria possuir conduta mais passiva em relação às leis (...) se dizia que ao juiz cabia apenas expressar as palavras ditadas pelo legislador, o direito era concebido unicamente como lei (...)»¹⁶. Já a doutrina do *common law* sempre defendeu como possível uma postura mais proativa. Segundo Marinoni, a eles era permitido uma «(...) espécie de controle dos atos do Parlamento (...)», sendo «(...) possível daí (...) extrair a noção de que o poder ju-

15 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 32.

dicial, no *common law* primitivo era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição»¹⁷.

Assim, o fortalecimento dos meios de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988, cimentou a construção para o estabelecimento de um futuro sistema de precedentes e pode ser interpretado como uma influência do *common law* no Brasil.

Foi, no entanto, com a edição do Código de Processo Civil de 2015 que instituiu um verdadeiro sistema de precedentes¹⁸. No dicionário, o termo «sistema» denota a «reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado»¹⁹. O conceito parece servir adequadamente para o contexto – instituir um sistema de precedente é, de fato, desenvolver uma estrutura estável e íntegra de julgados nacionais, organizados de forma coerente e que guardam conexão lógica entre si.

Como aponta a doutrina a intenção do legislador constituir um sistema de precedente é constatável, não só pela considerável ampliação do rol de precedentes vinculantes (art. 927, do CPC), mas também «(...) porque o novo CPC traz um conjunto normativo que disciplina (...) a aplicação (p.e., art. 489, §1º, inciso V, do NCPC) e a

17 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 32.

18 «(...) no direito brasileiro, o atual CPC seguiu de perto tal orientação e se alinhou a uma tendência geral observada mesmo nos sistemas civil law, e engendrou um sistema de precedentes visando a assegurar a integridade e coerência da jurisprudência (...)» ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pag. 65.

19 Disponível em <https://www.dicio.com.br/sistema/>, acessado dia 18.11.2022.

superação do precedente (p.e. §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC)»²⁰, além de criar para os tribunais a obrigação de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926).

Aliás, originalmente, durante a fase de tramitação do então projeto de lei, todos estes artigos estavam incluídos em capítulo específico denominado «Do Precedente Judicial», no entanto, «(...) o Senado (...) não aceitou parte das alterações feitas, suprimindo o capítulo proposto, a despeito de tê-lo reaproveitado parcialmente»²¹. Nada obstante, apesar de o tema não contar com um tópico específico no Código de Processo Civil, não se pode ignorar a existência de um arcabouço legal fortemente influenciado pela doutrina oriunda de países de *common law*, que visa implementar uma nova metodologia a ser aplicada na criação e replicação do direito jurisprudencial brasileiro.

Porém, ao estudar o sistema de precedentes brasileiros, não se pode supor a equivalência entre este e aqueles advindos dos sistemas de países ligados a tradição *common law*, que lhe serviram de inspiração²². O Brasil, ainda que tenha absorvido certas influências anglo-a-

20 CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. Revista da EMERJ, v. 20, n 2, p. 312-324, disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/124452>, acessado dia 20.11.2022. pág. 01.

21 RONCHI, Renro Giacomo. Em busca de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente: análise do art. 926 do Código de Processo Civil. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11307/1/26%20-%20Cap.%204%20-%20Em%20busca%20de%20uma%20jurisprud%3AAncia%20%3ADntegra%2C%20est%3A%20vel%20e%20coerente.pdf>. Acessado dia 31.11.2022.(pág. 02)

22 (...) é fundamental compreender que não há uma perfeita correspondência entre os binding precedents norte-americanos e os precedentes vinculantes brasileiros. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível

americanas, segue ligado à tradição *civil law*, o que pode explicar certos aspectos do sistema de precedente brasileiro.

Caracteriza um traço distintivo do sistema brasileiro em face do direito comparado, mais especificamente do direito norte americano, o modo como o judiciário replica os seus precedentes, desconectando-os do contexto factual argumentativo no qual foi criado. Nos países de tradição *common law*, a replicabilidade de uma decisão pretérita está intrinsicamente ligada à sua *ratio decidendi*, são os *motivos de decidir* que se aplicam aos casos futuros, o que implica dizer que a parte mais importante do julgado se encontra na sua fundamentação e não tanto no seu dispositivo.

Conceitua-se *ratio decidendi* como «os motivos determinantes» da decisão, a parte do julgado que «presume-se (...) discutida e aprovada por todos os juízes integrantes do órgão (...)»²³, sendo «(...) a parcela (...) da decisão que irradia eficácia prospectiva (...)»²⁴, ou seja, é a parcela essencial do julgado e a que determina a replicação deste em casos posteriores, por meio de raciocínio analógico.

Na doutrina americana, não há consenso quanto a extensão da *ratio decidendi*, havendo duas correntes que buscam delimitá-la. Para o método fático-concreto «(...) é menos relevante o raciocínio jurídico ou o fundamento utilizado pela Corte para decidir, a *ratio decidendi*

em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 269.

23 ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 79.

24 MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017., pág. 59.

prende-se mais fortemente aos fatos, e não a tal fundamento e (...) tende a ser menos ampla»²⁵. Adotando o método fático-concreto, apenas às demandas muito similares são aplicados os precedentes.

Já para o método abstrato-normativo a aplicação do precedente não exige similitude de fatos, pois o que se espria são os argumentos e raciocínios jurídicos da decisão anterior. A teoria leva em conta «(...) não apenas os fatos específicos da demanda em exame, mas também aqueles enquadráveis em uma mesma categoria de similitude»²⁶.

Tomemos de exemplo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça encartado no verbete de súmula 130, segundo o qual «a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.» Nos acórdãos que serviram de referência para o enunciado, foi dito que²⁷:

Depositado o bem móvel (veículo), ainda que gratuito o estacionamento, se este se danifica ou é furtado, responde o depositário pelos prejuízos causados ao depositante, por ter aquele agido com *culpa in vigilando*, eis que é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence. (art. 1.266, 1ª parte, do Código Civil)²⁸.

25 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 270.

26 *Idem*, pág. 270.

27 https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf.

28 Recurso Especial n. 4.582-sp (90.0007980-2).

Ao analisar um processo posterior a edição da súmula, o Superior Tribunal de Justiça negou-lhe aplicação a um caso de roubo ocorrido no estacionamento externo e gratuito do estabelecimento²⁹. Note-se, fosse aplicada a doutrina estrangeira à hipótese, poder-se-ia afirmar que o método fático-concreto teria sido aquele eleito, sendo que a não identidade entre o crime de furto e roubo teria sido a circunstância preponderante, autorizativa da não reaplicação do raciocínio sumulado.

Por outro lado, teríamos a aplicação do método abstrato normativo, se a razão da não incidência da súmula fosse fundada na inexistência de *culpa in vigilando*. Neste caso, a súmula não se aplicaria ao caso de roubo, mas se aplicaria a outros completamente diversos, gerando o dever de indenização, desde que configurada a *culpa in vigilando* do estabelecimento.

Não é possível afirmar, porém, que, para chegar às conclusões acima sintetizadas, a Corte de Justiça tenha de fato se valido das teorias a respeito da *ratio decidendi*, já que é comum que a replicação, ou a não, de precedentes, mormente aqueles cujos *dispositivos* se encontram sumuladas, se dê abstratamente. Conforme explica Patrícia Perrone, a lógica percorrida por um juiz estadunidense, é diferente daquela que segue o brasileiro. Enquanto, naquele país a incidência, ou não, do precedente «é identificada pelo juiz por um raciocínio indutivo que se desenvolve do particular para o geral»³⁰, aqui o racio-

29 STJ. 2ª Seção. EREsp 1.431.606/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/03/2019 (Info 648).

30 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v.13, n 03, 2016, p. 264- 281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 271.

cínio é dedutivo, partindo, não de elementos do caso concretos, mas de uma norma abstrata, «(...) a aplicação do direito é pautada por teorias hermenêuticas que orientam e/ou justificam a atribuição de significado ao texto»³¹.

Ainda que instaurado um sistema de precedentes no país, «(...) o sistema brasileiro de normatização via decisões judiciais formou-se, evoluiu e consolidou-se segunda a técnica da súmula ou tese que melhor se adaptou ao direito judicial dos países de civil law»³², institutos jurídicos que consistem em enunciados gerais e abstratos. Por outro lado, no que diz respeito ao precedente em si, também se observa, pela necessidade de edição de teses de jurisprudência³³ – art. 984, § 2º, do CPC e art. 1.039 do CPC, uma inclinação à abstração.

A propósito, a propensão a interpretar os precedentes de forma apartada do contexto fático e argumentativo que os produziu, é tão clara que o Supremo Tribunal Federal, mesmo após a superveniência do Código de Processo Civil tem julgado reiteradamente que «(...) no controle abstrato, apenas o dispositivo do julgado produz eficácia vinculante e geral»³⁴. Em outras palavras, os argumentos e fundamen-

31 Idem, pág. 71.

32 ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 26.

33 (...) no atual incidente de resolução de demandas repetitivas, concebido com o fim específico de editar norma judicial vinculante, o resultado programa se identifica com o enunciado de uma tese jurídica (art. 984, § 2º, CPC). (...) Também nos julgamentos de recurso especial e extraordinário repetitivo a técnica é a mesma: o tribunal unificador da jurisprudência firmará uma tese (art. 1.039, CPC). ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 26.

34 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado*. Revista

tos jurídicos, os chamados motivos determinantes, termo que guarda «(...) muita proximidade com o conceito de *ratio decidendi* (...)»³⁵, não tem eficácia transcendentales e, portanto, não precisam ser seguidos pelos demais juízes. O que faz coisa julgada é a conclusão do dispositivo, que aparentemente deve ser interpretado como se norma de origem parlamentar fosse³⁶.

A jurisprudência em questão diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, decorre da análise que determinados Tribunais fazem da norma em tese, independentemente de qualquer relação concreta subjacente, possibilidade que por si só já constitui outra relevante distinção entre sistema brasileiro e norte americano, «(...) o precedente brasileiro não necessariamente nasce de um litígio concreto»³⁷.

de Direito Internacional, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 272.

35 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 272.

36 Entende-se que o posicionamento da Corte Suprema, contrário a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas em controle abstrato, merece revisão, não porque desafia qualquer doutrina estrangeira que, de mais a mais, não limita o direito pátrio, mas porque o referido entendimento vai de encontro ao art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, que exige coerência entre os julgados.

37 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023. Pág. 271.

Há, portanto, certa predisposição do direito brasileiro, tanto o legislado quanto o jurisprudencial, a privilegiar uma interpretação em tese, seja da lei ou do precedente, particularidade esta que pode ser atribuída à cultura jurídica ligada ao *civil law*, e que constitui inclinação oposta àquela observada nos países de *common law*.

Outra característica do sistema jurídico brasileiro que influi no método de criação de precedentes – diferenciando-os daquele arquétipo oriundo do *common law* – consiste na técnica aplicada pelos nossos tribunais na prolação dos acórdãos, dos quais será extraída a norma do caso concreto. As cortes brasileiras se valem da chamada deliberação *seriatim*, «(...) modelo agregativo de votos em que são somadas as conclusões dos votos proferidos (...)», ignorando-se, contudo, «(...) a questão da convergência de fundamentação entre os membros do tribunal (...)»³⁸.

O problema deste esquema de votação exsurge quando considerado o fato de que a existência de uma *ratio decidendi* pressupõe a discussão e concordância da Corte a respeito dos fundamentos da decisão³⁹. Nos Estados Unidos, a identificação da *ratio decidendi* é tarefa mais lógica, vez que lá, o modelo de votação adotado é aquele denominado *per curiam*, por meio do qual o acórdão é produzido através da «(...) coesão e diálogo interno dos membros que constroem um consenso majoritário, a fim que seja expresso um

38 MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Pág. 169.

39 ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021, pág. 79.

entendimento referendado pelo tribunal, unanimemente ou majoritariamente»⁴⁰.

Como se vê, o direito jurisprudencial brasileiro ganhou relevância no ordenamento pátrio, tendo sofrido muitas influências dos sistemas jurídicos ligados à tradição *common law*, neste sentido, retirou o judiciário de uma situação de sujeição acrítica aos atos do parlamento, garantindo que este poder editasse um rol cada vez maior de normas do caso concreto, com eficácia geral e vinculante.

Porém, não se pode perder de vista que o precedente pátrio não equivale ao instituto desenvolvido nos países de sistema *common law*. Tanto na lei como na prática vivenciada nos últimos oito anos de vigência do CPC/2015, abundam exemplos de como a vinculação à tradição do *civil law* imprimiu particularidades marcantes na criação, extração e replicação da *ratio decidendi* nos julgados brasileiros, fato este que deve ser considerado para o desenvolvimento de qualquer tecnologia que objetive o fortalecimento desse sistema.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O MUNDO JURÍDICO

Ao analisar o tema proposto pelo presente artigo, uma dúvida pode surgir logo de imediato – como compatibilizar o raciocínio jurídico, mormente aquele característico do pós-positivismo, com algoritmos? Conseguiria a inteligência artificial aprender a pensar como um jurista? Para responder a tal indagação, permite-se uma digressão

40 MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, pág.74.

– é fato que o raciocínio jurídico se baseia em «(...) argumentação normativa combinada com figuras de linguagem; a indução racional combinada com a percepção sobre documentos (...), e nuances teleológicas do conteúdo normativo com construção (...) abstratas (...)»⁴¹.

Ademais não se pode negar que a ‘jurisprudência mecânica’ corrente cujos «(...) adeptos (...) acreditam que a lei predetermina as decisões judiciais e que, portanto, seu sentido pode ser compreendido independentemente da prática dos tribunais», foi totalmente desacreditada⁴². O jurista parece ter se dado conta que «(...) a complexidade de certos processos inviabiliza a redução de suas causas a um modelo determinístico»⁴³. Encontra mais aceitação o ‘realismo jurídico’, doutrina que escancara «(...) o papel criativo das cortes na formação do Direito,» e que, portanto, conclama os aplicadores a lidar com a possibilidade de mais de uma interpretação «correta»⁴⁴.

Ao contrário do que muitos podem extrair dessa realidade, fato é que a incerteza que permeia a atividade interpretativa não é motivo para afastá-la dos influxos da inteligência artificial, sob a justificativa de que ela funciona por meio da aplicação de inferências e fórmulas estatísticas.

41 BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Racionalidade no Direito: Inteligência Artificial e Precedentes. 1. Ed. – Curitiba: Alteridade, 2020, pág. 18.

42 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Pág. 444.

43 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pág. 407.

44 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pág. 466.

O direito não está sozinho ao enfrentar a contingência, ao contrário – «(...) o modelo clássico de ciência germinado na antiguidade grega, que repudia a incerteza e admite apenas um saber associado à verdade absoluta, foi gradualmente substituído por um modelo estocástico, que aceita a variabilidade»⁴⁵. Essa transição ocorreu – e revolucionou – até mesmo a astronomia e a física, «bastiões do pensamento científico clássico (...)»⁴⁶, ou seja, nem mesmo as ciências exatas, historicamente ligadas ao determinismo, são tão exatas, esses ramos do conhecimento também não se propõem a apresentar leis universais e imutáveis:

«Invés de leis naturais, temos modelos probabilísticos. Ao invés de relações causais determinísticas, temos índices de correlação e regressão. E ao invés de resultados certos, temos frequências de distribuição de possíveis resultados»⁴⁷. À essa mudança de paradigma que altera o objetivo do mundo científico, que deixa de procurar verdades absolutas, para apenas *errar* menos, muitos historiadores têm chamado de Revolução Estatística, termo que descreve o movimento pelo qual «(...) métodos estatísticos gradualmente passaram a ser utilizados em todos os campos do conhecimento, incluindo os bastiões do pensamento científico (...)»⁴⁸, para gerenciar incertezas.

45 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pág. 466.

46 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pág. 413.

47 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pág. 413.

48 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Pág. 413.

Assim, negar a possibilidade de aplicações de métodos estatísticos ao direito, porque o direito não seria ‘exato’, é uma incoerência – a estatística também não o é. Ademais, conforme será demonstrado nas próximas linhas, já existem diversas contribuições concretas da inteligência artificial para o mundo jurídico.

2.1. *O que é Inteligência Artificial e do que essa ferramenta é capaz?*

O termo inteligência artificial não é um consenso sequer no meio da ciência computacional⁴⁹, mas é possível dizer com segurança que um dos primeiros a tratar sobre o tema foi o matemático Alan Turing, que, de forma inédita, aventou a possibilidade de «(...) em vez de organizarmos e inserimos toda a informação disponível em computadores, os programássemos como o cérebro de uma criança, com capacidade autônoma de aprendizado»⁵⁰.

Para Turing a inteligência artificial seria encontrada em máquinas capazes de *aprender* e de mimetizar o comportamento humano de forma tão similar que, ao conversar com um interrogador humano, este não seria capaz de descobrir a natureza não humana de seu interlocutor⁵¹. Para passar neste teste o computador precisaria possuir as seguintes habilidades:

49 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 09.

50 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021,, pág. 09.

51 BOEING. Daniel Henrique Arruda. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário*. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022

(...) processamento de linguagem natural (*natural language processing*) (...) representação de conhecimento (*knowledge representation*): para armazenar seus conhecimentos; raciocínio automatizado (*automated reasoning*): para responder questões e chegar a novas conclusões a partir do conhecimento acumulado e, aprendizado de máquina (*machine learning*): para se adaptar a novas circunstâncias e detectar padrões. Tais disciplinas, junto com a robótica e a visão computacional, formam boa parte do que hoje é entendido como inteligência artificial⁵².

Assim Turing teorizou a respeito de máquinas de inteligência *geral*, ou seja, «(...) dotadas de bom senso e capacidade real de aprender, raciocinar e planejar a superação de desafios complexos de processamento de informação em uma vasta gama de domínio naturais e abstratos⁵³. Essa tecnologia, contudo, ainda não existe, estima-se «(...) ainda hoje (...) que máquinas inteligentes surgirão dentro de duas décadas»⁵⁴. O que é possível, pelo menos até o atual estágio, é o desenvolvimento de inteligência artificial *fraca*, dotada de capacidade intelectivas específicas.

A respeito disso, algo importante a ser aprendido para a compreensão do assunto é a diferença entre inteligência artificial forte e fraca. A inteligência artificial forte é aquela teorizada por Turing, de

52 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022 pág. 17.

53 BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018. (pág. 31).

54 BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018. Pág. 31.

propósito geral, ou de nível humano, «(...) refere-se a um computador que consegue desempenhar qualquer tarefa intelectual que um humano seja capaz de fazer»⁵⁵, por outro lado, a inteligência artificial do tipo fraco destina-se a tarefas específicas e, muito embora as desempenhem primorosamente «(...) geralmente melhor que os seres humanos (...) não conseguem fazer nada além daquela tarefa»⁵⁶.

Como dito, o desenvolvimento da inteligência artificial forte é um feito ainda não alcançado, até agora «(...) a IA tem tido sucesso (...) em fazer essencialmente tudo o que requer ‘pensar’, mas tem falhado em fazer a maior parte daquilo que as pessoas fazem ‘sem pensar’(...) isso de alguma forma, é muito mais difícil»⁵⁷. Tal dificuldade parece sugerir que as atividades decisórias e comportamentais humanas sobre as quais não foi possível definir parâmetros por meio de critérios objetivos, aquelas que os humanos desempenham no «talento» ou na «intuição», ainda não podem ser replicadas pela máquina⁵⁸.

55 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 18.

56 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 18.

57 BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018.

58 «(...) a racionalidade humana é voltada a um ambiente bastante específico e decorre de um processo biológico evolutivo a racionalidade, concebida de maneira abstrata, possui raízes matemáticas bem definidas e pode prescindir de pensamento, não se limitando a tão somente regras e inferência. (BOEING, 2019, pág. 17)

Ademais, outra dificuldade encontrada é o desenvolvimento de «senso comum» e compreensão de linguagem natural, aliás o desenvolvimento de tais habilidades «(...) é um problema de 'IA-completo', significando que a dificuldade de solucionar esses problemas equivale à dificuldade de se construir máquinas com inteligência geral de nível humano»⁵⁹.

Por outro lado, ainda que não exista uma tecnologia artificial de nível humano, não se deve ignorar os impressionantes feitos da tecnologia artificial denominada *fracá*. O mais eminente desses avanços são as chamadas *learns machine*, softwares com capacidade de aprendizado. Essas ferramentas são, em síntese, máquinas capazes de «(...) aprender a partir de *dados* anteriores, com o objetivo de fazer o maior número possível de previsões corretas em novos dados, ainda não classificados»⁶⁰. Ou seja, as *learns machines* são máquinas capazes de utilizar fórmulas estatísticas para, através da análise de dados, prever comportamentos – ou decisões – futuras.

Para aprender, a máquina demanda uma quantidade significativa de dados, que podem ou não ser previamente tratados pelo ser humano: quanto mais dados analisados mais precisas serão as previsões da máquina. Felizmente, a comunidade internacional tem hoje à sua disposição o que convencionou-se chamar *big data* – graças ao potencial de armazenamento dos computadores. No ano de 2021, concluiu-se que a cada dois anos a sociedade produzia tantos dados

59 BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018., pág. 46.

60 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 19.

quanto os disponíveis desde o advento da civilização até 2003, e a perspectiva naquele ano era de que a mesma quantidade de dados seria produzida a cada duas horas⁶¹.

Necessário fazer um adendo – muito embora até aqui tenha se usado do termo «máquina», isso não deve levar o leitor a associar a tecnologia de *learn machine* com a figura de robôs humanoides, «(...) estes seriam apenas a carcaça que abriga os softwares que executam IAs»⁶². Para uma compreensão mais acurada do tema, seria mais válido conectar a ideia de *learn machine* com o conceito de software, ou, melhor, de *algoritmo não programado*.

Simplificadamente, os algoritmos são «instruções que dizem a um computador o que fazer»⁶³. Por exemplo, quando o programa «word» da Microsoft apresenta na tela um «x» (output), quando usuário pressiona essa letra no teclado, ele está apenas obedecendo uma ordem que faz parte de um *manual* composto de muitas outras ordens, que é o seu algoritmo. Os algoritmos podem ser do tipo programados e não programados⁶⁴. Os programados «(...) têm todas as suas etapas de programação definidas pelo programador (...)», a maioria dos programas utilizados são desse tipo.

61 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (pág. 23).

62 BOEING. Daniel Henrique Arruda. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário*. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 18.

63 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 76.

64 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 77.

É o segundo tipo que interessa para o presente estudo, eles são o que se denomina de *learns machines*. Tais programas, dispensam que o programador defina cada raciocínio que será desempenhado, «(...) carrega-se nele a informação (*input*), bem como o resultado desejado (*output*), e o algoritmo fica encarregado de descobrir como (...) chegar ao output, o que faz por tentativa e erro»⁶⁵. Os softwares não programados têm a capacidade de descobrir os caminhos a serem percorridos entre o input e o output, através de raciocínios estatísticos, mais ainda, possuem também habilidade de comparar a eficácia entre os dois caminhos encontrados, reforçando a fórmula mais eficaz⁶⁶.

O processo de aprendizado da máquina pode ser exemplificado por meio de um software cuja função é diferenciar fotografias de gatos e cachorros. Para *treinar* o programa, carrega-se na máquina imagens de gatos e imagens de cachorros, sendo que, em uma etapa inicial, cada uma dessas fotografias é etiquetada com os nomes «cachorro» ou «gato». Se forem carregados dados suficientes, «(...) eventualmente o programa começará a reconhecer as várias características de cada animal, gatos têm caudas maiores, cachorros são geralmente mais peludos (...)»⁶⁷. Assim, em um segundo momento, o software

65 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 77.

66 «(...) através do machine learning pode-se criar programas que buscam padrões e aprimoram seu desempenho através de testes, após múltiplas repetições, e que fazem ajustes de forma automática. Em termo matemáticos, trata-se de encontrar e otimizar uma função (...)». (BOEING, 2019, pág. 22).

67 «(...) eventually the program starts recognizing various characteristics of each animal, e.g., cats have long tails, dogs are generally more furry (...)». MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. *Using Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*.

será capaz de diferenciar as imagens de gatos e cachorros, mesmo que não etiquetadas.

As *learns machines* já tem contribuído bastante para a prática jurídica, em decorrência dos avanços promovidos pela ciência computacional, que colocam em xeque o posicionamento tradicional a respeito da total incompatibilidade entre direito e IA. Uma tecnologia que merece destaque por auxiliar na aproximação entre o mundo jurídico e a IA é o processamento de linguagem natural (PLN). Como já afirmado, o PLN busca resolver um dos problemas a serem enfrentados em prol do atingimento da inteligência artificial forte, teorizada pelo citado autor Turing.

Estudar PLN é dedicar-se à compatibilização da linguagem computacional com a humana. Ocorre que, a linguagem humana não se pretende sistemática, ela é contraditória e se ressentida de padrões, estando a todo momento evoluindo através da reorganização e criação de novas regras, que invariavelmente comportam numerosas exceções, ou seja, a tarefa de interpretá-la por meio de cálculos matemáticos sempre foi espinhosa, e tornou-se ainda mais com o advento «(...) da internet e os aplicativos de mensagens instantâneas revolucionaram a forma de escrever (...) passaram a utilizar símbolos e imagens em substituição a algumas palavras e reduziram (...) ainda mais as palavras (...)»⁶⁸.

A linguagem natural nem sempre é lógica ou coerente. Por outro lado, os softwares demandam essa coerência, já que para o fun-

Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023.

- 68 SILVA, Flávio Ferreira da. *Machine Learning: metodologia de mineração automatizada com dados das redes sociais e processamento da linguagem natural*. São Paulo: Dialética, 2021, pág. 32.

cionamento ideal da máquina exige-se «(...) racionalidade e desenvolvimento de técnicas que cooperem para a produção de soluções logicamente válidas e coerentes, que resolvam, com qualidade, os problemas que enfrentamos»⁶⁹.

O «processamento de linguagem natural», é a atividade que consiste «(...) no desenvolvimento de métodos computacionais para análise, manipulação ou codificação de informações expressas em linguagem natural»⁷⁰. Conforme explica Boeing, nessa tarefa os «algoritmos estabelecem relações entre *features* (...) e um resultado (*outcome*)»⁷¹. *Features* são características do documento que podem ser usadas para classificá-lo, tais como «(...) tipo, quantidade e posição de termos empregados, tipos de construções gramaticais, informações semânticas e sintáticas e assim por diante»⁷². O PLN busca, dentro dessas características (*features*), elementos que sejam relevantes – necessários ou suficientes – para a ocorrência de determinado resultado (*outcome*). Se for exitoso e conseguir encontrar alguma relação, então, através de inferências, ele poderá aplicar isso a operações futuras.

69 SAID, Ricardo. Curso de Lógica de Programação. São Paulo: Digerati Books, 2007 (pág. 06).

70 SILVA, Flávio Ferreira da. Machine Learning: metodologia de mineração automatizada com dados das redes sociais e processamento da linguagem natural. São Paulo: Dialética, 2021, pág. 38.

71 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 27.

72 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 27.

«Nos termos do exemplo gato-cachorro, *features* de cada uma das fotos seriam o comprimento da cauda tomada em proporção com o tamanho do corpo do animal, ser peludo ou não, o número de pernas etc. A *learn machine* determinará quais *features* são mais importantes para a classificação»⁷³.

Por outro lado, no contexto de uma análise de texto *features* podem ser (...) todas as palavras separadas, ou pequenos períodos de palavras»⁷⁴. Incumbe ao programa determinar quais dessas palavras ou sequências têm o poder de influir na decisão e quais são irrelevantes.

Para que o algoritmo possa desempenhar essa tarefa, é preciso primeiro tratar o texto, e para isso utiliza-se de alguns instrumentos, apenas para exemplificar, podemos citar o *stop words* e a tokenização. Os *stop words* são palavras que se repetem excessivamente no texto, mas que não acrescentam nada no trabalho de inferência entre *features* e *outcome*, tais quais «a», «o», «de», «e» etc. Já o processo de tokenização, ocorre através do agrupamento de termos vizinho e tem por objetivo «(...) definir o sentido em que uma palavra foi utilizada no

73 In terms of the cats-and-dogs example, features of each Picture would be the length of a tail as a proportion of the total body length, being furry or not, the number of legs, etc. The machine learning program then will determine which features are the most important for classification (...)» MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023. Acessado dia 15/04/2023, pag. 249.

74 is possible to use manually created features (...) we may also use automatically selected features, such as those which simply contain all separate words, or short consecutive sequence of words. MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023, acessado dia 15/04/2023. pag. 249.

texto, tal como sua classificação morfológica (...) ou sintática (...)»⁷⁵. Algumas aplicações desse processo são apresentadas por Boeing:

Tais algoritmos têm por fim realizar uma classificação ou predição. Como exemplos de classificação, pode-se distinguir entre documentos relevantes e irrelevantes para um determinado caso, diferenciar trechos de decisões judiciais (e.g relatório, fundamentação e dispositivo de uma sentença), identificar estruturas argumentativas em documentos legais, bem como indicar a pertinência de um processo a um determinado tema de repercussão geral ou recurso repetitivo. Com relação à predição, poder-se-ia utilizar o aprendizado de máquina para indicar a probabilidade de êxito de uma determinada ação, comparando processos similares ou levando em conta o histórico de decisões de um determinado juiz ou tribunal⁷⁶.

A tais procedimentos já foram dadas aplicações práticas concretas. Medvedeva, Vols e Wieling promoveram investigações para tentar prever as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, através de palavras ou termos (*features*), existentes em julgados anteriores. Conforme explica os autores, «(...) o objetivo do (...) estudo é determinar o padrão é específico para «violação» ou «não violação» de um artigo em particular da Convenção»⁷⁷, e, neste processo, conse-

75 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 28.

76 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 30.

77 «(...) the goal of our study is to determine the patterns that are specific for a «violation» or «no violation» of a particular article of the Convention.» MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using

guiu apresentar resultados de 75% de acurácia⁷⁸. Outro exemplo de *machine learnig* que já opera no meio jurídico é a Lex Machina, *learn machine* desenvolvida pela empresa LexisNexis, «(...) com o objetivo de estabelecer a probabilidade de sucesso em uma demanda judicial com considerável grau de precisão – maior que aquele previsto por um advogado, por exemplo»⁷⁹.

Assim, muito embora ainda não tenham conseguido concretizar a «missão» proposta por Alan Turing, quanto ao desenvolvimento de uma inteligência artificial de propósito geral, ocorreram muitos avanços no campo da AI que renderam contribuições práticas para o mundo, incluso juridico. Cabe agora verificar em que medida, a tecnologia pode ser utilizada especificamente no fortalecimento do sistema de precedentes.

2.2. *O caso Victor e a análise de repercussão geral do recurso extraordinário*

Entre as hipóteses de julgados que, segundo a lei brasileira, possuem o condão de gerar um precedente vinculante encontra-se o re-

Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023, pag. 247.

78 «with an average accuracy of 75% in predicting the violation of 9 articles of the European Convention on Human Rights our (relatively simple) approach highlights the potential of machine learning approaches in the legal domain. MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023, pag. 237.

79 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pag. 211.

curso extraordinário (art. 927, III, do CPC)⁸⁰. O recurso extraordinário veicula matéria constitucional, sendo cabível contra decisão de última ou única instância e é direcionado ao Supremo Tribunal Federal (STF), a quem compete julgá-lo nos moldes do art. 102, III, da CF/88.

De acordo com a doutrina de Marinoni e Mitidiero, o atual recurso extraordinário «(...) encontra seu ponto de partida no recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça (...)»⁸¹, mas recebeu influxos do *common law*, os quais determinaram, primeiramente, uma mudança «(...) no modo com que o controle é exercido: enquanto o recurso de revista (...) viabiliza o controle mediante *cassação* da decisão, o recurso extraordinário (...) possibilita-o mediante a sua *revisão*»⁸², e, segunda-mente, uma alteração na função do recurso, que, a partir da promulgação da CF/88, deixou de ser um «(...) controle reativo e retrospectivo fundado no *jus litigatoris* para a viabilização de uma interpretação proativa e prospectiva radicada no *jus constitutionis*, bem como na produção de jurisprudência uniforme para a formação de precedentes»⁸³.

80 (...) é perfeitamente possível que um precedente tenha origem em um recurso extraordinário ou em um recurso especial não repetitivo. Sendo pervasiva a oportunidade de formação de precedentes nas Cortes Supremas, determinadas regras constantes tão somente da disciplina dos recursos repetitivos devem ser aplicadas aos recursos extraordinários e aos recursos especiais em geral.» MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (ebook, pág. 7603).

81 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (ebook, pág. 2650).

82 Idem, (pág. 2702).

83 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (ebook, pág. 2735).

Portanto, o recurso extraordinário, com sua roupagem atual, destina-se não apenas a resolver o conflito do caso concreto levado a conhecimento da Corte, mas uniformizar a jurisprudência do resto país a respeito de questões que envolvam interpretação da Constituição, servindo também de vetor para a função nomofilática do Tribunal.

A função do recurso extraordinário que, na visão de Marinoni e Mitidiero, volta-se ao *jus constitutionis*, e não tanto para a solução dos litígios entre as partes, desagua na exigência de que sejam processados recursos cujos objetos não se limite aos interesses dos litigantes, ou seja, é necessário que «(...) a questão enfrentada (...) extrapole o caso concreto (...)»⁸⁴, justificando a criação de um precedente a respeito do tema. Portanto, é a função normativa do recurso que justifica o art. 1.035, do CPC, o qual impõe ao recorrente o dever de demonstrar a repercussão geral do recurso.

A repercussão geral do recurso é, assim, a transcendência dos interesses partes e pode ser analisada sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (art. 1.035, § 1º, do CPC). Compete ao Supremo Tribunal Federal determinar se o recurso extraordinário possui ou não repercussão geral, analise está que ocorre após o juízo de admissibilidade pelo relator, sendo necessário um quórum de dois terços dos membros para inadmitir a peça por descumprimento do requisito (art. 102, § 3º, da CF/88).

Uma vez que a Suprema Corte entenda haver repercussão geral, o relator do recurso «determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes (...) que versem sobre a questão (...)»

84 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, (ebook, pág. 5403).

(art. 1.035, § 5º, do CPC). Acaso algum processo tenha sido suspensão de maneira indevida, cabe a parte prejudicada demonstrar a distinção «entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no extraordinário afetado» (art. 1.037, § 9º, do CPC), por meio de requerimento a ser apresentado nos moldes do art. 1.037, § 10, do CPC). Por outro lado, «a decisão que nega a existência de repercussão geral tem eficácia para além do processo, valendo para todos os recursos que versem sobre idêntica controvérsia (art. 1.035, § 8º do CPC), caso em que, a Presidência ou relator do recurso similar poderão inadmiti-lo sumariamente.

A análise acerca da repercussão geral, aqui tratada, não é uma decisão meritória, mas tem eficácia normativa sobre todos os outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria, ou determinando a suspensão destes – quando aquela for positiva –, ou ainda causando suas inadmissões, quando inexistir repercussão geral.

A exposição acerca do processamento do recurso extraordinário se fez necessária para a melhor compreensão da funcionalidade do sistema Victor, exemplo de *learn machine* utilizada para a *reprodução* de precedentes, advindos do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário realizado pela Suprema Corte, ao analisar a presença, ou não, de repercussão geral em um recurso extraordinário representativo.

O sistema, desenvolvido pelo STF, leva o nome do Ministro Victor Nunes Leal, e «(...) visa examinar os recursos extraordinários apresentados ao STF para definir se as causas possuem ou não repercussão geral (...)»⁸⁵. O Victor não apenas serve para prestar celeridade a análise de admissibilidade do recurso, seu trabalho é muito mais importante – «(...) o sistema foi ensinado a identificar 27 (vinte sete)

85 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 85.

temas de repercussão geral, sendo desenvolvido para devolver automaticamente aos tribunais de origem os recursos extraordinários que se enquadram em um desses temas»⁸⁶, ou seja, o Victor trabalha analisando recursos para determinar se o contexto fático do recurso recém chegado é similar aquele que deu origem ao tema de repercussão geral, positivo ou negativo.

Informa o STF, no entanto, que o sistema não toma qualquer decisão sozinho. Suas conclusões servem apenas como indicativo da aplicabilidade de determinado tema de repercussão geral ao caso, a ilação do *software* deve sempre ser validada pela inteligência humana. Assim, atualmente «todos os recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravo recebidos no STF são autuados e analisados pela Secretaria de Gestão de Precedentes e decididos pelo ministro presidente»⁸⁷.

O programa, que funciona com auxílio de programação de linguagem natural e utilizou durante seu processo de desenvolvimento o tratamento e análise de mais de 200 mil processos e rotulagens e checagens de mais de 14.000 processos⁸⁸, foi avaliado como exitoso pela Corte, à época de seu lançamento «(...) dizia-se tratar do maior e mais complexo projeto de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário e, quem sabe, de toda a Administração Pública brasileira»⁸⁹.

86 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pág. 215.

87 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=471331&ori>. Acessado dia 16/04/2023.

88 Hartmann Peixoto, F. (2020). Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira De Inteligência Artificial E Direito - RBIAD*, 1(1), 1–22.

89 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 214.

Contudo, o ‘Victor’ não é isento de críticas. Primeiramente, há dúvidas sobre a legalidade do sistema que não é compatível sequer com as normas produzidas pelo próprio STF. Exemplificativamente, o art. 12 da Resolução 332/2020 determina que «os modelos de inteligência artificial utilizados para auxiliar a atuação do Poder Judiciário (...) devem adotar medidas que possibilitem o rastreamento e a auditoria das predições realizadas no fluxo de sua aplicação». Quanto ao ‘Victor’, porém «(...) conquanto se saiba como o sistema é para qual fim é destinado não se sabe em que momento ele é utilizado»⁹⁰, em visível afronta aos princípios da publicidade e transparência.

Ademais, como qualquer inteligência artificial, o Victor é muito bom em prever a repetição de algo similar daquilo que viu nos dados com os quais foi treinado, por outro lado, é alto o risco do sistema falhar em processos cujo objeto não foi anteriormente levado ao conhecimento do STF. Isso ocorre porque o software é «(...) carente de critérios subjetivos que permitam realizar o *distinguishing* com temas de repercussão geral (...)»⁹¹, motivo pelo qual tende a errar em recursos cujo objeto ainda não foi categorizado como «de repercussão geral», ou como «sem repercussão geral».

Ainda assim a experiência exemplifica como a inteligência artificial pode auxiliar os tribunais na tarefa de uniformizar e manter a jurisprudência estável, por meio de repetição de precedentes. Em verdade, a dificuldade de a máquina realizar o *distinguishing*, fato apontado como um problema é, em grande medida, uma solução. Em prol do dever de estabilidade, não se pode admitir alterações constante de entendimento judicial, a regra é justamente a repetição, trabalho

90 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 216.

91 FERRARI, Isabela Rossi Cortes. *Justiça Digital* (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 218..

mecânico que pode ser delegado a inteligência artificial. «Qualquer mudança de posicionamento (...) deve ser justificada adequadamente (...)»⁹², exige-se «(...) não apenas a fundamentação ordinária (...) como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou o *distinguishing* (...)»⁹³.

Por sua vez, o ‘Victor’ trabalha naqueles casos em que se aplica o princípio da inércia argumentativa, ou seja, naqueles em que se demanda. Nas palavras de Didier, uma carga argumentativa *fraca*, já que se pretende apenas replicar o precedente. Nestes casos, a tendência da máquina a se relacionar mais fortemente com o passado é um traço desejado pelo sistema de precedentes. Tal fato, no entanto, não retira de qualquer interessado o direito de a parte prejudicada demonstrar a distinção «entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no extraordinário afetado» (art. 1.037, § 9º, do CPC).

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRECEDENTES: EXTRAÇÃO E REPLICAÇÃO DE *RATIO DECIDENDI* A CASOS FUTUROS

O artigo 926, do CPC elenca deveres a serem observados pelos tribunais, em prol do fortalecimento do sistema de precedentes. O primeiro deles é o dever de uniformização que se exige das Cortes diligência e proatividade na tarefa de identificar e solucionar divergên-

92 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista de Processo. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022, pág. 138.

93 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista de Processo. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022,, pág. 138.

cias interpretativas dos seus órgãos fracionários, através da utilização de embargos de divergência ou de edição de enunciados de súmula»⁹⁴, de acordo com o art. 926, §2º, do CPC/2015.

O art. 926, do CPC também impõe aos tribunais o dever de estabilidade, que privilegiando o princípio da segurança jurídica, impede que o judiciário altere seu posicionamento arbitrariamente, salvo «(...) quando o entendimento modificado for equivocado ou (...) quando houver alterações no plano social (...)»⁹⁵. Uma das decorrências do dever de estabilidade é necessidade de uma maior carga argumentativa, nas ocasiões nas quais não se pretenda seguir o precedente, em contraponto a uma argumentação mais simples naqueles casos em que há apenas a sua replicação.

Note-se, ainda que se pretenda aplicar precedente já firmado é necessário que o julgador promova a correta identificação dos motivos determinantes da conclusão, mas em um ambiente de jurisprudência estável, seguir o caminho trilhado pelo precedente requer menos esforço teórico do que adotar caminho diverso, «A ‘inércia argumentativa’ vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas (...)»⁹⁶.

94 PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Modulação de Efeitos/Ravi Peixoto* – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Juspodivm, 2022, pág. 153.

95 GARCIA, Oliveira Alline Rizze Coelho. Os mecanismos de uniformização da jurisprudência como meios de aumentar a segurança jurídica e diminuir a judicialização de conflitos. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/332225/os-mecanismos-de-uniformizacao-dajurisprudencia-como-meios-de-aumentar-a-seguranca-juridica-e-diminuir-a-judicializacao-deconflitos>. Acessado dia 08/11/2022.

96 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. *Revista de Processo. Re-Pro 206*. Acessado dia 24/10/2022. Pág 137.

Além de unificar sua jurisprudência e mantê-la estável, incumbe aos tribunais o dever de coerência. Para Ravi Peixoto enquanto «(...) a uniformidade é a inexistência de divergência sobre um mesmo tema; a coerência é a utilização da mesma premissa para dois casos diversos, mas que estão relacionados entre si»⁹⁷ – coerência é a falta de contradição lógica, exemplifica, «(...) se um tribunal afirma que a legitimidade passiva no mandado de segurança é da pessoa jurídica, deve afirmar que as informações prestadas pela autoridade são elementos de prova (...)»⁹⁸, não é coerente considerar a pessoa jurídica como parte passiva da demanda e transferir para a autoridade coatora o dever de apresentar defesa.

Para Didier, é possível compreender a coerência em duas dimensões, uma interna e outra externa. A dimensão externa corresponderia ao conceito apontado acima, sendo uma imposição do princípio da igualdade, tal viés reforçaria «(...) o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do direito» e impor a «(...) o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores»⁹⁹. Já a coerência interna estaria relacionada com a confecção do precedente, sendo uma dimensão do princípio da congruência.

Esse autor propõe que a análise do dever de coerência seja conjugada com a do dever de integridade, através de amálgama das duas obrigações que o autor denomina consistência. É que, apesar de en-

97 PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Modulação de Efeitos/Ravi Peixoto* – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Juspodivm, 2022, pág. 153.

98 PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Modulação de Efeitos/Ravi Peixoto* – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Juspodivm, 2022 Págs. 154.

99 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência*. *Revista de Processo*. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022, pág. 141.

tender que a existência de dois termos, indica a existência de duas normas¹⁰⁰, pela proximidade entre os dois conceitos, muito comumente a mesma conduta será orientada pelos dois deveres, sendo, nas palavras de Didier, «rebento com duas mães»¹⁰¹. Dito isso, o autor esclarece:

Uma jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente: o tribunal interpreta o direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa.

Uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente: o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microsistema ou às relações entre o processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem o enfretamento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia¹⁰²⁻¹⁰³.

-
- 100 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista de Processo. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022, pág. 138.
- 101 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da jurisprudência. Revista de Processo. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022, pág. 139.
- 102 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da jurisprudência. Revista de Processo. Re-Pro 206. Acessado dia 24/10/2022, pág. 139.
- 103 Segundo o enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis «a aplicação dos enunciados e súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.

O conceito de integridade também é tratado por Ravi Peixoto, que relaciona o dever com a *unidade* do direito¹⁰⁴. Explica o autor, «(...) as decisões judiciais precisam estar de acordo com o direito como um todo, não podendo levar em consideração, tão somente, um determinado ramo e, também, não poderiam decorrer de mero voluntarismo judicial»¹⁰⁵. Por este viés, seria possível que a falta de integridade justificasse inclusive a superação de um precedente, que devido ao avanço jurisprudencial, se tornou vetusto.

Ao analisar o art. 926, do CPC, acima dissecado, é possível traçar uma aproximação do precedente com a linguagem computacional – essa última, tanto quanto um sistema de precedente, é norteada por ideias de correição de pensamento, coerência, logicidade, estabilidade etc. Não por outro motivo, defende-se a utilização de softwares, primordialmente os *learns machines*, para a replicação de *ratio decidendis*. A implicação de máquinas nessa atividade pode ajudar a tratar incoerências e ilogicidades que infalivelmente existem na linguagem e no pensamento humano e que, por vezes, advogam contra o princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Pode-se considerar também a utilização de *learns machines* para a extração de *ratio decidendis*, porém, contra essa tarefa se imporiam pelo menos duas dificuldades. Primeiro, como já exposto em linhas anteriores, a IA (...) tem falhado em fazer a maior parte daquilo que as pessoas fazem ‘sem pensar’(...)», ou seja, não consegue desempenhar atividade para as quais ainda não há critérios

104 Neste sentido, o enunciado 456 do FPPC, segundo o qual «uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.

105 PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Modulação de Efeitos/Ravi Peixoto* – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Juspodivm, 2022, pág. 155.

objetivos¹⁰⁶. Extrair a *ratio decidendi* é, sem sombra de dúvida, um trabalho reflexivo que demanda atividade intelectual – humanos estão efetivamente pensando quando se dedicam a tal empreitada, no entanto, não há como reduzir tal atuação ao comando matemático objetivo e definitivo.

Ademais, como ensinar a máquina a fazer aquilo que a humanidade ainda não chegou a um consenso quanto ao significado? Se nem nos países de *common law*, onde a mais tempo se discute o tema, há acordo a respeito do conceito e os limites de incidência da *ratio decidendi*, no Brasil, onde o advento do instituto é mais recente, não se poderia exigir um conceito acabado. Necessário que a doutrina nacional amadureça mais seu entendimento a respeito do assunto, vez que a simples importação não é suficiente para explicar particularidades existentes no sistema pátrio, tais quais precedentes advindos de ações abstratas ou ainda *ratio decidendi* advindas de julgamento colegiados fundados no modelo de deliberação *seriatim*.

Um segundo problema a ser enfrentado reside em uma aparente incompatibilidade entre o modo de aprendizado da *learn machine*, e o conceito de precedente. Para treinar o software é necessário um número expressivo de dados, dos quais a máquina extrairá um padrão, é o ocorreu no experimento de Medveda et. al, o qual buscava extrair um *padrão* dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, considerados vários julgados. A *ratio decidendi*, no entanto não é extraída de um conjunto de julgados, mas de apenas uma decisão que pode ser composta por vários votos, seriam esses votos suficientes para ensinar uma *learn machine*?

106 BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018.

Por outro lado, não se vislumbra possível, pelo menos enquanto não desenvolvida a inteligência artificial de nível humano, a terceirização da tarefa decisional para uma IA, ou seja, não se vislumbra a possibilidade de uma inteligência artificial estabelecer uma norma judicial, criar uma *ratio decidendi*. O motivo reside no fato de que a *fixação* do precedente, pelas Cortes de Vértices, não se resume a um critério matemático, as cortes não ratificam simplesmente o posicionamento mais popular entre os juízes e tribunais do país, tarefa que poderia ser realizada por uma IA.

Corroboram esse posicionamento Boe para quem (...) uma decisão jurídica concreta é um ato de vontade, cuja complexidade impede a sua redução a um modelo determinístico e que, portanto, a automatização do processo de decisão é não só desejável, mas inviável»¹⁰⁷.

O que se pode perceber é que, invés de substituir o jurista, a inteligência artificial veio colaborar com sua atuação «(...) colaborativa entre humanos e máquinas, através do qual cada um realiza o tipo de atividade que melhor é capaz de desempenhar (...)»¹⁰⁸. Assim, seria possível transferir para máquina atividades voltadas a uniformização, coerência e integridade do sistema de precedentes, atividades essas que demandam atividade lógica ou de mera replicação, âmbito de trabalho melhor desenvolvido por robôs.

107 NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Pág. 4404.

108 BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022, pág. 25.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS: LIMITAÇÕES, EXPECTATIVAS E TENDÊNCIAS

- I. O Código de Processo Civil 2015 instituiu um sistema de precedentes, através da previsão para os tribunais dos deveres previstos no art. 926, do CPC, que consistem na obrigação de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, ampliando o rol de precedentes vinculantes (art. 927, do CPC), e também «(...) dispondo a respeito de um conjunto normativo que disciplina (...) a aplicação (p.e., art. 489, §1º, inciso V, do NCPC) e a superação do precedente (p.e. §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC)» Tal empreitada foi necessária como forma de privilegiar a segurança jurídica e a isonomia, no contexto do pós-positivismo, onde parece clara a impossibilidade de se defender a existência de apenas «uma interpretação correta.»

Dessa forma, o direito jurisprudencial brasileiro ganhou relevância, em decorrência de influências da tradição *common law*, neste sentido, retirou o judiciário de uma situação de sujeição acrítica aos atos do parlamento, garantindo que este poder editasse um rol cada vez maior de normas do caso concreto, com eficácia geral e vinculante.

Porém, não se pode perder de vista que o precedente pátrio não equivale ao instituto desenvolvido nos países de sistema *common law*. O sistema brasileiro está sob constante influência do *civil law*, tradição jurídica na qual a tendência interpretativa pende para a abstração e para a aplicação da lei em tese, realidade que deve ser levada em consideração para a escolha dos meios que viabilizam a concretização dos deveres do art. 926, do CPC.

- II. Para esta função de fortalecimento do sistema de precedentes, a inteligência artificial, por meio das denominadas *learns ma-*

chines, demonstrou ser instrumento adequado. Muito embora ainda não se tenha conseguido concretizar a «missão» proposta por Alan Turing, quanto ao desenvolvimento de uma inteligência artificial de propósito geral, ocorreram avanços no campo da IA que renderam contribuições para a praxe jurídica, como o desenvolvimento do campo de programação de linguagem natural, que permite a máquina analisar documento de textos.

Através de inferências e fórmulas estatísticas, o *software* é capaz de encontrar padrões, com alto grau de acurácia, em julgamentos realizados com base em precedentes, para prever julgamentos futuros, como é o caso da mencionada LexisNexis, ou para replicá-los em processos que o próprio *software* descobre serem semelhantes, função atribuída ao sistema Victor.

- III. É também possível considerar a utilização de *learn machines* no processo de extração da *ratio decidendi* de um determinado julgado, ou seja, é possível imaginar uma máquina que extraia do acórdão, que no Brasil são prolatados pelo método *seriatim*, os motivos necessários e determinantes para que o Tribunal tenha se posicionado dessa ou daquela maneira. Para isso, é indispensável que a doutrina nacional aprofunde mais a discussão a respeito do tema *ratio decidendi*, e crie elementos objetivos para alcançá-la, sem os quais não será possível traduzir o conceito para a máquina e induzi-la a perseguir o resultado almejado.

Por outro lado, não se vislumbra adequada a utilização da tecnologia para a *formulação* do precedente em si. Como se demonstrou, a reflexão final alcançada pela *learn machine* decorre de fórmulas estatísticas, que são influenciadas pela frequência com que se decidiu em determinado sentido, nos dados com os quais ela foi treinada. Tal critério não reflete o método de julgamento dos Tribunais, que em seu processo decisório levam em conta a justiça da decisão, as leis, a pro-

porcionalidade, a razoabilidade e outros elementos, e não a popularidade da decisão.

A inteligência artificial é um importante instrumento à disposição da comunidade jurídica para o fortalecimento do sistema de precedentes, mas sua relação com o jurista não é de sobreposição – as *learns machine* não podem substituir juiz. Há sim, uma relação de cooperação, na qual a máquina desempenha atividades corriqueiras que demandam lógica estrita ou repetição, deixando o cérebro humano livre para fazer o que sabe de melhor – criar.

5. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Érico; JÚNIOR, Humberto Theodoro. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Forense: São Paulo, 2021.
- BOEING. Daniel Henrique Arruda. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acessado dia 25.11.2022
- BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Racionalidade no Direito: Inteligência Artificial e Precedentes. 1. Ed. – Curitiba: Alteridade, 2020.
- BOSTROM, Nick. SuperInteligência. Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Traduzido por Aurélio Antônio Monteiro. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018 CAMPOS, Fernando Teófilo. Precedentes Judiciais. Técnicas de Dinâmica, Teoria e Prática. – 1. Ed, - Curitiba: Appris
- CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. Revista da EMERJ, v. 20, n 2, p. 312-324, disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/js-pui/handle/2011/124452>, acessado dia 20.11.2022.
- DIAS, Tereza Fonseca; NICACIO, Camila Silva. (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade,

- Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista de Processo. RePro 206. Acessado dia 24/10/2022,
- FERRARI, Isabela Rossi Cortes. Justiça Digital (livro eletrônico). – 2ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- GARCIA, Oliveira Alline Rizze Coelho. Os mecanismos de uniformização da jurisprudência como meios de aumentar a segurança jurídica e diminuir a judicialização de conflitos. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/332225/os-mecanismos-de-uniformizacao-dajurisprudencia-como-meios-de-aumentar-a-seguranca-juridica-e-diminuir-a-judicializacao-de-conflitos>. Acessado dia 08/11/2022.
- HARTMANN PEIXOTO, F. (2020). Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira De Inteligência Artificial E Direito – RBIAD*.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia Científica. 8ª edição. Barueri: Atlas, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using Machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-019-09255-y>. Acessado dia 13.04.2023
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v.13, n 03, 2016, p. 264-281 disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4236>. Acessado dia 05/04/2023.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza; GOMES, Suely Ferreira Deslandes Romeu. Teoria, método e Criatividade. Petrópolis : Vozes, 2013.
- MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

- NUNES, Guedes Marcelo. Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o Direito. , 2^a ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- PEIXOTO, Ravi. Superação do Precedente e Modulação de Efeitos/Ravi Peixoto – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Juspodivm, 2022
- RONCHI, Renro Giacomo. Em busca de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente: análise do art. 926 do Código de Processo Civil. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11307/1/26%20-%20Cap.%204%20-%20Em%20busca%20de%20uma%20jurisprud%3%AAncia%20%3%ADntegra%2C%20est%3%A1vel%20e%20coerente.pdf>. Acessado dia 31.11.2022
- SILVA, Flávio Ferreira da. Machine Learning: metodologia de mineração automatizada com dados das redes sociais e processamento da linguagem natural. São Paulo: Dialética, 2021.

LAS FUNCIONES DE LAS CORTES SUPREMAS EN LA POSMODERNIDAD. PRECEDENTES, INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y TECNOLOGÍA

*THE FUNCTIONS OF SUPREME COURTS IN POSTMODERNITY.
PRECEDENTS, LEGAL INTERPRETATION, AND TECHNOLOGY*

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Escuela de Posgrado en las Maestrías en Derecho Procesal y en Política Jurisdiccional Abogado

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: Desde su primer perfil franco-italiano, las cortes supremas del civil law [o, inicialmente, *cour de cassation*] han experimentado de forma vertiginosa una serie de cambios institucionales, bien sea desde su mero papel de contralor objetivo de la literalidad del texto proveniente del parlamento hasta, contemporáneamente, un papel proactivo en lo que respecta a la creación misma del derecho a través de precedentes vinculantes. El presente estudio, sometido a escrutinio académico, ubica contextual y temporalmente los primeros perfiles y funciones de este modelo de corte. Sin embargo, interdisciplinariamente dialoga con la teoría general del proceso puesto que,

ABSTRACT: This brief research deals with a complex goal: to approach and compare common law supreme courts functions or roles with the civil law ones. Whether a supreme court has to control – and solely control – the mere application of the law or to give sense and meaning to the text by establishing a binding effect, these are dogmatic and ideological matters we shall try to face in the given research. From its first model or profile [French-Italian model], civil law supreme courts have undergone several changes. Departing from its controlling role to a creationist profile, nowadays supreme courts face the development of legal interpretations theories and try to explain how all

a nivel de interpretación jurídica por los máximos tribunales, nada puede ser elaborado sin repasar las ideologías explicativas de la interpretación judicial y la pauta que impone en las cortes supremas. Un espacio se dedicará a la tan actual presencia de la tecnología, pero, esta vez, en el quehacer todavía más analítico que supone la interpretación del derecho en sede casatoria.

PALABRAS-CLAVE: Corte Suprema. Casación. Precedentes Vinculantes. Interpretación Jurídica. Jurisdicción.

of these theories find place and fit judiciary roles given to the supreme courts. However, none of these goals could be achieved if the paper declines to explain these interpretation theories and how they set the agenda to the Judiciary. Last but not least, some concerns shall be drafted regarding the massive use of artificial intelligence and its possible impact when dealing with judicial precedents. If precedents grow upon a basis of replication of cases, could an AI software - codified or designed to solve legal problems by replicating cases - solve any hard or easy cases?.

KEYWORDS: Adversative Supreme Courts. Certiorari. Judicial Precedents. Legal Interpretation. Adjudication.

SUMARIO: 1. Introducción. Una primera aproximación a la uniformidad interpretativa y la 'nueva' función de la Corte Suprema. 2. Entre las funciones contemporáneas de las Cortes Supremas. 3. La función proactiva de la Corte Suprema: Unidad del derecho mediante el precedente. 4. El problema de la función interpretativa de las Cortes Supremas. 4.1. Teorías formalistas. 4.2. Teorías escépticas. 4.3. Texto y significado. 5. La autoridad del precedente vinculante como técnica argumentativa para la función de igualdad de la interpretación. Por un modelo de corte de precedentes. 6. Fundamentos constitucionales para la fuerza vinculante de los precedentes. 6.1. Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. 6.2. De la igualdad ante la ley a la igualdad ante la interpretación de la ley. 6.3. Vinculación de los precedentes y coherencia del orden jurídico. 7. El embate de la posmodernidad tecnológica: ¿Precedentes judiciales e inteligencia artificial? 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA UNIFORMIDAD INTERPRETATIVA Y LA 'NUEVA' FUNCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Es conocido que el pensamiento jurídico posterior a la segunda post-guerra se manifestó en toda Europa continental con una fuerte tendencia a la superación del positivismo jurídico, del estatalismo y, en general, del Estado Legislativo de Derecho. Esto, de alguna forma, vino de la mano con el reconocimiento del derecho judicial como sistema de producción jurídica en alguna medida autónomo respecto del derecho legislativo, que concurre con él en todo caso en la producción del derecho¹.

Este fenómeno de la jurisprudencia práctica, así denominado por ZACCARIA, tiende a reforzarse en la Alemania posterior a la segunda guerra. La jurisprudencia comienza a vincularse al sostén secular de la tradición moral y del derecho natural. Ello implica que se reivindique una libertad mucho mayor que la existente en el pasado en relación con la ley y el Estado². Esta creciente toma de conciencia del derecho jurisprudencial induce a todos los juristas e, incluso, al propio juez, a producir una miríada de interpretaciones jurisprudenciales que se inspiran en criterios de valoración extra legislativa. Es cierto que el influjo de los principios y disposiciones normativas insertadas en una constitución resultan ser, ahora, disposiciones directamente aplicables³.

1 ZACCARIA, Giuseppe, *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 355.

2 *Ibid*, p. 356.

3 Ver, al respecto HESSE, Konrad, *Die normative kraft der verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1959.

No obstante, la actividad interpretativa judicial, ante esta nueva textura normativa abstracta o poco densa, determinará que la interpretación judicial exija ir más allá del mero significado literal o gramatical de la disposición, puesto que tanto principios como normas o disposiciones constitucionales, no sólo tienen una arquitectura vaga o general, sino que, como veremos, como todo texto normativo, son equívocas⁴. El Parlamento se ve impotente de regular toda y cada una de la actividad social del humano a través de los códigos o leyes y, ante ello, debió entrar en colaboración con la judicatura para permitirle realizar una actividad que –ideológica y teóricamente– siempre mantuvo prohibida: otorgar sentido al texto normativo y completar el significado del documento legislativo. Aquí radica la diversidad de significados atribuibles a estos documentos normativos, que antes de todo, son signos lingüísticos⁵.

4 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*, Milano:Giuffrè, 2011, p. 39.

5 Como nos recuerda ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2009, p. 276, *cuando ese modelo de organización social, esto es, el Estado liberal de Derecho, entras en crisis, comenzaron también los ataques contra el formalismo en el Derecho y en la reflexión acerca del Derecho: tanto la manera de interpretar y de aplicar el Derecho, como en la manera de concebir el saber jurídico, la teoría del Derecho. Se trata de lo que se ha llamado la <<revuelta contra el formalismo>>, iniciada en las últimas décadas del siglo XIX, uno de cuyos protagonistas, naturalmente, fue Rudolf von Ihering (el <<segundo Ihering>>), y que está también en los orígenes de la constitución de la moderna sociología del Derecho, en cuanto disciplina interesada en estudiar el Derecho como fenómeno social. Las diversas tendencias representadas por autores como (...) Von Gierke, Ehrlich, Geny, Duguit, Holmes, Pound, Kantorowicz y el movimiento del Derecho libre, los realistas jurídicos (norteamericanos o escandinavos) o los juristas de inspiración marxista (tanto el socialismo jurídico de Menger o Renner como el marxismo soviético) suponen diversos intentos por incorporar el conocimiento social (...) al saber tradicional, para desplazar a este último, o*

Redescubierta esta capacidad interpretativa del juez, ello generará que, entre las más variadas actividades de interpretación, los resultados [o interpretación producto] generen un disenso interpretativo, el cual, visto desde la teoría *saussuriana* de la lingüística, cada receptor de signos puede dar un significado psíquico que puede estar desconectado o no imbricado con la realidad. A nivel jurídico –siendo el derecho el elemento regulador y ordenador de una sociedad– es virtualmente caótico vivir bajo el significado periódicamente cambiante de lo que acordamos autoimponernos como elemento regulador: el derecho.

Es la corte suprema o corte de casación la que, contemporáneamente, debe hacer frente y tutelar la divergencia y contradicción interpretativa a la que podría llegar toda una judicatura nacional a raíz de la equivocidad, vaguedad o incertidumbre de todo texto normativo. Es la corte suprema la llamada a ofrecer seguridad jurídica e igualdad en la interpretación de la ley ante las más variadas, disonantes o equivocadas interpretaciones de todo el aparato judicial. Sin embargo, la tan ansiada seguridad jurídica e igualdad en la interpretación de la ley, no escapa del gran problema o desafío de lograr ese equilibrio entre la previsibilidad y la flexibilidad de las interpretaciones dadas en un precedente. Recuérdese de la mano del profesor OTEIZA que, al lado de la estabilidad, la flexibilidad en la jurisprudencia debe generar una capacidad de readecuación que permita dar nuevas respuestas a problemas jurídicos⁶.

bien integrarlo con ese saber social, y construir, por lo tanto, lo que cabría llamar una teoría social del derecho.

- 6 OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. En: Revista de Processo, vol. 187, set. 2010, p. 181.

En la línea trazada por TARUFFO, la corte denominada *suprema* –superando el modelo de *Cour de Cassation* francesa– tienen un rol contemporáneo el cual dista kilométricamente de aquel rol o función atribuida inicialmente a la corte de casación francesa⁷. Como habíamos anunciado previamente, en los países pertenecientes a la tradición del *civil law* [Iberoamérica, salvo Austria y Alemania] la corte *suprema* tiene una función netamente reactiva y de tutela de la legalidad.

Mientras tanto, en los países de la *Commonwealth* adscritos a la tradición del *common law*, vemos que las *supreme courts* tienen una función no tan subjetiva o privatista de su función⁸. Sino que, por el contrario, la función de tales cortes pasa por la orientación del sentido del derecho y la evolución del ordenamiento jurídico a través de la interpretación vinculante que den estas cortes [a través de la técnica del precedente]. Sin ánimos de realizar un injerto de un instituto de otra tradición jurídica, esta función ejercida a través del precedente vinculante, creemos que supone un *trasplante responsable* del mismo a la tradición del *civil law*⁹.

7 TARUFFO, Michele, Le funzioni delle corti supreme – cenni generale, En: Annuario di diritto comparato e studi legislativi, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane. 2011, p. 15.

8 Ibid, ibídem.

9 Tengamos en cuenta que *la familiar contraposición entre dos distintos modelos para tomar decisiones públicas, el de la Europa continental, el rule decisión making, y el de los países anglosajones, el case decisión making, es decir, entre un modelo que asegura la certeza del Derecho y un modelo que asegura la justicia en el caso concreto, es una contraposición que hoy en día –aun si permanece interesante a nivel conceptual– ya ha perdido capacidad de dar cuenta de la realidad del derecho. Realmente, el camino elegido por los sistemas jurídicos contemporáneos, tanto en los sistemas continentales como por los anglosajones, es intentar alcanzar –en la medida de lo posible– los dos valores de la certeza y equidad, aun sabiendo que se trata de una empresa que nunca podrá ser realizada. Siempre hay que sacrificar un poco de certeza para alcanzar la equidad y*

2. ENTRE LAS FUNCIONES CONTEMPORÁNEAS DE LAS CORTES SUPREMAS

A una corte suprema le corresponden diferentes funciones. Entre ellas se encuentran: i) el control de constitucionalidad de las leyes; ii) la revisión en última instancia de ciertas materias impugnadas y; iii) la tutela y la promoción de la legalidad, en función del ordenamiento jurídico de cada país en el que se analice este instituto. Más allá de los nombres, no obstante, interesa poner de relieve que CALAMANDREI ya distinguía dos funciones. La primera, referida al control de la calidad en el empleo de la norma positivada por órganos inferiores y, la segunda, relativa a la obtención de cierta uniformidad en el derecho a través de uniformizar o pacificar los entendimientos vertidos en la jurisprudencia nacional¹⁰.

Interesa a nuestra investigación la última de estas funciones. Siguiendo a TARUFFO, no obstante, parece seguir el modelo trazado

viceversa. COMANDUCCI, Paolo. Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia, 2010, p. 107-108. Ahora bien, respecto de la importación de instituciones jurídicas, no es menos importante afirmar, en terrenos de funciones de cortes supremas y casación, que *las instituciones jurídicas se adecúan a los comportamientos de un grupo social determinado, donde con el transcurrir del tiempo (...) empiezan a ser afectadas por la influencia recíproca que se produce entre el medio social y su empleo*. Este proceso de *transculturación* que Monroy Gálvez afirma supone el encuentro con una institución jurídica de renombre y antigüedad que es acogida por un ordenamiento ajeno a dicho origen. Ver, MONROY GÁLVEZ, Juan, Proyecto Sustitutorio al Capítulo que regula el recurso de casación en el Código Procesal Civil de 1993, En, Temas de Derecho Procesal, Vol. III. Lima: Communitas, 2020, p. 220.

10 Cfr. CALAMANDREI, Piero. La Cassazione civile. Torino, Fratelli Bocca, 1920, p. 140.

por Calamandrei dado que bifurca esta función en dos sub-funciones: a) la tutela de la legalidad y; b) la promoción de la legalidad. En torno a la primera, y a efecto de sentar una postura conceptual, la tutela de la legalidad alude a la función reactiva que muchas de las cortes realizan y que se explica cuando una violación del derecho ya fue verificada y la intervención de la corte está dirigida a finalizarla y eliminar o neutralizar los efectos ya producidos¹¹. En contrapartida, la promoción de la legalidad alude a la función que se puede definir como proactiva, la cual se explica cuando la decisión de las cortes supremas está dirigidas a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones a la legalidad, sea en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho¹².

En esta investigación, nos interesa indagar y desarrollar la función de *promoción de la legalidad*, la cual pasamos a identificar como función que debe ser la primordial en un modelo contemporáneo de corte suprema. Por legalidad se entiende, la correcta aplicación del derecho¹³, y tal aplicación también hace referencia, qué duda cabe, a la interpretación del derecho que deberá ser aplicado para la resolución de determinado caso¹⁴, por ello, legalidad no debe necesariamente

11 Cfr. TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme. cenni generale. En: Anuario di diritto comparato e studi legislativi. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. 2011, p. 15.

12 Ibid, ibídem.

13 Cfr. TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme, p. 15, ver también Tarello, Giovanni. L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980, p. 42.

14 Por legalidad, inclusive, puede entenderse el rol reconocido a las cortes supremas de controlar la legitimidad de la decisión en cada caso concreto. No obstante, este control de la legitimidad propuesto es principalmente activado por las partes a través del recurso de casación, la cual activa a su vez la función *nomofiláctica* de la corte suprema. Esto es derivación di-

restringirse a gramaticalidad del signo lingüístico jurídico, considerando que, inclusive, el término más feliz o adecuado sería la promoción de la juricidad para con ello evitar recaer en la espiral de la mera tutela de la aplicación literal de la disposición normativa, al no ser esto necesariamente factor que promueva el desarrollo del derecho como producto interpretado. En este punto de la investigación debemos esclarecer que es a través de la labor interpretativa del órgano jurisdiccional que el derecho puede llegar a ser tal. Y se afirma ello en razón de lo que CARDOZO entiende como función judicial, esto es, que la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los standards de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho¹⁵. Esto es esencia de toda labor interpretativa, es decir, adicionar un valor y generar una elección interpretativa a dar a un texto normativo con los criterios antes señalados, razonablemente aceptados dentro de la comunidad de un estado, en un determinado espacio-tiempo¹⁶.

recta del modelo francés de corte de casación y esta función nomofiláctica también comprende la consideración del recurso de casación como un derecho subjetivo de las partes en la persecución de finalidades privadas y buscando la *justicia del caso concreto*. Evidentemente con esta ideología o función de la corte se hace imposible poder pensar en una función con proyección pública o institucional de cualquier corte suprema. Es por ello que, otorgando una perspectiva actual a la nomofilaquia, Mitidiero indica que *la nomofilaquia del recurso dirigido a la Corte Suprema se consubstancia en la consecución de la unidad del Derecho mediante su adecuada interpretación*. Cfr. MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. Sao Paulo, Thomson Reuters, 2018, P. 67.

- 15 CARDOZO, Benjamin. La naturaleza de la función judicial. Trad. Eduardo Ponssa. Granada, Comares, 2004, p. 57.
- 16 Argumento que aporta crucialmente a una aproximación al precedente vinculante, como decisión producida en clara preservación de una costumbre, originariamente en Inglaterra, como el respeto a la tradición de los *engli-*

De tal forma, la ansiada promoción de la legalidad supone un desarrollo del derecho, puesto que, en términos de BROWN, la ley, hasta que es interpretada, no es verdadero Derecho¹⁷.

Tan sólo tomando como punto de referencia a los tribunales o cortes supremas de la tradición del *common law*, son estas cortes supremas las que detentan una función *proactiva* o de *promoción del derecho*. Tanto en la *United States Supreme Court* como en la *Bundesgerichtshof* alemana, el acceso a tales cortes se da si es que la resolución del *certiorari* o del recurso de revisión, respectivamente, contribuirán al desarrollo del derecho. El carácter principal de esta función es que las cuestiones de derecho sometidas a estos tribunales realmente deben promover y justificar el examen del recurso y la capacidad de que la decisión a ser emitida contribuya al desenvolvimiento del derecho. De tal forma, se trata de una función orientada hacia el futuro. Ahora bien, la propia corte suprema determina la propia elección de sus interpretaciones que guiarán el derecho y lo desarrollarán, a través de las diferentes *ratios decidendi* que puedan generar y atribuir para la resolución de determinada divergencia interpretativa. De ello resulta casi natural que sea la corte suprema el órgano que, a través del establecimiento de precedentes vinculantes, permita sentar una determinada interpretación jurídica en busca de la seguridad jurídica y la uniformidad interpretativa. No le resta razón, por tanto, a CARDOZO al indicar que dentro de la función judicial [...] uno de los intereses sociales más fundamentales es que el Derecho sea uniforme e imparcial. No debe haber nada en su acción que sepa a prejuicio o favor, ni aun a capricho arbitrario o

shmen. Ver, MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes obligatorios. Trad. Christian Delgado, Lima, Palestra, 2013, p. 31.

17 BROWN, Jethro. Law and evolution. En, Yale Law Journal, Vol. 29, p. 394.

antojo. En consecuencia, en primer término, estará la adhesión al precedente¹⁸⁻¹⁹.

Visto ello, resta profundizar sobre la función de unidad al derecho como función inherente a una corte suprema contemporánea.

3. LA FUNCIÓN PROACTIVA DE LA CORTE SUPREMA: UNIDAD DEL DERECHO MEDIANTE EL PRECEDENTE

Como todo fenómeno lingüístico, el derecho es un conjunto de signos los cuales conllevan a diversas atribuciones de significados por parte de quienes los interpretan, es decir, de quienes operan con estos signos lingüísticos jurídicos como receptores del mensaje conteniendo signos. En ese sentido, ante la multiplicidad de interpretaciones o significados posibles de ser otorgados a los documentos normativos, deben existir medios o instrumentos que el operador jurídico pueda utilizar para concentrar el significado final, una interpretación dada un texto normativo, en determinados contextos y de velar por su unidad²⁰. Reafirmamos que es precisamente esta función la que debe

18 CARDOZO, Benjamin. Op. cit., p. 57.

19 En esa misma línea Taruffo advierte que *la modalidad con la cual se realiza la función de creación y evolución del derecho por parte de la corte suprema se hace, ciertamente, a través de la eficacia del precedente que se apareja a sus decisiones. Es tal eficacia, de hecho, que asigna a estas decisiones un valor que va más allá de la solución dada a la simple controversia y se proyecta al futuro.* Cfr. TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme*. P., 25. No obstante, resulta adecuado señalar que *no hay nada revolucionario o siquiera novedoso en este enfoque de la función judicial. Es la forma como se han manejado los tribunales durante siglos en el desarrollo del common law.* Cfr. BEROLZHEIMER, Fritz, *Modern legal philosophy series*, Vol. 9, p. 167 y 168.

20 WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2008, p. 255.

detentar toda corte suprema, función que consistirá en dar unidad al derecho y atribuir un significado uniforme [interpretación unívoca] a partir del juzgamiento de casos concretos. Esta función, como ha sido denominada anteriormente de *proactiva*²¹ o de *promozione della legalità*²² está dirigida a orientar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho, tanto para el aparato judicial, como para la sociedad civil, puesto que la función de tales cortes supremas es la de viabilizar la *clarification, unification and devolpment of the law*²³.

Concretamente, la obtención de la tan ansiada unidad del derecho depende de la actividad interpretativa de realizada por las cortes supremas. Esto equivale a decir que la corte suprema está destinada a definir, observar y hacer observar la interpretación producto a través de la debida utilización y aplicación las normas que rigen la interpretación actividad. De tal forma, sólo a través de esta última palabra dictada por la corte vértice [sea corte suprema o corte constitucional] es la forma cómo se viabilizará la justa interpretación del texto normativo, sea para definir el significado o para desarrollarlo apropiadamente²⁴.

Ahora bien, identificada la función de disipar las divergencias interpretativas por parte de la judicatura nacional, la función de la Corte Suprema supone una adhesión a la teoría de la interpretación jurídica que reconoce la equivocidad potencial de todos los enuncia-

21 MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas, p., 66.

22 TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali, p. 14.

23 JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Court at the national and international level. En: Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki international colloquium. Thessaloniki: Sakoulas Publication, 1998, p. 39.

24 Cfr. Mitidiero, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. P. 68.

dos jurídicos, posibles de ser controlados mediante criterios de corrección. Por lo tanto, la negativa de la adopción de las ratios dentro de un determinado sistema jurídico como el nuestro, sea por la propia corte vértice o por las cortes inferiores, generaría una potencial negación, no sólo de la autoridad de la función de la corte —y de sus precedentes²⁵— sino que también supone desconocer a la corte como

25 Sin embargo, debemos señalar que aquello depende, obviamente, del contexto organizacional político-judicial. Y debemos hacer esta precisión pues, en el caso de la nación francesa, actualmente, the word ‘precedent’ never means a binding decision, because courts are never bound by precedents. As one author justly writes, ‘the very idea that a judge could search for the base of his decision in a prior judgment is literally unthinkable in a legal system based on statutory Law’ (...). It cannot mean a decision expressly adopted by a court to guide future decision making, for two reasons:

1. The only situation when a court expressly guides future decision making is that in which the Court of Cassation rules in plenary session, after a previous ruling has been disregarded by a Court of Appeal. This decision by the Court of Cassation is binding on the new Court of Appeal, but in principle it is binding only for the particular case and not for future similar ones. Moreover, its binding force derives only from the statute which institutes the Court of Cassation;
2. A court decision only has ‘relative binding force’ (autorité relative de la chose jugée): it is binding only on the parties and in the same case. [Así] Precedent cannot be compared with codes, statutes or the constitution, in terms of superiority or inferiority, because precedents are not binding, but their relative authority can only derive from that of the formal source of law, which the precedent applies and interprets. In that respect, the role of precedents in the French system can be considered either very small or very important, according to whether one looks at the justificatory material that is cited or to the material that is in fact used by the courts. The courts very rarely cite precedents and must not base their decisions on them, because the only legitimate source of law consists of statutes. Troper, Michel. *Precedent in France*. En: *Interpreting precedents*. New York: Routledge-Taylor & Francis Group. 2016, p. 111-112

el órgano que tiene la última palabra respecto de la adecuada interpretación del Derecho.

Lo anterior nos invita a afirmar que, en este contexto, la regla del *stare decisis* es imprescindible para el adecuado funcionamiento del derecho y de todo el sistema de justicia. Le cabe la razón a MACCORMICK, por tanto, al señalar que reconocer la fuerza vinculante del precedente no es una derivación de una norma de derecho positivo, sino una consecuencia directa del reconocimiento del carácter argumentativo de la interpretación jurídica²⁶.

Ahora bien, si la nomofilaquia –clásicamente concebida– implicaba el cuidado o protección de la aplicación de la ley²⁷, con el advenimiento de las nuevas teorías interpretativas y considerando lo que postulamos como la función de las cortes supremas, resulta natural calificar a la nomofilaquia como interpretativa²⁸ lo cual, a su vez, determinará que el recurso interpuesto que la activa [casación o recurso extraordinario] esté revestido por un interés de *jus constitutionis*, esto es, en el interés de la unidad del Derecho²⁹ y no por una finalidad integralmente privatista o un interés de *jus litigatoris*.

26 MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law. P. 91.

27 Función que a entiende de Chiassoni, está contenida en una acepción «estricta» o «propia» que designa a la nomofilaquia como la función de custodia de a ley contra las rebeliones del juez de mérito, ejercida por un órgano supremo de legitimidad, como la Corte de Casación. Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. La giurisprudenza civile. P., 427.

28 Por otro lado, la alusión a la nomofilaquia como función dispuesta al cuidado de la unificación de la interpretación de los documentos normativos se encuentra contenida en una acepción «estricta pero no tradicional». Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. La giurisprudenza civile, p. 427.

29 TARUFFO, Michele. La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 67. La nomofilaquia, bajo esta perspectiva, está destinada no al control de la decisión recu-

La función nomofiláctica interpretativa supone, evidentemente, una justificación para la fuerza vinculante del precedente. Siendo que el propósito de las cortes supremas, de acuerdo con MITIDIERO es eliminar la equívocidad del derecho delante de determinado contexto fáctico normativo mediante la fijación de una interpretación, es natural que la norma de ahí oriunda desempeñe un papel de guía para su interpretación futura³⁰. De lo que se trata, por ende, es de que el precedente vinculante actúe como un estabilizador interpretativo³¹, tal como lo entiende DAMASKA y ello sirva para que en algún grado de vinculatoriedad³², sea una razón de decidir a ser seguida por el res-

ruida o al análisis de la justicia del caso concreto [función *dykeológica*] dado que la real función es la promoción de la unidad del derecho a través de la interpretación dada por la corte vértice y plasmada en un precedente vinculante. Desde la perspectiva comparada, se aprecia que a nivel de *common law* el recurso que permite el acceso a dichas cortes supremas no puede ser considerado como derecho subjetivo o como derecho a la impugnación. Es por tal razón que la admisión del *writ of certiorari* es realizada de forma discrecional y la dicha gracia jurisprudencial sólo se admite si *there are special and importante reasons therefor*. Inclusive el recurso de revisión en países como Alemania o Austria tienen un filtro discrecional de selección el cual procura que la corte suprema tan sólo admita a trámite dichos recursos si está presente la necesidad de promover el desarrollo del derecho o la *Fortbildung des Rechts*. Sobre la finalidad pública de las Cortes Supremas desde un panorama latinoamericano, ver OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. En: Revista de Processo, vol. 187, set. 2010, p. 182.

- 30 MITIDIERO, Daniel. Cortes supremas e cortes superiores, p. 72.
- 31 DAMASKA, Mirjan. The faces of justice and the state authority. New Have: Yale Press University, 1986, p. 37, nota al pie n. 37.
- 32 En ese sentido, y por la brevedad del trabajo ahora realizado, está fuera de nuestros alcances indagar o investigar sobre los grados de intensidad o vinculación de los precedentes vinculantes. Vale tener en consideración, no obstante, que inclusive el modelo teórico propuesto por el Bielefeld Kreis,

to de los órganos jurisdiccionales. Sólo de tal forma el derecho podrá adaptarse al cambio de las circunstancias y de las exigencias sociales, por medio de oportunas interpretaciones evolutivas e integraciones de lagunas³³.

Como premisas de cuño conclusivo, las decisiones de una corte suprema, por revelar el contenido indispensable para la regulación de la vida en sociedad, integran elementos al orden jurídico que interesan a toda la sociedad. Este interés no es necesariamente coincidente con el interés privado del litigante en perseguir el mero control de legalidad o eliminación de las decisiones recurridas que contraviniesen la dicción del texto normativo. La función de una corte suprema que genera un desarrollo del derecho se proyecta a toda la sociedad y obligan –en cierta intensidad– a los tribunales de grado inferior por contener estas decisiones de la corte suprema un significado de lo que es el derecho.

Bajo esa perspectiva poco importa la parte dispositiva de la sentencia emitida en casación, puesto que la parte dispositiva sólo resuelve la controversia o conflicto intersubjetivo de dos partes. Son las razones de decidir o las llamadas *rationes decidendi* las que determinan el comportamiento de toda una comunidad, puesto que instalan una pauta de conducta a toda la ciudadanía. En palabras del constitucio-

ha sido refinado por Chiassoni al proponer una taxonomía compuesta por ocho sistemas ideales-típicos de relevancia formal del precedente-*rationes*. La construcción teórica del profesor genovés pasa por identificar ciertas deficiencias en el modelo propuesto por los *bielefelders* identificada en la carencia de distinción entre la relevancia formal y relevancia de facto de los precedentes vinculantes. Al respecto v. por todos, CHIASSONI, Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 235 y ss.

33 CHIASSONI, Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, p. 237.

nalista portugués CANOTILHO, la seguridad jurídica *jurisdiccional* se da a través de los precedentes puesto que genera una previsibilidad y produce una legítima expectativa a la ciudadanía³⁴ dado que la corte al emitir precedentes vinculantes genera una norma de conducta general a ser seguida por los jurisdicionados en casos análogos y con una vocación de estabilidad en el tiempo.

4. EL PROBLEMA DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LAS CORTES SUPREMAS

La evolución de la teoría del derecho y de la teoría de la interpretación sobre el concepto de derecho coloca en manifiesto que el intérprete u operador trabaja sobre el documento normativo, entre ellos la ley. De tal forma, la idea de que la interpretación simplemente revela el significado predeterminado por ley es substituida por el de la atribución de sentido al derecho³⁵. De tal forma, la corte suprema y la función interpretativa inherente a ella no puede reducirse a la teoría formalista de la interpretación (imaginada teórica e ideológicamente en su génesis) mediante la cual sólo se investiga y se revela el significado implícito de la disposición normativa³⁶. La opción interpretativa, la valoración y

34 CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*, São Paulo: Thomson Reuters, 2013, p. 79.

36 *En el contexto de la ideología formalista los problemas de aplicación judicial del Derecho son sólo problemas interpretativos resolubles mediante técnicas jurídicas. Cobra, aquí, sentido la distinción entre casos fáciles y difíciles, que se cifra en la necesidad o no de interpretar. Estamos ante un caso fácil cuando la letra de la ley no plantea problemas, por lo que ni siquiera es necesaria la interpretación. Estamos ante un caso difícil cuando el texto legal plantea problemas (ambigüedad o vaguedad) o se presentan lagunas o antinomias. En estos supuestos es*

elección de un significado deben ser actos justificados por parte de la corte suprema, opciones argumentativas racionalmente aceptables. De ahí que no haya costado mucha labor a la procesalística científica de inicios del siglo XX entender a la jurisdicción como la mera declaración de la voluntad de la ley de modelo *chiovendiano*. No obstante, y de forma breve, es necesario revisar las principales teorías interpretativas de las cuales las cortes supremas alguna vez se han valido.

4.1. *Teorías formalistas*

La teoría de la interpretación adecuada a los ideales de la Revolución Francesa y, así, a la idea de que el juez debe afirmar las palabras de la ley, es la denominada teoría cognitivista o formalista. En expresiva definición, GUASTINI afirma que según esta teoría que convendremos llamar de cognitivista –pero también de formalística– la cual es inherente a la doctrina jurídica del Iluminismo, consiste en que la interpretación es un acto de descubrimiento o de conocimiento del significado³⁷.

necesario interpretar, pero el juez dispone siempre de métodos de interpretación o de guías que garantizan la objetividad de la decisión. Por lo demás, el modelo formalista del juez autómatas presenta a éste como un sujeto que actúa con total independencia y objetividad y al que, por tanto, no cabe exigir responsabilidad política. Es, pues, un modelo ideológico que legitima como neutral cualquier decisión interpretativa: si la actividad judicial responde a una técnica mecánica, si la interpretación es una operación cognoscitiva y en este sentido objetiva, es evidente que el juez (el buen juez, se entiende) es, como el científico, un sujeto que desempeña su labor sin proyectar en ella intereses ni pasiones. Frente a la legislación, que es el ámbito de la política, las valoraciones, la ideología y los intereses, la jurisdicción aparecen como el ámbito de lo estrictamente reglado. GASCÓN A., Marina y GARCÍA F., Alfonso. La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales, Lima: Palestra Editores. Colección Derecho y Argumentación, 2017, p. 105.

37 GUASTINI, Riccardo, *op.Cit.*, 409.

El término «norma jurídica», bajo el manto protector de tal teoría, era considerado como el contenido implícito en la ley. El juez o el operador jurídico, al interpretar esta disposición, simplemente afirmaba el significado ya fijado por una autoridad estatal anterior al Poder Judicial. Es lícito afirmar que tal concepción era tributaria de los ideales de coherencia y completitud del derecho legislado, mediante la cual el parlamento otorgaba el producto jurídico final. Evidentemente todo ello era bienvenido a los ideales del Estado Liberal Clásico. Tan fuerte resulta el impacto de esta tesis, que incluso el propio profesor GUASTINI indica que tal puede ser relacionada con la casación³⁸.

El formalismo interpretativo es totalmente rechazado por la cultura jurídica contemporánea al punto de no poder adscribir o atribuir esta labor intelectual que realiza una corte suprema de precedentes³⁹. Es por ello que una función contemporánea de la corte suprema no puede reducirse a la simple declaración de la voluntad exacta del legislador o el significado exacto de la ley⁴⁰.

38 *Ibidem*, p. 410.

39 Es importante dejar en claro que *el formalismo entiende la interpretación como una operación cognoscitiva, consiste en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete (...) El formalismo no es una concepción del Derecho que se adecue a una sociedad en transformación (del tipo que sea): por eso se explica que en los Estados Unidos fueran los jueces formalistas los que se opusieron a la política del New Deal de los años treinta, pero también que el formalismo no haya hecho buenas migas con el absolutismo político: el decisionismo jurídico de Carl Schmitt (...) con su reducción del Derecho a la política, es algo así como la contrafigura del formalismo.* ATIENZA, Manuel, El sentido del Derecho. Barcelona, Ariel, 2009, p. 278-279.

40 TARUFFO, Michele, La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile, p. 89.

4.2. Teorías escépticas

Como antagonista de la teoría formalista de la interpretación surge la teoría escéptica⁴¹, la cual representa en su vertiente más fun-

41 La opción entre teorías escépticas o formalistas en la interpretación jurídica es parte, como nos enseña el profesor genovés, CHIASSONI, Pierluigi, El problema del significado jurídico, Ciudad de México: Fontamara, 2019, p. 67-68, de un debate en la filosofía del derecho, desenvuelto aproximadamente desde la década de los 60, relativo al modo apropiado de entender la «naturaleza» de la interpretación jurídica, y, más precisamente, (...), la naturaleza de la interpretación textual tal como ordinariamente la llevan a cabo los jueces. Es común distinguir tres grupos de competidores: (los cognitivistas integrales («formalistas», «nobles soñadores»), los no cognitivistas («escépticos», «realistas», «evocadores de pesadillas») y los eclécticos representados por los cognitivistas moderados («los que se mantienen en vigilia», los «despiertos»). Los cognoscitivistas integrales sostienen que la interpretación textual, tal como los jueces la llevan a cabo, es siempre una cuestión de conocimiento objetivo: interpretar, sostienen, equivale a aferrar el verdadero significado de las disposiciones a efectos de su aplicación a casos individuales. Los no cognoscitivistas sostienen que la interpretación, tal como los jueces la llevan a cabo, no es jamás una cuestión de puro conocimiento objetivo, dado que involucra siempre algún componente de evaluación práctica y toma de decisión. Los cognoscitivistas moderados, por último, sostienen que existen casos en que la interpretación judicial de disposiciones es, y puede ser, cuestión de conocimiento objetivo («casos fáciles»); pero, agregan, existen también casos en que esa actividad no puede ser una mera cuestión de conocimiento objetivo y debe ser, en cambio, cuestión de decisión y evaluación («casos difíciles»). Esto sería así, sostienen, por las siguientes razones. Las disposiciones son enunciados en un lenguaje natural. Los enunciados en lenguaje natural están dotados de significado objetivo, el cual les es proporcionado por convenciones lingüísticas. Puede ocurrir que las convenciones lingüísticas dejen ser insuficientes bajo la presión de casos individuales. En estas situaciones surge la indeterminación lingüística, en forma de ambigüedad y vaguedad lingüísticas, que solo puede ser sanada por medio de la discreción judicial. Sin embargo, la indeterminación del derecho es moderada, no radical: no es el caso que las disposiciones se muestren indeterminadas en todo tiempo y en cada situación posible por el hecho de ser enunciados en lenguaje natural. Hay situaciones en que están

damentalista el antiformalismo y el antipositivismo los cuales son propios al *freirecht*. La idea de la decisión libre rechaza la concepción positivista-exegética del Estado, la equiparación del derecho y de la ley. El raciocinio casi deductivo del juez es una apariencia puesto que los valores en los que funda su decisión nada tienen que ver con una actividad *intra legem*⁴².

Concretamente, la teoría escéptica fundamenta que la actividad de interpretar consiste en un acto de valoración y decisión. Difiere de la teoría formalista porque, mientras la primera tan sólo busca un pre-significado, la teoría escéptica trae consigo una actividad valorativa y de elección de una determinada interpretación. El texto legal no tiene *per se* una significancia predeterminada, por el contrario, las palabras de la ley o de cualquier documento normativo son dependientes del intérprete, quien al texto le atribuye un determinado valor y significado.

Un elemento importante a considerar es que, dado que esta teoría interpretativa comprende que cada texto normativo, cada enunciado normativo, cada simple disposición es, de hecho, interpretado de modo diverso por diversos operadores⁴³. Dado que cada intérprete otorga un sentido a cada texto normativo, entonces se crea la posibilidad de interpretaciones discrepantes o diversas, productos de las distintas valoraciones del operador jurídico. Ello supone un mayor

determinadas. En efecto, si ese no fuera el caso, los lenguajes naturales serían completamente inútiles como medios para posibilitar la comunicación humana. Por consiguiente -concluyen- los no cognoscitivistas, en tanto sostienen que las disposiciones están radicalmente indeterminadas, están equivocados.

42 WRÓBLEWSKI, Jerzy, Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho, p. 78 y ss.

43 GUASTINI, Riccardo, L'interpretazione dei documenti normativi, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3.

protagonismo de la actividad intelectual del juez, lo cual no tiene como natural meta una decisión racional o argumentada en hechos y derecho. A raíz de ello es que se entiende que el juez, frente a la disposición jurídica, antes de otorgarle un significado y atribuirle valor, aborda cada texto normativo con sus ideas, valores, etc., de las cuales no puede desligarse, para posteriormente individualizar y elegir la norma jurídica a ser producida por dicho intérprete e intentar dar unidad a la diversidad de significados de los enunciados normativos problemáticos.

El problema es que algunos adherentes a esta teoría interpretativa escéptica no toman en cuenta la importancia de la ley escrita⁴⁴,

44 Debemos precisar, por ello, las dos variantes de esta teoría escéptica. Tenemos, así, una variante moderada y otra extrema. (1) *Prima variante (moderata)*. La prima variante della teoria scettica è quella sostenuta lungo tutto il corso di questo libro. Ne ricordo qui sucintamente alcuni tratti fondamentali: (i) i testi normativi sono solitamente equivoci, ossia sono suscettibili di interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli; (ii) ogni singola norma è indeterminata (vaga): sempre possono darsi fattispecie di dubbia qualificazione; (iii) ogni testo normativo ammette, di regola, una pluralità di interpretazioni (in astratto) alternative igualmente plausibili: la scelta tra una interpretazione e l'altra è atto ovviamente discrezionale; (iv) la vaghezza di ogni norma può essere discrezionalmente ridotta (in concreto) sia includendo nel, sia escludendo dal, suo campo di applicazione i casi dubbi o marginali; (v) l'interpretazione può essere attività, secondo i casi, cognitiva, decisoria, o creativa; (vi) gli enunciati interpretativi cognitivi hanno valori di verità, gli enunciati decisori -e, maggior ragione, se nomopietici, i.e. creativi di norma -non possono dirsi né veri, né falsi; (vii) l'interpretazione creativa -in ultima analisi, la «costruzione giuridica»- è fenome pervasivo, e costituisce (non propriamente «interpretazione» di testi normativi, ma) produzione di diritto nuovo; (viii) l'interpretazione giudiziale è, ovviamente, decisoria (mai potrebbe essere meramente cognitiva) e, spesso, è genuinamente creativa di nuove norme. (2) *Seconda variante (estrema o radicale)*. La seconda variante della tesi scettica, ridotta all'osso, suona così: i testi normativi non hanno alcun significato prima dell'interpretazione. Il significato non persiste all'interpretazione: è piuttosto il suo risultato. Sicché gli interpreti

llegando al punto de desconsiderarla y reconocerla insuficiente para determinar la decisión a ser dada a un determinado caso. En tal supuesto se está ante la más fundamentalista de todas las negaciones a la autoridad estatal y al producto jurídico puesto por dicha autoridad. El profesor GUASTINI hace la salvedad de que, en todo ambiente cultural dado, los usos lingüísticos corrientes admiten una gama ilimitada de significados posibles para toda expresión dada. Las atribuciones de significado que no caen dentro de esta gama son difícilmente sustentables. Es obvio que entre los hábitos lingüísticos difundidos están incluidas las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Son escasamente practicables todas las interpretaciones que el intérprete no esté en condición de argumentar (o motivar) de manera convincente según los patrones de racionalidad acogidos en su ambiente cultural⁴⁵. Con ello se hace la importante objeción que la actividad interpretativa, si bien es intelectual y propia de cada intérprete, no puede ser exclusiva y excluyentemente volitiva y vivir alejada de la racionalidad jurídica para el control de aquellos sentidos dados dentro de una comunidad⁴⁶.

-specialmente i giudici di ultima istanza- sono interamente liberi di attribuire ad ogni testo normativo, allá lettera, qualunque significato. In un censo, non esiste neppure diritto prima dell'interpretazione: i testi normativi sono non propriamente «diritto», ma solo fonti del diritto. Tutto il diritto, a ben vedere, è creato non dai legislatori, ma dagli interpreti e da essi soli. GUASTINI, Ricardo, *op. Cit.*, p. 414-415.

45 GUASTINI, Riccardo, A interpretação: objetos, conceitos, teorias. Das fontes as normas, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 133-134.

46 Debemos tomar en cuenta que *la escuela realista perdió gran parte de su fuerza tras las objeciones que HART le dirigiera en el capítulo VII de El concepto de derecho. En primer lugar, HART rechaza la tesis realista según la cual «hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas». HART muestra la inconsistencia en la que se incurre al rechazar, por un lado, la relevancia de las reglas*

4.3. *Texto y significado*

Rescatemos algunas ideas de cuño conclusivo hasta esta etapa.

Contrariamente a lo que es sustentado por el formalismo interpretativo, las palabras o signos lingüísticos no tienen un único sentido. No existe un único significado intrínseco al texto legal que venga pre-determinado o *customized* por el legislador. La norma [interpretación-producto] no está en el texto o documento legal, lo que determina que no exista sinonimia o equiparación entre texto y norma.

No obstante, y por más desarrolladas que se encuentren las teorías de la interpretación, existe la impronta de llamar al texto legal como norma y afirmar que el juez, al decidir, declara la norma. Ahora bien, si hemos concordado que el texto normativo no tiene un significado en sí —o mejor, no contiene la voluntad del legislador— le está facultado al juez poder atribuir un determinado sentido y significado. De esta forma, debe quedar en claro que la operación intelectual que conduce del enunciado al significado no es interpretación. La disposición es el objeto de la interpretación, la norma es el resultado. Dicho de otra forma, la disposición es la fuente de la norma a través de la interpretación⁴⁷.

y, por el otro, afirmar la existencia de decisiones judiciales, ya que ello presupone la existencia de reglas que confieren potestades a ciertos individuos y autoridad a sus decisiones. Respecto de la tesis realista que sostiene que el derecho resulta indeterminado y que de hecho las decisiones de los jueces están determinadas por factores extrajurídicos, sostiene que ello es una gran exageración. El escéptico sería un absolutista desilusionado: como las reglas no son lo que el formalista sostiene, el escéptico expresaría su desilusión negando que haya o pueda haber regla alguna. Para HART, del hecho de que el derecho posea textura abierta, que existan reglas que tengan excepciones que no puedan ser enumeradas taxativamente, no puede seguirse que sea completamente indeterminado. ORUNESU, Claudina, Positivismo jurídico y sistemas constitucionales, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 32.

47 GUASTINI, Riccardo, *Op. Cit.*, p. 63-64.

Lo interesante es que en la obra del profesor GUASTINI, se demuestra claramente que la creencia difusa en el sentido de correspondencia biunívoca entre disposición y formulación de la norma es una creencia falaz. Advierte, en tal sentido, que toda disposición es más o menos vaga y ambigua, de modo que tolera diversas y conflictivas atribuciones de significado. De tal forma, a una única disposición corresponde no sólo una sola norma, sino una multiplicidad de normas disociadas. Una única disposición tiene la capacidad de contener más normas disociadas unas de las otras, de acuerdo con las diversas interpretaciones posibles⁴⁸.

Es aquí donde radica la fundamentación que será intentada en el ítem subsiguiente. Es importante identificar que ante la variedad de disposiciones normativas pasibles de generar a través de la actividad interpretativa más de una norma, ello determinará la posibilidad de la existencia de *disenso* entre los operadores jurídicos y los intérpretes. Concretamente, la interpretación judicial es caldo de cultivo de una miríada de interpretaciones y significados. Ante ello surge la crisis interpretativa o la divergencia interpretativa que acaba configurando un sentimiento de encontrarse en una *Torre de Babel* interpretativa. Una corte suprema que tenga por función dar uniformidad ante la interpretación de la norma ciertamente conseguirá reducir el disenso en aras de la seguridad jurídica e igualdad.

5. LA AUTORIDAD DEL PRECEDENTE VINCULANTE COMO TÉCNICA ARGUMENTATIVA PARA LA FUNCIÓN DE IGUALDAD DE LA INTERPRETACIÓN. POR UN MODELO DE CORTE DE PRECEDENTES

Hemos fundamentado que la corte suprema es un modelo de corte que tal como funcionan las cortes del sistema del *common law*,

48 *Ibidem.*, p. 65-66.

se caracteriza por dar unidad al derecho mediante una adecuada interpretación. Pacifica el disenso interpretativo existente en toda una judicatura nacional⁴⁹. Es natural, por ende, que la técnica argumentativa del *precedente vinculante* sea aliada a esa función de unidad al derecho que una corte suprema pretende ejercer. En esa línea de razonamiento, la fuerza del precedente – y los efectos que este despliegue – ciertamente sobrepasarán el ámbito privado de las partes procesales y se constituirá como fuente primaria de derecho⁵⁰ para toda la judicatura y sociedad en general. Luego, ello conduce a dos conclusiones: i) siendo potencialmente equívocos todos los enunciados jurídicos antes del proceso interpretativo o de atribución de significado, el enriquecimiento del sistema jurídico, y de desarrollo del mismo se realiza mediante el precedente como medio de determinación del derecho⁵¹; ii) de ello deriva que como las decisiones tomadas por la corte suprema deben ser justificadas a efectos de otorgarles entendimiento y, sobre todo, legitimidad, la generación o producción del preceden-

49 Como nos recuerda SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Massachusetts, Harvard University Press. 2009, las reglas legales (dentro de ellas, las introducidas mediante precedente judiciales), tienen un carácter de retrospectividad. Siendo así, el aspecto de retrospectividad of these modes of legal thinking is closely related to the concept of authority, for rules and precedents not only pull us backward, but also force us away from our own best judgment in favor of someone else's (...) With respect to both rules and precedents, the key idea is that they are authoritative. Their force derive not from their soundness but from their status, and philosophers of law refer this feature of authority as When a rule (or a command, an order, or an instruction) is authoritative, its subjects are expected to obey regardless of their own opinions of its wisdom. (p. 167).

50 MITIDIERO, Daniel, *Cortes superiores e cortes supremas*. P. 71.

51 PECZENIK, Aleksander, *On law and reason*, 2° ed. Dordrecht: Springer, 2009, p. 333.

te debe demostrar las razones fáctico-jurídicas que conllevaron a su creación, y, lo más importante, la elaboración de las *rationes decidendi*⁵², como reglas que, con un cierto grado de vinculación, guían la actividad interpretativa.

- 52 A propósito de lo denominado como *ratio decidendi* (RD), Pierluigi, CHIASSONI, Ensayos de Metajurisprudencia Analítica. Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 185-185, identifica, por lo menos, once acepciones: (RD1) el elemento en la motivación de una sentencia que representa la premisa necesaria, o bien el pasaje lógico necesario, para la decisión de un caso; (...) (RD2) el principio de derecho que, en una sentencia, es suficiente para decidir el caso concreto; (...) (RD3) la argumentación necesario o suficiente para definir un juicio; (...) (RD4) la norma (máxima, principio) que constituye: (a) la condición necesaria y suficiente, o bien (b) la condición suficiente pero no necesaria, o aún (c) cualquiera de las condiciones necesarias pero no suficientes de la decisión de un caso; (...) (RD5) la norma (máxima, principio) para los hechos de un litigio que, como lo revela un análisis textual del precedente-sentencia, el juez ha establecido y/o seguido efectivamente, más allá de eso que él/ella pueda haber afirmado, sostenido de haber afirmado, o creído hacer; (...) (RD6) la norma (máxima, principio) para los hechos de un litigio que el juez, en el precedente-sentencia, ha declarado expresamente de haber establecido y/o seguido, o bien (presumiblemente) considera, haber establecido y/o seguido; (...) (RD7) la norma (máxima, principio) para los hechos de un litigio que el juez, en el precedente-sentencia, ha tratado expresamente o tácitamente como necesaria para la decisión del litigio; (...) (RD8) la norma (máxima, principio) para los hechos relevantes de un litigio que el juez que ha pronunciado el precedente-sentencia – a la luz del derecho vigente, de los hechos y de los precedentes, así como entendidos por un juez sucesivo y/o por la doctrina – habrá debido establecer y/o seguir, con el fin de decidir correctamente la controversia; (...) (RD9) la norma (máxima, principio) para los hechos relevantes de un litigio que, según la opinión del juez sucesivo Js, el juez Jp, que ha pronunciado el precedente-sentencia, quiso establecer y/o seguir; (...) (RD10) la norma (máxima, principio) para los hechos relevantes de un litigio que, según la opinión del juez sucesivo Js, el juez Jp, que ha pronunciado el precedente sentencia, ha de hecho establecido y/o seguido, más allá de lo que quiso hacer; (...) (RD11) la norma (máxima, principio) para los hechos relevan-

De tal forma la nomofilaquia interpretativa anteriormente expuesta auxilia la justificación del uso de los precedentes. Siendo el propósito de tal corte suprema la eliminación o disipación de la equívocidad del texto normativo, el establecimiento de una adecuada interpretación dada por tal corte debe tener un efecto guía y ser vinculante⁵³.

En estricto, la producción de precedentes vinculantes constituye el resultado indisociable de los presupuestos teóricos y de la función interpretativa inherente a la corte suprema. En ese sentido, la adherencia a una teoría de los precedentes y su generación y aplicación por parte de las cortes supremas es inherente a su función⁵⁴.

tes de un litigio que, según la opinión del jurista, el juez sucesivo Js habría debido considerar como establecida y/o seguida por el juez Jp en su sentencia-precedente.

53 *Na realidade, existem apenas várias formas de definir as funções que são atribuídas aos tribunais superiores, mas é evidente que essas definições convergem no sentido de privilegiar a eliminação de dois erros na interpretação da lei e a formulação de interpretações que pode orientar as decisões de dois julgamentos sucessivos, garantindo a uniformidade da jurisprudência e a atuação do princípio da legalidade. Trata-se evidentemente de nomofilia, mais do que aquela que se realiza principalmente por meio do valor de precedente que se atribui às decisões do STF, ou seja, pela uniformidade de jurisprudência que se forma tendenciosamente com base em precedente. Respeito a lei, de acordo com a interpretação que tem sido dada pelo Supremo Tribunal, e é certo que só num caso singular em que seja decidido, e se for necessário que o tribunal intervenha em todos os casos, estamos sujeito à mesma regra. será aplicada, mas fazendo sim que você julgue dois casos sucessivos continue em suas decisões a interpretar isso ao supremo tribunal formulado. É oportuno observar que isso independe da eventualidade de o precedente ter efeito juridicamente vinculante.* TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 50.

54 GORLA, Gino, *Precedente giudiziale*. Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, Treccani, 1990, p. 5. V. también, Gorla, Gino, *L'uniforme interpretazione della legge e i Tribunali Supremi* (1976). En: *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 511-540.

El precedente, al ser fuente primaria del derecho, cuya eficacia vinculante no deriva ni de la costumbre o de la doctrina, ni tampoco de la bondad o de la congruencia social de las razones invocadas, en realidad adquiere su fuerza vinculante por la fuerza institucionalizante de la interpretación jurisdiccional⁵⁵. El precedente, bien vistas las cosas, constituye una *must source*⁵⁶ actuando como una *exclusionary reason*⁵⁷ en la formación de la decisión judicial y todo ello dentro del contexto de las funciones contemporáneas o roles modernos de una corte suprema que tutele la promoción y desarrollo del derecho⁵⁸. No

55 KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am problem der verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 243 y ss.

56 PECZENIK, Aleksander, *The basis of legal justification*, Lund, 1983, p. 36.

57 RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 39-40.

El mismo nos señala que *the power of the courts to set binding precedents, as well as the emergence of judicial practices, respected as such by the courts, are no more than an extension of the power to settle authoritatively the litigation before the court: an extension of the power of the courts from authoritatively settling a particular cause of action to settling through their interpretive reasoning what is the law which will bind not only the litigants before them, but lower courts in the future, and through them bind all of us. Th is is why innovative judicial interpretation changes the law. Interpretation in itself does no such thing. But the power of the courts to set precedents, and the contribution of judicial decisions to judicial practices, do mean that judicial decisions can change the law, and hence, when those decisions are backed by innovative interpretations, they do change the law.* RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p.320

58 Esto es muy importante, pues la técnica de los precedentes judiciales *podría operar como las estructuras disipativas de las que se habla en la teoría de la complejidad, o sea, como momentos de formación de áreas de orden en el interior de fluir desordenado del caso de la jurisprudencia. Éstos, en efecto, podrían constituir importantes factores de racionalización, de uniformidad incluso flexible, de previsibilidad y de igualdad de tratamiento en la incontrolable cantidad y*

sería temerario afirmar, desde tal perspectiva, que en lo que respecta a la reciente o *redescubierta* bondad de una función guía jurisprudencial que pudiese tener una corte suprema, en realidad nos estaríamos posicionando frente a un cambio de paradigma.

Como puede inferirse, el horizonte que persigue este libro es, precisamente, el de propugnar un modelo de corte suprema que más allá de tutelar ese cariz gramatical u objetivo de la *nomofilaquia* en la aplicación del derecho y corrección literal, se persiga un modelo que funde su existencia y función en desarrollar el derecho a través de precedentes vinculantes. Para ello es imperativo interiorizar los fundamentos a favor de ello.

6. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA FUERZA VINCULANTE DE LOS PRECEDENTES

Un discurso dirigido a fundamentar el valor vinculante de los precedentes debe anclarse en valores constitucionales como resultado de la constitucionalización del derecho y la eficacia directa de los enunciados normativos constitucionales.

En ese marco, ganan relevancia los valores que sustentan el Estado Constitucional de Derecho, los cuales constituyen los fundamentos o la axiología dispuesta para fundamentar la vinculatoriedad

variedad de casos que se deciden en las cortes. Para que esto suceda, sin embargo, es necesario que los precedentes no sean, a su vez, un elemento de desorden y de variación casual, ligada a la especificidad de los casos concretos: es necesario, entonces, que se trate de precedentes en sentido estricto, y, por tanto, que presenten los caracteres distintivos de <<rareza>>, autoridad y universalidad en función de los cuales puedan destacarse entre el caos indiferenciado de la práctica judicial. TARUFFO, Michele, Páginas sobre justicia civil, Madrid, Marcial Pons. 2009, p. 569.

formal de los precedentes, tales como la seguridad jurídica, la certeza del derecho, la legítima expectativa del ciudadano y la coherencia misma del sistema jurídico⁵⁹.

6.1. *Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*

La Seguridad Jurídica trae consigo la idea de continuidad y estabilidad del orden jurídico, junto con la previsibilidad de las consecuencias en el plano jurídico que los propios enunciados normativos disponen. Estos valores son inmanentes a un Estado que pretende denominarse Estado de Derecho. Y es así como el propio MACCORMICK indica que entre los valores que el Estado de Derecho asegura, ninguno es más importante que la certeza jurídica, excepto tal vez por los principios que lo acompañan, como la seguridad de las expectativas jurídicas y la garantía del ciudadano contra las interferencias arbitrarias por parte del gobierno o de sus agentes⁶⁰.

La seguridad jurídica asume un rol de valor constitucional que por más que no esté así positivado en un documento normativo constitucional, se refleja en diferentes institutos, los cuales garantizan esta ansiada estabilidad y certeza de los actos de poder ejercidos por órganos del Estado. Por ejemplo, la cosa juzgada, el sistema de preclusio-

59 En otras palabras, *it is the reason of justice, of not departing from like decisions in like cases without very good reason, and the reasons of policy and principle supporting the precedents, coupled with the public-convenience argument for certainty in law, which account for the standing of precedent as a 'source of law' in the system, and which enable us to grasp its essentially open-ended quality.* MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, En: Clarendon Law Series. 2003, p. 227.

60 MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*. P.18.

nes, los regímenes de caducidad y prescripción y, qué duda cabe, la fuerza vinculante de los precedentes⁶¹.

La Seguridad Jurídica no debe perderse en la vaguedad o abstracción de su propio término, como concepto jurídico indeterminado que es. Conviene precisar dos elementos imprescindibles. En este contexto, para que el ciudadano pueda realizar un determinado comportamiento o se comporte de una forma específica, es necesario que exista consenso de los operadores jurídicos, en especial de los jueces, en el significado de las normas que regulan las diversas y variadas situaciones jurídicas. Dentro de la sociedad abierta de intérpretes, no solo constitucionales, como teorizó HÄBERLE, podemos importar este *slogan* para construir el argumento que los consensos jurídicos arribados por la interpretación judicial resultan los de entera

61 Como señala el profesor MACCORMICK, Neil. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press. 2008, p. 142-143: Some might observe that this so-called 'natural justice' is nothing more than the rule of law in fancy dress. To the extent that we live in states under state-enforced systems of positive law, it is an obviously legitimate demand that the state and its agencies properly uphold the laws they have enacted or developed by other means, e.g., through a system of judicial precedents. The judge who is personally biased or who unfairly hears one side to the exclusion of the other in a dispute violates procedural rules that are no more than what is essential in ensuring that the laws announced by the state are the actually governing rules of official conduct. This is true, but does not undermine an important truth about the quality of life under genuine law that Nigel Simmonds has expounded forcefully in *Law as a Moral Idea*. His argument is that one cannot accept any depiction of the 'rule of law' as a purely formal feature of legal systems, though it certainly has significant formal aspects, revealed in requirements for prospectivity and generality of rules, publication of them, absence of conflict among them, and so forth. For the additional essential demand that the officials of the system must act faithfully to the rules bears heavy moral traffic.

validez, dado que ningún otro sujeto sin *imperium* puede afectar con su interpretación la vida del ciudadano.

En efecto, la Seguridad Jurídica, entendida como la cognoscibilidad de las previsible consecuencias de la aplicación de las normas implican, por cierto, que tal significado sea unívoco y en el cual no exista disenso al momento de impactar en la vida del humano. De tal forma, una misma disposición normativa, plurívoca, generaría un caos en el propio desarrollo de la vida humana. CORSALE es claro al afirmar que al ciudadano hay que garantizarle la previsibilidad con relación a las consecuencias de sus acciones⁶²; y ciertamente, consecuencias que se encuentran en las propias dicciones de los documentos normativos.

No cabe duda que una teoría del precedente vinculante debe tener como fundamento primario la protección y promoción del principio de seguridad jurídica, en la perspectiva de la confianza del ciudadano. En efecto, ALEXY fundamenta que las cortes vértice toman en consideración un motivo principal para la vinculatoriedad de sus precedentes, el principio de protección de la confianza⁶³. De tal suerte, el primordial fundamento para la vinculación del precedente lo constituye la aplicación del Principio de Seguridad Jurídica como cognoscibilidad de las consecuencias de la interpretación otorgada a los documentos normativos⁶⁴ –actos de poder estatal–.

62 CORSALE, Massimo, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31.

63 ALEXY, Robert, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, In: *Interpreting precedents*, p. 29.

64 Justamente, con relación a los principios jurídicos, como los que venimos desarrollando, debemos señalar que en la interpretación y aplicación del precedente judicial vinculante *las ratione decidendi no deben ser vistas como reglas que puedan ser desvinculadas de los principios que sirvieron como su base*,

Concretamente, existe un espacio de actuación del principio de la seguridad jurídica a nivel de los actos de la jurisdicción.

Las ideas nucleares en torno a la seguridad jurídica se desarrollan en torno de dos conceptos, de acuerdo a CANOTILHO⁶⁵. Primero, respecto a la estabilidad o eficacia *ex post* de la seguridad jurídica dado que las decisiones adoptadas por la jurisdicción no deben ser arbitrariamente modificadas luego de ganar la calidad de cosa juzgada, a menos que existan hechos supervinientes que fundamente un cambio en el decisorio.

Sin embargo, el *match* entre seguridad jurídica y un discurso sobre precedentes vinculantes aparece cuando se trata de la previsibilidad o eficacia *ex ante*, el cual se reconduce a la exigencia de certeza y calculabilidad o determinación de los resultados por parte de los ciudadanos. Nos interesa la seguridad jurídica *ex ante*.

En este caso, es diferente hablar de seguridad jurídica cuando se trata de un caso juzgado, y de seguridad jurídica cuando estamos frente a la uniformidad de la jurisprudencia. Bajo el punto de vista del ciudada-

qual sucede en un sistema de precedentes vinculantes inspirado en el positivismo jurídico, sino más bien «criterios jurídicos que forman parte de una justificación de una resolución relativa a una controversia y de acuerdo a los alegatos hechos por las partes». Una vez que retomamos este vínculo entre reglas, razones y principios que lo justifican, se vuelve evidente el hecho de que ninguna regla puede extenderse analógicamente sin que haya una ponderación de principios. BUS-TAMANTE, Thomas, La función de la analogía en el precedente: acerca de la tercera operación jurídica básica de Alexy. En: Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial: Actas del 24º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR). Beijing, 2009, vol III/ ed. Carlos Bernal Pulido, Thomas Bustamante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2015, p.136.

65 CANOTILHO, José Joaquim, Direito constitucional e teoria da Constituição, 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2007, p. 264 y ss.

no, no existe un derecho a la estabilidad o uniformidad de las decisiones judiciales, pero donde radica la seguridad jurídica es en la protección de la confianza legítima del ciudadano frente a los actos de poder.

Ahora bien, es una función irreductible de los poderes judiciales el poder uniformar la orientación o, mejor dicho, interpretar de forma coherente y consonante los dispositivos normativos. Si bien en la *Corte di Cassazione* italiana se lee que *la legge è uguale per tutti*, sabemos bien que lo que debe ser igual no es la ley, sino, la interpretación de la ley frente a los ciudadanos con la finalidad de guiar su conducta y vida en sociedad.

6.2. *De la igualdad ante la ley a la igualdad ante la interpretación de la ley*

Como señala MARINONI, no habría motivo para hablar de igualdad delante de las decisiones en el caso que estas pudiesen resolverse en la mera aplicación de la ley⁶⁶. Es más, cuando se habla de igualdad como un fundamento constitucional para la fuerza vinculante de los precedentes no se hace referencia a una aplicación igualitaria para todos los ciudadanos. En realidad, se hace referencia a una unívoca interpretación del documento normativo a ser interpretado y posteriormente aplicado por la jurisdicción.

Las tesis chiovendianas sobre la jurisdicción, en cuanto la función declarativa del juez de la voluntad concreta de la ley, abrieron paso al embate hermenéutico del derecho, con la finalidad de llegar a la tan ansiada diferenciación entre texto y norma jurídica. Es a partir de ahí que podría trasladarse la igualdad ante la ley para la igualdad en la interpretación de la ley.

66 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obligatorios, p. 180.

Pues bien, es necesario recordar que hace mucho viene siendo aceptada la idea de que la tarea del intérprete no se resume a una actividad reproductiva de sentidos previamente dados (de normas jurídicas), debiendo el intérprete construir un significado a partir de esos signos lingüísticos (disposiciones normativas), así éste se encuentre frente a reglas o a disposiciones normativas abiertas o vagas.

6.3. Vinculación de los precedentes y coherencia del orden jurídico

Todo Estado de Derecho que respeta la seguridad jurídica no puede estar destituido de coherencia⁶⁷.

De tal forma, hablar de una interpretación de los dispositivos normativos que sea tendencialmente estable y uniforme, constituye hablar de una expresión dinámica del derecho traducida en el acto de juzgar. Ello permitirá que el principio de isonomía sea un valor a proteger por parte de la judicatura nacional.

67 Como señala el profesor ATIENZA, Manuel, Cuestiones Judiciales. Ciudad de México: Fontamara. 2002, p. 96, *el Estado de Derecho contiene en sí mismo (...) los polos de una tensión que explicita por qué la interpretación es tan importante en el Derecho y justifica (...) de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es la dimensión de autoridad y está representada, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: la del imperio de la ley y la de la división de poderes (...)* El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar la dimensión de los valores, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho (...), a través de las dos características de la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria (...) la interpretación. El problema radica, pues, en cómo encontrar una mediación entre esos dos polos, o bien en cómo justificar que uno de esos polos haya de jugar un papel dominante.

Ahora bien, como el ideal *montesquiano* de inercia de la función jurisdiccional quedó en el pasado, es necesario identificar que la boca del juez es la que otorga un valor y sentido al ordenamiento jurídico, lo cual genera que el Poder Judicial sea un órgano de producción jurídica, responsable de la coherencia de tal ordenamiento.

Bien vistas las cosas, la coherencia afirmada en el acto de juzgar constituye un problema diferente de la coherencia del ordenamiento jurídico. Así, cada dispositivo legal puede y deber generar una única norma legal (regla concreta y particular aplicable al caso), producida en compatibilidad con el ordenamiento jurídico.

Pues bien, como varias decisiones pueden afirmar el significado de un texto legal determinado, el derecho creado jurisprudencialmente sufre un problema de coherencia, siendo lo coherente una relación armónica, en este caso, entre dispositivos legales. Así, la coherencia judicial debe llamar la atención a un tipo de armonía, en este caso, de la armonía en el sentido interpretativo dado a cada documento normativo.

En *Rationales for precedents*, BANKOWSKI, y el grupo de *bielefelders*, indicaron que no existe coherencia en un derecho que se expresa mediante decisiones que tratan casos iguales de manera desigual. Profundizando esto, ellos afirman que al tratar de sociedades caracterizadas por la fidelidad a una ideología y la práctica del orden legal ‘racional’ en el sentido propuesto por Max Weber, podemos ciertamente decir, que la coherencia en la interpretación de las disposiciones específicas sobre muchos casos y prácticas interpretativas que se destinan a garantizar una coherencia global del sistema jurídico son fundamentales para ellas⁶⁸.

68 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; Miguel, Alfonso RUIZ, *Rationales for precedents*. En: *Interpreting precedents*, p. 487.

Sin embargo, cuando se permite la liberalidad –o libertinaje– para la construcción de una variedad de interpretaciones, muchas veces discordantes, sobre un mismo documento o dispositivo normativo, se torna problemático un discurso de creación jurisprudencial del derecho o de coherencia del producto creado por la jurisdicción. Ello, en realidad, constituye flagrante anarquía de los jueces frente al sistema que pertenecen⁶⁹.

Una fidelidad al Estado de Derecho no sólo requiere evitar cualquier variación *frívola* en el patrón decisorio del juez⁷⁰, sino que los mismos jueces deben respetar, tendencialmente, las reglas jurisprudenciales creadas por las cortes de vértice para la alineación interpretativa de ese ordenamiento jurídico, al cual la judicatura le debe respeto y protección. Esas reglas de derecho estables y uniformes y coherentes, se reflejan en las reglas creadas deliberadamente, y no en meras opciones interpretativas de agentes de poder que temporalmente ocupan esferas judiciales⁷¹.

69 Es el llamado del peligro de los jueces «activistas». Ya hemos señalado que el texto normativo es de mucha importancia, y que las tesis escépticas extremas de la interpretación constituyen un error. Esto último puede constituirse, sin embargo, como un factor de la creación de jueces activistas en la medida de que *la idea del juez como sujeto a la ley y solo a la ley ha hecho crisis (...) y en su reemplazo gana cada vez más aceptación la idea del activista, es decir, del que solo tiene por la ley una lealtad derivada: la ley no vincula al juez por ser ley, sino solo si es justa (...)* Y cuando esta idea es articulada en público, *la crítica de quienes defienden la sujeción a la ley suena vacía o ingenua: una apelación directa a la idea democrática de que la ley es la voluntad del pueblo, en un contexto de creciente deslegitimación de las instituciones representativas.* ATRIA, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons. 2016, p. 240.

70 MACCORMICK, Neil, *Rethoric and the rule of law*, Op. Cit., p. 178.

71 MALTZ, Earl, *The nature of precedent*. In: *North Carolina Law Review*, Vol. 66, 1988, p. 371.

Estos tres elementos, seguridad jurídica, igualdad en la interpretación de la disposición y coherencia del ordenamiento jurídico a través del precedente constituyen lo que podríamos llamar de un núcleo constitucional a favor de la fuerza vinculante de los precedentes. Una democracia constitucional, imbuida con valores constitucionales tales como la seguridad jurídica, debe preponderar la racionalización del ordenamiento jurídico a través del efecto guía que un precedente tiene para ofrecer.

7. EL EMBATE DE LA POSMODERNIDAD TECNOLÓGICA: ¿PRECEDENTES JUDICIALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

Dentro del espectro de nuevas tecnologías, precisamente, aquellos sistemas computacionales de aprendizaje artificial por análisis de casos y repetición de hechos son utilizados para estructurar, crear y operar con bases de datos.

En ese contexto, ya no solo la inteligencia artificial se ha posicionado como herramienta de producción de decisiones judiciales –sentencias– de instancias jerárquicamente inferiores. Ahora, desde la elección de recursos y su declaratoria de admisión o procedencia, hasta la propia elaboración de sentencias a nivel de cortes supremas, existen tentativas o proyectos de incursión de estos programas en el acontecer máximo del sistema de justicia.

Ocurre que en terrenos del precedente judicial –como regla jurisprudencial vinculante para casos futuros– la elaboración de la *ratio decidendi* pasa por un análisis muy sofisticado a nivel jurídico en donde se entrelazan no solo conocimientos legales, sino, muchas veces, otros conocimientos del saber humano que puedan acabar encontrándose en un conflicto y requieren de un comando de conducta legal. Si el precedente, como fue dicho, genera predictibilidad, estabilidad y una tendencial inmutabilidad en el tiempo, existe espacio para

que, a través de cierta aplicación o función de inteligencia artificial, se pueda consolidar y automatizar el análisis de casos repetidos que puedan exigir una decisión judicial que discipline los casos futuros.

Ahora bien, a través del *machine learning*, aplicado a nivel de elaboración de precedentes, lo que ocurre es que se genera un fenómeno de aprendizaje de un programa, guiado o supervisado por un humano, teniendo como insumo la información que se ha incorporado a la base de datos. Por ello, podría establecer una analogía; si la información es el combustible, la inteligencia artificial [o, precisamente, funciones o programas] es el motor. La pregunta queda planteada: ¿Es necesario un conductor? Bajo un punto de vista de poder de jurisdicción ejercido por un juez-persona, es inexorable la realización de actos intelectuales humanos si se quiere mantener el perfil subjetivo de la jurisdicción. Esto, por consecuencia, lleva a que, al generar, interpretar y/o aplicar un precedente vinculante, la necesidad de responder al caso concreto, al final, requiera del trazo fino del ser humano [juez o abogados para definir el caso] y contrastar si la elección automatizada de la respuesta a considerarse precedente, o la elección de la *ratio decidendi* hecha automáticamente, sea un complemento útil a la labor de las cortes supremas.

Puntualmente, un programa de inteligencia artificial podría tener las siguientes aplicaciones en términos de gestión del precedente judicial:

- i. Análisis preliminar de procedencia de los recursos ante la Corte Suprema, por repetición de casos propuestos y resultados estadísticos⁷².

72 Como ya viene ocurriendo en el Supremo Tribunal Federal del Brasil, con el programa Víctor, de selección y análisis de admisibilidad del recurso extraordinario ante dicho tribunal. Ver, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori> Consultado el: 12.04.23

- ii. Selección de casos repetitivos en una muestra o universo filtrado con diferentes criterios [materias controvertidas, pretensiones, cuestiones jurídicas, grupos de personas].
- iii. Identificación de casos análogos resueltos divergentemente.
- iv. Esquema de decisión por simulación o repetición de casos reiterados.
- v. Segmentación o agrupamiento de (x) casos, para la aplicación de (y) precedentes. Es decir, motivación en serie luego de la elección del precedente para el caso concreto.

Esto, sin embargo, no es inmune a la serie de problemas que surgen con la aplicación de las inteligencias artificiales a nivel legal y, precisamente, a nivel jurisdiccional y de litigios⁷³. Por la extensión del ensayo, el problema de la utilización de inteligencia artificial en el proceso judicial subyace al tema de los precedentes. De forma más amplia y anterior, esto se origina en el uso de dicha tecnología para complementar [o ¿suprimir?] la labor de motivación y argumentación de las decisiones judiciales⁷⁴.

y, más recientemente, el mismo tribunal viene implementando el Proyecto RAFA 2030, destinado a la identificación y clasificación de acciones ante el Supremo Tribunal Federal para los lineamientos del desarrollo sostenible de la Agenda ONU 2030.

73 Solo a nivel ejemplificativo de algunos desafíos a ponderar y superar en ámbitos de inteligencia artificial y sus factores limitativos, ver, DELGADO, Christian, Precedentes judiciales e inteligencia artificial: ¿Hacia un *automated law*? En: Libro de ponencias de artículos ganadores. XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal, Kobe, 2019, p. 66-88.

74 Ver, TARUFFO, Michele, Judicial decisions and artificial intelligence. En: *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6, 1998, pp. 311-324.

Hasta este punto, el argumento respecto de las funciones de las cortes supremas y su desarrollo en lo que toca a las teorías de la interpretación que apunten a un modelo de corte de precedentes, no puede ser ajeno al diálogo con la tecnología, lo que conlleva, por ello, a adicionar un dominio más de investigación en este vasto tema de las cortes supremas y precedentes: el uso de formas automatizadas de decisión. Esta es una tarea pendiente a ser evaluada con investigación empírica y el desarrollo de estas tecnologías en los países que busquen optimizar responsablemente este recurso.

8. CONCLUSIONES

Se culmina el artículo de investigación presentando las siguientes conclusiones:

- El desarrollo y función de la corte suprema de modelo franco-italiano ha alcanzado un punto de crisis teórico o dogmático que impuso la transformación de las cortes supremas para dar paso a un cambio paradigmático en lo que incumbe a su función y finalidad.
- Esto se debe, en gran medida, a la evolución de las teorías de la interpretación jurídica, que acaban impactando en el primer intérprete del derecho con eficacia vinculante de sus dictados: el juez.
- Ahora, entendido el papel de la jurisdicción como una labor intelectual, altamente argumentativa y de atribución de significados, apareció en el ámbito judicial la necesidad de pacificar o establecer criterios interpretativos unívocos en el tiempo para generar la tan ansiada estabilidad y seguridad en la interpretación del derecho.
- Por ello, a nivel de competencias y atribuciones, una corte suprema que busque preservar la seguridad jurídica jurisdiccional

debe actuar de tal forma que la máxima de su interpretación judicial para casos relevantes, consista en establecer un entendimiento que tenga un efecto vinculante y guía para el resto de casos futuros y análogos. Esta es la optimización de principios como, seguridad jurídica, coherencia interpretativa, igualdad ante la interpretación de la ley y certeza jurídica.

- Esto transporta a un modelo de corte suprema de precedentes vinculantes, que entienda a la casación como un medio de *ius constitutionis* procurando la finalidad pública de la tutela de la norma, y despojando el papel positivista de corrector de la legalidad de la norma.
- Como una ciencia en constante movimiento, el proceso civil necesita adecuarse a la transdisciplinariedad impuesta por la irrupción de otras ciencias y conocimientos, precisamente, adoptar responsablemente el cambio tecnológico.
- La inteligencia artificial, como instrumento tecnológico de simulación de posibles escenarios de respuestas y sistemas de análisis y selección de información, juega un papel en la elaboración de precedentes vinculantes y la aplicación de precedentes ya existentes a casos concretos análogos.
- El uso de la inteligencia artificial debe ser complementario y no suplementario a la labor argumentativamente sofisticada de una corte suprema. A través de la demarcación de funciones y tareas específicas, aun se podrá mantener el rostro humano del juez, todavía más en un espacio judicial en donde se espera que la corte de precedentes debata, decida y argumente colegia y deliberativamente sobre el significado del derecho.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. Cuestiones Judiciales. Ciudad de México: Fontamara. 2002.

- . El sentido del Derecho. Barcelona: Ariel, 2009.
- ATRIA, Fernando. La forma del derecho. Madrid: Marcial Pons. 2016.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedents*. In: *Interpreting precedents*. Ashgate, 1997.
- BEROLZHEIMER, Fritz. *Modern legal philosophy series*. Vol. 9.
- BROWN, Jethro. *Law and evolution*. En: *Yale Law Journal*. Vol. 29. 1920.
- BUSTAMANTE, Thomas. La función de la analogía en el precedente: acerca de la tercera operación jurídica básica de Alexy. En: *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial: Actas del 24º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR)*. Beijing, 2009, vol III/ ed. Carlos Bernal Pulido, Thomas Bustamante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2015.
- CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*. Torino, Fratelli Bocca, 1920.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.
- CARDOZO, Benjamin. *La naturaleza de la función judicial*. Trad. Eduardo Ponsa. Granada: Comares, 2004.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- . *El problema del significado jurídico*. Ciudad de México: Fontamara, 2019.
- . *La giurisprudenza civile*, Milano: Giuffrè, 1999.
- COMANDUCCI, Paolo. *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Ensayos escogidos. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia, 2010.
- CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè. 1979.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Have: Yale Press University, 1986.
- DELGADO, Christian. *Precedentes judiciales e inteligencia artificial: ¿Hacia un automated law?* En: *Libro de ponencias de artículos ganadores. XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal*, Kobe, 2019.

- GASCÓN A., Marina y GARCÍA F., Alfonso. La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores. Colección Derecho y Argumentación, 2017.
- GORLA, Gino. Precedente giudiziale. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Treccani, 1990.
- GUASTINI, Riccardo. A interpretação: objetos, conceitos, teorias. Das fontes as normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- . Interpretare ed argomentare. Milano: Giuffrè, 2011.
- . L'interpretazione dei documenti normativi. Milano: Giuffrè, 2004.
- HESSE, Konrad. Die normative kraft der verfassung. Tübingen: J.C.B. Mohr. 1959.
- JOLOWICZ, John Anthony. The role of the Supreme Court at the national and international level. En: Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki international colloquium. Thessaloniki: Sakoulas Publication. 1998.
- KRIELE, Martin. Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am problem der verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Oxford University Express. En: Clarendon Law Series. 2003.
- . Practical Reason in Law and Morality. Oxford: Oxford University Press. 2008.
- MALTZ, Earl. *The nature of precedent*. In: North Carolina Law Review. Vol. 66, 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Thomson Reuters, 2013.
- . Precedentes obrigatórios. Trad. Christian Delgado. Lima: Palestra, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. Sao Paulo, Thomson Reuters, 2018.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Proyecto Sustitutorio al Capítulo que regula el recurso de casación en el Código Procesal Civil de 1993. En: Temas de Derecho Procesal, Vol. III. Lima: Communitas, 2020.

- ORUNESU, Claudina. Positivismo jurídico y sistemas constitucionales. Madrid: Marcial Pons. 2012.
- OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. En: Revista de Processo, vol. 187, Thomson Reuters, set. 2010.
- PECZENIK, Aleksander. On law and reason. 2^o ed. Dordrecht: Springer, 1989.
- . The basis of legal justification. Lund, 1983.
- PIERLUIGI, Chiassoni. Ensayos de Metajurisprudencia Analítica. Santiago de Chile: Olejnik, 2020.
- RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- . Practical reason and norms. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- SCHAUER, Frederick. Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning. Massachusetts: Harvard University Press. 2009.
- TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge. Milano: Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, Michele. Judicial decisions and artificial intelligence. En: Artificial Intelligence and Law, vol. 6, 1998.
- . La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.
- . Le funzioni delle corti supreme – cenni generale. En: Anuario di diritto comparato e studi legislativi. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. 2011.
- . Páginas sobre justicia civil. Madrid: Marcial Pons. 2009.
- TROPER, Michel. Precedent in France. En: Interpreting precedents. New York: Routledge-Taylor & Francis Group. 2016.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ideología de la aplicación judicial del derecho. Sentido y hecho en el derecho. México: Fontamara, 2008.
- ZACCARIA, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. Madrid: Civitas. 2004.

EL PROCESO EJECUTIVO FINANCIERO. UNA PROPUESTA PARA LA MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

*THE FINANCIAL EXECUTIVE PROCESS. A PROPOSAL FOR THE
MATERIALIZATION OF THE PRINCIPLE OF PROCEDURAL ECONOMY*

FABIÁN ANDRÉS DURÁN RIVERO

Abogado - Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho Administrativo e Instituciones Jurídico Procesales - Universidad Nacional de Colombia. Máster en Derecho de Daños - Universidad de Girona, España. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente cátedra - Universidad Industrial de Santander. Director del Semillero de Investigación Cavila Jurídica. Árbitro | Conciliador |

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El proceso ejecutivo en Colombia prevé una secuencia de actos procesales a cargo de los sujetos intervinientes que lo distancian de su esencia y lo convierten en un litigio pausado, hecho que contribuye a la congestión judicial y limita el acceso a la administración de justicia.

Ante la necesidad de una justicia celer, que restablezca la naturaleza del proceso ejecutivo y materialice el principio de economía procesal, esta ponencia plantea un trámite alternativo en los litigios promovidos por las entidades pertenecientes al sistema financiero, implementando herramientas

ABSTRACT: The executive process in Colombia foresees a sequence of procedural acts to be carried out by the parties involved, which distances from its essence and turn it into a prolonged litigation. This contributes to judicial congestion that limits the access to the administration of justice.

In response of the need for prompt justice, which restores the nature of the executive process and materializes the principle of procedural economy, this paper proposes an alternative procedure in litigation initiated by financial institutions, implementing technological tools to overcome the con-

tecnológicas que permitan afrontar los retos contemporáneos de la teoría general del proceso.

PALABRAS-CLAVE: Proceso ejecutivo, actos procesales, entidades financieras, economía procesal, celeridad, acceso a la administración de justicia.

temporary challenges of the general theory of the process.

KEYWORDS: Executive process, procedural acts, financial entities, procedural economy, celerity, access to the administration of justice.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La naturaleza de los procesos de ejecución. 3. El principio de economía procesal. 4. La realidad del proceso ejecutivo civil en Colombia. 4.1. El análisis previo del título ejecutivo. 4.2. De la notificación personal. 4.3. Procedencia del recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. 5. Proceso alternativo para la ejecución de obligaciones del sistema financiero. 5.1. Autoridad Administrativa investida de jurisdicción. 5.1.1. La posibilidad de asignar funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia. 5.1.2. Competencia para tramitar procesos ejecutivos. 5.1.3. La arquitectura institucional y operacional es adecuada para tramitar un proceso ejecutivo alternativo y digital. 5.2. Estructura del proceso. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho procesal tiene como finalidad la búsqueda de la eficacia del derecho sustancial, propósito que implica la posibilidad de obtener una decisión justa y oportuna, en garantía del principio de economía procesal y como presupuesto de un acceso efectivo a la administración de justicia. No obstante, la realidad colombiana vislumbra un panorama donde los litigios son tardíos y acrecientan la congestión judicial.

El proceso ejecutivo no es ajeno a esta problemática, pues prevé una serie de actos procesales que pausan la dinámica del trámite y resultan innecesarios, tales como la emisión del mandamiento ejecutivo, su notificación personal y la posibilidad de recurrir en contra de aquel. De esa manera, resulta conveniente explorar alternativas legislativas para estructurar trámites más expeditos.

En ese orden de ideas, este artículo propone la reestructuración del trámite del proceso ejecutivo, con el fin de garantizar especialidad, celeridad y acceso a la justicia digital, asignando competencias jurisdiccionales a una autoridad administrativa para que conozca, a prevención, de aquellas demandas presentadas por las entidades pertenecientes al sistema financiero, pues aquellos casos comportan un porcentaje significativo de los asuntos conocidos actualmente por los juzgados civiles¹.

1 Así lo demuestran las cifras del estudio de tiempos procesales (2016), donde se evidencia que, de una muestra de 304 procesos ejecutivos a nivel nacional que han llegado hasta su culminación, el 15% fueron iniciados por instituciones financieras. El estudio fue desarrollado por la Corporación Excelencia en la Justicia por encargo de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2. LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

En la legislación antigua encontramos antecedentes del proceso ejecutivo que nos remontan a la extinta civilización romana, quienes implementaron mecanismos procedimentales para asegurar a los acreedores la oportunidad en el cobro de sus créditos en las primeras disposiciones legales de las Doce Tablas «*aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies sunti sunt*» y el Digesto. (Vol. II, 2007, p. 489).

A su vez, el tratadista argentino Hugo Alsina, refiere algunos antecedentes del proceso ejecutivo así: «En el derecho romano, durante la época de las *legis actions*, una vez pronunciada la sentencia por el juez que, como sabemos, era elegido por las partes y en su defecto por el magistrado, se acordaba al deudor un plazo de treinta días para el pago (*tempus indicati*). Transcurrido ese plazo el vencedor debía recurrir nuevamente al magistrado, en quien residía el *imperium*, ejerciendo la *manus injecto indicati*», es decir, tomar la posesión de la persona del deudor. (Vol. II, 1963, p. 27).

Estos antecedentes orientaron desde un principio la naturaleza del proceso ejecutivo hacia un trámite sencillo y rápido, para que la intervención jurisdiccional permita la satisfacción de obligaciones de dar, hacer o no hacer algo en el menor tiempo posible. Claro está, dicho mandato judicial requiere de la acreditación de obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en documentos conocidos como títulos ejecutivos.

La carta de cambio –hoy letra de cambio– apareció en la edad media como uno de los títulos ejecutivos primigenios y con ella se precisaron los mecanismos que garantizaran su debido cobro. De esta forma nacieron los «*instrumenta guaretigiata*», así llamados por la cláusula (guarentigia) según la cual el notario que extiende el instrumento ordena al deudor el oportuno pago de las obligaciones reconocidas en dicho instrumento, el cual confiere derecho a

la ejecución sin necesidad de un previo proceso de conocimiento» (GARCÍA, 2022).

Posteriormente se dio el cruce de los sistemas de ejecución del derecho romano y germánico, sumados al aporte proveniente del derecho canónico, con lo cual surgieron los procesos *executivus*, que dieron vida al derecho común y se convertirían en la Columna vertebral de los juicios ejecutivos que conocemos hoy en día, sobre todo en América Latina.

A pesar de ser una institución jurídica con longevidad marcada, los procesos de ejecución han mantenido un estatus que ha superado cambios normativos, doctrinales, usos y costumbres. A diferencia de los procesos declarativos, que requieren trasegar por una discusión jurídica y probatoria para obtener una sentencia que determine la existencia del derecho, el proceso ejecutivo parte de una obligación insatisfecha, cuyo cimiento es la existencia de un derecho preexistente.

Frente al carácter de la obligación de ejecución, Planiol & Ripert exponen: «Se llama objeto de la obligación la cosa que puede ser exigida por el acreedor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de una suma de dinero: en tal caso se llama prestación; puede, también, ser un hecho negativo, es decir, una abstención» (2005, p. 9). Dicha obligación ha de ser cumplida en la forma y términos acordados por las partes y dentro del marco previsto por la ley, so pena de que el título ejecutivo constituya el fundamento jurídico para proferir una orden de apremio al demandado por parte del juez.

Según López Blanco, el proceso ejecutivo, tiene como finalidad específica y esencial asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones pueda obtener, por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo. (Vol. II, 2004, p. 417-418).

3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Los comportamientos sociales relevantes para el mundo del derecho son regulados principalmente a través de compilados normativos de carácter sustancial, en palabras de Ugo Rocco, normas de «contenido, materia y sustancia» (pág. 194, 1969). Dicha regulación orienta ciertas conductas humanas a través de los mandatos intrínsecos a la misma, sin embargo, ante el incumplimiento de aquellos, se requiere contar con herramientas procesales que garanticen la eficacia de dicho derecho sustancial.

Ignacio Díez-Picazo consideró que, conforme a los cánones de la didáctica que exige una definición, una amplia mayoría, que acompaña el suscrito, consideramos que el derecho procesal es: «... el sector del ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de la función jurisdiccional» (pág. 269, 1994). Es claro que el derecho procesal comporta disposiciones normativas que son de orden público y constituyen instrumentos autónomos e independientes, no obstante, aquel atiende a una serie de principios orientadores que lo maximizan en su implementación.

La aplicación de estos principios debe estar ajustada a una interpretación consciente de las dinámicas del derecho y de las realidades sociales que apuntan a un avance inminente de la tecnología y su utilidad en el proceso. En palabras de Carretero Pérez: «...no cabe jamás una separación entre los principios y la realidad, y cuando sucede, las regresiones de la evolución pueden ser sumamente perjudiciales para la realización de la justicia dentro de un Estado de Derecho que exige imperiosamente que todas las técnicas utilizadas por los juristas, en cualquier posición, sea como juzgadores o como valedores de los intereses de la sociedad, conduzcan a una adecuación de las soluciones judiciales a las necesidades de la personalidad humana, verdadera y última razón de todo el Derecho» (pág. 100, 1971).

La consciencia del desarrollo no implica necesariamente la reinterpretación de los principios, los cuales se mantienen incólumes y vigentes, pero el derecho no puede ignorar el cambio, aún más cuando sus efectos son positivos para el ordenamiento jurídico. Justamente uno de los principios procesales en el que más incide el paso del tiempo y los cambios que vienen con ello es la economía procesal, lo que exige del legislador una actitud dinámica para intervenir la estructura de las etapas procesales inherentes al litigio desde una visión que conciba positivamente la menor intervención judicial posible.

En palabras de Puppio, el principio de economía procesal es: «aquél que pretende una proporción entre el fin que se persigue en el proceso y los medios en aras de una agilidad procesal» (pág. 182, 2008). De ese modo, el principio de economía procesal, además de aplicarse en la consideración o prescindencia de las etapas que se surten en los trámites judiciales, también implica un análisis a la necesidad de la intervención del juez para ciertos actos, lo que se traduce en acceso oportuno a la administración de justicia y consecuentemente en un menor gasto público.

La armonización en la aplicación de principios puede influir positivamente en la función jurisdiccional, pues si conjugamos la economía procesal con la celeridad y la eficiencia, reconociendo su importancia, podemos plantear estrategias que se acompasen con las realidades sociales y los retos que la era digital impone a la teoría general del proceso, más aun, tratándose del proceso ejecutivo, cuya esencia responde a criterios de simplificación y rapidez.

4. LA REALIDAD DEL PROCESO EJECUTIVO CIVIL EN COLOMBIA

La regulación del proceso ejecutivo civil en Colombia se unificó en el Libro Tercero, Sección Segunda, Título Único del Código General del Proceso, a través de la estructuración de una serie de actos

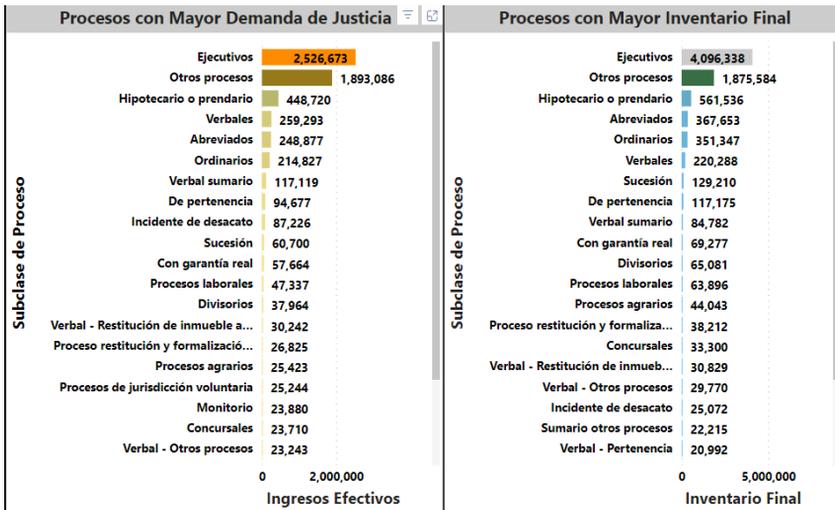
procesales que cuya filosofía desarrolla el derecho de acción, ofrece garantías al derecho de defensa y contradicción, promueve la oralidad y la práctica probatoria en audiencia, para llegar finalmente a una decisión judicial.

En términos generales, se puede afirmar que el trámite del proceso ejecutivo en Colombia surte sus etapas hasta dirimir la situación jurídica planteada en la demanda en un plazo menor al que tarda un proceso de tipo declarativo, sin que dicho resultado satisfaga la expectativa fijada conforme a su naturaleza.

Esta propuesta plantea la reestructuración de algunos actos procesales que, en consideración propia, son innecesarios, metodología que puede iniciar su implementación en relación con el proceso ejecutivo financiero, dado que estos comportan un porcentaje representativo de los procesos ejecutivos que se adelantan en la jurisdicción civil en Colombia, por cuenta de la demanda de obligaciones pecuniarias iniciadas por las entidades pertenecientes al sistema financiero.

En este punto, ha de tenerse en cuenta que los procesos ejecutivos representan el grueso del ingreso judicial para la jurisdicción ordinaria civil, conforme lo señala la División de Estadística de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Rama Judicial en Colombia, mediante informe de gestión de los despachos judiciales presentado en mayo del año 2022:

Figura 1. Estadística de gestión de los despachos civiles.



Nota: Tomado de: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNTkzM2IxMzgtOTU0Ny00Mjc0LWE3ZTItMTJjMmNhMTg0OTFiIiwidCI6IjYyMm-NiYTk4LTgwZjgtNDNmMy04ZGY1LThlYjk5OTAxNTk4YiIsImMiOiJ9>

Los actos procesales considerados como innecesarios se concretan en la emisión del mandamiento ejecutivo, su notificación personal y la posibilidad de recurrirlo, asuntos que se tratan en los tres acápite que a continuación se presentan:

4.1. El análisis previo del título ejecutivo

Uno de los presupuestos para dar trámite al proceso ejecutivo es que exista un documento que contenga obligaciones claras, expresas y exigibles, hecho que en la ley justifica la intervención del juez a través de la expedición de una providencia que decida acerca de la emisión o negación del mandamiento ejecutivo, es decir, se promueve un control de legalidad para el estudio de los requisitos mínimos que el del título deba contener.

El tratadista Jorge Forero Silvia considera que este estudio previo resulta importante para el proceso ejecutivo, pues afirma: «Los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo requieren ser analizados de manera minuciosa al momento de proferirse la primera providencia en procesos de esta naturaleza, pues de su acertado estudio dependerá el desarrollo normal del proceso». (pág. 119, 2020).

En ese escenario, bien podría suceder que el juez libre el mandamiento ejecutivo en contra del demandado al encontrar satisfecho tal presupuesto, caso en el cual correspondería notificar la providencia de apremio a las partes, sin embargo, junto al análisis del título ejecutivo, en esta etapa procesal también se prevé estudio de la demanda, lo que agrega la posibilidad de inadmitirla e incluso rechazarla bajo el concepto de no haberse subsanado los defectos advertidos en la inadmisión.

Ahora bien, en el evento de que el juez considere que no existe título ejecutivo que acompañe a la demanda, se niega el mandamiento ejecutivo y la parte demandante puede impugnar la decisión a través de la interposición de los recursos ordinarios de reposición y en subsidio apelación o, en su lugar, podrá aceptarla y acudir al trámite del proceso declarativo como alternativa de acceso a la administración de justicia. Al respecto, agrega Forero Silva:

«Si no concurren los requisitos formales y sustanciales, que en su armonía estructuran el título de ejecución, debe el juez, desde el inicio del proceso, impedir su adelantamiento, y en tal evento, negarse el mandamiento ejecutivo, providencia que estará sometida a los recursos de reposición y de apelación, como lo dispone el artículo 438 del CGP (...).» (pág. 126, 2020).

Convine cuestionarse acerca de la necesidad de revisar los requisitos mínimos del título ejecutivo en la etapa inicial del proceso. En esta investigación se propone realizar un cambio al respecto, consistente en la eliminación del mandamiento ejecutivo como primera decisión, así

como la posibilidad de inadmitir la demanda, permitiendo el estudio de los requisitos mínimos del título ejecutivo únicamente cuando la demanda se acompañe de la solicitud de medidas cautelares previas.

Lo anterior, toda vez que las medidas cautelares son disposiciones judiciales encaminadas a materializar las resoluciones adoptadas en la sentencia y resultan ser fundamentales para la preservación del proceso. Tal como lo señala Calamandrei (1984) las providencias que versan sobre medidas cautelares tienen como finalidad la preservación o conservación del proceso en el tiempo, buscando que se mantenga la situación fáctica existente en el momento de la presentación de la demanda, en aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

En palabras de Forero (2013), las medidas cautelares cumplen una función de protección a la igualdad procesal, dado que impiden la causación de más males para el demandante quien no solo aspira la favorabilidad de sus pretensiones en la sentencia, sino también a que estas conserven su eficacia. Lo anterior supone un rol activo del juez al momento de su decreto, dado que es este quien debe asegurar la igualdad procesal, tal como lo establece el artículo 43 del código general del proceso colombiano.

Ahora bien, las medidas cautelares, dada su definición, resultan ser meramente instrumentales, y por lo tanto resultan sus efectos estar delimitados en el tiempo, dependiendo entonces del resultado de un proceso, o hasta que se garantice la ejecución de lo decidido en la sentencia. Así, sin la existencia de un proceso, o de la intención de iniciar uno a futuro -caso en el que se aplican medidas cautelares extraprocesales- las medidas carecen de sentido (Forero, 2013). Entonces, dado su carácter instrumental, la oportunidad para su solicitud es por regla general al momento de la presentación de la demanda.

Frente a los procesos ejecutivos, el artículo 599 del Código General del Proceso plantea el embargo y secuestro de bienes del ejecutado como la medida cautelar por excelencia, caso en el cual no

resulta necesario prestar caución, toda vez que el proceso ejecutivo presupone un mayor grado de certeza del derecho que se encuentra en cabeza del demandante, amparado por el título ejecutivo, lo que amerita su estudio concomitante.

El artículo 588 del Código General del Proceso establece que el juez deberá decidir sobre las medidas cautelares a más tardar al día siguiente de su reparto, en concordancia de la celeridad que implica el salvaguardar los derechos de los ejecutantes. Ahora bien, el demandado, ante la solicitud de la imposición de medidas cautelares, puede presentar excepciones de mérito y solicitar que su contraparte preste caución para garantizar los perjuicios que se causaren con su práctica.

La decisión que se adopte sobre la solicitud de medidas cautelares debe sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, incluyendo el análisis del título ejecutivo, de lo contrario, se considera que el estudio del título ejecutivo se puede realizar en la sentencia bien sea, por cuenta de la formulación de excepciones de fondo que sustenten su incumplimiento o, en caso de no formularse aquellas, mediante el control oficioso que le corresponde hacer al juez, garantizando así el principio de economía procesal.

Dicha idea encuentra soporte incluso en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, pues muy a pesar de que el artículo 430 del C.G.P. señala que los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia, el alto Tribunal ha indicado que:

«(...) si es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia (...) Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada

caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restricta derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada». (Sentencia STC-4808-2017. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco).

4.2. *De la notificación personal*

El mandamiento ejecutivo es una providencia judicial que se debe notificar personalmente a la parte demandada, dado que el extremo pasivo de la relación procesal aún no ha sido vinculado al trámite, caso en el cual resultan aplicables las disposiciones de los artículos 291 y 292 del C.G.P. para la notificación física o las disposiciones del artículo 9 de la ley 2213 de 2022 para la notificación por medios electrónicos.

Sin perjuicio de lo anterior, al plantearse la eliminación del mandamiento ejecutivo no habría lugar a la notificación del mismo, con lo cual este acto procesal solo estaría previsto para el auto que decreta medidas cautelares previas, procedimiento que se propone realizar en los términos de artículo 9º de la ley 2213 de 2022, esto es, a través del sistema de notificaciones electrónicas pero con un ingrediente adicional, estaría a cargo de la autoridad jurisdiccional, con el propósito de atender a los criterios previstos en el principio de economía procesal.

4.3. *Procedencia del recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo*

En este acápite se parte de la eliminación del mandamiento ejecutivo, con lo cual no habrá lugar a la interposición de recurso algu-

no contra el mismo, no obstante, conviene explicar algunas razones por las cuales se considera un acto procesal innecesario, las cuales se concretan en dos afirmaciones a saber: i) Resulta jurídicamente viable estudiar los requisitos mínimos del título ejecutivo en la sentencia; ii) Los hechos que constituyan excepciones previas se pueden alegar en el término de traslado de la demanda y se resuelven en la audiencia.

No ahondaré en la primera razón, puesto que la misma fue ampliamente analizada en acápite precedente, sin embargo, en relación con la posibilidad de proponer excepciones previas en el proceso ejecutivo se puede afirmar que no todas las causales previstas en el artículo 100 del C.G.P. resultan del todo aplicables y que aquellas que sí lo son pueden resolverse válidamente en la audiencia.

Lo primero que ha de advertirse es que las excepciones previas se emplean para depurar el proceso, so pena de nulidades por irregularidades procedimentales, son entonces un medio de control procesal que garantiza el derecho fundamental al debido proceso. De esa manera, la intensión del texto no es eliminar las causales que configuran las excepciones previas, sino reestablecer su trámite en aras de garantizar el principio de economía procesal.

Respecto de la carecía de jurisdicción o competencia, que procede cuando el demandante equivoca la escogencia del juez natural, como se verá en acápite posterior, la propuesta prevé que el proceso ejecutivo financiero sea adelantado ante una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, lo que excluiría la posibilidad de discusión alguna al respecto. Lo propio podría decirse acerca de la existencia de pacto arbitral, pues hasta ahora en Colombia esta proscrito el arbitraje ejecutivo.

Frente a la inexistencia de demandante o demandado esta excepción se concreta cuando se yerra en la especificación de alguna de las partes al momento de presentar la demanda ejecutiva, aptitud requerida por la ley para ostentar la titularidad de los derechos, obli-

gaciones, posibilidades y cargas procesales, asumir las responsabilidades y efectos que del proceso se deriven y, de modo especial, los efectos materiales de la cosa juzgada, temas sobre los que el juez se podrá pronunciar mediante providencia motivada en la audiencia inicial, previa advertencia de la parte demandada.

La incapacidad o indebida representación del demandante o demandado está relacionada con la capacidad de comparecer al proceso consagrado en el artículo 54 del C.G.P. Esta vicisitud se plantea cuando, por activa o por pasiva, una parte acude directamente en su defensa, teniendo el deber de comparecer por medio de una representación con capacidad legal. En armonía con los acapices anteriores, la eventual carencia de representación legal idónea por parte del demandante o demandado se podrá alegar en el término del traslado de la demanda.

La ineptitud de la demanda es una vicisitud que se pretende evitar mediante la implementación tecnológica de un formato de demanda que reduzca sustancialmente la posibilidad de incurrir en errores frente a los requisitos de forma, sin embargo, en caso de configurarse alguno, se considera que aquel puede subsanarse en la audiencia inicial, corriendo traslado de dicha subsanación en la misma diligencia para su pronunciamiento. Este mismo planteamiento puede aplicarse a la causal de no haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.

El habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde no tendría aplicación práctica en la propuesta presentada mediante la presente investigación, toda vez que se trata de un trámite especial de conocimiento de la Superintendencia Financiera a prevención.

El Pleito pendiente o también denominado litispendencia se orienta a la terminación del proceso, esto por existir otro proceso con idénticas partes, objeto y causa. Esta es una de las situaciones que más atentan contra la seguridad jurídica y economía procesal. Lo primero debido a la posibilidad de configurarse dos sentencias contradictorias sobre un mismo hecho jurídico; y lo segundo, porque configuraría un desgaste judicial adelantar dos litigios que en realidad son uno. De encontrarse probada esta causal de excepción previa, se procedería con la terminación del proceso.

No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, no haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar y haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada, son excepciones que, en principio, no aplican en el presente caso, puesto que el proceso ejecutivo se encamina a demandar a cualquiera de los deudores obligados el título ejecutivo, prevé solo por excepción citar a terceros, como ocurre con la citación del acreedor hipotecario cuando se pretende el embargo de bienes inmuebles que cuenten con dicho gravamen y, finalmente, no existe auto admisorio de la demanda, con lo cual se indica que la audiencia inicial es un escenario idóneo para discutir sobre tales temas.

5. PROCESO ALTERNATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Resulta importante establecer alternativas para reasignar el conocimiento de algunos de los procesos cuya competencia pertenece a los juzgados civiles y una de ellas consiste en permitir el conocimiento, a prevención, de los procesos ejecutivos financieros a la Superintendencia Financiera en ejercicio de funciones jurisdiccionales, lo que se erige sobre un factor de atribución relacionado

con la naturaleza del asunto, atendiendo a criterios de especialidad, celeridad y facilidad de aplicación de justicia digital, bajo el marco de un nuevo procedimiento que materialice el principio de economía procesal.

5.1. *Autoridad administrativa investida de jurisdicción*

Si bien, desde la teoría general del proceso no se encuentran razones que permitan cuestionar los postulados que fundamentan la asignación de la competencia a los jueces civiles en esta materia, sí existen razones prácticas para proponer un trámite alternativo que sea direccionado por una autoridad diferente, en este caso, por la Superintendencia Financiera de Colombia a prevención.

La posibilidad de atribuir a la mencionada autoridad administrativa la instrucción del trámite judicial para la ejecución de obligaciones dinerarias contenidas en títulos ejecutivos suscritos en favor de entidades del sector financiero encuentra sustento, de una parte, en el artículo 116 de la Constitución Política y, de otro lado, en la arquitectura institucional y operacional bajo la que se organiza y funciona la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

5.1.1. *La posibilidad de asignar funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia*

El principio de separación de poderes del Estado ha sido una idea fundamental e inmanente para la consolidación del constitucionalismo moderno (Díaz, 2012). No obstante, la noción primigenia de este principio, que propendía por una asignación estricta de funciones y competencias conforme a la esencia de cada rama del poder público, se ha ido moldeando paulatinamente con el fin de responder a las necesidades sociales y políticas de cada momento histórico.

Así, la concepción de este principio actualmente goza de un mayor dinamismo, pues, aunque se mantiene la autonomía e independencia de las ramas del poder, se reconoce la imperiosa necesidad de articular de manera armónica las funciones asignadas a cada una de las ramas con el fin de aumentar la eficiencia del Estado en el cumplimiento de sus fines esenciales. (Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2017).

Uno de los fines esenciales del Estado Colombiano consiste en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Constitución Política, artículo 2). Para el cumplimiento de esta finalidad fundamental, los Estados deben contar con un aparato judicial encargado de «impartir justicia a través de diferentes medios, como son la resolución de conflictos que se susciten entre particulares, o entre éstos y el Estado, el castigo a las infracciones a la ley penal y la defensa del principio de legalidad». (Corte Constitucional, sentencia, sentencia C-037 de 1996).

Aunque el título VIII de la Constitución Nacional le asigna la función de administrar justicia a la Rama Judicial, el artículo 116 de la norma superior habilita la posibilidad de atribuir funciones jurisdiccionales, a través de una ley y de manera excepcional, a autoridades administrativas. Asimismo, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996) dio continuidad a lo dispuesto por el constituyente y señaló en su artículo 8° que «excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz».

Bejarano Guzmán (2018) afirma que no son claras las razones que motivaron al constituyente para atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, si bien, la intención de contribuir a

la descongestión judicial y de dotar con poder de decisión a funcionarios con conocimientos técnicos y especializados en ciertas materias fueron algunos de los argumentos, no se cuenta con las variables, estadísticas y cifras que fueron empleadas para justificar esta alteración del principio de separación de poderes.

Con todo, estos presupuestos constitucionales y legales han servido como fundamento para que el legislador les haya otorgado competencias jurisdiccionales a diferentes autoridades administrativas, entre ellas, a la Superintendencia Financiera².

Las funciones jurisdiccionales asignadas a la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentran articuladas en el estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) y en la Ley 446 de 1998 que, en su momento, le asignó funciones a la entonces Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores, las cuales se mantienen vigentes y son ejercidas por la SFC.

De ese modo, esta autoridad administra justicia en los siguientes asuntos:

- i) El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia en los casos previstos en libro segundo del código de comercio. (Ley 446 de 1998, artículo 133).
- ii) La solución de asuntos societarios relacionados con la discrepancia sobre el precio de alícuotas respecto de las sociedades vigiladas por la Superintendencia. (Ley 446 de 1998, artículo 136).
- iii) La protección de accionistas minoritarios de sociedades que se vean afectados

2 En Colombia, las entidades administrativas que administran justicia son la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Nacional de Salud, el Instituto Colombiano Agropecuario, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y la Dirección General Marítima.

por decisiones que tomen los órganos de administración. (Ley 446 de 1998, artículo 141). iv) El conocimiento de las controversias contractuales que se susciten entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia. (Ley 1480 de 2011, artículo 57 y Ley 1564 de 2012, artículo 24).

Como se observa, son amplios los insumos normativos y antecedentes legislativos que sustentan la posibilidad que tiene la Superintendencia Financiera para ejercer actividad judicial en temas específicos y excepcionales que le hayan sido delegados por el Legislador. Dicho esto, se analizará la viabilidad de otorgar una nueva facultad a esta Superintendencia para el conocimiento y trámite de procesos ejecutivos financieros.

5.1.2. Competencia para tramitar procesos ejecutivos

En la legislación colombiana existe una disposición normativa que le impide a la Superintendencia Financiera de Colombia asumir el conocimiento de procesos ejecutivos. El inciso final del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 señala que: «La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo».

La exposición de motivos que dieron lugar a la positivización de la norma citada no hace referencia a las razones que condujeron a limitación expresa para el trámite de procesos de naturaleza ejecutiva. Lo cierto es que, conforme a las funciones jurisdiccionales actuales, la Superintendencia Financiera tiene a su cargo procesos de naturaleza declarativa, es decir, en palabras de Devis Echandía (1983) llamados al reconocimiento «de existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica» (p. 198), que podría dar lugar o no, según lo pretendido, a la imposición de condenas.

De acuerdo con la organización de la jurisdicción ordinaria – especialidad civil, los jueces civiles municipales y los jueces civiles del circuito tienen funciones para el conocimiento de procesos verbales (declarativos) y procesos ejecutivos, sin que existan motivos de especialidad o jerarquía que les impidan tramitar procesos de ambas naturalezas. De allí que no se encuentren razones que pudieren restringirle a la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales asumir esta nueva competencia, en caso de que se trámite un proyecto de ley en ese sentido, como aquí se propone.

Finalmente, se observa que una eventual modificación del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011 que propenda por permitir el trámite a prevención de procesos ejecutivos financieros ante esta Superintendencia, reúne los presupuestos desarrollados por la Corte Constitucional para conferir facultades jurisdiccionales a la Administración. Las reglas que ha decantado el Tribunal Constitucional son:

«En primer término, debe respetar un principio de excepcionalidad, asociado a (i) la reserva de ley en la definición de funciones (incluidos los decretos con fuerza de ley), (ii) la precisión en la regulación o definición de tales competencias; y (iii) el principio de interpretación restringida o restrictivita de esas excepciones. En segundo lugar, la regulación debe ser armónica con los principios de la administración de justicia, entre los que se destacan (iv) la autonomía e independencia judicial; (v) la imparcialidad del juzgador; y (vi) un sistema de acceso a los cargos que prevea un nivel determinado de estabilidad para los funcionarios judiciales. Y, por último, debe ajustarse al principio de asignación eficiente de las competencias, el cual se concreta en un respeto mínimo por la especialidad o la existencia de un nivel mínimo de conexión entre las materias jurisdiccionales y las materias administrativas en las que potencialmente interviene el órgano. Esa conexión debe ser de tal naturaleza, que asegure el derecho a acceder a un juez competente, y que, a la vez, brinde garantías suficientes de inde-

pendencia de ese juzgador». (Corte Constitucional, sentencia C 156 de 2013).

Como se indicará más adelante, la Superintendencia Financiera de Colombia cuenta con una Delegatura para ejercer sus funciones jurisdiccionales la cual se encuentra articulada a la estructura organizacional de esta autoridad de tal manera que su funcionamiento y gestión garantiza la independencia, autonomía e imparcialidad de su gestión. Por otra parte, existe una conexidad latente entre la función que se pretende asignar y las materias administrativas que desarrolla la Superintendencia Financiera, pues, la concepción de un procedimiento ejecutivo para las personas que realizan actividades financieras, bursátiles o aseguradoras, pues, dada las características de su actividad, son, unos de los accionantes más frecuentes en procesos ejecutivos y, por otra parte, cuentan con una organización corporativa que les permite sistematizar la información de sus usuarios y así encontrar menos obstáculos en la implementación de un proceso meramente digital.

De esa manera, los retos que se afrontarían sobre el particular estarían relacionados con temas de agenda política para llevar la iniciativa de esta propuesta y, más adelante, con la utilización de una adecuada técnica legislativa para la definición precisa de sus funciones.

5.1.3. La arquitectura institucional y operacional es adecuada para tramitar un proceso ejecutivo alternativo y digital

La Superintendencia Financiera de Colombia ejerce sus funciones jurisdiccionales a través de una delegatura especializada y dedicada únicamente a la administración de justicia en los asuntos asignados. De esta manera, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales fue incorporada dentro de la estructura de esta Superintendencia con

el fin de garantizar la imparcialidad y autonomía para el ejercicio de estas competencias, las cuales se desarrollan con total independencia de las entidades vigiladas y de las diferentes áreas de inspección, vigilancia y control. (Decreto 710 de 2012).

El artículo 4° del Decreto 710 de 2012 señala, entre otras, las siguientes funciones de tipo judicial que puede ejecutar la Delegatura: i) Adoptar medidas cautelares o preventivas establecidas en las normas aplicables; ii) Verificar el repartos de los asuntos a cargo de la Delegatura; iii) Notificar los actos y providencias proferidos; iv) Designar peritos y demás auxiliares de la justicia; v) Practicar audiencias y diligencias, aprobar o rechazar acuerdos conciliatorios, decretar y practicar pruebas, proferir autos y sentencias, en suma, instruir los procesos de su competencia.

Esta forma de organización no ofrece dificultad para el trámite de procesos ejecutivos por parte de la Delegatura para asuntos jurisdiccionales, toda vez que, se trata de una delegatura autónoma e imparcial dotada, para su ejercicio, de todas las atribuciones propias de un juez.

Como elemento adicional, autores como María Ramírez y Nilson Hernández (2021) sostienen que llevar esta clase de competencias a las Superintendencias puede favorecer el acceso al servicio de administración de justicia a través del uso de la tecnología, la especialidad del juez y la disminución de tiempos de decisión. Por ejemplo, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera recibe la radicación de demandas a través de medios físicos o de un canal virtual habilitado.

Iniciado el trámite, esta Delegatura cuenta con una herramienta digital que le permite a los usuarios consultar el expediente en cualquier momento, lo que implica tener acceso en tiempo real a las actuaciones del proceso y a los diferentes documentos confeccionados dentro del trámite, bien sea, aquellos elaborados por las partes, o los

emitidos por la Delegatura, como serían autos, constancias, oficios o la sentencia, inclusive.

Además, esta Delegatura ha impulsado desde hace tiempo la aplicación del párrafo primero del artículo 107 del Código General del Proceso³, de tal manera que con anterioridad a la ocurrencia de la pandemia provocada por el COVID-19, venía adelantando las audiencias y diligencias necesarias a través de canales virtuales, por lo que tiene una infraestructura digital robusta para la atención de los usuarios, con total garantía de los principios que orientan el derecho procesal.

5.2. Estructura del proceso

Finalmente, se presenta una propuesta para reestructurar los actos procesales del proceso ejecutivo, implementándola en aquellos iniciados por las entidades pertenecientes al sistema financiero, alternativa que se describe a continuación:

El proceso inicia con la presentación de la demanda a través de un medio digital en el que se listen los requisitos formales exigidos en el artículo 82 del Código General del Proceso, estimando un espacio para el cargue de pruebas y anexos, así como la posibilidad de solicitar medidas cautelares previas. Lo anterior, como se explicó anteriormente, evita la posibilidad de incurrir en causales de inadmisión de la demanda y discusiones a priori sobre los requisitos mínimos del título ejecutivo.

3 El párrafo primero de la Ley 1564 de 2012 señala que: «Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice».

Si el demandante presenta medidas cautelares, una vez radicada la demanda y previo traslado al demandado, se hará el reparto al intendente delegado para asuntos jurisdiccionales con el fin de que se pronuncie sobre aquellas, para lo cual tendrá en cuenta el estudio de los requisitos mínimos del título ejecutivo, estudio que, dicho sea de paso, deberá ser decidido al día siguiente. En caso de que la decisión sea el decreto de las medidas cautelares solicitadas, se librarán inmediatamente los oficios a los destinatarios para la aplicación de las cautelas, de lo contrario, la decisión será recurrible conforme a los términos de la parte general de la Ley 1564 de 2012.

Una novedad que trae este procedimiento es el traslado automático al demandado una vez se radique la demanda, salvo los casos en que sea necesario pronunciamiento judicial sobre las medidas cautelares, pues allí se realizará junto con la notificación del auto que decida sobre las mismas. Dicho traslado se mantendrá en 10 días hábiles, contados a partir del vencimiento de los dos días hábiles siguientes al envío del mensaje de datos mediante el cual se informe al demandado de la existencia del proceso.

Durante ese término de traslado el demandado podrá guardar silencio, cumplir con la obligación, contestar la demanda sin proponer excepciones de fondo o proponerlas. Vencido el traslado, se asignará el caso al intendente que corresponda, salvo en el caso de medidas cautelares, pues dicho reparto se habría surtido con anterioridad.

Si el demandado guarda silencio se dictará sentencia por escrito, previo control de legalidad a los requisitos mínimos del título ejecutivo, providencia que también se emitirá en caso de que el demandado conteste la demanda, pero no proponga excepciones de fondo.

Si el demandado cumple con la obligación demandada y lo acredita, habilitará al intendente para decretar la terminación del proceso a través de auto.

En caso de que el demandado proponga excepciones de fondo el intendente emitirá auto corriendo traslado de las excepciones de fondo al demandante por el término de 10 días hábiles, contados a partir del vencimiento de los dos días hábiles siguientes al envío del mensaje de datos para que se pronuncie sobre aquellas y solicite o aporte pruebas adicionales.

Vencido este término, el intendente emitirá auto que decreta pruebas y citará a una audiencia concentrada, en la cual se alegrará de conclusión y se deberá emitir la sentencia de forma oral. La procedencia de recursos contra la sentencia seguirá las reglas generales establecidas en la ley 1564 de 2012.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, H, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar Sociedad Autónoma Editorial Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1965, pág. 27.
- CALAMANDREI, P, *Providencias cautelares*, 1984, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CARRETO PÉREZ, A, *El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo*, Revista de Administración Pública, 65, 99-142. ISSN 0034-7639, España, 1971, pág. 65,99-122.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, 1983, Editorial ABC, Bogotá D.C.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Bogotá, pág. 475.
- DÍAZ BRAVO, Enrique, *Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes*. Revista de Derecho, 2012, (38), pág. 240-270.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, *Un recorrido por algunas cuestiones básicas del derecho procesal como disciplina jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, Universidad de Extremadura, España, 1994-1995, pág. 12-13.265-296.

- FORERO, Jorge, *Medidas cautelares en el código general del proceso* (Segunda edición), (2013), Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- GARCÍA QUIMIS, Y, *Trabajo de Investigación de Análisis de Caso. Previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República*, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador, 2021-2022, pág.4.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [CONSTITUCION_POLITICA_1991] (secretariasenado.gov.co), Congreso de la República – Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116, 1991.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_0270_1996] (secretariasenado.gov.co) Congreso de la República, Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia, Diario Oficial No. 42.745, 1996.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_0446_1998] (secretariasenado.gov.co), Congreso de la República, Ley 446 de 1998, Diario Oficial No. 43.335, 1998.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_1480_2011] (secretariasenado.gov.co), Congreso de la República, Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor, Diario Oficial No. 48.220, 2011.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY_1564_2012] (secretariasenado.gov.co), Congreso de la República, Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso, Diario Oficial No. 48.489, 2012.
- Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [DECRETO_0710_2012] (secretariasenado.gov.co), Congreso de la República, Decreto 710 de 2012 – Estructura de la Superfinanciera de Colombia, Diario Oficial No. 48.397, 2012.
- LOPEZ BLANCO, H.F., *Código General del Proceso: Parte Especial*, Bogotá, 2018, pág. 389.
- PLANIOL Marcel, RIPERT George, *Derecho Civil*, 2005, pág. 9
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2002, pág. 91.

RAMÍREZ TORRADO, María., y HERNÁNDEZ MEZA, Nelson. *Otorgamiento de Funciones Jurisdiccionales a la Autoridades Administrativas en Colombia: ¿Empoderamiento al Ejecutivo?* (2021). *Revista Ius et Praxis*, (2), pág. 21 – 40.

RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela., y BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2018, Digitalia, <https://www-digitaliapublishing-com.bibliotecavirtual.uis.edu.co/a/70884>

ROCCO, U, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Depalma, 1969.

Sentencia C-37 de 1996, M.P. Naranjo Mesa, V., Corte Constitucional, Bogotá, 1996.

Sentencia C-156-13 Corte Constitucional de Colombia, M.P. Vargas Silva, L.E., Corte Constitucional, Bogotá, 2013.

Sentencia C-253-17 Corte Constitucional de Colombia, M.P. Ortiz Delgado, G.S., Corte Constitucional, Bogotá, 2017.

EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN EL MARCO DE LA TUTELA COLECTIVA: UNA APROXIMACIÓN A LA PRUEBA EN LITIGIOS CLIMÁTICOS

*CLIMATE CHANGE AND THE ADAPTATION OF PROCEDURAL LAW IN THE CONTEXT
OF COLLECTIVE ACTIONS: AN APPROACH TO EVIDENCE IN CLIMATE LITIGATION*

CARLOS GLAVE MAVILA

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Socio del Área de Disputas de Miranda Et Amado Abogados

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El trabajo busca reflexionar sobre la adaptación del derecho procesal para atender conflictos relacionados al cambio climático. Se considera importante la reflexión no solo porque cada vez se identifica mayor cantidad de litigios climáticos, sino por el reto que implica atender estas complejas controversias. En esa línea, se explica que el cambio climático es un fenómeno global que supone que una actividad realizada en un momento y lugar específico puede generar efectos en cualquier otro momento y lugar. Por ello, en términos de tutela colectiva, se define al cambio climático como el interés difuso más difuso de todos. Lo que supone que distintos conceptos desarrollados en el contexto de la tutela de los derechos supraindividuales puedan ser revisados. Como ejemplo de ello,

ABSTRACT: This paper encourages to think about the adaptation of procedural law to address disputes related to climate change. It is important not only because an increasing number of climate-related disputes are being identified, but also because of the challenges involved in addressing these complex disputes. In this sense, the paper explains that climate change is a global phenomenon that implies that an activity carried out at a specific time and place might produce effects at any other time and place. Therefore, in terms of procedural collective actions, climate change is defined as the most diffuse interest of all. Consequently, it is reasonable to review different procedural law concepts in the context of the collective protection of supra-individual rights. As an example, the

se profundiza en la prueba. Se explica que la prueba que se aporta en estos litigios es una prueba científica que proviene de lo que se conoce como la ciencia de la atribución. Que es una disciplina que tiene dos vertientes: (i) la original que estudia cómo las actividades humanas generan cambios a largo plazo en sistemas climáticos globales y (ii) la más moderna, que estudia eventos extremos específicos y explica en qué medida el cambio climático incrementa la probabilidad y magnitud de los mismos. Se indica que este tipo de estudios científicos se utilizan cuando se solicita a las cortes que se asigne responsabilidades a determinados actores por daños derivados del cambio climático. Bajo el entendimiento de este tipo de prueba y conflictos, el trabajo termina sugiriendo que teorías como la carga dinámica de la prueba no debería ser aplicada. Así como que recientes críticas al instituto de la carga de la prueba pueden encontrar un soporte en la existencia de este tipo de litigios complejos.

PALABRAS-CLAVE: cambio climático, litigios climáticos, tutela colectiva, intereses difusos, prueba científica, daños climáticos, eventos climáticos extremos, ciencia de la atribución, carga de la prueba.

evidence incorporated in these disputes is discussed in depth. The paper explains that it is scientific evidence that comes from what is known as the attribution science. This is a scientific discipline with two branches: (i) the original one that studies how human activities generate long-term changes in global climate systems and (ii) the more recent that studies specific extreme events and explains to what extent climate change increases the probability and magnitude of such events. The paper highlights the use of this type of scientific studies when the courts are asked to assign responsibilities to certain actors for damages derived from climate change. The paper suggests that by understanding this type of evidence and conflicts, some procedure law theories such as the dynamic burden of proof should not be applied. Moreover, the papers indicates that this type of evidence and complex conflicts might provide support to recent criticisms to the theory of the burden of proof.

KEYWORDS: climate change, climate litigation, collective actions, diffuse interests, climate change damages, extreme weather events, scientific evidence, science attribution, burden of proof.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El estado actual del cambio climático y el vigente marco jurídico internacional. 2.1. Cambio climático: ¿Cuál es la situación actual?. 2.2. El marco jurídico internacional. 2.3. Conclusión. 3. El estado actual de las Cortes frente al cambio climático. 3.1. Mayor cantidad de procesos. 3.2. Los tipos de procesos relacionados a cambio climático. 3.3. Conclusión. 4. La prueba en el marco de la tutela colectiva relacionada al cambio climático. 4.1. La redefinición de institutos procesales en el marco de la tutela colectiva. 4.2. La regulación de la prueba en el marco de la tutela colectiva. 4.3 Las dos ramas de la ciencia de la atribución ("Attribution Science") que se utilizan como prueba en litigios relacionados a cambio climático. 4.3.1 El "Source Attribution". 4.3.2.

El "Extreme Event Attribution": 4.4 Principales consideraciones sobre la ciencia de la atribución. 4.5 Conclusiones. 5. La redefinición de la prueba en la tutela colectiva relacionada al cambio climático. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN¹

«La tutela jurisdiccional no es una forma abstracta, indiferente a las características de la situación sustancial necesitada de tutela». Esta es una

-
- 1 Espero «no sobrecargar al lector con citas que atienden más a la vanidad que a la claridad». Esta frase pertenece a mi primer profesor de derecho, Javier Neves Mujica, que lamentablemente nos dejó debido a la pandemia. Javier es responsable que hace 20 años haya decidido estudiar derecho, no porque recuerde la enseñanza de algún concepto jurídico en particular, sino porque al enseñar derecho dejaba a un lado la vanidad y colocaba siempre la autenticidad de las relaciones personales como lo más importante. He tenido la suerte de haber desarrollado mi carrera profesional y académica rodeado de personas que siguen esta recomendación. No creo que ningún trabajo académico pueda ser auténtico y, por tanto, claro si no cumple esa recomendación. No creo que ninguna actividad humana pueda ser auténtica si no lo hace. Por ello, es muy gratificante haber sido incorporado como miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el marco de las XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas entre el 17 y 19 de mayo de 2023 en Porto Alegre. Evento en el que presenté este trabajo como parte de los premios Víctor Fairé Guillén y Ada Pellegrini y donde tuve la oportunidad de conocer personalmente a los ganadores, varios concursantes y otros jóvenes procesalistas. A quienes, más allá de felicitar por su calidad académica, saludo porque su conducta me hizo recordar la recomendación de mi primer profesor de derecho. Es muy grato haber identificado en estas jornadas que esto es parte del espíritu del instituto. Una institución académica conformada por reconocidos juristas de distintas generaciones que, compartiendo la pasión por el estudio del derecho procesal, dejan a un lado la vanidad, colocan a las personas primero y así construyen relaciones auténticas y fraternales.

afirmación de Proto Pisani² quien, ya hace varias décadas, produjo los trabajos más importantes sobre tutela diferenciada.

Este trabajo presenta un ejemplo práctico y moderno de esta afirmación con la que, correctamente, destaca el carácter instrumental del proceso sobre la base del paradigma del Estado Constitucional. Ello quiere decir que el derecho procesal tiene que adecuarse a las situaciones jurídico-materiales que se presentan en la realidad. Un buen ejemplo, más contemporáneo, es la tutela colectiva.

La globalización y la economía de masas ha sido una realidad que ha traído consigo conflictos que no involucran únicamente situaciones jurídicas individuales. Desde hace varios años existen conflictos que involucran a grandes números de personas. La realidad nos ha traído derechos de carácter indivisible cuyos titulares son indeterminables. Esto ha generado que algunas de las instituciones del derecho procesal, tal como fueron concebidas en su origen, no puedan brindar una adecuada tutela frente a estas situaciones.

Así, surgieron las conocidas *class actions* norteamericanas y los distintos modelos de tutela colectiva en el mundo³. El Código Modelo de Procesos de Procesos Colectivos Para Iberoamérica⁴ (en adelante «Código Modelo»), elaborado por el Instituto Iberoamericano de De-

2 PROTO PISANI, Andrea. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*. En *II Foro Italiano*, volumen 96, N° 9, 1973 (tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral, trad. de Chiara Marinelli, en: PROTO PISANI, Andrea *La tutela jurisdiccional*, ARA. Lima 2014. Páginas 77 – 187).

3 GIDI, Antonio, *The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The case of Latin America*. *Brooklyn Journal of International Law*. Volume 37, 2012. Capítulo I, páginas 901 – 936.

4 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Caracas el 28 de octubre de 2004.

recho Procesal y aprobado el 28 de octubre de 2004, se trata de una propuesta de regulación producto del interés académico por atender este tipo de conflictos y brindar una efectiva tutela a situaciones jurídicas supraindividuales.

El Código Modelo propone una regulación que supone una adecuación del proceso. Por ejemplo, se propone una legitimidad amplia para plantear pretensiones que tienen por objeto la tutela de intereses difusos, pero exigiendo que exista también una representatividad adecuada del legitimado, y que esta se verifique a lo largo de todo el trámite del proceso⁵. Así, también se propone como alternativa a la regla general de la carga de la prueba⁶ (quien alega un hecho tiene la carga de probarlo) a la carga dinámica de la prueba, que supone que la carga de probar la tiene aquel que se encuentra en una mejor posición (mayor conocimiento científico, técnico o de los hechos objeto de la controversia)⁷. Del mismo modo, se propone

-
- 5 El artículo 3 del Código Modelo establece que entre los legitimados para la tutela de derechos o intereses difusos se encuentra toda persona física que sea titular de un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho. Mientras que el artículo 2 establece que un requisito de una demanda colectiva es la adecuada representatividad del legitimado, se propone una serie de criterios que el juez debe tener en cuenta para analizar el cumplimiento de este requisito y se establece que el juez analizará este requisito en cualquier tiempo y grado del procedimiento.
 - 6 Nos referiremos en particular a esta institución, pues este trabajo muestra un ejemplo que apoya una aproximación crítica a la carga de la prueba que realiza el profesor Jordi Nieva. NIEVA, Jordi. *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.
 - 7 El artículo 12 del Código Modelo regula la prueba señalando que son admisibles todos los medios de prueba, incluyendo expresamente la prueba estadística o por muestreo. Se señala también como regla general de car-

relativizar la cosa juzgada⁸.

Todos estos replanteamientos que surgen a raíz del reto que significa diseñar una efectiva tutela de situaciones jurídicas supraindividuales son, sin duda, un reto contemporáneo del derecho procesal. Ya Proto Pisani⁹ decía que «*los derechos preceden al proceso*», por lo que el proceso debe de adecuarse. Pues bien, ello sigue ocurriendo dado que las dificultades propias del diseño de una tutela colectiva encuentran hoy en día un ámbito aún más difícil de atender: el cambio climático.

El cambio climático es un fenómeno global que pone en riesgo el futuro de la humanidad en nuestro planeta. Se trata de un fenómeno que implica un cambio de largo plazo en las temperaturas y patrones climáticos a nivel global (calentamiento de la temperatura de la superficie, calentamiento de la temperatura del mar, derretimiento de glaciares y aumento del nivel del mar)¹⁰.

Actualmente, no cabe duda de que esos cambios se deben, en gran medida, a las emisiones de gases de efecto invernadero desde los años de la revolución industrial a finales del siglo dieciocho. Es un fenómeno que implica que un hecho ocurrido en un momento y

ga de la prueba que la misma le incumbe a quien posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración

8 El artículo 33 del Código Modelo establece que en los procesos colectivos la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas. En este caso, otro legitimado puede plantear una idéntica pretensión, valiéndose de una nueva prueba.

9 PROTO PISANI, Andrea. *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*. En: *Il Foro Italiano*, 2012, V, (extracto) página 7.

10 Definición obtenida de las Naciones Unidas (<https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change>; fecha de consulta: 1 de abril de 2023).

lugar del mundo genera efectos en cualquier otro lugar del mundo en la actualidad y en el futuro.

Entonces, si un interés difuso es definido como aquel interés de carácter indivisible cuya titularidad corresponde a un número indeterminado e indeterminable de personas¹¹, en términos procesales de tutela colectiva, podríamos decir que el cambio climático es el interés más difuso de todos. De este modo, este trabajo resalta el reto que significa para el derecho procesal atender conflictos relacionados a este fenómeno global.

Para ello, comenzaremos explicando cual es la situación actual del cambio climático y como, debido a ello, es natural que cada vez existan más controversias relacionadas a este fenómeno en las Cortes.

Luego, siempre a partir de la necesaria adaptación del derecho procesal en el marco de la tutela colectiva, nos centraremos en la regulación de la prueba. Se explicará cual es la regulación de la prueba

11 Los intereses difusos son definidos como «*aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.*». MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú*. En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. No.24, páginas 22-23. También en: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. En: AA. VV. *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo III. Derecho Procesal. México: Universidad Autónoma de México, 1988, página 2328. Citado por: PRIORI POSADA, Giovanni *La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En: *Ius et Veritas* N° 14. Página 100.

en el Código Modelo y, al final del trabajo, señalaremos por qué consideramos que algunos aspectos, principalmente la carga dinámica de la prueba propuesta en el artículo 12 del Código Modelo, debiera eliminarse.

Para llegar a esta propuesta, se deberá antes explicar que el tipo de prueba que se utiliza en este tipo de litigios son estudios que provienen de una moderna área científica que tiene dos ramas. Una que analiza los cambios en los sistemas climáticos globales y otra que analiza la probabilidad y magnitud de eventos climáticos específicos. Así, luego de explicar en qué consisten cada una de ellas y cómo se utilizan en litigios, se resaltarán algunas de las principales consideraciones y eventuales limitaciones. Lo cual dará sustento a la aproximación crítica de la carga de la prueba y a las propuestas de regulación que dejamos sugeridas al final del trabajo.

2. EL ESTADO ACTUAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL VIGENTE MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

En esta sección expondremos brevemente cual es la situación actual del cambio climático y el marco legal internacional. Ello permitirá apreciar que la situación es crítica. La importancia de esta sección a efectos del presente trabajo es que resulta evidente no se está haciendo lo suficiente. Ello, en consecuencia, explica por qué cada vez se llevan más casos a las Cortes, punto que veremos en la siguiente sección.

2.1. *Cambio climático: ¿Cuál es la situación actual?*

Durante la década de 1980 - 1990 surgió en el mundo una preocupación por el calentamiento global, dado que se comenzó a apreciar un incremento de la temperatura aparentemente ocasiona-

do por la emisión de gases de efecto invernadero cada vez en mayores cantidades desde la revolución industrial de finales del siglo dieciocho.

Así, en el año 1988 la Organización Meteorológica Mundial y el Programa Ambiental de las Naciones Unidas crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático («IPCC» por sus siglas en inglés). El IPCC es el órgano científico perteneciente a las Naciones Unidas que está encargado de evaluar los conocimientos científicos relativos al cambio climático. Es largamente reconocido como la fuente más confiable de información científica sobre cambio climático. Su propósito es¹² *«facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta»*.

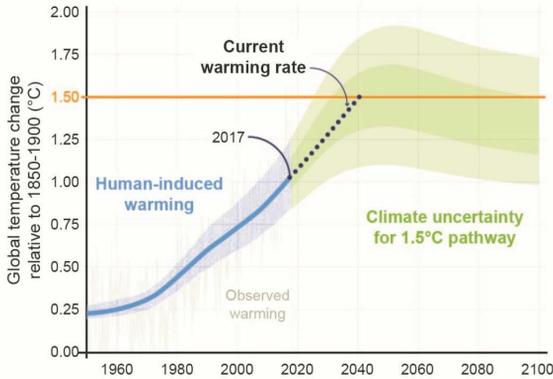
Actualmente, existe consenso en la comunidad científica en que resulta necesario limitar el aumento de la temperatura global en menos de 2C° y, preferentemente, en menos de 1.5C° en comparación a los niveles preindustriales¹³. Sin embargo, también hay consenso en que no se está realizando lo suficiente para cumplir dichos objetivos. De acuerdo con un reporte especial del IPCC, aprobado en el año 2018, no solo estamos lejos de llegar a cumplir tal objetivo, sino que se está yendo en un sentido opuesto.

12 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (<https://www.ipcc.ch/languages-2/spanish/>; fecha de consulta: 2 de abril de 2023).

13 Como veremos más adelante, ese es el objetivo del Acuerdo de París adoptado en 2015.

FAQ1.2: How close are we to 1.5°C?

Human-induced warming reached approximately 1°C above pre-industrial levels in 2017



En esta gráfica del reporte especial del IPCC publicado en 2018¹⁴ se muestra que en el año 2017 ya se había incrementado en 1°C la temperatura global comparada con los niveles preindustriales. Que, si se sigue al mismo ritmo, para el año 2040 se habría llegado a un incremento de 1.5°C y podríamos llegar a un incremento de entre 3°C y 4°C hacia finales del siglo¹⁵. Lo que sería una catástrofe para la humanidad.

14 IPCC Special Report Global Warming of 1.5°C, FAQ 1.2 Fig 1 (<https://www.ipcc.ch/sr15/>; fecha de consulta 2 de abril de 2023).

15 Organización Meteorológica Mundial, El IPCC publica el informe especial sobre el calentamiento global de 1.5°C (<https://public.wmo.int/es/resources/bulletin/el-ipcc-publica-el-informe-especial-sobre-el-calentamiento-global-de-15-%C2%B0c#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20informe,una%20emisi%C3%B3n%20cero%20en%202050>; fecha de consulta: 2 de abril de 2023).

Lo explicado permite apreciar que la situación es crítica y es urgente que la comunidad internacional adopte medidas para reducir las emisiones y, a la vez, adaptarse a los inevitables efectos que ya está generando el cambio climático.

2.2. *El marco jurídico internacional*

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático («UNFCCC» por sus siglas en inglés) fue adoptada en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992 y entró en vigor en 1994. La Conferencia de las Partes («COP» por sus siglas en inglés) es el órgano supremo de decisión de la UNFCCC que se reúne anualmente para revisar su aplicación y/o adoptar cualquier otro instrumento jurídico que tenga por objeto cumplir el objetivo de la UNFCCC. Hasta la fecha se han celebrado 27 COP.

El artículo 2 de la UNFCCC¹⁶ establece que su objetivo es la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Sin embargo, no establece un compromiso u objetivo específico.

El Protocolo de Kyoto fue adoptado en la COP 3 celebrada en el año 1997 y es el primer instrumento que establece como compromi-

16 Artículo 2. UNFCCC: «El objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible»

tos específicos de reducción de emisiones. Lo hace a través de objetivos individuales¹⁷ que, en aplicación del principio de «Common But Differentiated Responsibilities», vinculan a los países desarrollados¹⁸. El Protocolo de Kyoto entró en vigor recién en el año 2005, luego de un largo proceso de ratificación. Es considerado como un intento fallido de atender el cambio climático debido a que, entre otros factores, no fue ratificado por algunas de las principales economías¹⁹.

A efectos prácticos, el Acuerdo de Paris ha reemplazado al Protocolo de Kyoto. El Acuerdo de Paris fue adoptado en la COP 21 celebrada en el año 2015 y entró en vigor en noviembre de 2016. Este instrumento, a diferencia de la UNFCCC, establece un objetivo específico: limitar el calentamiento global en menos de 2°C, y preferiblemente en menos de 1.5°C, en comparación con los niveles preindustriales²⁰. Esto se debe a que, como hemos indicado, la comunidad científica explica que es necesario limitar el calentamiento global en

17 Conforme al artículo 3 del Protocolo de Kyoto, para un primer período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012, los países desarrollados debían reducir el total de sus emisiones en no menos de 5% en comparación de los niveles de 1990.

18 United Nations | Climate Change. What is the Kyoto Protocol? (https://unfccc.int/kyoto_protocol; fecha de consulta: 3 de abril de 2023).

19 Estados Unidos nunca ratificó el Protocolo de Kyoto, Canada se retiró antes de finalizar el primer periodo de compromiso (2008 – 2012), Rusia y Japón no participaron del segundo periodo de compromiso (2013 – 2020).

20 Acuerdo de Paris. Artículo 2:

1. *El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello: a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a los niveles*

esos niveles²¹. Para lograr este objetivo, se sabe que se necesitaría reducir en 45% las emisiones para el año 2030 en comparación a las emisiones del año 2010, así como alcanzar un «net zero» para el año 2050²².

El Acuerdo de Paris contiene lo que se denomina un «bottom up approach» que significa que cada parte determina de manera individual en cuanto va a reducir sus emisiones planteándose avances progresivos. Las partes comunican sus «Contribuciones Determinadas a nivel Nacional» («NDC» por sus siglas en inglés) que deben ser constantemente revisadas cada cinco años²³.

preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático;

- 21 IPCC Special Report Global Warming of 1.5°C (<https://www.ipcc.ch/sr15/>; fecha de consulta 4 de abril de 2023).
- 22 Organización Meteorológica Mundial, El IPCC publica el informe especial sobre el calentamiento global de 1.5°C (<https://public.wmo.int/es/resources/bulletin/el-ipcc-publica-el-informe-especial-sobre-el-calentamiento-global-de-15-%C2%B0c#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20informe,una%20emisi%C3%B3n%20cero%20en%202050>; fecha de consulta: 4 de abril de 2023).
- 23 Acuerdo de Paris. Artículo 4
(...)
2. *Cada Parte deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar. Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones.*
 3. *La contribución determinada a nivel nacional sucesiva de cada Parte representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará la mayor ambición posible de dicha Parte, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.*
- (...)

El problema es que, si revisamos las NDC de todos las partes del Acuerdo de París²⁴ estamos no solo muy lejos de realizar lo que se necesita para cumplir sus objetivos, sino que aún se está yendo en sentido contrario. Así, lo demuestra la siguiente gráfica²⁵, que evidencia lo que se necesita para cumplir el objetivo del Acuerdo de París versus lo que aún se está realizando.



9. Cada Parte deberá comunicar una contribución determinada a nivel nacional cada cinco años, de conformidad con lo dispuesto en la decisión 1/CP.21 y en toda decisión pertinente que adopte la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Acuerdo, y tener en cuenta los resultados del balance mundial a que se refiere el artículo 14.
- 24 A la fecha, 193 países más la Unión Europea (<https://www.un.org/es/climatechange/paris-agreement>; fecha de consulta: 5 de abril de 2023).
- 25 Naciones Unidas | Acción por el Clima (<https://www.un.org/es/climate-change/net-zero-coalition>; fecha de consulta 13 de abril de 2023).

Por otro lado, el Acuerdo de París no atribuye responsabilidades a las partes que no presenten NDC que sean ambiciosos o, incluso, a partes que no cumplan con los objetivos establecidos en sus NDC (independientemente de las metas que las mismas partes hayan fijado). Aún si se establecieran responsabilidades internacionales, es discutible que alguna Corte internacional tuviera jurisdicción para sancionar a los Estados que hubieran incumplido sus obligaciones internacionales.

Si bien el marco legal internacional es bastante más complejo, lo dicho evidencia que hasta el momento el marco jurídico internacional ha sido insuficiente para mitigar el cambio climático y adaptarse a sus efectos. Esto significa que son las Cortes nacionales las que, inevitablemente, se encuentran cada vez con más casos que tienen por objeto de controversia a este fenómeno global.

2.3. *Conclusión*

La principal conclusión de esta sección es que resulta razonable que cada vez las Cortes nacionales atiendan más casos relacionados al cambio climático. Como lo veremos en la siguiente sección, ello ya está ocurriendo alrededor del mundo.

3. EL ESTADO ACTUAL DE LAS CORTES FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

El «Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment» y el «Sabin Center for Climate Change Law» son institutos del *London School of Economics* y *Columbia Law School*, respectivamente. Estas instituciones han creado y mantienen bases de datos para identificar litigios relacionados a cambio climático.

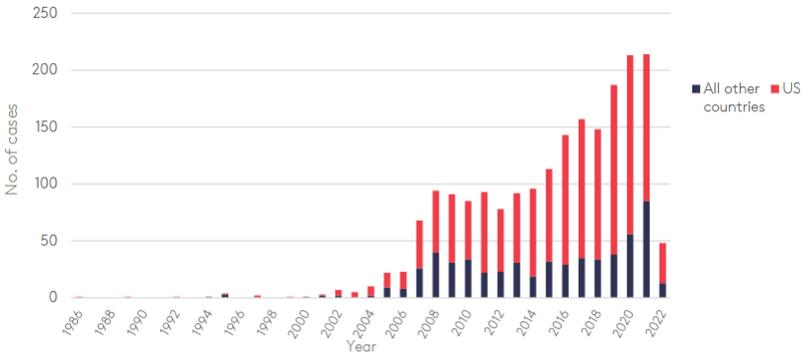
En esta sección repasaremos los principales hallazgos de la información que proporcionan estas bases de datos que fueron publi-

cados en un reporte de junio de 2022²⁶. Ello permitirá apreciar que es innegable que hay una tendencia creciente en el número de casos relacionados a cambio climático en las Cortes del mundo.

3.1. Mayor cantidad de procesos

El reporte de junio de 2022 al que se ha hecho mención identifica 202 casos en trámite o concluidos. Según el reporte, se ha incorporado solamente casos presentados ante órganos judiciales o cuasi judiciales que contienen aspectos materialmente relevantes sobre la ciencia, las políticas o la legislación relacionada al cambio climático²⁷. La siguiente gráfica resume algunos de los principales hallazgos:

Figure 1.1. Total climate change cases over time, US and non-US (up to 31 May 2022)



Source: Authors based on CCLW and Sabin Center data

26 SETZER J and HIGHAM C, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. London, 2022: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

27 *Ibid.* Página 6.

Claramente, la cantidad de casos se ha ido incrementando en los últimos años. Del total de los 2002 casos incluidos, en un plazo de 28 años (entre los años 1986 y 2014) 800 casos fueron iniciados, mientras que en los últimos 8 años (entre los años 2014 y 2022) se iniciaron 1200 casos. Incluso, dentro de un más reciente periodo de tiempo (entre el año 2020 a mayo de 2022) casi la cuarta parte del total de casos fueron iniciados²⁸.

Un hecho que salta a la vista es que, por amplia ventaja, las Cortes de Estados Unidos han recibido la mayor cantidad de casos. Son en total 1476 casos iniciados en este país, mientras que 576 casos se han iniciado en Cortes de otros 43 países²⁹.

En simples términos, resulta evidente que cada vez las Cortes reciben más casos relacionados a cambio climático. Si bien la mayor cantidad de casos se encuentran en el hemisferio norte³⁰, la tendencia es clara en todo el mundo³¹. Lo cual es coherente con la compleja y crítica situación a la que hemos hecho referencia.

28 Ibid, página 1.

29 La base de datos incluye también un total de 15 casos iniciados antes cortes y tribunales internacionales. Ibid, página 2.

30 Del total de 2002 casos, únicamente 88 casos se encuentran en el hemisferio sur. De estos, 47 son en América Latina, 28 en Asia Pacífico y 13 en África. Setzer J and Higham C (2022), Op cit. Página 2.

31 La plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe es otra base de datos que, hasta la fecha, ha identificado más de 50 casos en 7 países de América Latina y el Caribe. Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe (<https://litigioclimatico.com/es/sobre-la-plataforma>; fecha de consulta: 8 de abril de 2023).

3.2. *Los tipos de procesos relacionados a cambio climático*

El reporte que venimos citando explica también que hay un incremento de casos iniciados con una ambición estratégica. Este tipo de casos, según el reporte, ha centrado la mayor atención porque los motivos de los accionantes apuntan a generar mayor conciencia en el debate público exigiendo cambios en el comportamiento de los gobiernos o sectores privados³².

El reporte identifica distintos tipos de casos con ambición estratégica³³: (i) casos iniciados en contra de gobiernos o corporaciones con los que se busca ejecutar estándares climáticos (por ejemplo, decisiones sobre permisos de múltiples proyectos o proyectos específicos); (ii) casos en contra de gobiernos que se conocen como «framework» cases que cuestionan el diseño, ambición e implementación de las políticas públicas frente al cambio climático; y (iii) un grupo con menor cantidad de casos en los que, entre otros supuestos, se busca compensación por daños o la atribución de responsabilidades individuales.

Como un análisis de futuras tendencias, el reporte anticipa que se verán más litigios centrados en responsabilidad personal (por ejemplo, responsabilidad criminal o casos relacionados a los deberes de directo-

32 SETZER J and HIGHAM C, Op cit. Página 15.

33 El reporte señala que identifica también casos estratégicos que no son alineados al cambio climático como, por ejemplo: (i) casos en que se cuestiona el poder regulatorio de los gobiernos que intentan implementar políticas para atender el cambio climático y con ello, por ejemplo, afectan el valor de las inversiones (lo que se conoce como «stranded assets») y lo que, a veces, sucede en el contexto del arbitraje de inversiones; y (ii) los casos que se califican como «just transition litigation» que son aquellos que cuestionan la implementación de medidas que tienen por objeto atender el cambio climático, pero por la forma en la que se implementan vulneran derechos humanos. *Ibíd*, página 3.

res, gerentes, oficiales, etc. en el manejo de riesgos climáticos) y casos relacionados a pérdidas y daños ocasionados por el cambio climático³⁴.

Mencionamos esto porque en este tipo de casos que se califican como estratégicos los actores necesitan demostrar sus alegaciones utilizando la ciencia que estudia el cambio climático. Ya sea en contra de gobiernos o actores privados, con la intención de cuestionar la viabilidad de proyectos, buscando la implementación de políticas públicas y/o la asignación de responsabilidades. En todos los casos, se debe demostrar qué acciones contribuyen (y cómo lo hacen) en los efectos del cambio climático.

Para ello, se utiliza como evidencia la denominada ciencia de la atribución («Attribution Science») a la cual nos referiremos en la siguiente sección.

3.3. *Conclusión*

La conclusión de esta sección es que es innegable que la cantidad de casos llevados a las Cortes está creciendo y que es razonable suponer que esa tendencia continuará. En la siguiente sección entraremos al análisis de este tipo de evidencia científica. Lo cual, resulta ser un buen ejemplo del reto que es para el derecho procesal adaptarse a esta realidad.

4. LA PRUEBA EN EL MARCO DE LA TUTELA COLECTIVA RELACIONADA AL CAMBIO CLIMÁTICO

Como hemos señalado, algunos tipos de litigios relacionados al cambio climático tienen relación con el cuestionamiento de las políti-

34 *Ibíd*, página 5

cas públicas que los gobiernos implementan, o se busca que debieran implementar, para mitigar y adaptarse al cambio climático. Este tipo de litigios (que se ha definido en el reporte citado como «framework cases»³⁵) implica evaluar cuál es rol de las Cortes frente al diseño e implementación de políticas públicas en general³⁶. Ello, naturalmente, involucra el estudio de la doctrina de la separación de poderes y la independencia judicial. Si bien el análisis de la doctrina de la separación de poderes y la independencia judicial en el marco de litigios que tienen por objeto atender el cambio climático es un tema muy interesante y relevante para el derecho procesal y la teoría general del proceso, ello excede los límites de este trabajo.

En este trabajo reflexionamos sobre la adaptación del derecho procesal para atender conflictos relacionados al cambio climático y la posible redefinición de ciertos institutos procesales dentro del marco de la tutela colectiva. Para ello, nos concentramos en la evidencia científica que se utiliza como prueba en este tipo de litigios.

35 Ibid., página 3.

36 Sobre el particular, existe un caso muy conocido en el que por primera vez una Corte Suprema de un país ordena al gobierno modificar sus políticas a efectos de alinearse a los objetivos del Acuerdo de París. El 20 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de los Países Bajos en el caso *State of the Netherlands vs Urgenda Foundation* confirma una decisión por la que se ordena al gobierno crear políticas que logren que hacia el final del año 2020 se reduzcan sus emisiones de gases de efecto invernadero en, al menos, 25% comparado con los niveles de 1990. Esta es una meta más ambiciosa a la que el gobierno ya había trazado (una reducción de entre 17% y 20%). La base legal de la decisión es un standard de debido cuidado establecido en el Código Civil holandés que detalla la responsabilidad por actos ilícitos. *American Journal of International Law*, Volume 114, Issue 4, Octubre 2020, páginas 729-735 (<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/state-of-the-netherlands-v-urgenda-foundation/567B9E3AD-5B1712EC8F138195EC53995>; fecha de consulta: 9 de abril de 2023).

Dicho esto, en esta sección abordaremos como algunos institutos procesales se han redefinido en el marco de la tutela colectiva y por qué ello es un reto mayor cuando se trata de litigios relacionados a cambio climático. Para luego detenernos en la evidencia científica que se utiliza como prueba, utilizando como referencia a casos específicos.

4.1. *La redefinición de institutos procesales en el marco de la tutela colectiva*

Un instituto procesal que tradicionalmente recibe atención en el marco de la tutela colectiva es la legitimidad para obrar. Esta institución supone que una persona tiene la posición habilitante para plantear válidamente (o que se le pueda plantear válidamente) una pretensión, con el fin de que el juez pueda dictar válidamente una sentencia sobre el fondo³⁷. Esta posición habilitante viene dada porque el demandante y/o demandado son las mismas partes que conforman la relación material que se discute en el proceso. En ese supuesto, existe legitimidad para obrar ordinaria. Mientras que también puede otorgarse esta posición habilitante mediante la ley. Es decir, alguien que no es titular de la situación jurídico material, se encuentra habilitado a plantear la pretensión porque así lo dispone la ley. Esto es lo que se denomina legitimidad para obrar extraordinaria.

Un derecho difuso (como el medio ambiente) es de contenido indivisible y cuya titularidad pertenece a un número indeterminable de personas. ¿Quién entonces tiene la posición habilitante para plantear una pretensión que tenga por objeto tutelar este tipo de dere-

37 PEYRANO, Jorge. *Legitimaciones atípicas*. En: MORELLO, Augusto (coord.) *La Legitimación* (libro homenaje al profesor Lino Enrique Palacio). Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1996. Página 83.

chos? ¿Es un caso de legitimidad para obrar ordinaria, extraordinaria o estamos frente a otro supuesto?³⁸.

Entendemos que la legitimidad para obrar, tal como fue concebida, no tuvo en cuenta a la tutela colectiva. Se trata de un instituto que funciona perfectamente en el marco de la tutela de derechos individuales. Tendrá legitimidad para obrar ordinaria el sujeto individual que forma parte de la relación jurídico material objeto de la controversia. Mientras que tendrá legitimidad para obrar extraordinaria, el sujeto individual al que la ley le autoriza a plantear una pretensión (individual) en determinados supuestos³⁹.

En el marco de la tutela colectiva el titular del derecho discutido no es un sujeto individual. Ello debe ser tomado en cuenta por el derecho procesal para decidir quién tiene la posición habilitante para plantear una pretensión. En este caso, una pretensión que tenga por objeto tutelar derechos supraindividuales.

38 El profesor Monroy, en el Perú en el año 1997 sostenía que era incorrecto hablar de legitimidad para obrar extraordinaria y, para sustentar su tesis, utilizaba de ejemplo el caso de la tutela de los derechos difusos, como el medio ambiente. Reconociendo que se encontraba en contra de la mayoría de la doctrina, decía que se trataba de un supuesto de representación procesal de origen legal. MONROY GÁLVEZ, Juan. Prólogo en: PRIORI POSADA, Giovanni y ALARCON BUSTAMANTE, Reynaldo, *Apuntes de Derecho Procesal*. ARA Editores, Lima 1997. Página 15.

39 El ejemplo tradicional de un caso de legitimidad extraordinaria es el caso de la acción subrogatoria. En el Perú, ello está regulado en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil: «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (...) 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Así, el Código Modelo propone que cualquier sujeto que pertenece al grupo titular del derecho supraindividual tiene legitimidad para obrar. Sin embargo, ello no es suficiente. Es también un requisito que este sujeto cumpla ciertos requisitos para representar adecuadamente al grupo⁴⁰. En otras palabras, el legitimado debe también ser un representante adecuado⁴¹.

40 Código Modelo. Artículo 3:
«Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva: I – toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho; (...).»

Código Modelo. Artículo 2:

«Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva:

I – la adecuada representatividad del legitimado;

Par. 2o. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c – su conducta en otros procesos colectivos;

d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

(...)

Par. 3º - El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4º del art. 3º.»

41 Algo similar sucede con las Class Action de Estados Unidos. Uno de los cuatro requisitos generales establecidos en la regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure es la representatividad adecuada:
«(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (...) 4. (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.»

La cosa juzgada es otro instituto procesal que también recibe especial atención en el marco de la tutela colectiva.

Existe cosa juzgada material cuando se ha resuelto de forma definitiva una controversia entre dos partes, por lo que no se puede volver a discutir la misma pretensión en un nuevo proceso⁴². Pero, si la pretensión tiene por objeto tutelar derechos difusos ¿no puede otra persona, que también califica como representante adecuado, iniciar otro proceso para discutir la misma controversia? En otras palabras, ¿existe cosa juzgada material como la conocemos?

El Código Modelo propone una aplicación especial de la cláusula conocida como⁴³ *rebus sic stantibus*. Es decir, si una pretensión que tiene por objeto la tutela de intereses difusos ha sido desestimada, puede volver a plantearse en un nuevo proceso siempre que existan nuevas pruebas.

Además de la legitimidad para obrar y la cosa juzgada, existen otros institutos procesales que también son rediseñados en el marco de la tutela colectiva (la litispendencia, la acumulación, etc.). Consideramos que todos los institutos procesales que se redefinen para brindar una adecuada tutela colectiva merecen ser nuevamente eva-

42 «La cosa juzgada formal no es más que la prohibición de repetición del juicio por el mismo juez que creó ese juicio. Lo mismo que la invariabilidad. La irrevocabilidad impide que esa repetición del juicio pueda ser acometida por el juez ad quem, el que podría haber conocido de un supuesto recurso. Y la cosa juzgada material no es sino la prohibición de que jueces posteriores desvirtúen en procesos diferentes aquello que dijo un juez anterior, incurriendo de nuevo en una violación de la prohibición de reiteración de juicios.» NIEVA, Jordi. *La cosa Juzgada. El fin de un mito*. Abeledo – Perrot, Santiago 2010. Página 33.

43 Práctica que, como lo indica la exposición de motivos del Código Modelo, ya era tradicional en países iberoamericanos. Exposición de motivos del Código Modelo, página 8.

luados para el caso de pretensiones que tengan por objeto dilucidar una controversia relacionada a un fenómeno global como el cambio climático. Este es el ejemplo que vamos a pasar a desarrollar a continuación, con el caso de la prueba.

4.2. *La regulación de la prueba en el marco de la tutela colectiva*

Un primer aspecto por destacar sobre la regulación de la prueba en el marco de la tutela colectiva es que se reconoce la utilización de la prueba estadística o de muestreo. Así, lo establece expresamente el artículo 12 del Código Modelo⁴⁴. Esto es coherente porque, en el marco de la tutela colectiva, pueden haber supuestos en los que

44 Código Modelo. Artículo 12:

«Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º - La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.

las alegaciones solamente pueden comprobarse mediante una prueba que no es directa. Por lo que son útiles, y deben ser admisibles, las pruebas estadísticas o de muestreo.

Por otro lado, el mismo artículo 12 del Código Modelo establece que la carga de la prueba le incumbe a quien posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos que son objeto de la controversia. Esto es lo que se conoce como la carga dinámica de la prueba, que se plantea como alternativa a la regla general de la carga de la prueba (quien alega un hecho tiene la carga de probarlo).

A pesar de ser un representante adecuado (que lo debe ser), el demandante no es necesariamente quien tiene la carga de probar los hechos en los que basa su pretensión colectiva; sino aquel que se encuentre en la mejor posición de hacerlo. Así, entendemos que la lógica que se encuentra detrás de esta regulación es garantizar la protección de un derecho que pertenece a todos los miembros de un grupo, la mayoría de los cuales no forma parte del proceso. Sin embargo, como lo desarrollaremos más adelante, la consideramos inútil.

La evidencia basada en muestreos o estadísticas puede ser utilizada cuando se trata de demostrar hechos que se originan en un fenómeno global como el cambio climático ¿Pero será suficiente? ¿Se puede hablar o regular la carga de la prueba cuando la controversia está relacionada a un fenómeno global? ¿Hay alguien en mejor posición para demostrar alegaciones relacionadas a un fenómeno global? Son este tipo de preguntas que queremos abordar a continuación, al referirnos al tipo de evidencia científica que se utiliza como prueba en las controversias que tienen relación con el cambio climático. Para ello, primero, explicaremos el tipo de prueba que se utiliza en estos litigios.

4.3. *Las dos ramas de la ciencia de la atribución («Attribution Science») que se utilizan como prueba en litigios relacionados a cambio climático*

4.3.1. *El «Source Attribution»*

La rama original de la ciencia de la atribución se conoce como «Source Attribution» (la fuente de la atribución) y consiste en estudiar cómo y en qué medida las emisiones generan serias modificaciones en el sistema climático global. Por cambios en el sistema climático global, nos referimos a aspectos globales como el incremento de la temperatura de la superficie global, en el derretimiento de glaciares o aumento del nivel del mar.

Esta primera aproximación, en principio, no es compleja. Simplemente se trata de trazar la cantidad de emisiones y establecer cómo estas afectan los sistemas climáticos globales⁴⁵. Este tipo de estudios resulta muy importante para proveer de información a la comunidad internacional en el marco de las negociaciones que tienen por objeto llegar a acuerdos internacionales, como los que se toman en las COP de la UNFCCC.

Pero esta primera aproximación también es utilizada como evidencia en ciertos litigios estratégicos, principalmente los que hemos señalado que se denominan como «framework cases». Litigios en los que se busca que los gobiernos adopten e implementen políticas públicas más agresivas para enfrentar los efectos del cambio climático.

45 MYLES, Allen. *Attribution of Climate Change-Related Harm to Individual States or Private Companies*. in A Holzhausen, R Luporini (Eds), *The Role of Science in Climate Change Litigation: International Workshop Report*. Julio 2021 (<https://www.biiicl.org/publications/the-role-of-science-in-climate-change-litigation-internationalworkshop>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023).

A manera de ejemplo, podemos citar el «Carbon Majors Database» que fue creado por el *Climate Accountability Institute*, dirigido por el doctor Richard Heede⁴⁶ en el año 2013. Este estudio, que ha sido posteriormente actualizado, identifica la cantidad histórica de emisiones de las principales compañías desde finales del siglo dieciocho. Con ello, a partir la aplicación de modelos climáticos, se ha podido determinar en qué medida estas emisiones son la causa de serios cambios en el sistema climático global. En otras palabras, se puede llegar a concluir científicamente, que las emisiones de determinada compañía, sector o país han causado un cambio específico en el aumento de la temperatura global o el incremento del nivel del mar.

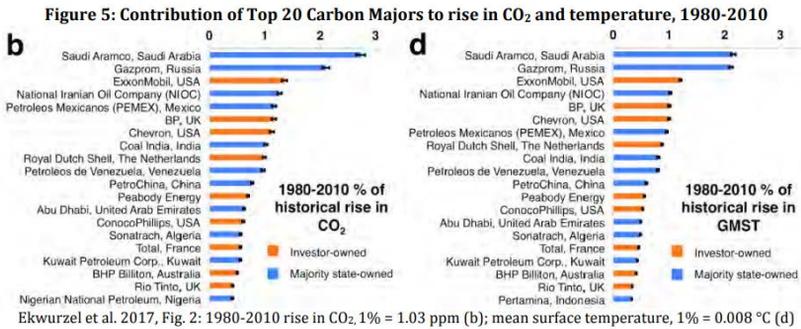
En 2017 el *Climate Accountability Institute* publicó un estudio realizado con el objeto de identificar el incremento de la concentración atmosférica de gases de efecto invernadero debido a las emisiones de determinadas compañías; y, con ello, señalar en qué medida estas compañías son responsables del incremento la temperatura global y del nivel del mar⁴⁷.

Las siguientes gráficas que son citadas como parte del estudio muestran:

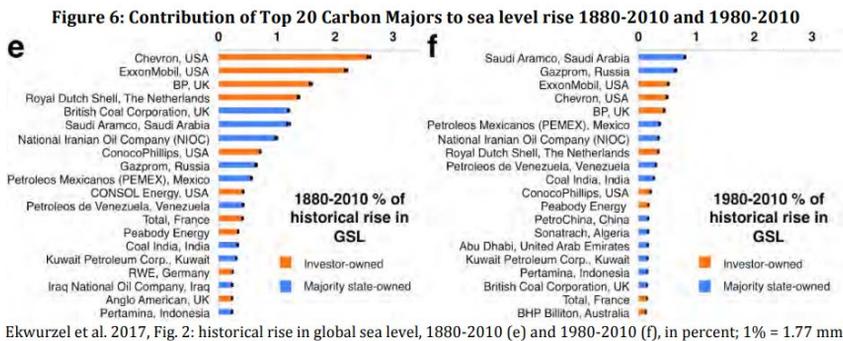
- Porcentaje del aumento de la temperatura de la superficie global («GMST» por sus siglas en inglés) entre los años 1980 y 2010 ocasionado por la cantidad de emisiones de determinadas compañías.

46 Climate Accountabilitty Institute (<https://climateaccountability.org/carbonmajors.html>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023).

47 HEEDE, Richard. *Carbon producers' tar pit: dinosaurs beware. The path to holding fossil fuel producers accountable for climate change & climate damages*. Institute for New Economic Thinking: Plenary Conference in Edinburgh. Octubre 2017 (<https://climateaccountability.org/pdf/Heede%20PathToAccountability%2018Oct17.pdf>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023).



- Porcentaje del incremento del nivel del mar entre los periodos 1880-2010 y 1980-2010 en función a las emisiones de determinadas compañías.



A partir de este tipo de análisis, se pueden sacar muchas conclusiones fácticas como las que se indican en esta tabla:

Table 3. Top Twelve carbon majors: CO₂, ppm CO₂, temperature, sea level rise, & land loss, 1980-2010

Entity	Emissions GtCO ₂	CO ₂ concentration ppm	Temperature °C	Sea level mm	Land loss km ²
Saudi Aramco	36.6	3.23	0.0174	1.43	602
Gazprom	27.2	2.16	0.0171	1.14	482
ExxonMobil	18.7	2.78	0.0097	0.92	386
National Iranian	16.8	1.92	0.0083	0.62	261
BP	16.2	2.19	0.0081	0.80	335
Chevron	16.0	2.97	0.0081	0.88	370
Pemex	15.7	1.37	0.0078	0.65	274
Royal Dutch Shell	13.4	1.87	0.0071	0.61	256
Coal India	13.2	1.11	0.0065	0.47	200
Petroleos de Venezuela	13.1	1.12	0.0065	0.54	226
Peabody Energy	9.0	0.86	0.0045	0.30	128
ConocoPhillips	8.3	1.03	0.0043	0.38	158
Subtotal	204.2	22.61	0.1054	8.73	3,678
Carbon Majors, 1980-2010	754.9	43.84	0.400	23.80	10,041
Global, 1880-2010 ³	1,317.8	103.00	0.850	176.60	74,379

Así, por ejemplo, se indica que las emisiones de doce compañías han generado la inundación de un estimado de 3678 km² de tierra en las costas del mundo entre 1980 y 2010⁴⁸.

Con este tipo de análisis, se cuestiona quien debe pagar por los daños que esto ya ha generado y si las compañías señaladas deben considerarse responsables en alguna proporción por esos daños⁴⁹. En esa línea, se cita al presidente del Centro de Derecho Ambiental Internacional⁵⁰ que reflexiona sobre esta situación señalando⁵¹ que el

48 El estudio hace mención a la cantidad de kilómetros cuadrados que se han perdido en distintas partes del mundo. Además, como un dato fáctico para llamar la atención sobre la responsabilidad de las principales compañías emisoras de gases de efecto invernadero, el mismo estudio revela que el incremento del nivel del mar que se atribuye a seis compañías equivale a 18 años de la cantidad de agua que recorre por las cataratas del Niágara. *Ibíd.* Página 8.

49 *Ibíd.* Página 8

50 Centro Ambiental Internacional (<https://www.ciel.org/>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023)

51 «Like the Carbon Majors analysis that it builds on, this report demonstrates the growing precision with which major carbon producers' responsibility for climate change and climate impacts can be quantified, allocated, and, ultimately, litigated. Government investigators and private attorneys around the world will be

reporte del *Climate Accountability Institute* demuestra con precisión la responsabilidad de los principales emisores de gases de efecto invernadero. Lo que puede ser cuantificado, asignado y, finalmente, litigado ante las Cortes.

4.3.2. El «Extreme Event Attribution»

La otra rama de la ciencia de la atribución es conocida como «Extreme Event Attribution» (la atribución de eventos extremos) y es la más reciente⁵². Esta rama no se centra en estudiar los cambios en el sistema climático global, sino en analizar en qué medida el cambio climático es la causa de eventos específicos (por ejemplo, olas de calor, huracanes, tornados, sequías, ciclones, aluviones, etc)⁵³.

El *Extreme Event Attribution* tiene dos aproximaciones para explicar la relación entre el cambio climático y los eventos específicos que estudia⁵⁴. La primera aproximación tiene por objeto estimar en qué medida el cambio climático ha incrementado el riesgo de un evento específico. Mientras que la segunda aproximación, tiene por objeto estudiar en qué medida la intensidad de un evento específico es mayor debido al cambio climático.

Existen diferentes instituciones que realizan estudios de eventos específicos y su relación con el cambio climático. Por ejemplo, el *Sabin*

parsing these findings carefully. Investors and decision-makers would be well-advised to do the same.» MUFFET, Carrol. Presidente del Centro de Derecho Ambiental Internacional. Citado por: HEEDE, Richard. Op cit. Página 8.

52 MYLES, Allen. Op cit.

53 Este tipo de eventos extremos se han incrementado desde 1980, doblando su número cada 20 años, lo que no tiene precedentes. MYLES, Allen. *Ibid.*

54 *Ibid.*

Center for Climate Change de *Columbia Law School* administra una base de datos denominada «Climate Attribution Database» que está organizada en cuatro diferentes tópicos⁵⁵. Uno de ellos se denomina «Extreme Event Attribution» en donde se pueden encontrar 159 estudios referidos a la relación del cambio climático con eventos ocurridos en todo el mundo.

En una publicación científica de abril del 2021 denominada «Pathways and pitfalls in extreme event attribution» se explica cómo se iniciaron estos estudios y la metodología que siguen⁵⁶. Ahí se explica que luego de aplicar determinados criterios para elegir el evento que se analizará y definirlo como un evento extremo, se realiza un análisis de las tendencias que deben retrotraerse al menos a los años 1950's, pero preferiblemente hasta el siglo diecinueve.

El siguiente paso consiste en utilizar modelos climáticos, que son similares a los modelos que se usan para pronosticar el estado del tiempo. Lo que en estricto predicen son las estadísticas, es decir qué tan seguido el evento extremo ocurre en el modelo computarizado.

Como hemos señalado, se trata de una rama de la ciencia de atribución muy reciente y, por tanto, está en etapa de evolución. El primer evento que fue objeto de un estudio de atribución fue la ola de calor que sufrió Europa en el verano del 2003⁵⁷.

El mayor inconveniente que presenta esta rama científica es el área que cubren los actuales modelos climáticos. Por ejemplo, un modelo de una resolución relativamente amplia con una red de 200

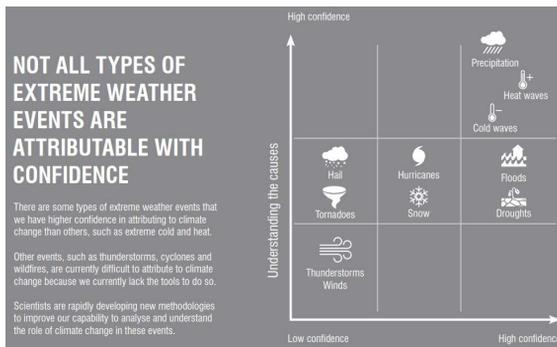
55 Climate Attribution Database (<https://climateattribution.org/>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023).

56 World Weather Attribution. *Pathways and Pitfalls in extreme event attribution*. Mayo 2021 (<https://www.worldweatherattribution.org/pathways-and-pitfalls-in-extreme-event-attribution/>; fecha de consulta: 11 de abril de 2023).

57 STOTT et al, 2004. Citado por: World Weather Attribution. *Ibíd.*

km puede representar adecuadamente una ola de calor. Sin embargo, para otro tipo de eventos se necesita una mejor resolución. Es decir, desarrollar modelos que cubran áreas más específicas que coincidan con las afectadas por el evento a analizar⁵⁸.

Esta gráfica publicada por el *Climate Centre*⁵⁹ muestra qué tipo de eventos pueden ser son atribuibles al cambio climático con mayor rigurosidad que otros⁶⁰:



58 «Can the model represent the extreme in principle?

A relatively coarse resolution model with a 200 km grid may well be able to represent a heat wave, but for somewhat realistic tropical cyclones we need a resolution better than 50 km (...)

A large-scale event definition like a continental and seasonal average has the advantage that climate models can represent it better and the signal-to-noise ratio is usually better than a local, short time scale definition». Ibid.

59 El Climate Centre es una organización pública, bajo las leyes de los Países Bajos, que tiene por misión apoyar a la Cruz Roja en reducir los impactos del cambio climático y eventos extremos en las poblaciones vulnerables (<https://www.climatecentre.org/about-us/>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

60 Raising Risk Awareness Project. *Top 10 Things to Know About Extreme Event Attribution*. 2017 (<https://www.climatecentre.org/wp-content/uploads/Top-10-Things-to-know-about-extreme-event-attribution.pdf>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

Esta rama de la ciencia ya se utiliza en litigios que tienen por objeto asignar responsabilidades a determinados actores por los efectos generados por el cambio climático y algún evento extremo específico. Sin embargo, es lógico predecir que, a medida que esta rama de la ciencia vaya perfeccionándose, serán cada vez más los litigios en donde sea utilizada como evidencia.

4.4. *Principales consideraciones sobre la ciencia de la atribución*

Según lo que se ha explicado, el «Source Attribution» es una rama de la ciencia de la atribución que permite concluir que debido a determinadas cantidades de emisiones se han producido cambios específicos en sistemas climáticos globales. Es posible con estos estudios determinar que una cantidad específica de emisiones, de una compañía, industria o país, es la causa de un aumento específico de la temperatura de la superficie global.

¿Ello es suficiente para asignar responsabilidades? Si bien este tipo de evidencia se utiliza en los litigios que actualmente se siguen en distintas Cortes, lo cierto es que, sobre la base de esos estudios, no se puede determinar que alguien sea responsable por algún daño.

Este tipo de estudios sí son útiles cuando nos encontramos frente a litigios que tienen por objeto que los gobiernos implementen políticas públicas más agresivas para mitigar los efectos del cambio climático⁶¹. En simples términos, para que se cumpla y/o

61 Hemos citado el caso *State of the Netherlands vs Urgenda Foundation* como ejemplo paradigmático en el que una Corte ordena al gobierno a modificar sus políticas e implementar unas medidas más agresivas para alinearse a los objetivos del Acuerdo de París. Sin perjuicio de lo interesante de este caso, es importante resaltar que este tipo de decisiones no se ha replicado en la mayoría de las cortes de otros países donde se ventilan litigios rela-

se implementen regulaciones más agresivas que limiten las emisiones⁶².

cionados a cambio climático. En los Estados Unidos (país con el mayor número de casos ante sus cortes), la doctrina de la separación de poderes ha impedido que se acepte que una Corte judicial modifique una política pública como lo ha realizado la Corte Suprema de los Países Bajos. Lo mismo ocurre en el Reino Unido en donde hay casos en los que se ha citado el caso de *State of the Netherlands vs Urgenda Foundation* y los jueces se muestran reacios a interferir en decisiones que pertenecen al dominio político: «It is clear from *Bourne J's judgment* that any such challenge would need to include a clear explanation/comparison of the constitutional laws in play in *Urgenda* and between the differing approaches to international law obligations. However, *Bourne J's judgment* exhibited a typically English reluctance of the judiciary to interfere in decisions which are the domain of politics. This stands in contrast to the *Urgenda* decision, where the Dutch Courts were content to dismiss the Dutch State's argument that the reduction of greenhouse emissions was exclusively a matter for the political domain» MERCER, Hugh & POPPLEWELL, Freddie. Essex Court Chambers. *Climate Change in Law. Current Perspectives. Week 6*. Junio 2022 (<https://essexcourt.com/publication/climate-change-in-law-current-perspectives-week-6/>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

62 Existen también casos donde, en vez de solicitar a los gobiernos que implementen políticas públicas para atender el cambio climático limitando o prohibiendo la emisión de gases de efecto invernadero, se demanda a compañías para que reduzcan sus emisiones. El primer caso donde ello ha ocurrido es *Friends of the Earth vs Royal Dutch Shell* en donde un Tribunal de la Haya dispuso que la compañía tiene la obligación de reducir sus emisiones de CO₂ en 45% para el año 2030, por medio de su política corporativa. CARRILLO BAÑUELOS, Jorge. *El caso Friends of the Earth v Shell: la relación entre empresas y el cambio climático desde la justicia holandesa*. Centro de Estudios Constitucionales – Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Noviembre 2021 (https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-caso-friends-earth-v-shell-la-relacion-entre-empresas-y-cambio-climatico-desde-la#:~:text=28,-El%20caso%20Friends%20of%20the%20Earth%20v.,corporaciones%20en%20la%20crisis%20clim%C3%A1tica.)),-El%20caso%20Friends%20of%20the%20Earth%20v.,corporaciones%20en%20la%20crisis%20clim%C3%A1tica.; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

Sin embargo, decimos que son insuficientes para intentar asignar responsabilidades por un daño porque un daño no tiene como causa un cambio en el sistema climático global. Normalmente, un daño es causado por un evento específico, como una ola de calor, un huracán, un tornado, aluviones, sequías, etc. Y como hemos señalado, la relación del cambio climático con este tipo de eventos la estudia la otra rama de la ciencia de la atribución, el «Extreme Event Attribution».

La principal consideración para tener en cuenta sobre el *Extreme Event Attribution* es que sus conclusiones siempre se alcanzan sobre la base de un análisis probabilístico. Es decir, en términos jurídico-procesales, no es nunca una prueba directa.

Como hemos indicado, estos estudios tienen por objeto establecer en qué medida un evento específico es más probable e intenso debido al cambio climático. Esto significa que un estudio de este tipo nunca va a concluir directamente que un evento de alta magnitud ha sido ocasionado por el cambio climático⁶³.

El solo hecho de realizar un análisis probabilístico no quiere decir que sea una evidencia inválida para intentar asignar responsabi-

63 A manera de ejemplo, el Michael Burger (Director Ejecutivo del Sabin Center for Climate Change Law de Columbia University) hace una analogía con cómo podría determinarse que un jugador de baseball ha obtenido ventajas antideportivas debido al consumo de esteroides. Los estudios no van a poder determinar que un determinado home run lo obtuvo por haber consumido esteroides, pero sí van a poder establecer que las probabilidades de haberlo ejecutado se incrementaron en determinada medida. Por lo que es lógico concluir que, según las reglas correspondientes, se obtuvo una ventaja ilegal y existe algún tipo de responsabilidad por ello. *Does Attribution Science Give Climate Litigators a Smoking Gun?* Energy Policy Now. Podcast audio, Junio 24, 2019 (<https://podcasts.apple.com/us/podcast/energy-policy-now/id1191681161?i=1000442642386>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

lidades. Sin duda, se utilizan pruebas y toman decisiones basándose en análisis probabilísticos. Simplemente resaltamos este hecho porque es una consideración importante respecto a los estudios de esta rama de la ciencia de la atribución que son utilizados como prueba en litigios donde se busca asignar responsabilidades por daños debidos al cambio climático.

La otra consideración importante, y que sí podría ser entendida como una limitación de fondo para asignar responsabilidades, es que el análisis probabilístico se realiza sobre un fenómeno global. Es decir, no estamos frente a una sola conducta que, por si sola, sea la causa de un daño.

Entendemos que es jurídicamente válido asignar responsabilidades cuando se demuestra que una conducta ha incrementado la probabilidad de la ocurrencia de un daño; y, por tanto, se es responsable por ello. Sin embargo, ¿es posible asignar responsabilidades cuando la conducta no es una sola, sino un fenómeno global?

El cambio climático es un fenómeno global. Esto quiere decir, que lo que va a demostrarse en este tipo de litigios es que el cambio climático ha sido la causa por la que un evento específico ha incrementado, quizá exponencialmente, su probabilidad y magnitud. Esta es la información que brinda los estudios del «Extreme Event Attribution». En otras palabras, no se va a demostrar que la conducta de un actor en particular es, por si sola, la que ha incrementado la probabilidad y la magnitud de un evento específico. ¿Es posible entonces asignar responsabilidades a un determinado actor?

Frente a esta limitación, lo que se está realizando en los litigios en los que se busca asignar responsabilidades utilizando como prueba estos estudios, es hacerlo de manera proporcional. Es decir, se busca demostrar que la probabilidad y magnitud de un evento específico se ha incrementado debido al cambio climático y que un actor específico es responsable de los daños de manera proporcional a su contribución a dicho fenómeno global.

Existen litigios donde ello está ocurriendo⁶⁴⁻⁶⁵. Por ejemplo, el

-
- 64 Hay casos en Estados Unidos, por ejemplo, *Commonwealth of Massachusetts vs Exxon Mobil Corporation* (<https://www.documentcloud.org/documents/6523331-Complaint-Commonwealth-of-Massachusetts-v-Exxon>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023) donde Estados o Municipalidades presentan demandas en contra de importantes compañías gasíferas y petroleras. En las demandas se alega que por décadas las compañías conocían de los efectos que su actividad generaba, por lo que han engañado a consumidores e inversionistas sobre los efectos que su actividad genera. Por ello, les reclaman los costos en los que se han incurrido para reparar los daños generados por diversos eventos climáticos (por ejemplo, la tormenta Sandy del 2012, el huracán Ida del 2021). Por el momento, todos los casos en los que los Estados o Municipalidades han demandado a compañías gasíferas o petroleras no han pasado a etapa de juicio, en tanto que se ha venido discutiendo si las Cortes Estatales son competentes para dilucidar las controversias. Hasta el momento, distintas Cortes Federales han determinado que los casos deben resolverse en las Cortes Estatales. Por ejemplo, *State of Minnesota vs American Petroleum Institute, Exxon Mobil Corporation, Exxon Mobil Oil Corporation, Koch Industries Inc., Flint Hills Resources LP, Flint Hills Resources Pine Bend* (<https://www.documentcloud.org/documents/6956194-ExxonKochAPI-Complaint>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023). Sin embargo, aún está pendiente un pronunciamiento de la Corte Suprema al respecto.
- 65 Existe otro caso en el que el 31 de enero de 2023 residentes de la Isla de Pari – Indonesia (<https://indonesiabusinesspost.com/world/residents-sue-holcim-for-contributing-to-sinking-of-pari-island/>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023), han demandado a la compañía de cemento Holcim Ltd ante las Cortes de Suiza por contribuir en el incremento del nivel del mar debido a las emisiones de dióxido de carbono emitidas por la compañía de cemento. Los demandantes buscan compensación por los daños sufridos en la isla debido al incremento del nivel del mar y que Holcim Ltd asuma algunos de los costos de medidas que se deben tomar para proteger a la isla por el incremento del nivel del mar (<https://callforclimatejustice.org/en/webreport/>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

proceso *Luciano Lliuya v. RWE AG*⁶⁶. Se trata de un ciudadano peruano que ha demandado ante las Cortes de Alemania a la compañía RWE AG. Sin perjuicio que la demandada no realiza operaciones en el Perú, se alega que la compañía es responsable del 0.47% de las emisiones globales de dióxido de carbono, según la «Major Carbon Database» a la que hemos hecho referencia. En consecuencia, se sostiene que la demandada es responsable en esa proporción de los costos que se deben pagar para prevenir las potenciales inundaciones que serían causadas por el derretimiento de un glaciar en la cordillera de los andes, en la provincia de Huaráz, en el Perú. Evento cuya mayor probabilidad y magnitud se debería al cambio climático.

No se trata de un reclamo millonario, puesto que únicamente se pretende el pago de un equivalente a US\$ 18,000.00 (en la proporción de la contribución de esta compañía en las emisiones globales). Pero, sin duda, es un caso interesante. No tenemos duda que cada vez podemos encontrarnos con más casos de este tipo.

4.5. Conclusiones

La primera conclusión de esta sección es que los estudios de la ciencia de atribución, tanto en la rama original del «Source Attribution», como en la más reciente del «Extreme Event Attribution», son la prueba que ya se utiliza en litigios relacionados a cambio climático en distintas Cortes del mundo.

66 ELFAR, Aliyah. *Landmark Climate Change Lawsuit Moves Forward as German Judges Arrive in Peru*. Columbia Climate School – Climate, Earth, and Society. Agosto 2022 (<https://news.climate.columbia.edu/2022/08/04/landmark-climate-change-lawsuit-moves-forward-as-german-judges-arrive-in-peru/#:~:text=A%20historic%20climate%20change%20lawsuit,-flooding%20his%20hometown%20of%20Huaraz.>; fecha de consulta: 12 de abril de 2023).

Sin embargo, entre las consideraciones principales resaltamos que: (i) el «Source Attribution» es insuficiente si se intenta asignar responsabilidades por los daños que se sufren a consecuencia del cambio climático⁶⁷; (ii) Los estudios del «Extreme Event Attribution» llegan a conclusiones, a partir de un análisis probabilístico. Lo que *per se* no significa que no sea una prueba válida para asignar responsabilidades; (iii) Sin embargo, la eventual limitación existe en tanto que estos estudios determinan que el fenómeno global del cambio climático incrementa la probabilidad y/o magnitud de un evento que causa daños. Es decir, no establecen que una conducta particular sea la que incrementa la probabilidad y magnitud del evento. Ello, sin duda, pone un grado mayor de dificultad si se intenta asignar responsabilidades a algún actor en particular por daños derivados de estos eventos.

5. LA REDEFINICIÓN DE LA PRUEBA EN LA TUTELA COLECTIVA RELACIONADA AL CAMBIO CLIMÁTICO

Hemos repasado algunas consideraciones importantes de la prueba que se vienen utilizando en Cortes que tienen a su cargo litigios relacionados al cambio climático. Sobre la base de ello, a continuación, brindaremos una opinión sobre el artículo 12 del Código Modelo⁶⁸, el cual reconoce como admisible a la prueba estadística o de muestreo y establece la carga dinámica de la prueba.

67 Como hemos señalado, consideramos que el Source Attribution tiene utilidad cuando estamos frente a litigios que buscan que los gobiernos modifiquen o implementen medidas para mitigar los efectos del cambio climático. Pero este tipo de litigios tienen otras limitaciones que no son objeto de este trabajo.

68 Código modelo. Artículo 12. Pruebas:
«Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos. (...)»

A efectos de resolver controversias relacionadas al cambio climático, es evidente que se puede utilizar la prueba estadística o de muestreo. Recordemos que cuando se intenta asignar responsabilidades por daños sufridos por el cambio climático, los estudios determinan probabilidades. Por ello, ni siquiera sería necesario reconocer la admisibilidad de pruebas estadísticas o de muestreo. Son otros elementos que debieran considerarse al regular la prueba en este tipo de litigios.

La propuesta de regulación del Código Modelo no pudo haber tomado en cuenta la prueba científica que en la actualidad se utiliza en estos litigios. Como hemos indicado, el primer estudio de «Extreme Event Attribution» fue la ola de calor ocurrida en Europa en el año 2003⁶⁹, mientras que el Anteproyecto del Código Modelo fue elaborado en el año 2002.

Si se hubiera considerado que existen litigios relacionados a cambio climático donde las alegaciones se basan en estudios de la ciencia de atribución, se habría apreciado que estamos frente a un fenómeno global e intergeneracional. Es decir, que los efectos que venimos sufriendo y vamos a seguir sufriendo por el cambio climático (y los daños que se generan y ya se reclaman en las Cortes), se deben al conjunto de emisiones de todo el mundo desde los años de la revolución industrial a finales del siglo dieciocho.

Apreciando que se trata de un fenómeno de estas características, entendemos que es incoherente establecer algún tipo de carga de la prueba. Ambas partes alegan hechos (constitutivos o impeditivos, extintivos y excluyentes) que se refieren a un fenómeno global e intergeneracional ¿Es posible sostener que una parte posea mejores conocimientos científicos, técnicos o fácticos sobre un fenómeno global

69 World Weather Attribution. Op cit.

que trasciende generaciones? ¿Es lógico que un juzgador tenga una regla de juicio respecto a un fenómeno global e intergeneracional? Entendemos que no es posible.

Por ello, en primer lugar, consideramos que no es adecuado implementar la carga dinámica de la prueba, como lo hace el primer párrafo del artículo 12 del Código Modelo⁷⁰. Es cuestionable aceptar que alguien se encuentre en mejores condiciones de demostrar alegaciones referidas a un fenómeno global e intergeneracional⁷¹. Aún si ello ocurriera, es cuestionable que la implementación de esta norma

70 Código modelo. Artículo 12. Pruebas:
«Par.1º - La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. (...)»

71 El profesor Leandro Giannini sostiene que existe una confusión conceptual sobre la carga dinámica de la prueba porque muchas veces no se distingue entre la carga dinámica de la prueba de la distribución de la carga (o deber de colaboración). Explica que son cosas distintas porque un caso es una regla objetiva que modifica la regla de juicio en caso de incertidumbre y, en el otro caso, es un deber de colaboración que se presenta bajo el apercibimiento de tomar en cuenta la conducta de la parte, sin que exista una regla de juicio. Independientemente de esta confusión conceptual que se llama a superar, el profesor Giannini explica que, en cualquier caso, la condición general para aplicar correctamente la carga dinámica de la prueba es que debe existir una desigualdad entre las partes. En esta línea, consideramos que los casos que describimos no cumplen esa condición. Al apreciar que se refieren a un fenómeno global e intergeneracional, se tratan de casos sobre hechos complejos sin claras desigualdades, por lo que no correspondería aplicar una regla de carga dinámica de la prueba, ya sea como regla de juicio o como deber de colaboración. GIANNINI, Leandro. *Revisitando la doctrina de la «carga dinámica de la prueba». Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.

genere que se aporten todos los estudios científicos a los que alguna de las partes pudiera tener acceso, pero no le fueran favorables⁷².

Asimismo, también consideramos cuestionable que sea posible asignar una regla de juicio cuando se resuelve un conflicto respecto a un fenómeno global e intergeneracional.

En esta línea, entendemos que este tipo de litigios son un ejemplo moderno de la inutilidad de la carga de la prueba, lo que refuerza la tesis del profesor Jordi Nieva⁷³. Sobre la carga de la prueba, el profesor Jordi Nieva sostiene que se trata de una institución inútil e ilógica bajo el paradigma del Estado Constitucional y la consecuente libre valoración de la prueba. Según explica el profesor Nieva, la carga de la prueba únicamente tenía sentido en un esquema de prueba tasada que evidentemente no existe en la actualidad.

-
- 72 Sobre este punto el profesor Jordi Ferrer sostiene que la lógica de la carga dinámica de la prueba tiene como origen la necesidad de dar respuesta a un problema epistémico, en tanto que se pretende que quien posea las pruebas las aporte al proceso con miras a que el juzgador tenga a su disposición todas las pruebas necesarias para llegar a la verdad. Sin embargo, el mismo profesor Jordi Ferrer sostiene que esos incentivos, en la práctica, no se logran porque quien posea las pruebas que no lo favorecen (con carga o sin carga) es evidente que no las va a aportar. Esto, sin perjuicio de también sostener (como el profesor Jordi Nieva) que la denominada carga subjetiva de la prueba ha sido abandonada en tanto que se ha reconocido al principio de adquisición o comunidad de la prueba. FERRER, Jordi. *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.
- 73 NIEVA, Jordi. *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.

La carga de la prueba dice el profesor Nieva, no existe porque cuando un juez debe resolver una controversia no va a importar quien aportó qué prueba, sino que va a valorar todas las pruebas en su conjunto para tomar una decisión. Y la supuesta regla de juicio⁷⁴, no existe porque se llegaría a la misma conclusión cuando se realiza una valoración libre y razonada de la prueba.

En todos los casos, pero con mayor razón en aquellos casos complejos como los relacionados a un fenómeno global, en la práctica, el juzgador debe valorar, de manera libre, razonada y bajo las máximas de la experiencia, todas las pruebas aportadas al proceso. Aún frente a una supuesta ausencia de prueba, el juzgador llegará a conclusiones lógicas y razonadas, sin seguir una regla de juicio. Eso, también es valoración de la prueba⁷⁵.

Por ello, consideramos que esta interesante crítica sobre la carga de la prueba encuentra en las controversias relacionadas a cambio climático (donde se utiliza a la ciencia de atribución como prueba científica), un mayor soporte.

En estos casos, el hecho constitutivo de las pretensiones, o los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de las defensas, están

74 Es decir, desestimar la demanda si no se ha probado el hecho constitutivo de la pretensión; o desestimar la defensa, si no se ha probado el hecho impeditivo, extintivo o excluyente.

75 Señala el profesor Nieva que es irreal imaginar que existan procesos donde haya una total ausencia de pruebas porque nadie presenta una demanda o defensa alegando hechos sin aportar ninguna prueba. Por último, si lo hiciera, la sola afirmación de las partes son su propio testimonio. El cual, será evaluado de manera libre y razonada por el juzgador. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander – Cúcuta. *La carga de la prueba: ¿una reliquia histórica que debiera ser abolida?* Video. Abril 15, 2020. (<https://www.youtube.com/watch?v=u0Vmj5QRD5Q>; fecha de consulta: 13 de abril de 2023).

relacionados a un fenómeno global e intergeneracional. El hecho constitutivo de una demanda se sostendrá en estudios de la ciencia de la atribución (específicamente del Extreme Event Attribution) que demuestren que un evento es más probable e intenso debido al cambio climático; mientras que los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes, se basarán también en estudios científicos que rebatan las conclusiones contrarias y sostengan que el cambio climático no es la causa de las probabilidades o intensidades de un evento que han sido alegadas por la parte demandante.

Resulta imposible que el juzgador tenga una regla de juicio en ese contexto. El juez, independientemente de qué parte aporte estas pruebas, deberá valorarlas de manera libre y razonada. Una labor seguro muy compleja, pero que no soporta la existencia de una regla de juicio. En esa valoración debe considerar que las pruebas científicas llegan a conclusiones a partir de análisis probabilísticos y que, cuando se reclaman daños, lo que está sucediendo es que se intentan atribuir a los demandados de manera proporcional a su contribución en el cambio climático.

En consecuencia, lo único que puede ocurrir es que el juzgador valore las pruebas y explique si estas le han generado convicción, o no, sobre los hechos alegados. Situación, sin duda, muy compleja en litigios relacionados al cambio climático donde las alegaciones se soportan en la prueba científica que hemos descrito.

En el ejemplo que hemos citado⁷⁶, la compañía alemana no opera en el Perú. A pesar de ello, se está intentando asignarle responsabilidades por los gastos en los que se debe incurrir por las inundaciones que serían causadas por el derretimiento de un glaciar debido al cambio climático en la cordillera de los andes, en el Perú. El gran

76 Luciano Lliuya v. RWE AG.

reto del juzgador estará en la valoración de las pruebas científicas que lo convezan, o no, de que el cambio climático ha generado la probabilidad y magnitud de la situación específica demandada; y, además, de la responsabilidad por daños de la compañía demandada en forma proporcional a su contribución en el cambio climático. Aspecto que, sin duda, no es claro.

Finalmente, consideramos que debiera regularse un aspecto previo a la compleja labor de realizar una libre y razonada valoración de la prueba científica en este tipo de casos. Como se sabe, según el Código Modelo, el juez debe verificar que el legitimado sea a su vez un representante adecuado del grupo. Entendemos que la garantía que se busca alcanzar en la tutela colectiva por medio de la representatividad adecuada adquiere una mayor dimensión en litigios relacionados al cambio climático. Por ello, proponemos que la evaluación de la representatividad adecuada debe incluir a la admisibilidad de las pruebas que se aportan en estos casos.

Así, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 2 del Código Modelo⁷⁷ pudiera contener una regla específica para este tipo de litigios que establezca que el juez, al analizar la representatividad

77 Código Modelo. Artículo 2:

«(...)

Par. 2o. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c – su conducta en otros procesos colectivos;

d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. (...)»

adecuada, considere como dato adicional las credenciales de los expertos que elaboran los estudios que se ofrecen como pruebas en estos litigios.

Este tipo de propuestas nos lleva a apreciar el reto que significa para el derecho procesal resolver controversias relacionadas al cambio climático. La representatividad adecuada es vital en el marco de la tutela colectiva al punto de señalarse que⁷⁸ «*Si la calidad y organización del sistema jurisdiccional de un país no puede garantizar que sus jueces controlen la representatividad adecuada de los litigantes colectivos, no exhibe, entonces, las condiciones suficientes para receptar en su seno a los procesos colectivos*»

Dada la relevancia de este tipo de litigios, la admisibilidad de la prueba que se aporta debiera ser parte del análisis de representatividad adecuada ¿Estarán nuestros sistemas de justicia preparados para ello? ¿Tenemos las condiciones suficientes para receptar a procesos relacionados a este fenómeno global?

6. CONCLUSIONES

El cambio climático es una realidad y, como es imposible que el derecho procesal se encuentre ajeno a este fenómeno, ya existen litigios en las Cortes donde el objeto de controversia está relacionado al

78 BERIZONCE, Roberto y GIANNINI, Leandro. *La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el anteproyecto iberoamericano de procesos colectivos*. En: GIDI, Antonio y FERRER Mac-Gregor (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México 2003. Página 76. Citado por: RAMIREZ JIMENEZ, Nelson. *El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica*, en XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima 2009. Página 269.

cambio climático y sus efectos. La tendencia es a que cada vez existan más casos.

La tutela colectiva ha surgido sobre la base del reconocimiento del carácter instrumental del proceso para brindar una tutela jurisdiccional efectiva a situaciones jurídicas supraindividuales. Para ello, ha sido necesario redefinir ciertos institutos procesales.

En el marco del carácter instrumental del proceso y de la tutela colectiva, es necesario atender de manera particular al cambio climático. Una manera de hacerlo es apreciando que los estudios de la ciencia de la atribución son la prueba que se utiliza en este tipo de litigios.

La ciencia de la atribución es una disciplina científica moderna que tiene dos ramas. La original, el *Source Attribution*, tiene por objeto estudiar como las emisiones vienen generando serios cambios en el sistema climático global. La más reciente, el *Extreme Event Attribution*, estudia si el cambio climático causa que la probabilidad y la intensidad de un evento específico sea mayor.

El *Source Attribution* es insuficiente cuando se intenta asignar responsabilidades por daños en litigios relacionados al cambio climático. El *Extreme Event Attribution* se utiliza para intentar asignar responsabilidades por daños sobre la base de un análisis probabilístico. La principal limitación en estos casos es que siempre la causa del daño es el cambio climático, es decir un fenómeno global.

Un ejemplo de posible redefinición de la regulación de la prueba en el marco de la tutela colectiva que tiene por objeto atender litigios relacionados al cambio climático, es que no se establezca ninguna regla de carga dinámica de la prueba (como lo hace el artículo 12 del Código Modelo). Y otro ejemplo es una posible revisión del instituto de la carga de prueba en general, pues este tipo de conflictos complejos en los que se aportan pruebas científicas basadas en probabilidades, brindan un soporte a la crítica de este instituto procesal. Es

cuestionable que un juzgador tenga una regla de juicio cuando atiende litigios relacionados a un fenómeno global e intergeneracional. Pues el énfasis debiera estar en el resultado al que se llegará mediante la razonada valoración de la prueba científica que se aporta al proceso. Como paso previo, además, pudiera evaluarse la admisibilidad de la prueba como parte del requisito de la representatividad adecuada.

7. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo de París adoptado en la Conferencia de las Partes N° 21 de la UNFCCC en 2015.

American Journal of International Law, Volume 114, Issue 4. Octubre 2020. (<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/state-of-the-netherlands-v-urgenda-foundation/567B9E3AD-5B1712EC8F138195EC53995>).

CARRILLO BAÑUELOS, Jorge. *El caso Friends of the Earth v Shell: la relación entre empresas y el cambio climático desde la justicia holandesa*. Centro de Estudios Constitucionales – Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Noviembre 2021 (<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-caso-friends-earth-v-shell-la-relacion-entre-empresas-y-cambio-climatico-desde-la#:~:text=28>).-,El%20caso%20Friends%20of%20the%20Earth%20v.,corporaciones%20en%20la%20crisis%20clim%C3%A1tica).

Centro Ambiental Internacional (<https://www.ciel.org/>).

Climate Accountability Institute (<https://climateaccountability.org/>).

Climate Attribution Database. Base de datos de estudios de atribución del Sabin Center for Climate Change Law de Columbia Law School | Columbia Climate School (<https://climateattribution.org/>).

Climate Center (<https://www.climatecentre.org/about-us/>).

Climate Change Laws of the World | Climate Change Litigation of th World. Bases de datos de legislación y litigios relacionados a cambio climático del Grantham Research Institute of Climate Change and the Environment de London School of Economics (<https://climate-laws.org/>).

Código Civil Peruano.

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004) y Exposición de Motivos.

Commonwealth of Massachusetts vs Exxon Mobil Corporation.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC por sus siglas en inglés) adoptada en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992.

ELFAR, Aliyah. *Landmark Climate Change Lawsuit Moves Forward as German Judges Arrive in Peru*. Columbia Climate School. Agosto 2022 (<https://news.climate.columbia.edu/2022/08/04/landmark-climate-change-lawsuit-moves-forward-as-german-judges-arrive-in-peru/#:~:text=A%20historic%20climate%20change%20lawsuit,flooding%20his%20hometown%20of%20Huaraz>).

Energy Policy Now. Does Attribution Science Give Climate Litigators a Smoking Gun? Podcast audio. Junio 24, 2019 (<https://podcasts.apple.com/us/podcast/energy-policy-now/id1191681161?i=1000442642386>).

Federal Rules of Civil Procedure de los Estados Unidos.

FERRER, Jordi. *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.

GIANNINI, Leandro. *Revisitando la doctrina de la «carga dinámica de la prueba»*. *Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.

GIDI Antonio, *The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The case of Latin America*. *Brooklyn Journal of International Law*. Volume 37, 2012.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático - IPCC. (<https://www.ipcc.ch/languages-2/spanish/>).

HEEDE, Richard. *Carbon producers' tar pit: dinosaurs beware. The path to holding fossil fuel producers accountable for climate change & climate damages*. Institute for New Economic Thinking: Plenary Conference in Edinburgh. Octubre 2017 (<https://climateaccountability.org/pdf/Heede%20PathToAccountability%2018Oct17.pdf>).

- Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander – Cúcuta. *La carga de la prueba: ¿una reliquia histórica que debiera ser abolida?* Video. Abril 15, 2020. (<https://www.youtube.com/watch?v=u0Vmj5QRD5Q>)
- IPCC Special Report. Octubre 2018 (<https://www.ipcc.ch/sr15/>).
- Luciano Lliuya v. RWE AG.
- MARCHEL, Evan. *Residents sue Holcim for contributing to sinking of Pari Island*. Indonesia Business Post. Febrero 2023 (<https://indonesiabusinesspost.com/world/residents-sue-holcim-for-contributing-to-sinking-of-pari-island/>).
- MERCER, Hugh & POPPLEWELL, Freddie. Essex Court Chambers. *Climate Change in Law. Current Perspectives. Week 6*. Junio 2022 (<https://essexcourt.com/publication/climate-change-in-law-current-perspectives-week-6/>).
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Prólogo. En: PRIORI POSADA, Giovanni y ALARCON BUSTAMANTE, Reynaldo, *Apuntes de Derecho Procesal*. ARA Editores, Lima 1997.
- MYLES, Allen. *Attribution of Climate Change-Related Harm to Individual States or Private Companies*. in A Holzhausen, R Luporini (Eds), *The Role of Science in Climate Change Litigation: International Workshop Report*. Julio 2021 (<https://www.biicl.org/publications/the-role-of-science-in-climate-change-litigation-internationalworkshop>).
- Naciones Unidas | Acción por el clima (<https://www.un.org/es/climatechange>).
- NIEVA, Jordi. *La cosa Juzgada. El fin de un mito*. Abeledo – Perrot, Santiago 2010.
- NIEVA, Jordi. *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*. En: NIEVA, Jordi. FERRER, Jordi. GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2019.
- NULLIS, Clare. Oficina de Comunicación y Relaciones Públicas de la Organización Meteorológica Mundial. *El IPCC publica el informe especial sobre el calentamiento global de 1,5C*. Volumen 67, 2018 (<https://public.wmo.int/es/resources/bulletin/el-ipcc-publica-el-informe-especial-sobre-el-calentamiento-global-de-15-%C2%B0c#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20informe,una%20emisi%C3%B3n%20cero%20en%202050>).
- PEYRANO, Jorge. *Legitimaciones atípicas*. En: MORELLO, Augusto (coord.) *La Legitimación* (libro homenaje al profesor Lino Enrique Palacio). Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1996.

- Plataforma de Litigio Climático para América Latina y el Caribe (<https://litigio-climatico.com/es/sobre-la-plataforma>).
- PRIORI POSADA, Giovanni *La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En: *Ius et Veritas* N° 14.
- PROTO PISANI, Andrea. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*. En *Il Foro Italiano*, volumen 96, N° 9 settembre 1973 (*Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral*, trad. de Chiara Marinelli, en: PROTO PISANI, Andrea *La tutela jurisdiccional*, ARA. Lima 2014. Páginas 77 – 187).
- PROTO PISANI, Andrea. *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*. En: *Il Foro Italiano*, 2012, V
- Protocolo de Kyoto adoptado en la Conferencia de las Partes N° 03 de la UNFCCC en 1997.
- Raising Risk Awareness Project. *Top 10 Things to Know About Extreme Event Attribution*. 2017 (<https://www.climatecentre.org/wp-content/uploads/Top-10-Things-to-know-about-extreme-event-attribution.pdf>).
- HEKS / EPER. *The aid organization of the Protestant Church in Switzerland. Call for climate justice. Struggling not to go under water. An island demands justice* (<https://callforclimatejustice.org/en/>).
- RAMIREZ JIMENEZ, Nelson. *El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica*, en XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima 2009. Página 269.
- SETZER J and HIGHAM C. *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science. Londres 2022.
- State of Minnesota vs American Petroleum Institute, Exxon Mobil Corporation, Exxon Mobil Oil Corporation, Koch Industries Inc., Flint Hills Resources LP, Flint Hills Resources Pine Bend.
- State of the Netherlands vs Urgenda Foundation.
- United Nations | Climate Change. What is the Kyoto Protocol? (https://unfccc.int/kyoto_protocol).

World Weather Attribution. *Pathways and Pitfalls in extreme event attribution*. Mayo 2021 (<https://www.worldweatherattribution.org/pathways-and-pitfalls-in-extreme-event-attribution/>).

MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

TEMPORAL MODULATION OF EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

MACENO LISBOA DA SILVA

Advogado

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMO: Com a edição do artigo 27 da Lei 9.868/99, ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a faculdade de, por maioria de dois terços de seus membros e com base em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, atribuir efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Criou-se, assim, uma exceção à tradicional regra da retroatividade dessas decisões, que vinha sendo adotada no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, o referido dispositivo legal passou a enfrentar inúmeras críticas da doutrina, uma vez que possibilitou que fossem modulados os efeitos com base nos conceitos jurídicos indeterminados de segurança jurídica e de excepcional interesse social, situação que permite ao intérprete construir o significado de tais conceitos de acordo com o caso concreto, visto que eles não apresentam uma solução pronta e prefixada em lei. Essa discussão

ABSTRACT: With the enactment of article 27 of Law number 9.868/99, the Federal Supreme Court was authorized to, by a majority of two-thirds of its members and on grounds of legal certainty or exceptional social interest, assign prospective effects to declarative decisions of unconstitutionality. This created an exception to the traditional rule of retroactivity of these decisions, which had been adopted in the Brazilian legal system for a long time. However, this legal provision came to face a number of criticisms by the doctrine, since it allowed the effects to be modulated based on vague legal concepts like «legal certainty» and «exceptional social interest», a situation that allows the interpreter to construct the meaning of such concepts according to the concrete case, since they do not present a ready abstract solution in the law. This discussion has gained special attention in the area of

ganhou especial destaque em matéria tributária, na medida em que a modulação de efeitos possa ser utilizada como instrumento de proteção das finanças estatais em detrimento de direitos e garantias fundamentais asseguradas ao contribuinte na Constituição, já que frequentemente o referido instituto jurídico vem sendo fundamentado nas consequências econômicas para o Estado. O objetivo dessa pesquisa visa responder em que medida a argumentação pragmática ou consequencialista de cunho econômico pode influenciar as decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF, analisando a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis tributárias. A pesquisa adotou como metodologia o método dedutivo e as técnicas de investigação empregadas foram a revisão bibliográfica e a análise jurisprudencial. Em suas conclusões, a pesquisa respondeu se seria adequado ao Supremo Tribunal Federal realizar a modulação temporal de efeitos em favor do Estado fundamentando sua decisão nas consequências econômicas que poderiam ser provocadas à saúde financeira do Poder Público. Assim, com a elaboração do presente estudo, pretende-se contribuir para o debate acerca dos parâmetros constitucionais de realização da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal e a utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico nessas decisões judiciais.

PALABRAS-CLAVE: Supremo Tribunal Federal. Segurança jurídica. Excepcional interesse social. Matéria tributária. Argumentação pragmática ou consequencialista. Modulação temporal de efeitos.

taxation, because the modulation of effects can be used as an instrument of protection of the state finances in disregard of the fundamental rights and protections to the taxpayer held in the Constitution, because often legal decisions have been based on the economic consequences for the State. The goal of this paper is to answer to what extent the pragmatic or consequentialist argumentation of an economic nature can influence the declarative decisions of unconstitutionality of the STF, analyzing the possibility of the Federal Supreme Court modulate the effects of declaratory decisions of unconstitutionality of tax laws. The research adopted as methodology the deductive method and the techniques used were the bibliographical review and the jurisprudential analysis. In its conclusions, the research will seek to answer whether it would be appropriate for the Federal Supreme Court to effect temporal modulation of effects in favor of the State, basing its decision on the economic consequences that could be caused to the financial health of the Public Power. Thus, with the elaboration of the present study, it is intended to contribute to the debate about the constitutional parameters of realization of the modulation of effects by the Federal Supreme Court and the use of the pragmatic or consequentialist argument of economic nature in these judicial decisions.

KEYWORDS: Federal Court of Justice. Legal certainty. Exceptional social interest. Tax matters. Argumentation pragmatic or consequentialist. Temporal modulation of effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O argumento consequencialista ou pragmático nas decisões judiciais. 3. Critérios de determinação de prevalência e argumentação jurídica. 4. Segurança jurídica e excepcional interesse social em matéria tributária. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas. Referências Jurisprudenciais.

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar dos novos institutos jurídicos previstos no atual direito processual civil brasileiro constantemente ocorre a associação à polêmica modulação temporal de efeitos nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa ligação estaria diretamente ligada ao fato de que a modulação de efeitos teria sido inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o propósito de promover segurança jurídica. Todavia, muito se tem criticado a metodologia de aplicação do referido instituto pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, com especial atenção àquelas envolvendo matéria tributária, em razão de que a modulação de efeitos poderia estar sendo utilizada como um instrumento de proteção das finanças estatais em detrimento de direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal.

Nesse sentido, visando abordar novos instrumentos processuais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo visa analisar o tema da segurança jurídica na jurisprudência do STF, focando especificamente no posicionamento da Corte a respeito da utilização de argumentos pragmáticos ou consequencialistas de cunho econômico para realizar a modulação temporal de efeitos de decisões tributárias. O problema de pesquisa proposto consiste em saber se o Supremo Tribunal Federal poderia fundamentar a modulação temporal de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidades de leis tributárias com base nas consequências econômicas que poderiam decorrer dessas decisões. Assim sendo, este trabalho pretende analisar em que medida a argumentação consequencialista

de cunho econômico pode influenciar as decisões judiciais, através da verificação da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis tributárias. Nesse contexto, a pesquisa relaciona o tema da modulação temporal de efeitos de leis tributárias inconstitucionais com o uso de argumentos pragmáticos ou consequencialistas de cunho econômico, constituindo-se como os dois «pilares» do estudo que levarão ao caminho da solução do problema proposto.

Para alcançar o objetivo acima mencionado, foi adotada majoritariamente como metodologia de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial, que serve de base para às soluções propostas ao problema de pesquisa e à conclusão do presente estudo. Além disso, valendo-se do método dedutivo, é realizada uma análise das normas e princípios contidos na Constituição que devem iluminar as decisões do Supremo Tribunal Federal em que foram levantados os prejuízos financeiros do Estado para embasar uma eventual modulação de efeitos, para que sirvam de parâmetro abstrato para as decisões concretas dessa natureza.

Esse estudo se justifica no fato de que o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico tem cada vez mais integrado a realidade dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se trata da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, julgamentos em que o Estado, muitas vezes, possui o interesse de modular os efeitos dessas decisões declaratórias de inconstitucionalidades, mesmo que seja em detrimento de direitos e garantias constitucionais dos contribuintes. Essa situação expõe o importantíssimo papel que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem desempenhando nesses últimos anos na solução de grandes questões constitucionais, especialmente ao firmar orientações relacionadas à crise econômica e política por que passa este país.

Isso acontece por que a orientação do Supremo Tribunal Federal não pode ser no sentido de privilegiar demasiadamente o argumento

pragmático ou consequencialista («rombo» nos cofres públicos), pois, assim, o Tribunal passará a funcionar a partir da conveniência e oportunidade em decidir, o que não deve acontecer no Poder Judiciário, porquanto o Judiciário deve ter um certo desassombro em tomar decisões impopulares, pois ele não pode julgar (ou deixar de julgar) conforme o momento político que o país vive. É nesse complexo contexto em que vive o Supremo Tribunal Federal que repousa a questão da decisão de modular (ou não) os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, despertando inúmeras críticas da doutrina no sentido de que a utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico para fundamentá-la se tornaria em um instrumento de proteção aos desvios de finalidade e aos abusos no exercício do poder estatal unicamente para evitar um eventual prejuízo financeiro ao Estado.

Assim, o tema é bastante relevante do ponto de vista jurídico, na medida em que o uso da modulação de efeitos deve ser estudado de modo a ser racionalizado, pois a jurisprudência não pode utilizá-la indistintamente, tendo que ser retringida sua aplicação aos casos em que os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade da decisão provocariam uma inconstitucionalidade ainda maior. Isso se explica pelo fato da modulação de efeitos temporais provocar consequências diferentes das tradicionalmente operadas pelas decisões de inconstitucionalidade e, tal alteração, representa fato relevantíssimo para o sistema jurídico atual, porquanto pode ocasionar elevado grau de insegurança jurídica.

Dessa forma, tais premissas permitirão conclusões a respeito da modulação de efeitos no caso examinado, respondendo se seria permitido ao Poder Público apropriar-se da propriedade privada à revelia das limitações constitucionais ao poder de tributar. Responde-se também se é adequado permitir a modulação temporal de efeitos em favor do Estado diante de uma ilicitude causada por ele mesmo, à luz do princípio da boa-fé objetiva. Com isso, pretende-se contribuir para o debate sobre os parâmetros de realização do importantíssimo instru-

mento processual da modulação temporal de efeitos nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico nessas decisões judiciais.

2. O ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA OU PRAGMÁTICO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Nos últimos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem decidindo importantes questões constitucionais utilizando um raciocínio pragmático ou argumentos consequencialistas de cunho econômico, o que acabou gerando uma grande discussão acerca da legitimidade no emprego desses argumentos para fundamentar uma decisão judicial, especialmente quando envolve modulação temporal de efeitos. Com efeito, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 utiliza conceitos jurídicos indeterminados como requisitos materiais para a modulação, o que pressupõe uma certa liberdade para o intérprete empregar esse raciocínio pragmático ou consequencialista, ganhando grande relevância quando envolve leis tributárias, pois, nestes casos, o principal argumento utilizado para a não-repetição do indébito envolve consequências econômicas.

Com efeito, o pragmatismo é uma corrente política filosófica que se desenvolveu na experiência norte-americana a partir do final do século XIX como reação alternativa ao racionalismo e as teorias normativas da ação, podendo-se destacar, atualmente, como principais expoentes do ramo jurídico, Oliver Wendel Holmes Jr., Stephen Breyer e Richard Allen Posner. Essa corrente filosófica é formada pela primordial preocupação com as consequências práticas das decisões, tendo como matriz principal as ideias de antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo¹.

1 ANDRADE, Fabio Martins de. Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões

Sobre essa corrente, Arthur Leff², ao analisar a obra de Posner «Economic Analysis of Law», alerta que a teoria pragmática se baseia em pressupostos hipotéticos, não sendo de modo algum empírica. Daí que o julgador pragmático deve fazer uma análise das hipóteses possíveis de decidir o caso concreto, avaliando e comparando todas as consequências que poderiam ser provocadas por sua decisão para, após, escolher a decisão que provoque consequências menos gravosas³. Deste modo, mesmo se as decisões legislativas ou jurisprudenciais que foram tomadas no passado reconheçam determinado direito às pessoas, esses direitos podem não ser reconhecidos caso a decisão de concedê-los gere uma situação de injustiça ou ineficiência em um caso específico⁴.

Outrossim, é inegável que essa análise das consequências provocadas pelas decisões judiciais faça parte do processo interpretativo, porquanto, por mais que não se queira ou não se possa identificar, toda decisão judicial provoca consequências⁵ extrajurídicas e intraju-

do STF São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 41

- 2 LEFF, Arthur. *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*. Faculty Scholarship Series, paper 2820, New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss_papers >. Acesso em: 13 de ago. 2017. p. 457-458.
- 3 CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações das Decisões do STF. *Revista Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Valdir de Oliveira (coord.) 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 137.
- 4 GODOI, Marciano Seabra de. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações dos Efeitos das Decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 286-320. p. 289.
- 5 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Ja-

rídicas⁶ e, dessa forma, não poderia se separar totalmente o processo de interpretação e fundamentação da decisão judicial da análise de suas consequências. Como esclarece Luis Fernando Schuartz⁷, é improvável que em um Estado Democrático de Direito prevaleça a ideia de que o magistrado deve ser reduzido a um aplicador inflexível e intransigente de regras de conteúdo semântico prefixado, o que leva a concluir que não é realista, tampouco provável, a total abstenção dos magistrados de considerar em suas decisões as consequências provocadas por elas e suas alternativas. Além disso, uma questão de vagueza linguística da norma jurídica demandará que o intérprete procure elementos que vão além do próprio texto normativo⁸, entre os quais estão as suas consequências.

neiro, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2017. p. 141.

- 6 As consequências intrajurídicas são aquelas que estão dentro do contexto jurídico, ou seja, essas consequências estão previstas dentro do direito; já as consequências extrajurídicas transcendem a esfera jurídica, possuindo uma outra natureza, como econômica, sociológica ou de qualquer outra matéria. (CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL, Maceió, v. 6, n. 3, p. 04-27, 2015. Disponível em: < <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/1646>>. Acesso em: 06 de out. 2017. p. 21).
- 7 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 248, 2008. p. 130-158. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2017. p. 141.
- 8 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211. p. 204.

Não obstante tal constatação, observa-se que, na atual sistemática constitucional, há a necessidade de universalização das decisões judiciais, de modo a tratar casos semelhantes de modo similar em respeito à segurança jurídica e à igualdade, visto que as decisões judiciais possuem como consequências lógicas não apenas a constituição de relações jurídicas, mas também a obrigatoriedade de todos observarem o padrão normativo criado por ela, impondo que somente sejam afastadas por boas razões⁹, muito bem fundamentadas. Contudo, deve-se destacar que a consideração das consequências fáticas de uma decisão judicial pode ser influenciada pela educação, pelo ambiente familiar e pela visão de mundo, que, no caso da sociedade brasileira que possui múltiplas condições socioambientais, não é una, e isso com certeza interfere nos pronunciamentos judiciais¹⁰, caso as consequências sejam o único parâmetro de decisão. Aliás, diferentes juízes avaliam as consequências práticas de suas decisões de forma diferente¹¹. Assim, no plano prático, a adoção do ponto de vista das consequências econômicas como parâmetro único de decisão provoca, sem sombra de dúvidas, uma maior imprevisibilidade nas decisões judiciais.

A despeito disso, observa-se que o argumento consequencialista de cunho econômico vem sendo utilizado em algumas decisões do STF como parâmetro principal de fundamentação de aplicação da modulação de efeitos, o que acarreta uma grande preocupação, na medida em

9 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Argumentando pelas consequências no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011. P. 28.

10 CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo jurídico e as modulações da decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes Questões Atuais de Direito Tributário. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 137.

11 POSNER, Richard Allen. How judges think. Cambridge: Havard University Press, 2010. p. 249.

que afasta a excepcionalidade da utilização do referido instituto, especialmente na área tributária, em que, muitas vezes, é utilizado de modo a proteger as finanças estatais em detrimento dos direitos fundamentais dos contribuintes. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento da ADI nº 2669/DF, ocorrido em 05 de fevereiro de 2014, que, embora vencido, defendeu a aplicação da modulação temporal de efeitos em virtude de que a reversão do longo tempo de cobrança do ICMS pelos Estados Federados colocaria em perigo as finanças públicas de diversos Estados, que se veriam obrigados a devolver tributos recolhidos por expressivo período de tempo, o que implicaria verdadeiro atentado à segurança jurídica¹².

Constata-se, dessa maneira, que o principal problema da utilização do consequencialismo jurídico nas decisões judiciais está relacionado à construção de sua fundamentação e ao critério de valoração perante outros argumentos, especialmente quando se fala em modulação de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade que, como já visto, necessitam de uma fundamentação consistente. Dessa forma, passe-se a analisar os critérios de análise acerca do uso do argumento consequencialista na interpretação jurídica.

3. CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DE PREVALÊNCIA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A modulação de efeitos deve ser realizada através do método da ponderação, em que o aplicador sopesa os valores constitucionais que

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 65.

justificam a manutenção dos efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional e os valores constitucionais que fundamentam a exclusão do ato inconstitucional e seus efeitos. Ademais, o magistrado deve decidir sem arbitrariedade, sempre procurando fundamentar sua decisão, não se podendo deduzir que haja um campo livre para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito¹³. Nesse contexto, observa-se que é necessário definir critérios argumentativos que definam o peso de cada argumento, de forma a guiar o julgador na relação de prevalência entre os bens jurídicos em conflito no caso específico, para que, assim, ele possa encontrar a melhor solução do ponto de vista constitucional.

De qualquer forma, constata-se que é imprescindível que a fundamentação da modulação de efeitos seja baseada em valores constitucionais que se mostrem mais relevantes que a nulidade da norma declarada incompatível com a Constituição, não podendo o STF utilizar uma fundamentação exclusivamente política. Isso significa que o motivo de atribuir efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* seria unicamente o de preservar esses direitos constitucionais que seriam atingidos e que, assim, seria provocado um prejuízo maior do que atribuir efeitos reativos a edição da norma inválida. Dessa forma, como se percebe, a modulação de efeitos somente pode ser operada em favor da proteção de direitos constitucionais e nunca de forma a prejudicá-los¹⁴. Nesse sentido, a Professora Ana Paula Ávila assevera que:

Com isso, pretende-se afirmar que a manutenção dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional somente está autorizada

13 ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 40.

14 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 595.

quando esses efeitos se produzirem em benefício do indivíduo. O prejuízo – sob qualquer pretexto – da liberdade, da igualdade, da segurança, da propriedade ou de qualquer outro direito que a própria Constituição designe como fundamental, jamais encontrará abrigo legítimo na faculdade que o art. 27 da Lei 9.868/99, conferiu ao Supremo Tribunal Federal. Este, enquanto souber utilizá-lo apoiado na própria Constituição que lhe incumbe guardar, usará deste poder que a lei lhe conferiu justamente para garantir a supremacia da Constituição em sua integridade¹⁵.

Sendo assim, o STF deve expor exaustivamente os fundamentos que legitimam a modulação de efeitos, de modo a demonstrar que, com essa decisão, o Tribunal estará apenas preservando, com fundamento em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, direitos constitucionais que se concretizaram durante a vigência da norma inválida. Ocorre que, a despeito disso, verifica-se que o STF em muitos casos se furtou de expor de forma clara os motivos que levaram a concluir que os argumentos utilizados provocariam insegurança jurídica ou seria o caso de excepcional interesse social¹⁶, limitando-se a indicar tais institutos jurídicos, visto que tais expressões são indeterminadas, não havendo qualquer referência que as consequências da decisão poderiam provocar qualquer insegurança jurídica ou que seria um caso de excepcional interesse social.

Isso aconteceu, por exemplo, no caso do julgamento da ADI nº 4628/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) ajuizou

15 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71.

16 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 159.

ação direta de inconstitucionalidade em face do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Em seu voto, o Relator Ministro Luiz Fux se limitou a afirmar que votava por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressaltando as ações já ajuizadas¹⁷. No referido caso, nota-se que, além da falta de fundamentação, a Constituição foi colocada em um segundo plano, o que, aliás, levou o Ministro Marco Aurélio se manifestar no seguinte sentido:

Por isso, entendo que o caso mostra-se emblemático quanto à impossibilidade de chegar-se à modulação. E, perdoem-me a expressão carioca, houve uma cara de pau incrível, no que se estabeleceu esse protocolo, colocando-se, em segundo plano, o documento básico da República, a Constituição Federal, que precisa ser mais amado, principalmente pelas unidades da Federação. Que se aguarde a reforma tributária, porque proceder-se a essa reforma mediante simples protocolo é passo demasiadamente largo¹⁸.

Situação análoga ocorreu no RE nº 680.089/SE, em que o Estado do Sergipe interpôs Recurso Extraordinário em face de acórdão do

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2017. p. 29.

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2017. p. 36.

Tribunal de Justiça do respectivo Estado que entendeu por conceder segurança ao contribuinte em mandado de segurança preventivo. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sequer fez referência aos conceitos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, limitando-se a dizer que modulava os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando por base a concessão da liminar na ADI nº 4628/DF. Todavia, nos debates entre os Ministros, ficou claro que a principal preocupação deles, que os levou a decidir pela modulação de efeitos, seriam as consequências financeiras que os Estados poderiam sofrer¹⁹.

Ocorre que o argumento consequencialista de cunho econômico não pode ser o parâmetro de aplicação de modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, mas apenas pode ser utilizado de modo cumulativo ou como mero reforço dos princípios constitucionais envolvidos na questão, pois a Constituição Federal sempre deve ocupar o papel de parâmetro principal nessa decisão. Ademais, os magistrados devem ser muito cuidadosos ao construir uma fundamentação baseada nas consequências das decisões judiciais, de modo a sempre colocar a argumentação consequencialista em seu devido lugar na interpretação jurídica. Nesse sentido, Ronald Dworkin assevera que:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequên-

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 680.089/SE. Recorrente: Estado do Sergipe. Recorrido: B2W – Companhia Global do Varejo. Amicus Curiae: Estado de São Paulo Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393448> >. Acesso em: 14 de jul. 2017. p. 20-23.

cias são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais e políticas²⁰.

Entretanto, mesmo os Ministros do STF que sempre destacaram a necessidade de fundamentar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em outra norma constitucional, muitas vezes fundamentam seus motivos em consequências econômicas e financeiras para fundamentar aplicação do referido instituto²¹. Esta situação ficou evidente no caso do AI nº 582.280/RJ, em que, mesmo após declarar em seu voto que o tribunal não pode afastar a tradicional regra de atribuição de efeitos *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade com base em fundamento de política judiciária, o Ministro Gilmar Mendes baseou-se no motivo de que não há repercussão financeira para afastar a modulação de efeitos da decisão, conforme segue:

Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 8 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

-
- 20 DWORIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 148.
- 21 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 158.

Assim, declaro a não-recepção das normas de IPTU do Município do Rio de Janeiro, aqui questionadas, com base nos precedentes citados, e não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso²².

Assim, *a contrario sensu*, segundo o Ministro Gilmar Mendes, caso houvesse repercussão econômica para o Poder Estatal neste caso analisado, estaria autorizada a aplicação do disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, o que é contrário à natureza jurídica da modulação de efeitos, porquanto tal instituto visa evitar casos em que a retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade geraria situações ainda mais inconstitucionais, dando, nesse sentido, efetividade à supremacia constitucional. Isso já não ocorreria com adoção do referido argumento, já que apenas as consequências econômicas não poderiam justificar a modulação de efeitos, «pois não há norma constitucional que veicule o direito do Estado de invocar motivos de ordem financeira para não devolver valores erroneamente arrecadados»²³. Portanto, não haveria norma constitucional contrariada se o Município do Rio de Janeiro sofresse um grave impacto financeiro com a devolução dos tributos arrecadados de forma inconstitucional, motivo pelo qual o fundamento do Ministro Gilmar Mendes não poderia justificar a aplicação da modulação de efeitos, posto que se baseia

-
- 22 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI n. 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216> >. Acesso em: 14 de jul. 2017. p. 27-28.
- 23 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 159.

exclusivamente em argumentos consequencialistas de cunho econômico. Dessa forma, essas situações corroboram com a conclusão da Professora Ana Paula Ávila no sentido de que:

Finalmente, é preciso perceber que, quando está em jogo a Constituição, um problema ainda mais grave se põe: admitir-se que ela seja atropelada pelo argumento meramente político, consequencialista ou pragmático, coloca em risco as próprias instituições, levando a uma ruptura estrutural que transcende à relação política e direito²⁴.

Entretanto, como pode ser observado, o grande problema com que se depara o julgador para construir uma argumentação racional, indo além de sua simples opinião ou de razões meramente políticas, encontra-se na determinação de um procedimento de construção argumentativa. Nesse sentido, embasando tal constatação, Robert Alexy²⁵ entende que a argumentação jurídica racional dá-se mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas.

Nesse sentido, apresentando uma proposta de solução ao referido problema, destaca-se que o Professor Humberto Ávila, analisando o uso da argumentação jurídica em estudo sobre a imunidade constitucional do livro eletrônico, apresentou a tese da prevalência do argumento institucional sobre o não-institucional, como forma de definir o peso de cada argumento na interpretação jurídica. Sendo

-
- 24 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 122.
- 25 ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 280

assim, para fins deste estudo, ressalta-se que, entre os diversos argumentos levantados pelo referido autor em seu trabalho, a análise do argumento «prático da questão»²⁶ que, diante da evidente proximidade com o conceito de argumento consequencialista ou pragmático, ambos serão tratados como equivalentes ou sinônimos neste trabalho.

Em seu estudo, o professor Humberto Ávila analisa diversos argumentos empregados pela doutrina para debater a imunidade tributária aos livros eletrônicos, estando de um lado parte da doutrina que defende o enquadramento do «livro eletrônico» na imunidade constitucional assegurada aos livros, jornais e periódicos, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea «d», da Constituição Federal e, de outro lado, a parte da doutrina que defende que os «livros eletrônicos» não são livros, uma vez que não são organizados e encadernados em folhas de papel e, por isso, não gozam da referida imunidade tributária. Nesse contexto, Humberto Ávila divide os argumentos empregados na interpretação jurídica em argumentos institucionais e não-institucionais, sendo que os argumentos institucionais são definidos como aqueles determinados por «atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, [que] têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação»²⁷. Enquanto que os argumentos não-institucionais são definidos como

26 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 18.

27 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 07.

aqueles «decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação»²⁸.

Sendo assim, analisando o estudo de Humberto Ávila, os argumentos práticos estariam classificados como argumentos não-institucionais e, dessa forma, «nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo»²⁹. No referido estudo, Humberto Ávila defende que a doutrina constrói etapas na argumentação jurídica, em que «só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação»³⁰. Em seguida, o autor formula um quadro explicativo das etapas sucessivas das possíveis argumentações, começando pelos argumentos linguísticos e sistemáticos (que, segundo o autor, estão unidos), seguidos, sucessivamente, pelos argumentos temáticos, históricos, genéricos e, por último, os práticos³¹.

-
- 28 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017, p. 07.
- 29 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 18.
- 30 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 21.
- 31 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >.

Verifica-se, assim, que o Professor Humberto Ávila coloca o argumento prático ou consequencialista (não institucional) em último lugar dentre os grupos de argumentação e, dessa forma, atribui-lhes o menor peso de valoração, devendo ser utilizado depois de percorridos todos os argumentos jurídicos (os institucionais) centrais; além disso, deve ser escolhido o argumento não-institucional mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes à norma interpretada³². Essas exigências na construção da argumentação jurídica são justificadas no dever de obediência ao Estado Democrático de Direito que «exige do uso de argumentos a motivação expressa em fundamentos justificáveis frente ao ordenamento jurídico em favor de crescente intersubjetividade da interpretação»³³. Em conclusão, para os fins que interessam ao presente estudo, os argumentos que podem ser utilizados na construção da interpretação jurídica de uma questão não possuem a mesma valoração.

Desse modo, percebe-se que não é vedado ao magistrado utilizar argumentos consequencialistas para fundamentar a aplicação da modulação de efeitos, mas esses argumentos apenas podem ser utilizados de modo cumulativo ou como reforço dos princípios constitucionais envolvidos, de modo a maximizar os valores em

br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 21.

32 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 15 de jun. 2017. p. 29.

33 ANDRADE, Fábio Martins de. Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 111.

questão³⁴. Nessa mesma linha de pensamento, em estudo acerca de modulação temporal de efeitos, Ana Paula Ávila refere que os argumentos consequencialistas «têm uma força meramente cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de reforço»³⁵, porquanto eles são manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses na questão.

Isso se justifica no fato de que, muitas vezes, os argumentos consequencialistas possuem natureza política, possuindo, nesse sentido, uma relação muito próxima com o direito, devendo-se identificar e estabelecer o lugar de cada um, visto que uma fundamentação política estará bem situada em uma proposta de lei encaminhada ao Poder Legislativo ou em alguma discussão do Poder Executivo. Todavia, esta fundamentação política não encontrará espaço em um processo de justificação judicial, já que nesta fundamentação deve prevalecer a norma jurídica, ao menos em uma democracia que se pretenda ser constitucional, somente podendo abrir espaço para o argumento político na condição de secundário³⁶. De fato, ao contrário dos demais Po-

-
- 34 VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. University of Chicago Law Occasional Paper, Chicago, N. 44, p. 03 – 22, jan. 2005. Disponível em: < http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers >. Acesso em: 17 de ago. 2017. p. 04.
- 35 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 120.
- 36 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 120-121.

deres, o Poder Judiciário não pode decidir de acordo com os ditames de conveniência e oportunidade, mas sempre de acordo os valores e as determinações constitucionais³⁷. Contudo, se a orientação do Supremo Tribunal Federal for no sentido de privilegiar demasiadamente o argumento consequencialista de natureza política, ele passará a funcionar como uma espécie de «segunda instância do governo»³⁸, o que provocará graves danos à Democracia e ao sistema constitucional como todo.

Portanto, não se está ignorando que o Supremo Tribunal Federal (ou todo o Judiciário) possui a função institucional de dialogar com os demais poderes (legislativo e executivo) e com a sociedade acerca das consequências práticas de suas decisões, mas deve-se deixar claro que o parâmetro principal das decisões do STF deve ser sempre a Constituição Federal e, por isso, é compreensível que o magistrado leve em consideração as consequências de suas decisões, mas, de maneira alguma, ele está livre para decidir, baseando-se tão somente na avaliação das melhores consequências, sem qualquer compromisso com os valores constitucionais – especialmente quando as consequências desconsideram os bens jurídicos neles tutelados, como são os direitos dos contribuintes em face da modulação em matéria tributária.

Contudo, no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI nº 3106/MG, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, ocorrido em 20 de maio de 2015, oportunidade em que o embargante (Governador do Estado de Minas Gerais) requereu que fossem sanadas omissões e contradi-

37 PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais: teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 445.

38 ANDRADE, Fábio Martins de. Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.178.

ções do acórdão embargado, bem como fossem atribuídos efeitos *ex nunc* à decisão que julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, o referido Ministro fundamentou a aplicação da modulação de efeitos no fato de que a concessão de efeitos retroativos à decisão da Corte implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo, o que provocaria repercussão negativa na saúde financeira do Estado³⁹.

Nota-se que os danos financeiros que o Estado poderia sofrer não foram apresentados como adicional a um argumento jurídico, mas como fundamento único para a modulação temporal de efeitos. Dessa forma, ao modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, sem qualquer razão jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou demonstrando que é sensível ao argumento consequencialista de rombo aos cofres públicos em detrimento de argumentos jurídicos e da proteção dos direitos e garantias constitucionais.

Portanto, o argumento consequencialista de cunho econômico até poderia ser legitimamente utilizado para fundamentar a aplicação da modulação de efeitos, mas não da forma que o STF utilizou no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI nº 3106/MG. O papel do consequencialismo é o de reforço de um argumento jurídico constitucional, porquanto consequências econômicas devem estar subordinadas a esses argumentos. Isso ocorre por que a utilização de argumentos econômicos de forma autônoma para modular os efeitos de

39 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3106 ED/MG. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de maio de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

decisões declaratórias de inconstitucionalidade não é compatível com a Constituição, pois ela não permite que direitos e garantias constitucionais sejam restringidos em virtude de consequências econômicas.

Além disso, a modulação temporal de efeitos só pode ser permitida se for embasada em normas constitucionais e, por isso, o argumento consequencialista de cunho econômico deve ser apenas seu reforço na fundamentação, porquanto somente a demonstração de que a atribuição de efeitos retroativos provocaria uma situação ainda mais inconstitucional do que manter os efeitos do ato inconstitucional permite a modulação de efeitos. Por outro lado, a modulação de efeitos de lei tributária inconstitucional em desfavor do contribuinte ainda apresenta alguns problemas que tocam a segurança jurídica e ao excepcional interesse social, os quais passam a ser analisados no próximo capítulo.

4. SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

As expressões «razões de segurança jurídica» e «excepcional interesse social», previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 como requisitos materiais de aplicação da modulação de efeitos, são consideradas conceitos jurídicos indeterminados. Essa condição gera uma grande discussão se esses conceitos poderiam ser utilizados de forma ampla, desembocando, inclusive, na aceitação irrestrita das chamadas «razões de Estado» como fundamento para a aplicação da modulação de efeitos de leis tributárias declaradas inconstitucionais⁴⁰. Nesse senti-

40 CEZAROTI, Guilherme. O consequencialismo jurídico e as modulações das decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152. p. 145.

do, passa-se a analisar a incidência de tais conceitos jurídicos indeterminados na seara tributária.

Assim, embora não haja uma definição clara e incontroversa acerca do conceito de segurança jurídica, esse é um princípio jurídico que está relacionado intimamente com a proteção da confiança do cidadão⁴¹. Nesse sentido, destaca-se o julgamento dos embargos de declaração do RE nº 377.457/PR, em que, não obstante o STF tenha entendido por manter a decisão por não modular os efeitos, restou evidente no voto da Ministra Rosa Weber que a segurança jurídica em matéria tributária está relacionada com a confiança e com a previsibilidade do contribuinte na lei, nos atos administrativos e na jurisprudência⁴².

Dessa maneira, a origem da segurança jurídica está relacionada com os direitos fundamentais e, portanto, é um princípio protetivo dos direitos do cidadão contra o Estado, visto que é o contribuinte que deve confiar nas leis e na jurisprudência e, por este motivo, conclui-se que a segurança jurídica não pode ser aplicada em desfavor do cidadão, já que o Estado possui poder para criar e aplicar as leis e,

41 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. *Revista Direito do Estado*, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2017.

42 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 377.457 ED/PR. Embargante: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados associados S/C e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Embargado: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060803> >. Acesso em: 05 de ago. 2017.

assim, não há confiança depositada pelo Estado em determinada lei que foi frustrada⁴³. Entretanto, essa proteção da confiança não pode ser confundida com a proteção da confiança orçamentária, porquanto, como já foi visto, a proteção da confiança do cidadão é fundamentada em direitos fundamentais, enquanto a proteção da confiança orçamentária do Estado pressupõe justamente o contrário, na medida em que corresponde a uma restrição a direitos fundamentais⁴⁴. Nesse mesmo sentido, Misabel Derzi, concluindo sua obra sobre modificações da jurisprudência no direito tributário, afirma que a proteção da confiança só pode ser alegada pelo cidadão:

O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição a Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança⁴⁵.

Contudo, em algumas decisões do STF a segurança jurídica não foi empregada nesse mesmo sentido, podendo-se destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento da ADI nº 2669/DF, ocorrido em 05 de fevereiro de 2014, ocasião em que deferiu a modulação de efeitos em virtude de que a reversão do longo tempo de cobrança do ICMS pelos Estados Federados colocaria em perigo as finanças públicas de diversos Estado que se veriam obrigados a repetir

43 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 157-158.

44 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 567. p. 569.

45 DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 604.

tributos recolhidos por expressivo período de tempo, o que implicaria verdadeiro atentado à segurança jurídica⁴⁶. Nota-se que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes empregou o princípio da segurança jurídica em desfavor do cidadão, sendo, inclusive, utilizado para assegurar a não devolução dos valores cobrados indevidamente pelo Fisco por meio da modulação de efeitos, o que prejudicaria o contribuinte. Ocorre que o princípio da segurança jurídica não poderia ser utilizado para fundamentar uma proteção dirigida ao Estado, porquanto é o contribuinte que deve confiar nas leis criadas pelo Estado⁴⁷ e, assim, a segurança jurídica, como direito fundamental, deve ser invocada somente em sua proteção e não da Administração Tributária, ao contrário do que ocorreu neste caso. A propósito, Humberto Ávila esclarece que:

Os fundamentos principais do princípio da proteção da confiança são os direitos fundamentais. Sendo assim, logo de saída existe um empecilho fundamental para identificação do mencionado princípio da proteção da confiança: o Estado não tem direitos fundamentais, antes possui o dever de concretizá-los; os direitos fundamentais pressupõem um «substrato pessoal», vinculado à dignidade humana, inexistente no caso do Estado. Não por outro motivo que o princípio da proteção da confiança serve de limitação em favor do cidadão e contra o Estado, e não em favor do Estado e contra o cidadão. A essa constatação se chega pelo exame dos direitos fundamentais como sendo direitos «individuais»

46 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 65.

47 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 157.

ou «do cidadão». Vale dizer: os direitos fundamentais são instrumentos de defesa contra a atuação estatal criando deveres de proteção em favor do indivíduo, e não o contrário. Essa orientação protetiva é reforçada no âmbito do Direito Tributário, em que os direitos fundamentais de igualdade e de propriedade e as regras de irretroatividade e de anterioridade foram positivados como «limitações ao poder de tributar»⁴⁸.

De outra banda, essa segurança jurídica, que está relacionada com a confiança e com a previsibilidade do contribuinte na lei, é normalmente ligada à noção de boa-fé objetiva, porquanto tais institutos jurídicos implicam em coerência com uma conduta precedente⁴⁹. Assim, tendo em vista que o Estado é o responsável por instituir o tributo inconstitucional, verifica-se que não poderia, no futuro, beneficiar-se com esse tributo declarado inconstitucional, em virtude do simples motivo de que o Estado estaria se beneficiando de uma ilicitude causada por ele mesmo, enquadrando-se no instituto da *tu quoque*, ou seja: a cláusula da boa-fé que impede que alguém tire proveito da própria torpeza⁵⁰. Segundo Ana Paula Ávila⁵¹, a cláusula da

48 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 567.

49 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. Revista Direito do Estado, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2017.

50 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 568.

51 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. Revista Direito do Estado, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-in>

tu quoque é um importante aspecto do princípio da boa-fé, de modo que o artigo 27 da Lei 9868/99 não pode ser invocado para beneficiar o Estado, mas tão só ao indivíduo ou à sociedade, simplesmente por que foi o próprio Estado o criador da situação de inconstitucionalidade. Seguindo esta mesma linha de pensamento, a fundamentação do voto Ministro Luiz Fux, proferida no julgamento da ADI nº 4425 QO/DF, foi no sentido de que:

[...] tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança legítima – dois dos vetores axiológicos que justificam a modulação das decisões judiciais – não protegem quem age de má-fé ou se beneficia da própria torpeza.

Na espécie, foi a própria Fazenda Pública quem criou para si um regime jurídico desproporcionalmente vantajoso. Nesse sentido, inexistente qualquer ameaça à segurança jurídica quando se declara, retroativamente, a invalidade de uma prática institucional reprovável. Definitivamente não se poder tutelar a «confiança» de quem, no exercício do poder estatal, agracia a si com privilégios nitidamente discriminatórios. Seria um equívoco usar o argumento de segurança e estabilidade social para resguardar a situação de quem foi o próprio responsável pela edição do ato juridicamente inválido⁵².

Não obstante as bem lançadas razões de decidir do Ministro Luiz Fux neste caso, a análise da fundamentação do voto acima

constitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim >. Acesso em: 28 abr. 2017.

- 52 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4425 QO/DF Requerentes: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Amicus Curiae: Estado do Pará. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 12-13.

mencionado também demonstra que um dos grandes problemas da utilização do argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico para modular os efeitos de decisão é a falta de critérios de interpretação do artigo 27 da lei 9.868/99, justamente por que permite que os ministros do Supremo Tribunal Federal acabem proferindo decisões sem uma linha de coerência com suas próprias condutas precedentes, o que afasta qualquer segurança jurídica na utilização do referido argumento. Nesse contexto, observa-se que o Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI nº 3106, antes analisado neste trabalho, votou por modular os efeitos da decisão em razão dos prejuízos financeiros que o Estado poderia sofrer com atribuição de efeitos *ex tunc* na decisão declaratória de inconstitucionalidade. Contudo, o próprio Fux votou por não modular a decisão no ponto que se tratava da compensação de precatórios unilateralmente (em benefício da Fazenda) sob o fundamento de que o Estado estaria se beneficiando de uma ilicitude provocada por ele mesmo. Ocorre que ambas as leis declaradas inconstitucionais foram editadas pelo Estado e aplicadas por ele e, em ambos os casos, alegou-se prejuízos financeiros para o Poder Público, esperando-se, desse modo, que o Ministro fundamentasse as duas decisões no mesmo sentido.

Contudo, infelizmente esse caso não foi isolado. Isso porque, analisando as diversas discussões tributárias resolvidas pelo STF no ano de 2020, observa-se que houve situações em que a jurisprudência e os precedentes já proferidos pelo Supremo conduziam a um resultado diverso daquele tomado na decisão. Logo, a decisão tomada naquele momento foi de forma totalmente inesperada e, consequentemente, surpreendeu os contribuintes. Nesse contexto, destaca-se, por exemplo, o julgamento do RE nº 603.624⁵³ (Tema nº 325), que tra-

53 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 603.624. Recorrente: Fiação São Bento S/A. Recorrido: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, 23 de

tou da inexigibilidade das contribuições devidas ao SEBRAE, APEX e ABDI, em razão de não constar sua base de cálculo prevista no artigo 149 da Constituição Federal, após a edição da Emenda Constitucional nº 33/2001. A grande surpresa neste caso ocorreu em razão de que, no julgamento do RE nº 559.937/RS⁵⁴, ocorrido em 20 de março de 2013, o STF tinha adotado como fundamento para decidir pelo afastamento da incidência do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins Importação a taxatividade do rol do artigo 149, § 2º, inciso III, alínea «a», da Constituição, mas, ao decidir sobre a constitucionalidade inexigibilidade das contribuições devidas ao SEBRAE, APEX e ABDI, seu entendimento foi contrário.

Essa triste situação de imprevisão e insegurança que foram demonstradas e que ocorreram em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal se tornou tão grave que levou o Ministro Humberto Gomes de Barros a criticar a jurisprudência fazendo uma analogia ao brinquedo muito utilizado em praias do sul do Brasil chamado «banana boat». Isso porque o brinquedo se trata de uma boia cheia de pessoas que desloca-se em linha reta fazendo curvas, de modo a jogá-las de um lado e para outro até que todos caiam na água. E, surpreendentemente, o Ministro chegou a concluir que o papel do Superior Tribunal de Justiça seria «derrubar» os jurisdicionados⁵⁵.

setembro de 2021. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754802605> >. Acesso em em 13 mar. 2022.

54 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Recorrente: União. Recorrido: Vernicitec Ltda. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630033> >. Acesso em 13 mar. 2022.

55 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 382.736/SC. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Amir Carlos Mussi e Advogados Associados. Brasília, 25 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<https://scon.stj>.

Embora se trate de decisão proferida em sede de julgamento realizado no STJ, como visto, a crítica é perfeitamente aplicável às decisões e à jurisprudência do STF.

Além disso, se o STF simplesmente adotar o argumento consequencialista de cunho econômico para modular os efeitos de suas decisões, os Ministros estariam consolidando uma situação inconstitucional provocada pelo Estado, pois eles passariam a admitir que quanto maior for a arrecadação, ou seja, maior a inconstitucionalidade (seja em virtude do tempo em que a legislação inconstitucional foi aplicada, seja em razão do valor efetivamente cobrado), e, consequentemente, maior será o prejuízo estatal, maior será a chance do STF modular os efeitos dessa decisão⁵⁶, provocando, assim, um desvirtuamento nas funções institucionais do Supremo. Assim, a modulação de efeitos se transformaria em um prêmio ao Estado por ter conseguido exigir um tributo inconstitucional por um determinado período, tornando-se um estímulo a descumprir a Constituição⁵⁷. Nesse sentido, destaca-se a advertência do Ministro Marco Aurélio, proferida no julgamento da ADI nº 3660/MS:

[...] tenho revelado preocupação com o fato de se modular as decisões judiciais, levando mesmo a um quase estímulo a descumprir-se o ordenamento jurídico, a descumprir-se a Constituição Federal, apostando-se na morosidade da Justiça e na circunstância de, somente tempos após – e a lei em exame é de 2005, mas há leis anteriores –, vir o Supremo a pronunciar-se a respeito. En-

jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101557448&dt_publicacao=25/02/2004 >. Acesso em: 19 de mar. 2022. p. 23.

56 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 577.

57 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 156.

tendo que, principalmente em casos flagrantes, como é o presente, de conflito da norma com a Constituição Federal, não cabe modulação. Deve ela ser reservada a situações especiais, situações de repercussão maior no campo social⁵⁸.

Dessa maneira, o Estado, aquele que instituiu o tributo inconstitucional, não poderia futuramente se beneficiar com os resultados daquele tributo inválido, por ter sido ele próprio o responsável pela situação de inconstitucionalidade. Do contrário, estaria se beneficiando de uma ilicitude causada por ele mesmo, o que é inadmissível sob o ponto de vista da boa-fé objetiva, pois permitiria que o causador da ilicitude pudesse se beneficiar de sua própria torpeza. Sendo assim, a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional, especialmente quando esses efeitos são valores financeiros expressivos, funciona como uma espécie de encorajamento à edição de novas normas inconstitucionais⁵⁹, tornando a modulação de efeitos de leis tributárias inconstitucionais uma nova e promissora fonte de receitas, muito mais cômoda que qualquer outro tributo, já que estes não precisam respeitar qualquer regra de limitação constitucional ao poder de tributar⁶⁰.

Ademais, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias tornará a edição de leis inconstitu-

58 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3660/MS. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de março de 2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 30.

59 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 577.

60 VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária «modulação» dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 13.

cionais muito mais vantajosa para o Estado do que seguir as regras estabelecidas pela Constituição ao poder de tributar. Nesse sentido, observando que nos mercados financeiros os indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios, Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama⁶¹ elaboraram um estudo relacionando o consequencialismo jurídico ao raciocínio econômico e, assim, concluíram que raciocínio consequencialista nas decisões judiciais é muitas vezes econômico no sentido de que esses precedentes criam incentivos a realizar uma determinada prática.

Entretanto, mesmo nos estudos de direito e economia, constata-se que a maximização da riqueza não pode ser o único objetivo a ser alcançado na formulação de políticas econômicas, embora se admita que este objetivo ocupe um papel importante nesta área. Porém, em determinadas situações, deve-se escolher outros valores, como a moral, os direitos fundamentais, a justiça processual e a cultura, devendo-se adotar escolhas adequadas aos casos concretos⁶². Assim, no caso da modulação de efeitos de leis tributárias inconstitucionais, essa análise precisa ser cautelosa, porquanto o custo da aplicação do referido instituto jurídico seria a violação de direitos fundamentais do cidadão e falta de incerteza se o Estado estaria respeitando os limites impostos pela Constituição ao poder de tributar. Nesse sentido,

61 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, 2013. p. 95-144. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 19 de jul. 2017.

62 OGUS, Anthony. *Law and Economics in the Legal Academy or What I Should Have Said to Discipulus*. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528998 >. Acesso em: 20 de ago. 2017. p. 07-08.

observa-se que a adoção de uma teoria decisional consequencialista para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de leis tributárias, desprovida de uma rigorosa limitação, é incompatível com o princípio da segurança jurídica, em virtude do custo causado pela falta de certeza que tais decisões proporcionam⁶³ e pela violação a direitos fundamentais do cidadão.

Por outro lado, assim como a segurança jurídica, o artigo 27 da Lei 9.868/99 traz o termo «excepcional interesse social» como outro requisito material para a modulação de efeitos, possuindo também um conceito abstratamente indeterminado. Trata-se de conceito ambíguo e que desperta grande preocupação entre aqueles que enfrentaram o tema, pois deve-se fixar a ideia de que tal conceito jurídico não se confunde com o interesse da Administração Pública ou do Estado, mas sim dos administrados e da sociedade⁶⁴. Não obstante essas preocupações, Emília Maria Velano⁶⁵ afirma que, quando se trata de matéria tributária, normalmente o conceito de interesse social é confundido com interesses de arrecadação do Fisco.

De fato, é através da tributação que o Estado adquire meios para executar as políticas públicas, mas não se pode confundir excepcional interesse social com interesse de arrecadação estatal, pois, em um Estado Democrático de Direito, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em virtude de excepcional interesse

63 ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 584.

64 ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 164.

65 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 132.

social deve ser justificada por normas constitucionais⁶⁶. Dessa maneira, o Tribunal somente poderia fundamentar a aplicação da modulação de efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social se este interesse estiver relacionado com os direitos fundamentais, estando incluído nestes os direitos sociais⁶⁷ e, assim, a mera ameaça de insolvência da Fazenda Pública não é suficiente para configurar um excepcional interesse social. Nesse sentido, destaca-se o julgamento dos embargos de declaração do RE nº 595.838/SP, oportunidade em que a União requereu a modulação de efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 22, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.876/99. Nesse julgamento, o voto do Ministro Dias Toffoli por indeferir o pedido de modulação temporal de efeitos foi elucidativo:

A pretendida modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é, no entanto, medida extrema, que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm qualquer indicação concreta, nem específica, desse risco. A mera alegação de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social a justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma pretendida. Note-se que modular os efeitos, no caso dos autos, importaria em negar o próprio direito ao contribuinte de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos⁶⁸.

66 VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010. p. 133.

67 PEREIRA NETTO, Antônio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 201.

68 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 595.838 ED/SP. Embargante: União. Embargado: Etel Estudos Técnicos Ltda. Amicus Curiae: Associação

Portanto, o excepcional interesse social deve ser caracterizado como um conteúdo previsto em normas constitucionais que favorece o interesse coletivo de determinado grupo em situação de vulnerabilidade, sendo necessário e suficiente para resguardar direitos fundamentais, o que deve ser indiscutivelmente demonstrado, e jamais em um interesse estatal, porquanto na Constituição Federal não há dispositivos que assegurem a proteção financeira do Estado em contrariedade aos direitos e garantias constitucionais do contribuinte. Assim, esses interesses fazendários não podem justificar lesões a Constituição Federal, mesmo que mascarados de interesses econômicos e sociais⁶⁹.

Além disso, especificamente em matéria tributária, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba gerando a impressão de que o referido instituto jurídico estaria sendo utilizado, pura e simplesmente, como instrumento para suprimir o direito à repetição de indébito tributário, o qual está diretamente relacionado com a preservação do direito fundamental à propriedade.

5. CONCLUSÃO

Considerando-se todo o estudo apresentado na presente pesquisa, verifica-se que o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico não pode, por si só, fundamentar uma modulação temporal de efeitos, porquanto não existem normas constituio-

Nacional das Administrativa de Benefícios (ANAB). Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623> >. Acesso em 21 jul. 2017. p. 05.

69 VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária «modulação» dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008. p. 12.

nais que garantam que o Estado possa invocar motivos de ordem econômica para não devolver valores indevidamente arrecadados. Dessa forma, observa-se que não é vedado ao intérprete utilizar o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico nas decisões judiciais, mas tal fundamento não pode ser seu parâmetro principal de decisão e sim mero reforço do argumento constitucional envolvido na questão, já que a Constituição Federal sempre deve ocupar o papel de parâmetro principal nessa decisão.

Nesse mesmo sentido, também se observa que a realização da modulação temporal de efeitos em favor do Estado traz consigo o grave risco de beneficiá-lo com a inconstitucionalidade de uma lei cuja criação e aplicação ocorreram sob sua inteira responsabilidade, o que levaria a concluir que o Estado estaria se beneficiando por uma ilicitude causada por ele mesmo. Essa situação não poderia ser permitida na medida em que violaria o instituto da *tu quoque*, que é um dos consectários da boa-fé objetiva. Portanto, a realização da modulação de efeitos em favor do Estado permitiria que ele tirasse proveito de sua própria torpeza, o que seria um absurdo.

Dessa maneira, sob o fundamento de resguardar a segurança jurídica, o STF passaria a promover a insegurança jurídica e, assim fazendo, o guardião da Constituição se transformaria em um protetor das inconstitucionalidades e o instituto processual da modulação temporal de efeitos, por sua vez, se transformaria em um instrumento de proteção de inconstitucionalidade. Por este motivo, também não se pode confundir excepcional interesse social com interesse de arrecadação estatal, pois a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com base no excepcional interesse social, também deve ser justificada por normas constitucionais.

Portanto, é inegável que o Estado necessita de meios para executar políticas públicas através da tributação, que deixa de ser uma mera atividade de angariar recursos para financiar o aparelho estatal

para se tornar um mecanismo de realização e concretização de direitos fundamentais. Entretanto, o Estado não pode se utilizar de tais motivos para «confiscar» o patrimônio do particular, desrespeitando direitos fundamentais.

Além disso, não se pode negar que a legislação processual civil vem cada vez mais sendo alterada de modo a promover segurança jurídica, por meio da inserção de institutos que busquem garantir a estabilidade das relações jurídicas e proteger a confiança dos jurisdicionados nas decisões judiciais. Nesse contexto, quando o STF é chamado a decidir sobre a modulação de efeitos de atos inconstitucionais que promoveram o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, ele possui um importante papel a ser desempenhado, na medida em que pode passar a promover inconstitucionalidades e, como consequência, provocar a perda da confiança do cidadão de ver assegurados seus direitos e garantias constitucionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ANDRADE, Fabio Martins de. Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Modulação dos Efeitos da Inconstitucionalidade das Leis em Benefício do Estado: o começo do fim. *Revista Direito do Estado*, n. 164, 2016. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/modulacao-dos-efeitos-da-inconstitucionalidade-das-leis-em-beneficio-do-estado-o-comeco-do-fim> >. Acesso em: 28 abr. 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. 2017.
- CEZAROTI, Guilherme. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações das Decisões do STF. *Revista Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Valdir de Oliveira (coord.) 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 135-152.
- CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 3, p. 04-27, 2015. Disponível em: < <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/1646> >. Acesso em: 06 de out. 2017.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GODOI, Marciano Seabra de. O Consequencialismo Jurídico e as Modulações dos Efeitos das Decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 13. v. São Paulo: Dialética, 2009. p. 286-320.
- LEFF, Arthur. *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*. Faculty Scholarship Series, paper 2820, New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974. Disponível em: < <http://digitalcommons.law> >.

- yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss_papers >. Acesso em: 13 de ago. 2017.
- OGUS, Anthony. Law and Economics in the Legal Academy or What I Should Have Said to Discipulus. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528998 >. Acesso em: 20 de ago. 2017.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, 2013. p. 95-144. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 19 de jul. 2017.
- PEREIRA NETTO, Antônio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais: teoria constitucional e aplicação. Curitiba: Juruá, 2014.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Argumentando pelas consequências no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011.
- POSNER, Richard Allen. How judges think. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 19 de jul. 2017.
- VELANO, Emília Maria. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária. Curitiba: Juruá, 2010.
- VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária «modulação» dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7-16, out. 2008.
- VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *University of Chicago Law Occasional Paper*, Chicago, N. 44, p. 03 – 22, jan. 2005. Disponível em: < http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers >. Acesso em: 17 de ago. 2017.

Referências Jurisprudenciais

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 382.736/SC. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Amir Carlos Mussi e Advogados Associados. Brasília, 25 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101557448&dt_publicacao=25/02/2004>. Acesso em: 19 de mar. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 595.838 ED/SP. Embargante: União. Embargado: Etel Estudos Técnicos Ltda. Amicus Curiae: Associação Nacional das Administrativas de Benefícios (ANAB). Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7850623>>. Acesso em 21 jul. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2669/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte (CNT). Intimados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630079>>. Acesso em 21 jul. 2017. p. 65.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4425 QO/DF. Requerentes: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Amicus Curiae: Estado do Pará. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em 21 jul. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3660/MS. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de março de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>>. Acesso em 21 jul. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 377.457 ED/PR. Embargante: Antônio Glênio F. Alburquerque & Advogados associados S/C e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Embargado: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Relator para acórdão: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060803>>. Acesso em: 05 de ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3106 ED/MG. Embargante: Governador do Estado de Minas Gerais. Embargado: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de maio de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9116198>>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI n. 582.280/RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Olivier Charles Mathieux. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390216> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4628/DF. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Intimados: Estado do Acre e Outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 680.089/SE. Recorrente: Estado do Sergipe. Recorrido: B2W – Companhia Global do Varejo. Amicus Curiae: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393448> >. Acesso em: 14 de jul. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 603.624. Recorrente: Fiação São Bento S/A. Recorrido: União. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, 23 de setembro de 2021. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754802605> >. Acesso em em 13 mar. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 559.937. Recorrente: União. Recorrido: Vernicitec Ltda. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630033> >. Acesso em 13 mar. 2022.

COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL EN UN MUNDO CONTEMPORÁNEO: BONDADES Y LIMITACIONES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

*INTERNATIONAL CIVIL JUDICIAL COOPERATION IN A CONTEMPORARY WORLD:
BENEFITS AND LIMITATIONS FROM THE GENERAL THEORY OF THE PROCESS*

JORGE IVÁN MARÍN TAPIERO

Profesor de la Universidad de Medellín (Colombia)
Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia (sede Medellín)
Coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El estudio examina el concepto de cooperación judicial civil internacional. Se revisan los instrumentos adoptados en el contexto iberoamericano, que han preferido los convenios y la reciprocidad positiva. También se describen los retos y dificultades derivados de cara a procesos actuales de globalización y tecnologización, por lo que se cuestionan las nociones de «jurisdicción» y «competencia», que introducen restricciones intrínsecas para acompañarse con las nuevas dinámicas. Finalmente, se relievra el rol de la tutela judicial efectiva y la satisfacción de los derechos como orientadores finales de las acciones de auxilio judicial internacional, a falta de convenios o conductas recíprocas.

ABSTRACT: The study examines the concept of international civil judicial cooperation. It reviews the instruments adopted in the Ibero-American context, which has preferred conventions and positive reciprocity. It also describes the challenges and difficulties that arise current processes of globalization and technologicalization, questioning the notions of «jurisdiction» and «competence», which introduce intrinsic restrictions to adapting the international cooperation to the new dynamics. Finally, the study highlights the role of effective judicial protection and the satisfaction of rights as main objectives for international judicial assistance actions, in the absence of agreements or reciprocal conduct.

PALABRAS-CLAVE: Cooperación judicial internacional; Jurisdicción; Competencia; Exhortos internacionales; Tutela judicial efectiva.

KEYWORDS: International judicial cooperation; Jurisdiction; Competence; Letters rogatory; Effective judicial protection.

SUMARIO: Introducción. 1. Sobre la cooperación internacional en general y la cooperación judicial internacional en particular. 1.1. Consolidación de la cooperación internacional. 1.2. Cooperación judicial civil internacional. 2. Algunas problemáticas de la cooperación judicial civil internacional de cara a la teoría general del proceso. 3. Instrumentos de cooperación judicial civil internacional. 3.1. Tratados y convenios iberoamericanos. 3.2. Reciprocidad positiva. 3.3. Código procesal civil modelo para Iberoamérica. 3.4. Legislación colombiana. 4. Una propuesta alternativa de cooperación: la tutela judicial efectiva y la satisfacción de derechos. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El ocaso del siglo XX y el amanecer del XXI han dado muestra de un proceso constante e irreversible de intensificación de la interpenetración de los pueblos, de un mayor integracionismo económico, político y social, de la transformación de los roles asumidos por el Estado-nación (cuya crisis ha sido descrita ya por varios autores), de la emergencia de instituciones para y supranacionales de alcance regional y global, como la OEA, la ONU, la UE –para el caso de organismos globales de concertación gubernamental– o incluso de ONG con impacto mundial, como es el caso de *Save the Children*, *Greenpeace*, *Global Humanitaria*, entre otras –que surgen como elementos paraestatales portavoces de una naciente sociedad global–. Procesos que configuran un todo denominado «globalización», irreductible a uno solo o unos cuantos, de ellos, ni mucho menos, disgregable del fenómeno continuo de la modernidad.

Modernidad global que, a la par que debilita y fortalece el papel del Estado-nación, crea escenarios de emergencia y consolidación de nuevos actores que exigen el reconocimiento de un rol activo en el desarrollo cosmopolita actual, como ilustra el profesor Edgard Moncayo¹:

En esta visión, el poder efectivo del Estado-nación sufre una creciente erosión debido a un doble movimiento: la supranacionalización para proveer marcos regulatorios para la globalización y la descentralización para responder a las demandas de autonomía de las *polis* regionales y locales.

1 MONCAYO JIMÉNEZ, *Geografía económica de la comunidad Andina. Las regiones activas en el mercado comunitario*, Bogotá, 2003, p. 27, https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/20116418841libro_geografia.pdf; fecha de consulta: 02/10/2022.

El principio de la soberanía nacional está siendo cuestionado y relativizado, tanto en su vertiente exterior como en su vertiente interior: el Estado se ha hecho demasiado pequeño para enfrentarse en solitario a los grandes problemas mundiales y demasiado grande para centralizar en un solo punto de decisión la gestión de todos los pequeños problemas locales y sectoriales².

Proceso globalizador en el que se distingue una tendencia al aglutinamiento de los Estados mediante alianzas territoriales, la adopción de tratados internacionales y la creación de organizaciones intergubernamentales que vinculan jurídicamente a sus miembros –sea con un objetivo de cooperación general o meramente sectorial, y sea con un ámbito geográfico mundial (como la ONU y sus diversos organismos, el FMI, el BM, la OMC, etcétera) o solamente regional (como la OTAN, la UE, la OEA, la ASEAN, el Mercosur, etcétera)³.

De tal modo, en el contexto global actual, surcado por el creciente proceso de globalización, que minimiza a la vez que maximiza el papel del Estado en diversidad de temáticas de las que antes no era menester preocuparse (verbigracia, las afectaciones al medio ambiente provocadas por el cambio climático, la seguridad cibernética, el desarrollo descentralizado de las ciudades y regiones, el papel clave de las para la promoción y protección de los Derechos Humanos, entre infinidad de otros tópicos que conciernen al Estado pero también a la sociedad civil y otros actores no estatales), a la vez que se les exige a los Estados delinear claramente una política exterior sobre la cual se ejecuten sus acciones internacionales (que represente sus intereses reales en términos políticos, económicos y sociales) se les restringe su capacidad de decisión autónoma a través de las pautas de acción

2 CAMPILLO, *El concepto de lo político en la sociedad global*, Barcelona, 2008, p. 283.

3 CAMPILLO, p. 281.

establecidas por la ONU y otras organizaciones internacionales que vinculan jurídicamente a sus miembros.

Así, los Estados, otrora el más importante de los actores en la escena internacional, sujeto absoluto del derecho internacional público, hoy dispone de las acciones en materia de política exterior, mas no de forma exclusivamente autónoma, sino que limitada por los intereses de los demás actores internacionales surgidos a lo largo de las últimas décadas (entre ellos, la sociedad civil, ONG, organismos internacionales intergubernamentales y supranacionales, grupos beligerantes, entidades financieras, empresas multi y transnacionales, entre otros).

En suma, los Estados no son los únicos jugadores en el tablero de ajedrez. Lideran las acciones de política exterior, pero no son los más importantes. Otros actores han comenzado a participar en la arena internacional desarrollando una política exterior intensa, valga o no la denominación al uso. Los gobiernos regionales, las multinacionales, las ONG, los lobbies, las ciudades y los individuos participan e influyen en las decisiones que afectan a la política internacional. Mueven ficha para la defensa de sus propios intereses en la arena internacional⁴.

Para ejemplificar, puede citarse el *lobby* que ejercen las multinacionales y otros grupos de presión en los legislativos de los diferentes Estados, promocionando sus intereses entre los legisladores para obtener políticas tanto internas como externas que les benefician, para convencerlos sobre la ratificación o rechazo de uno u otro tratado internacional e incluso defendiendo sus ahijados políticos en investigaciones que contra ellos se adelanten. También los individuos juegan un papel preponderante al valerse de los medios tecnológicos imperantes, como fue el caso de Julian Assange, quien a través de su portal

4 RUBIO, *La diplomacia pública: Nuevos actores en un escenario nuevo*, Madrid, 2014, p. 13.

web *WikiLeaks* puso en aprietos a gobiernos occidentales y orientales (especialmente al gobierno estadounidense y su Política Exterior de Defensa y Seguridad), tornándose casi que en un mártir de la libertad de expresión y de acceso al internet.

Escenario en el que los Estados ven limitada su decisión por inclinarse hacia la preservación de los viejos modelos diplomáticos y de relacionamiento internacional establecidos, compitiendo con las diversas «políticas exteriores» creadas por los nuevos actores de las relaciones internacionales; o enfrentarse al nuevo contexto global, policéntrico y con interacción de diversas fuerzas, desarrollando su influencia sobre estos nuevos actores (cada vez más poderosos) para delimitar una política exterior concertada que integre en sí misma los intereses de la variopinta escena global actual (entre ellos, las exigencias que plantea la ONU a sus Estados miembros).

Aunque el Estado permanece en el centro del poder mundial, nunca hasta ahora habían competido tantos agentes no estatales para obtener la autoridad y la influencia que antaño pertenecía solamente a los Estados. Como algunos alertan, la revolución tecnológica en el sector de la información y la comunicación está despojando de su poder a los gobiernos y permitido a determinados grupos e individuos asumir papeles en la política mundial que antaño se reservaba a los gobiernos nacionales⁵.

Paralelamente, las problemáticas contemporáneas referidas no solo al terrorismo –tanto el islámico como el occidental– sino también a la miseria, la crisis de refugiados que se desata en cada rincón del planeta (especialmente Europa y Estados Unidos), la proliferación armamentista auspiciada por países desarrollados, las redes criminales transnacionales, las pandemias de reciente aparición y rápida ex-

5 RUBIO, p. 12.

pansión (como lo fue el ébola en 2014 o la COVID-19 en el 2020), el cambio climático, el capital especulativo, entre otras; exigen cada vez más de la concertación multilateral entre los diferentes Estados del mundo para dar soluciones certeras y con efectos duraderos. Se torna imperioso «el ejercicio de un gobierno político a escala mundial, mediante la creación de nuevas instituciones democráticas de alcance cosmopolita y las reformas profundas de las ya existentes»⁶, dados los vituperables corolarios de las acciones emprendidas por los grupos armados –estatales y no estatales–, las empresas multinacionales y el voraz expansionismo del capital especulativo.

Aunado a los procesos de «desfronterización», fortalecimiento y debilitamiento de las estructuras estatales tradicionales, el contexto contemporáneo, conocido como la «Cuarta Revolución Industrial», caracterizada por «una fusión de tecnologías actualmente en prueba o en desarrollo [...] desintegrando las fronteras entre las esferas física, digital, y biológica»⁷, ha tenido incidencia tanto en la cultura como en la economía, la política y el Derecho.

Así, se ha asistido a la atomización de relaciones civiles, mercantiles y de familia transfronterizas, de las cuales pueden suscitarse conflictos entre partes ubicadas en distintos lugares del mundo o de diversas nacionalidades, que involucran distintas jurisdicciones y que suponen conflicto desde la necesidad misma de definir cuál es el órgano estatal competente para conocer del asunto. Asimismo, se ha reconocido en la Solución de Controversias en Línea⁸ (SCL u ODR

6 CAMPILLO, p. 285.

7 SCHWARB, *La cuarta revolución industrial*, Madrid, 2016.

8 Sobre el tema, VER: BUSTAMANTE RÚA, Ángel Muñoz, GIRALDO ARISTIZÁBAL & MARÍN TAPIERO, *Online Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution Mechanisms and Artificial Intelligence for decongesting the administration of justice*, *Law, State and Telecommunications Review*, v. 12, n.

por sus siglas en inglés) una alternativa para resolver conflictos sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

Razón por la cual, el Derecho, antes de estar rezagado debe propender por una renovación que conlleve la incorporación de las nuevas tecnologías en su desarrollo y funcionamiento, y que reconozca las dinámicas contemporáneas de funcionamiento global. De esta manera, en el derecho internacional privado se han reconocido mecanismos convencionales y estatales de cooperación judicial que garanticen el cumplimiento de los fines del proceso y la materialización de los derechos de las partes implicadas en un conflicto con alcances internacionales.

Por consiguiente, el presente documento tiene como objetivo establecer una noción de cooperación judicial internacional, con énfasis en el campo civil, para luego analizar los instrumentos que se han adoptado en el contexto iberoamericano para tal fin dentro del marco de un proceso judicial, y finalmente, destacar los retos y dificultades derivados de dichas regulaciones de cara a los referidos procesos de globalización y tecnologización.

1. SOBRE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN GENERAL Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN PARTICULAR

1.1. *Consolidación de la cooperación internacional*

Con el ocaso del siglo XX, maculado por cruentas guerras, implacables crisis económicas, la polarización global entre bandos enemigos, y la utopía del desarrollo económico para todos los países

1, pp. 77–112, 2020, <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/25808>; fecha de consulta: 08/04/2023.

(tanto industrializados, como «tercermundistas» y recién independizados), la alborada del nuevo siglo y las reticencias generadas sobre la divulgada noción del progreso –que desarrolló aún más a los ya desarrollados, acendrando el «subdesarrollo» en los países más pobres y con menores capacidades de emergencia–, motivó a la comunidad internacional para reconfigurar la agenda al desarrollo, para cambiar el paradigma imperante, y tomar las riendas de un progreso común, equitativo pero diferenciado.

Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la desintegración de la URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) en 1991, tiene lugar el fin de la guerra fría, el crepúsculo de tensiones bipolares transversales al siglo XX desde 1945, y de la división del globo entre Oriente-Occidente (comunismo–capitalismo); mas persiste aún la división Norte-Sur, entendida como la partición entre países desarrollados y subdesarrollados, en la que los primeros gozan de condiciones socioeconómicas favorables para sus habitantes, y los segundos padecen condiciones extremas de pobreza, hambruna, elevados índices de mortandad, morbilidad y analfabetismo.

Por lo cual, la nueva agenda para el desarrollo debía sentar las bases de un sistema global que, en lugar de engrosar las notables diferencias entre los países «en vías de desarrollo» en contraste con los «desarrollados», propiciara espacios de crecimiento económico equitativo, de relaciones de cooperación con beneficios recíprocos, y de desarrollo autónomo con apoyo de los Estados con mejores niveles de calidad de vida, aunque superando la óptica asistencialista e implementando una desde la cual haya réditos mutuos e impulso al desarrollo desde adentro (no solo desde el exterior, como se venía haciendo desde el origen de la Naciones Unidas y el estímulo a la Ayuda Oficial para el Desarrollo – AOD).

Es así que Butros Butros-Ghali, sexto secretario general de las Naciones Unidas (1992-1996) convoca a conferencias globales sobre

temas sociales, celebradas a lo largo de la década de 1990, entre las que destacan: la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, realizada en Nueva York en 1990; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992); la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994); la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995); y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos o Hábitat II (Estambul, 1996). Todas ellas con una orientación común: consolidar una agenda multilateral que proyecte una visión integral del desarrollo,

[...] partiendo de la premisa de universalizar no solo los derechos civiles y políticos sino también los derechos económicos, sociales y culturales, sobre la base del concepto de que los seres humanos tienen, como tales, los mismos derechos, con independencia de su sexo, el color de su piel, su lengua, la cultura a la que pertenecen y su poder económico y social⁹.

Visión integral que encuentra asidero en la Cumbre del Milenio, celebrada del 6 al 8 de septiembre del 2000 en la ciudad de Nueva York, correspondiente al quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, que finaliza con la aprobación de la resolución 55/2, mejor conocida como la Declaración del Milenio. Un año después, en el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, el Secretario General presentó una «Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio», en la que propuso desglosar las secciones III y IV en 8 objetivos, 18 metas

9 Organización de las Naciones Unidas – ONU, *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Una mirada desde América Latina y el Caribe*, 2005, p. 2, <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf>; fecha de consulta: 14/10/2014.

y 48 indicadores, que pasaron a ser los Objetivos de Desarrollo del Milenio – ODM.

En el informe, se examinan uno a uno todos los objetivos y compromisos que figuran en la Declaración del Milenio, se indican los caminos a seguir y se proporciona información sobre los mejores métodos prácticos que pueden emplearse. De esta forma, se esboza una nueva agenda global para superar la pobreza, que establece compromisos en materia de paz y seguridad, derechos humanos, protección del entorno y atención especial a la pobreza; y empieza a implementarse un cambio de paradigma: se vira desde una perspectiva exclusivamente economicista a una de Desarrollo Humano, basada en los postulados teóricos propuestos por Amartya Sen del «desarrollo humano» y del «desarrollo como libertad». Estos ODM fueron¹⁰:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
2. Lograr la enseñanza primaria universal.
3. Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer.
4. Reducir la mortalidad infantil.
5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades.
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Luego, en 2015, se adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como parte de una nueva agenda de desarrollo soste-

10 Organización de las Naciones Unidas – ONU, *Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio. Informe del Secretario General*, 2001, pp. 66-69, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004153.pdf>; fecha de consulta: 18/10/2014.

nible a 15 años, con los cuales se reformularon los ODM de cara a las dificultades tenidas para su cumplimiento y las nuevas problemáticas globales. Entre los 17 «nuevos»¹¹ ODS se contempló la necesidad de lograr paz, justicia e instituciones sólidas (objetivo 16) a través de alianzas para lograr dichos objetivos (número 17).

Esta dinámica de integración en torno a objetivos comunes ha consolidado la cooperación internacional como una herramienta global para la satisfacción de derechos, con incidencia en la economía, la política y el Derecho. No obstante, no es ni ha sido la única forma de auxilio internacional posicionada por los Estados en el sistema-mundo internacional, otra de ellas se materializa con la cooperación judicial internacional, que atiende asuntos de efectividad jurisdiccional dentro de los distintos procesos y procedimientos que se tramitan al interior de los Estados.

1.2. *Cooperación judicial civil internacional*

Si bien en la doctrina especializada no se ha fijado una definición sobre el asunto, quizás por obvia que parezca, para los efectos del presente estudio conviene brindar alguna noción. La Cancillería de Colombia entiende la «cooperación judicial internacional» como «la ayuda o asistencia recíproca que se prestan a los Estados para adelantar diligencias judiciales en el territorio del uno o del otro»¹².

11 Se emplean comillas para el término «nuevos», dado que varios de los ODS tienen su origen en la ratificación de los otrora ODM (como es el caso del fin de la pobreza, hambre cero, educación de calidad, igualdad de género, entre otros), mientras que otros derivan de algún ODM como un objetivo de mayor especificidad (verbigracia, las ciudades y comunidades sostenibles, vinculado con el anterior ODM número 7).

12 Cancillería de Colombia, 2022, https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial; fecha de acceso: 22/09/2022.

«Constituye toda actividad que tiene por finalidad, el coadyuvar con la justicia extranjera en su ejercicio jurisdiccional en todos sus niveles»¹³.

Como se verá, este tipo de cooperación persigue la efectividad de los fines del proceso jurisdiccional, como la son la resolución de los conflictos, la tutela judicial efectiva y la observancia de las garantías judiciales que integran el debido proceso. Para ello, se han empleado dos mecanismos usuales de cooperación: i) la celebración de convenios y tratados internacionales en los que se establecen pautas generales para el trámite de los exhortos y cartas rogatorias; y ii) la verificación de la reciprocidad positiva.

Así, desde Colombia se pueden formular solicitudes a falta de tratados o convenios internacionales «mediante exhorto, carta rogatoria y/o nota suplicatoria. La carta rogatoria es igualmente relevante para las solicitudes por parte de autoridades extranjeras, a falta de tratado o convenio aplicable». Con ello, la posición institucional es de avanzada en comparación con las posiciones tradicionales sobre la cooperación judicial internacional, como González¹⁴, para quien es inminentemente necesario que para que exista cooperación judicial civil internacional le anteceda un convenio o tratado internacional, el cual buscaría generar entre la mayor cantidad de países del mundo un soporte genuino que no deje en velo la capacidad de oficiar o actuar a los operadores jurídicos de cada país.

13 VILLALTA VIZCARRA, *La cooperación judicial internacional*, 2013, p. 51, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf; fecha de acceso: 01/02/2023.

14 GONZÁLEZ, *La cooperación judicial internacional en materia civil*, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 10, N.1, 2001, p. 25.

2. ALGUNAS PROBLEMÁTICAS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL DE CARA A LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO¹⁵

Desde épocas inmemoriales, la colisión de intereses ha sido nota característica de la convivencia en sociedad, marcada por constantes conflictos en los que un sujeto alega cierto derecho sobre determinada cosa o para actuar de determinada manera y otro sujeto niega la existencia de tal derecho o reduce sus alcances. Problemas que han sido resueltos de diversos modos, desde la defensa propia del interés en disputa hasta la facultad de resolución y declaración de derechos en manos de un tercero, pasando por el común acuerdo de los sujetos en conflicto y la intervención de terceros que proponen fórmulas de arreglo; así, desde la teoría del derecho procesal se han planteado tres grandes grupos o maneras principales de resolución de conflictos, a saber:

- a) *Autotutela o autodefensa*, en la que «la decisión del litigio proviene de una de las partes [...] que la impone a la otra [...] Generalmente, además, la imposición va acompañada del sacrificio del interés contrario»¹⁶. Se caracteriza por «a) la ausencia de juez distinto de las partes y b) la imposición de la decisión por una

15 Una parte de este acápite abrevia del estudio realizado por el autor en BUSTAMANTE RÚA, Ángel Muñoz, GIRALDO ARISTIZÁBAL & MARÍN TAPIERO, *Online Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution Mechanisms and Artificial Intelligence for decongesting the administration of justice*, Law, State and Telecommunications Review, v. 12, n. 1, pp. 77–112, 2020, <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/25808>; fecha de consulta: 08/04/2023 (pp. 85-87). Dichos análisis se emplean como contexto que sustenta el posterior examen en el que se basa el estudio, sin que constituya el estudio *per se*.

16 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México D. F., 2000, p. 52.

de las partes a la otra»¹⁷, sin que sea requisito la ausencia de un determinado procedimiento, con lo que se vislumbra que aun las formas más básicas de resolución de conflictos pueden contener ritualidades o procedimientos encaminados a que se dirima el litigio sin que por ello se trate de un proceso jurisdiccional. Son ejemplos de autotutela las instituciones jurídicas penales de la legítima defensa (tanto la propia como la de un tercero) y el estado de necesidad; el derecho de retención de los ordenamientos civiles y comerciales; el duelo en la esfera individual o la guerra legítima desde el punto de vista del derecho internacional.

- b) Autocomposición**, entendida como la «solución, resolución o decisión del litigio [...] obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez»¹⁸, esto es, la solución del conflicto sin intervención de un tercero con facultad jurisdiccional, bien sea por común acuerdo entre las partes o por decisión unilateral de una de ellas en beneficio de la otra. Suele incluirse en esta categoría el desistimiento, el allanamiento, la transacción y la negociación; no obstante, autores como Niceto Alcalá-Zamora¹⁹ y Francesco Carnelutti (citado por Alcalá-Zamora²⁰) consideran que la conciliación y la mediación constituyen también formas autocompositivas de resolución de conflictos.

De igual modo, debe acotarse que desde la perspectiva del maestro italiano Carnelutti²¹, la autocomposición y la conciliación se

17 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, p. 53.

18 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, p. 77.

19 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, pp. 71-102.

20 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, pp. 73-78.

21 CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, Buenos Aires, 1944.

incluyen dentro de los llamados «equivalentes jurisdiccionales», junto con el proceso extranjero y el proceso eclesiástico; en las que «la decisión del conflicto se obtiene sin la participación del *juez nacional público*, o bien con su presencia, pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdiccente»²².

Dichas formas resolutivas que no implican ejercicio de función jurisdiccional pero que, de igual modo, brindan una solución de fondo que satisface los intereses en disputa, se han denominado en la doctrina procesal como «Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos» (MASC), como instrumentos paralelos al proceso jurisdiccional que facilitan poner fin a las desavenencias e inciden en la descongestión de los sistemas judiciales de administración de justicia. De forma reciente, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha ampliado el concepto al de «Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial Tradicional» (MAPJ) que incluye, además de las formas de resolución de conflictos alternas al proceso jurisdiccional, «la provisión de servicios de asistencia o para dar respuesta a todas aquellas necesidades jurídicas (sea conflicto o no) por vías diversas al proceso judicial tradicional»²³.

c) **Heterocomposición**, cuando el conflicto es resuelto por un tercero, que impone su determinación a las partes del litigio. Se incluyen en esta categoría el proceso judicial (mecanismo heterocompositivo por antonomasia) y el arbitraje; investidos por el

22 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, pp. 73-74.

23 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*, 2014, p. 30, http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5492/informe_mecanismosalternativosalprocesojudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y; fecha de consulta: 01/03/2019.

ordenamiento jurídico de un Estado con facultad jurisdiccional para resolver conflictos administrando justicia en su nombre.

Pese a esta taxonomía doctrinal, desde la doctrina especializada se ha advertido sobre la ausencia de una «teoría general del conflicto», que permita una comprensión teórica integral de los problemas y facilite su gestión a través de los diversos mecanismos ya expuestos (tanto los jurisdiccionales como los alternativos). En opinión de Alzate Sáez²⁴ (citado por Redorta²⁵), aunque pueda

[...] ya hablarse de una disciplina o campo disciplinar de análisis y resolución de conflictos, no existe una teoría general del conflicto, aunque se hace patente su necesidad. Los distintos autores han generado consenso en el sentido de que al ocurrir los diferentes tipos de conflicto en diferentes contextos, las teorías generales resultarán inaplicables. Se precisarían teorías específicas para cada clase de conflicto [... *que*] darían cuenta de los fenómenos (de conflicto) más relevantes, lo que contribuiría a la teoría general [*sic*].

En el campo de la teoría general del proceso ha sido más fructífero el estudio sobre las instituciones fundamentales y fundantes del proceso, esto es, se ha volcado una gran cantidad de esfuerzos en entender los mecanismos heterocompositivos, fundados sobre presupuestos esenciales como la «jurisdicción» y la «competencia» del órgano habilitado por el Estado para decidir o resolver el conflicto; instituciones que a su vez encuentran fundamento en la noción tradicional del Estado, entendido como Estado-nación.

24 ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, 1998.

25 REDORTA, *Análisis de conflictos por patrones: Inteligencia Artificial y Gestión de Conflictos*, Revista Confluencia, Vol. 2, No. 2, Bogotá D.C., 2014, p. 9.

Ahora bien, si como se manifestó desde un comienzo, los cambios conceptuales del Estado-nación hoy han sido cuestionados por la aparición de otros sujetos del derecho internacional público de igual o mayor relevancia que los sujetos tradicionales, también cabe cuestionarse la completa vigencia de los conceptos centrales de las formas heterocompositivas de «jurisdicción»²⁶ y «competencia»²⁷.

26 «Es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto, los cuales –en función pública– tienen por finalidad la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos». Alvarado Velloso, *Jurisdicción y competencia*, p. 28, https://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf; fecha de acceso: 22/01/2023. De allí que acertara el maestro Taruffo cuando, al comentar la obra de Ferrajoli, concuerde con este en la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. En consecuencia, la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias. Para Taruffo, esta interpretación tiene la ventaja de establecer con claridad la función fundamental de la jurisdicción como instrumento indispensable de la implementación de los derechos. Por un lado, esto implica que se abandonen fórmulas habituales como las que sostienen que la justicia es un servicio, una empresa, una rama de la administración pública, etc., siguiendo una línea de desvalorización de la jurisdicción. Con ello, concluye el maestro italiano que «vivimos en sistemas que se contentan con hacer vacías proclamaciones retóricas de los derechos fundamentales, olvidando que sin garantía jurisdiccional no se trata más, precisamente, que de vacías proclamaciones retóricas». TARUFFO, *Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción*, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 31, 2008, p. 384.

27 Entendida como «la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie». ALVARADO VELLOSO, p. 37.

Precisamente las dificultades a las que se enfrenta una teoría sobre la cooperación judicial internacional (en cualquier campo, pero especialmente en materia civil), yacen en las limitaciones que tienen estos conceptos para acompañarse con las nuevas dinámicas globales con las que funciona el mundo contemporáneo.

Las lecturas tradicionales sobre la cooperación judicial internacional han descansado sobre una visión también tradicional del Estado-nación, en la que prima la soberanía como condición única de posibilidad de existencia del aparato estatal. De allí que las propuestas hoy vigentes signifiquen una apuesta por armonizar las nacientes necesidades de penetración interestatal y la conservación de la soberanía de cada Estado que integra el sistema-mundo internacional. En consecuencia, se ha propuesto que para efectos de materializar una efectiva cooperación judicial internacional debe atenderse primero a lo que los propios Estados hayan acordado en sus tratados o convenios y luego, a falta de aquellos, a la observancia del principio de reciprocidad positivo. A continuación, se explicarán estos instrumentos y se propondrá uno adicional que, para el autor, cobra especial relevancia en un contexto de derecho convencional de respeto a los derechos humanos y las garantías judiciales.

3. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL

Como afirmara Fernández Rozas en 1993²⁸ (y aún vigente), entre los diversos instrumentos que han creado los Estados para materializar la cooperación civil internacional, prima el régimen conven-

28 FERNÁNDEZ ROZAS, *La cooperación judicial en los convenios de La Haya de derecho internacional privado*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 45, No. 1, 1993.

cional, esto es, las disposiciones e instrumentos acordados por los mismos Estados, ratificados y armonizados con sus ordenamientos internos a través de las reservas. Bajo esta óptica, a falta de convenio o tratado que inste a un Estado a prestar auxilio judicial a otro Estado, quedará al arbitrio del Estado «cooperante» el brindar o no la ayuda requerida, analizando para ello el grado de reciprocidad o buena conducta que ha prestado en ocasiones similares anteriores el Estado necesitado.

En este sentido, se debe señalar que los Estados no están obligados a prestar tal ayuda, salvo que estén vinculados a un tratado o convenio sobre la materia que les exige dar cumplimiento a lo acordado; si lo hacen, es en virtud del principio de reciprocidad. Como lo precisa González Campos, «El auxilio cuando tiene lugar, debe pues ser considerado, salvada la existencia de convenios internacionales que lo impongan, como un acto discrecional del Estado que lo presta, simple manifestación de cortesía internacional del Estado requerido a ello frente al Estado requirente, y del interés en obtener, eventualmente, de este último un tratamiento recíproco»²⁹.

Esta tendencia se ha replicado, en general, en Iberoamérica. Así, en el contexto español, la Ley 29 del 30 de julio de 2015³⁰, de cooperación jurídica internacional en materia civil, consagra en el artículo 2 como fuentes de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil:

- a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte.

29 ARRIOLO ESPINO, *Cooperación judicial internacional en el sistema de derecho internacional privado peruano*, Revista Oficial del Poder Judicial, Vol. 1, No. 1, 2007, p. 109.

30 Reino de España, 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>; fecha de acceso: 07/01/2023.

- b) Las normas especiales del Derecho interno.
- c) Subsidiariamente, por la mencionada ley.

Y complementa con el artículo 3 con el principio de reciprocidad como subsidiario de la convencionalidad, denominado en la ley como «principio general favorable de cooperación», según el cual, las autoridades españolas cooperarán con las autoridades extranjeras en las materias de derecho civil y mercantil reguladas en la ley, facultado al Gobierno para que, mediante real decreto, establezca que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado.

También el referido artículo 3 consagra el deber de interpretar y aplicar dicha ley asegurando una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, significando con ello un asomo de interpretación de avanzada sobre la materia, como se explicará más adelante.

A continuación, se caracterizará la tendencia descrita en el contexto latinoamericano.

3.1. *Tratados y convenios iberoamericanos*

Iberoamérica ha asistido una tendencia codificadora desde los orígenes mismos de los Estados en el continente americano, típica de una visión que reivindica la soberanía de los Estados-nación en la configuración del panorama internacional. Así, en materia de derecho internacional privado, los Tratados de Montevideo de 1888-1889 dieron comienzo a esta tradición.

En efecto, la Primera Conferencia de Montevideo celebrada de 1888 a 1889 adoptó los Tratados de Montevideo de 1889; la VI Conferencia Internacional Panamericana reunida en La Habana en

1928 aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante; la Segunda Conferencia de Montevideo celebrada de 1939 a 1940 adoptó los Tratados de Montevideo de 1940; mientras que en cada una de las seis Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (conocidas por las siglas de CIDIP), celebradas bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, se han adoptado diversos instrumentos interamericanos que abarcan diversos temas de la disciplina³¹.

Bajo la tradicional preocupación de la soberanía en el campo del derecho procesal, los artículos 56 a 67 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo³² suscrito el 12 de febrero de 1889 se ocuparon de discernir cuál sería la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se suscitaran con ocasión de las acciones personales, declaraciones de ausencia, interdicciones, inhabilitaciones, tutelas, curatelas, matrimonios, divorcios, cesación de efectos civiles, sucesiones, enajenación de bienes y acciones reales que implicaran intereses de partes de distinta nacionalidad o que involucrasen bienes ubicados en distintos territorios de diferentes Estados.

Complementario al anterior (cuyas disposiciones son especialmente de carácter sustancial), el denominado Tratado de Derecho Procesal Internacional³³ suscrito en Montevideo el 11 de enero de 1889 ratifica la visión estadocéntrica de la soberanía, consagrando como pauta general de actuación que los procesos se tramiten de conformidad con la norma procesal vigente en los territorios donde se promuevan (artículo 1). Pauta que encuentra una primera aparente

31 ARRIOLA ESPINO, p. 113.

32 <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-montevideo-de-1889.pdf>; fecha de acceso: 29/11/2022.

33 <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-derecho-procesal-internacional-montevideo-1889.pdf>; fecha de acceso: 29/11/2022.

excepción en lo que concierne a la práctica de las pruebas, que se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico (artículo 2), ratificando el precepto general de territorialidad de la ley (las pruebas se practicarán de conformidad con las normas vigentes en el lugar donde se lleve a cabo la diligencia).

Dicho tratado reguló los tradicionales tópicos de preocupación de la cooperación judicial civil internacional, a saber: i) la validez y ejecución de las sentencias, laudos arbitrales y documentos públicos otorgados en territorio extranjero; y ii) los exhortos internacionales (denominados como «exhortos» y/o «cartas rogatorias») como medios por antonomasia de cooperación judicial internacional.

Los artículos 314 a 437 del denominado «Código Bustamante»³⁴ (Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928), intentaron consolidar un cuerpo normativo más estructurado de derecho procesal internacional para las áreas civil y penal. En el campo civil, reafirma la importancia de los exhortos o cartas rogatorias para el trámite de las diligencias judiciales que deban practicarse fuera de un Estado, salvo otros medios de comunicación pactados por los Estados contratantes a través de instrumentos bilaterales. Dicho articulado también se sustenta en las nociones tradicionales de «jurisdicción» y «competencia», por lo cual, se encuentran limitadas las facultades de cooperación judicial internacional a la existencia de instrumentos que consagren herramientas de cooperación como los exhortos internacionales.

Se exceptúan de dichas limitantes propias de la soberanía estatal la posibilidad de alegar litispendencia por encontrarse en curso un proceso en otro Estado (artículo 394) y cosa juzgada siempre y

34 https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf; fecha de acceso: 29/11/2022.

cuando se hayan observado las garantías judiciales de las partes en el proceso extranjero (artículo 396).

En lo concerniente al régimen probatorio, el «Código Bustamante» ratifica lo ya preceptuado por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, introduciendo claridades esenciales en cuanto a la normativa que rige la solicitud, la práctica y la apreciación de la prueba (que parecen confundirse en el tratado de 1889). Así, la solicitud se regirá por las normas que rijan la relación de derecho objeto de prueba (artículo 398), la práctica se realizará según las normas del lugar de la diligencia (artículo 400) y la apreciación dependerá de la ley del juzgador (artículo 401).

A su vez, el tratado de 1928 se preocupó por la prueba de la ley extranjera (asunto no contemplado en los convenios anteriores), que podrá hacerse mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate o por informe rendido por el Estado extranjero sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable, a solicitud del juez requirente (cuya facultad es oficiosa).

Al bloque convencional americano sobre cooperación judicial civil internacional debe sumarse la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias³⁵, suscrita en la Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975. Dicho instrumento equipara para sus efectos, como sinónimos, al exhorto y la carta rogatoria, precisando que se emplean para la realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; o para la recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.

35 Organización de los Estados Americanos, 1975, https://oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_interame_exhort_carta_rogato.pdf; fecha de acceso: 29/11/2022.

Al igual que la convención de 1928, la de 1975 reconoce la prevalencia de tratados bilaterales o multilaterales especiales suscritos por los Estados parte en los que se consagren otros mecanismos de cooperación judicial u otras formalidades para el trámite de los exhortos o cartas rogatorias (artículo 15), a la vez que reconoce la validez de otros procedimientos y trámites particulares acordados por los sistemas de integración económica de los que hagan parte de los Estados (como es el caso de MERCOSUR).

Esta convención cuenta con un protocolo adicional suscrito en Montevideo el 11 de mayo de 1979 que significó un intento de unificación y homologación de la forma como se solicitan los exhortos y cartas rogatorias para el auxilio procesal internacional. En consecuencia, adoptó tres anexos: uno sobre el exhorto o carta rogatoria, otro que contiene la información esencial para la persona o la autoridad a quien deban ser entregados o transmitidos los documentos, y uno más en el que la autoridad central del Estado requerido deberá certificar si se cumplió o no con el exhorto internacional. Asimismo, el artículo 2 del referido protocolo brinda una claridad sobre lo que debe entenderse como «exhorto» o «carta rogatoria», entendidos «como la comunicación de actos o hechos de orden procesal o solicitudes de información por órganos jurisdiccionales de un Estado Parte a los de otro [...] transmitida por la autoridad central del Estado requirente a la autoridad central del Estado requerido».

Al referido bloque convencional debe añadirse la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero³⁶ suscrita en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, que reafirmó las disposiciones precedentes sobre la práctica de pruebas judiciales en

36 Organización de los Estados Americanos, 1975, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_interame_recep_prue_extranjero.pdf; fecha de acceso: 29/11/2022.

el extranjero. Se destaca la limitación que hace la convención de la cooperación judicial internacional en materia civil únicamente para la tramitación de las pruebas procesales, excluyendo expresamente a las pruebas preprocesales y extraprocerales (artículo 9). Asimismo, en línea con los convenios y tratados precedentes, prefiere los acuerdos bilaterales o multilaterales especiales sobre sus propias disposiciones.

En lo que refiere a la práctica de medidas cautelares transfronterizas, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas³⁷ suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979 establece un régimen aplicable para el cumplimiento de las medidas de garantía que se dicten en un Estado y deban ser ejecutadas en otro, necesarias para garantizar la seguridad de las personas (tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales) y la seguridad de los bienes (verbigracia, embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas). El empleo de las expresiones «tales como» de la Convención permite concluir que contempla un régimen amplio de medidas cautelares, resultando aplicable aun a las innominadas.

A la luz de la Convención, la procedencia de la medida cautelar se decreta conforme a la normativa del lugar donde se incoa el proceso, pero su ejecución, modificación y contracautela se rige por el ordenamiento del lugar donde se practica. Esta normativa, al igual que las anteriormente descritas, aclaran expresamente que el cumplimiento de lo requerido en los exhortos o cartas rogatorias no implica el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dicte en el mismo proceso, estando esto supeditado a otros requisitos.

37 Organización de los Estados Americanos, 1979, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html>; fecha de acceso: 29/11/2022.

Las anteriores convenciones y tratados consagran un marco de cooperación judicial internacional para la prueba de los hechos, sin que resulten aplicables para la prueba de las normas. Para ello, fue creada la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Este instrumento internacional establece, a título enunciativo, como medios válidos de prueba del Derecho extranjero: la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; la prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos; además de los demás medios de prueba previstos por la legislación del Estado requirente y del Estado requerido (aunque erróneamente la Convención hace doble referencia al Estado requerido). A su vez, se reitera la prevalencia de acuerdos especiales sobre las disposiciones de la Convención.

La mayor parte de los tratados y convenciones relacionados hasta el momento fueron impulsados por la Organización de los Estados Americanos (OEA) como plataforma de concertación. No obstante, se identifican otros acuerdos nacidos en el seno de organizaciones paraestatales que han cobrado relevancia en las últimas décadas (recuérdese la reconfiguración del plano de sujetos de derecho internacional público de la que se habló en la parte introductoria). Tal es el caso de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), constituida el 7 de octubre de 1992 por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y Andorra.

Esta organización ha promovido otros convenios como el «Convenio sobre información del derecho vigente y su aplicación en países

hispano-luso-americanos»³⁸ en el que, con un objeto similar a la ya referida Convención de Montevideo de 1979 (aunque el Convenio fue suscrito antes, el 22 de septiembre de 1992, cuando la Conferencia de Ministros aún no gozaba de estructura organizacional) los Estados contratantes se comprometen a facilitarse mutuamente información en materia jurídica, por intermedio del organismo o autoridad que para el efecto designe cada Estado y por solicitud exclusiva de autoridades con función jurisdiccional. En idéntico sentido a la Convención sobre la prueba del Derecho extranjero, el Convenio de 1972 no atribuye fuerza vinculante a la respuesta que brinde el Estado requerido sobre la vigencia, validez, doctrina y jurisprudencia de su ordenamiento.

Otro acuerdo promovido por la mencionada Conferencia de Ministros fue el «Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales»³⁹ (también conocido como «Tratado de Medellín»), suscrito el 24 y 25 de julio de 2019, que reguló la plataforma electrónica «Iber@» como medio formal y preferente de transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional en Iberoamérica, en el marco de los tratados vigentes que contemplen comunicación directa entre las partes. El empleo de esta plataforma exime a las partes de envíos físicos adicionales, dejando parcialmente sin efectos el protocolo adicional al Convenio sobre exhortos y cartas rogatorias de 1979.

38 <http://www.sajj.gov.ar/21447-nacional-aprobacion-convenio-sobre-informacion-derecho-vigente-su-aplicacion-paises-hispano-luso-americanos-Int0000255-1976-10-27/123456789-0abc-defg-g55-20000tcanyel>; fecha de acceso: 17/02/2023.

39 Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2019, <https://drive.google.com/drive/folders/1b4JqIqcUkhHXUVHFTYjcw5BD-qXVyaMrx>; fecha de acceso: 17/02/2023.

Debe acotarse que el llamado Tratado de Medellín consagra un marco facultativo para el empleo de la plataforma «Iber@», sin que esta resultase de uso obligatorio para los Estados contratantes. Con ello, los Estados parte han reconocido la necesidad de adaptación de las disposiciones normativas al contexto actual de Cuarta Revolución Industrial. No obstante, la estructura jurídica de base es idéntica a la óptica imperante desde 1889 (fecha del primer ciclo de conferencias de Montevideo), esto es, el empleo de instrumentos de comunicación como los exhortos o cartas rogatorias para impetrar auxilio judicial en cuatro asuntos fundamentales (práctica de pruebas, notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero, prueba de las normas foráneas y ejecución de sentencias o laudos arbitrales). La diferencia radica en que se habilita su trámite a través de plataformas electrónicas, sin modificar el arquetipo que le da sustento.

Así, se ha asistido del empleo de formalismos propios de cada Estado (con la convención original de 1975 sobre exhortos internacionales), la homologación a través de formatos (con el protocolo adicional de 1979) a la implementación de las TIC como facilitadora o mediadora, sin que ello signifique la completa adaptación a las dinámicas circundantes.

Bajo dicha óptica se suscribió también al «Convenio iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia»⁴⁰, suscrito en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010. En él, se reconoce expresamente «la importancia de incrementar el uso de las nuevas tecnologías como una herramienta para contribuir a la procuración y administración de justicia ágil, eficiente y eficaz», instituyendo la videoconferencia como herramien-

40 Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, 2010, <https://drive.google.com/drive/folders/1AyHxwlKUhfLz-FGpW4ExHjVE-hExVaCu8>; fecha de acceso: 17/02/2023.

ta subsidiaria para fortalecer y agilizar las comunicaciones propias de la cooperación judicial internacional, siempre que medie solicitud anterior del Estado requirente para su utilización.

El Convenio de 2010 centró sus descripciones especialmente hacia la práctica de algunas pruebas en materia civil, comercial, penal o las demás que acuerden las partes por intermedio de la videoconferencia, como las declaraciones de parte, las testimoniales y las periciales. En tal caso, la audiencia será presidida por la autoridad competente del Estado requirente bajo las formalidades procesales de su nación, con presencia de la autoridad competente equivalente del Estado requerido y con plena observancia de las garantías judiciales constitucionales y convencionales. Con ello, se modifican algunas formalidades previstas previamente en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1975, como la norma aplicable para la práctica de la prueba.

Junto al Convenio, se suscribió un protocolo adicional relativo a los costos de la transmisión de la videoconferencia (asumidos, como es usual, por la parte requirente), el régimen lingüístico para la remisión de las solicitudes (español o portugués independiente del idioma oficial del Estado requirente y del requerido), que deberán ser tramitadas por escrito, prefiriéndose los medios electrónicos.

Por último, integra este *corpus juris* iberoamericano –aunque con el carácter de *soft law*– el «Protocolo iberoamericano sobre cooperación judicial internacional»⁴¹, suscrito por los representantes de los Tribunales, Cortes Supremas, Consejos de la Judicatura y Magistratura de los 23 países que integran la Cumbre Judicial Iberoamericana; cuyo objeto fue el de «avanzar hacia nuevos mecanismos de cooperación horizontal

41 https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2017/pdf/protocolo_Ibero_cooperacionJudicial.pdf; fecha de acceso: 17/02/2023.

que, utilizando los avances tecnológicos, el intercambio de experiencias y las redes constituidas [...] permitan adoptar medidas comunes, coordinadas, simplificadas y efectivas respecto de las solicitudes de tramitaciones internacionales que involucran la decisión jurisdiccional».

El aludido protocolo reconoce como una de las principales dificultades para la efectiva materialización de la cooperación judicial internacional el tratamiento diferenciado que se le ha dispensado en cada Estado (ahondado por las disposiciones contenidas en los tratados y convenios sobre preferencia de los acuerdos especiales y la prevalencia del orden interno), afectando con ello la tutela judicial transnacional, que es la base justificativa de la cooperación interjurisdiccional. En consecuencia, enuncia una serie de principios identificados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que deben ser observados para garantizar la efectividad de la cooperación, a saber:

- a) Cláusula de orden público internacional, rechazando con ella las actuaciones contrarias a los principios fundamentales del Estado requerido o a la «normativa armonizada» a través de los instrumentos internacionales ratificados por el mismo protocolo (aunque la idea de armonía no es del todo cierta si se recuerda que las normas convencionales privilegian los procesos, procedimientos y normativas internas de los Estados parte);
- b) Respeto a las garantías del debido proceso legal en el estado requirente (reiterado en todas las disposiciones convencionales anteriormente estudiadas);
- c) Igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, residentes o no, tanto en el acceso a los tribunales como en la tramitación de los procesos (tutela judicial efectiva, acceso y gratuidad de la justicia);
- d) No dependencia de la reciprocidad de tratamiento (lo que parece reconocer el tercer escalón de protección de la cooperación judicial internacional, privilegiando la tutela judicial efectiva

- sobre la existencia de formalidades como los tratados y convenios y de una conducta positiva de reciprocidad);
- e) Publicidad procesal, salvo los casos de reserva previstos por cada uno de los ordenamientos;
 - f) Libertad de formas para los actos, documentos y traducciones requeridas en los ejercicios de cooperación interjurisdiccional;
 - g) Existencia de una autoridad central para la recepción y transmisión de los pedidos de cooperación (exigencia reiterada en todas las normas convencionales previamente enunciadas);
 - h) Espontaneidad en la transmisión de informaciones;
 - i) Desarrollo de las comunicaciones judiciales directas, sin que para su validez se requiera de la transmisión por intermedio consular, diplomático o de la autoridad central establecida por cada Estado (también reconocido en el bloque convencional ya descrito).

El protocolo también privilegia el empleo de exhortos y cartas rogatorias como instrumentos por antonomasia de la cooperación judicial internacional, ratificando los formularios previamente adoptados por el protocolo adicional de Montevideo de 1979 sobre la materia, además de incentivar el uso de la videoconferencia, la plataforma electrónica «Iber@» y otros medios de comunicación directa interjurisdiccional, como las llamadas o mensajes electrónicos, de conformidad con las orientaciones dadas por otro instrumento de *soft law* internacional, las «Directrices aplicables a las comunicaciones entre Tribunales en Procesos Internacionales» elaboradas por el *American Law Institute* y el *International Insolvency Institute*.

3.2. *Reciprocidad positiva*

«Representa el principio más utilizado e invocado en materia de Cooperación Jurídica Internacional a falta de Tratado o Convenio

vinculante»⁴². Constituyó la única herramienta de cooperación en los orígenes de esta institución, no obstante,

[h]oy en día la internacionalización en la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de sus intereses frente a las situaciones privadas internacionales. La asistencia legal mutua fundamentada en la existencia de la Reciprocidad, ya no es suficiente en este tiempo, haciéndose necesario la adopción de nuevos mecanismos de Cooperación Judicial Internacional, los cuales se han estado implementando exitosamente en el continente americano⁴³.

Condicionado al respeto del orden público internacional, constituye uno de los principios fundamentales generales que sustentan la cooperación judicial internacional, junto con el de utilidad (*effet utile*), el de cortesía internacional⁴⁴ (*comitas gentium*), el de equidad y el de justicia.

42 SILES BAZÁN, *La necesidad de una ley de cooperación jurídica internacional en el Estado Plurinacional de Bolivia*, 2016, p. 18, <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/192/1/TD-151.pdf>; fecha de acceso: 10/04/2023.

43 VILLALTA VIZCARRA, *La cooperación judicial internacional*, 2013, p. 65, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf; fecha de acceso: 01/02/2023.

44 «Producto de la Escuela Holandesa, la historia del Derecho Internacional ha pretendido justificar la tolerancia en la aplicación del derecho extranjero por el juez del foro en función de la máxima «Comitas Gentium». Una vieja regla de urbanidad que expone que el Derecho Extranjero se aplica en el territorio del juez del foro por un acto amistoso o de simpatía». SILES BAZÁN, p. 19.

Este principio se refiere a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro en el curso de las relaciones internacionales (tanto mercantiles, políticas, diplomáticas, legislativas y aun judiciales). En consecuencia, se han reconocido tres tipos de reciprocidad, a saber: i) la reciprocidad legislativa; ii) aquella que deriva de los tratados y convenios internacionales, denominada reciprocidad diplomática; y iii) la reciprocidad judicial o de hecho.

[L]a primera tendrá lugar cuando las leyes del Estado puedan aplicarse en el territorio del otro, siempre el primero permita paralelamente en el suyo, la aplicación de las leyes del segundo. Cuando tal procedimiento de aplicación de un derecho extranjero tiene lugar por Tratados Internacionales estaremos frente a la reciprocidad diplomática.»⁴⁵

La legislativa es subsidiaria a la diplomática, y la judicial lo es a la legislativa. Esta última subordina el reconocimiento y correspondiente goce de los derechos de los extranjeros a la existencia en su país de origen de una norma de derecho interno que otorgue un trato semejante a los nacionales del Estado del que se predica el cumplimiento de la reciprocidad, a falta de tratado o convenio existente que establezca pautas o procedimientos para dicho reconocimiento entre los Estados parte. A diferencia de la reciprocidad de hecho, que corresponde a aquella por la que se concede a los extranjeros en la práctica de las sentencias de los tribunales de justicia el mismo trato que a los nacionales, sin exigir para ello la celebración de norma convencional internacional ni la verificación de legislaciones congruentes.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional ha reconocido la vigencia de las tres formas de reciprocidad previamente descritas. Así se pronunció este tribunal en la Sentencia C-893 de 2009 en un proceso que versó sobre la constitucionalidad del otorgamiento de

45 PRUDENCIO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 1982, p. 59.

la nacionalidad por adopción a los latinoamericanos y del caribe por nacimiento domiciliados en Colombia con base en formas de reciprocidad distintas a la diplomática:

La Constitución Política, al referirse en el artículo 96 al principio de reciprocidad en relación con la nacionalidad por adopción de los latinoamericanos y del Caribe domiciliados en Colombia -materia de la demanda- no la circunscribe a alguna de sus formas específicas. Mientras la disposición legal demandada relaciona la reciprocidad con la modalidad diplomática o de tratados internacionales, la norma constitucional mencionada adopta un criterio genérico del principio de reciprocidad, que debe entenderse comprensivo de las otras expresiones de la figura jurídica como la reciprocidad legislativa y la judicial o de hecho [...]

La interpretación constitucionalmente válida de la norma demandada indica que la falta de tratado internacional con un estado latinoamericano y del caribe no significa que no existan otras modalidades de reciprocidad referenciales, a efectos de conceder la nacionalidad por adopción a los extranjeros de tales países. Por el contrario, debe considerarse que la norma constitucional ha incluido otras formas de reciprocidad que son de aplicación concurrente. Por ello, debido a que el Legislador omitió señalar la reciprocidad legislativa y la reciprocidad judicial, este Tribunal emitirá una sentencia condicionada que permita el entendimiento de la norma demandada en concordancia con la cláusula constitucional del literal b) del inciso 2) del artículo 96 de la Carta: en consecuencia, en el evento de la existencia de un tratado internacional entre Colombia y un país Latinoamericano o del Caribe, regulatorio de la nacionalidad por adopción entre los países, el asunto deberá regirse por lo establecido en dicho instrumento internacional; en su defecto, operarán los otros criterios o formas concurrentes de reciprocidad⁴⁶.

46 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-893 de 2009*, 2009, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-893-09.htm>; fecha de acceso: 23/01/2023.

Pese a ello, llaman la atención posiciones jurisdiccionales de otros órganos de cierre colombianos, que limitan el principio de reciprocidad a la diplomática o, en su defecto, a la legislativa, prefiriendo las formalidades sobre la garantía de los derechos de las partes, especialmente el de la tutela judicial efectiva⁴⁷.

Así, teniendo en cuenta que «la cooperación jurídica internacional no constituye un criterio eminentemente jurídico, [sino que] descansa en una concepción pragmática del Derecho»⁴⁸, además de que se sustenta sobre el principio de justicia, no puede restringirse a la verificación de una reciprocidad legislativa positiva a falta de reciprocidad diplomática, sino que exige de una lectura más amplia e integral del sistema-mundo internacional, basado en relaciones de buena fe y de satisfacción de derechos, que acompasa mejor con la defensa de la reciprocidad de hecho para el auxilio interjurisdiccional.

3.3. *Código procesal civil modelo para Iberoamérica*

En similar tendencia a la descrita en los párrafos antecedentes, en 1988, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal presentó un Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en el que, entre otros asuntos, consagró algunas pautas orientadoras para la cooperación judicial civil internacional (artículos 374 a 391). Entre ellas, se destacan:

47 Verbigracia, la sentencia de 2 de mayo de 2017 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia No. SC5917-2017, en proceso con radicado No. 11001-02-03-000-2014-01139-00, en el que se negó el trámite de exequátur de sentencia extranjera por no presentarse la traducción de unos documentos normativos que acreditaran la existencia de reciprocidad legislativa entre Colombia y Alemania sobre la cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

48 SILES BAZÁN, p. 20.

- a) Privilegia el empleo de exhortos y cartas rogatorias para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como para la recepción y obtención de pruebas e informes; en consonancia con la normativa convencional ya referida. Asimismo, en igual sentido a la norma internacional, habilita a los Estados para establecer estas facultades en los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, por intermedio de tratado o convención.
- b) La facultad para la transmisión de los exhortos y cartas rogatorias recae en la autoridad administrativa competente en la materia (llamada «autoridad central» en las convenciones y tratados anteriormente referidos), los agentes consulares o diplomáticos o en su defecto, por vía judicial (en idéntico sentido a la norma convencional estudiada).
- c) El trámite de los exhortos o cartas rogatorias se hará de conformidad con las normas procesales del Estado de cumplimiento (ratificando lo previsto en la normativa anterior).
- d) El cumplimiento del exhorto o carta rogatoria no implica el reconocimiento de la competencia internacional de la autoridad solicitante ni la eficacia de la sentencia que se llegare a dictar en el proceso de conocimiento (tal como se contemplaba en la norma internacional).
- e) La competencia para el cumplimiento de los exhortos y las cartas rogatorias recae en los Tribunales del Estado. En caso de declararse incompetente, deberá remitir de oficio a la autoridad judicial competente para conocer del asunto.
- f) En la práctica de medidas cautelares que requieran cooperación judicial internacional, el análisis de procedencia se regula de acuerdo con las leyes del lugar del proceso, mientras que su

ejecución, las contracautelas, oposiciones, tercerías, medidas conservatorias o de urgencia se registrarán por la normativa del Estado ejecutor.

- g) Las sentencias y laudos arbitrales extranjeros tienen efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria en los Estados de ejecución. Deben ser reconocidas y ejecutadas sin que proceda su revisión sobre el fondo del asunto objeto del proceso en que se hubieren dictado; sin que ello obste para un trámite anterior de «reconocimiento», en el que se verifican únicamente los requisitos de forma indispensables para la validez de la providencia (formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen; legalización de la providencia y sus anexos cuando sea remitida por un órgano diferente a los consulares, diplomáticos o la autoridad central del Estado de origen; traducción en caso de ser necesario; observancia de las garantías judiciales de las partes implicadas en el proceso; carácter de cosa juzgada de la sentencia o laudo a ejecutar y armonía con los principios de orden público internacional).
- h) La ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros se pedirá ante el Tribunal Supremo del Estado requerido.

3.4. *Legislación colombiana*

En el contexto nacional colombiano, el Código General del Proceso (principal normativa adjetiva en el campo procesal civil) en el Capítulo I del Libro V, brinda los mecanismos necesarios para que Colombia proceda y aplique exhortos, comisiones y sentencias extranjeras al interior del país, incluso, menciona la cooperación internacional de manera superficial.

Así, el artículo 41 del Código General del Proceso faculta a los jueces de la República para comisionar⁴⁹ en el extranjero a través de los ya típicos exhortos y cartas rogatorias, con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial aprobados por Colombia. Al tenor del referido artículo:

ARTÍCULO 41. COMISIÓN EN EL EXTERIOR. Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá:

1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo.
2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados.

Para los procesos concursales y de insolvencia se aplicarán los mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación previstos en el régimen de insolvencia transfronteriza⁵⁰.

49 Para comisión en trámites judiciales véase LÓPEZ-BLANCO, *Código General del Proceso parte general*, Bogotá, 2017.

50 Congreso de la República de Colombia, *Código General del Proceso - Ley 1564*, 2012, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html; fecha de consulta: 09/04/2023.

Llama la atención de la normativa colombiana que no faculta a la autoridad jurisdiccional para comunicarse directamente con las autoridades jurisdiccionales extranjeras, limitando la transmisión de las comunicaciones por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores o de los agentes consulares y diplomáticos nacionales en el extranjero. Con ello, el ordenamiento interno (vigente desde el 2015) desconoce las orientaciones internacionales dadas por los convenios y tratados suscritos por Colombia y por el propio código procesal civil modelo para Iberoamérica.

Asimismo, teniendo en cuenta el contexto contemporáneo de la Cuarta Revolución Industrial, quedan dudas frente a la efectividad de dicho mandato legal cuando haya bienes digitales de por medio (inquietud también presente en la norma convencional estudiada), toda vez que la cooperación judicial descrita en estas normas se adecua a supuestos fácticos materiales, dejando duda sobre los procesos en los que intervengan bienes incorpóreos digitales o que versen sobre relaciones jurídicas nacidas en escenarios desmaterializados, como los virtuales. En dichos supuestos, siguiendo el tenor del referido artículo 41 del Código General del Proceso colombiano, podrá exhortarse a un agente consular o diplomático nacional con la finalidad que realice las diligencias concernientes frente a los bienes físicos, pero ¿qué hacer con aquellos bienes digitales, los cuales no tienen un determinado territorio al que pertenecen? o ¿a quién solicitar la información respectiva del bien digital?

Estos cuestionamientos implican una revisión y actualización urgente del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que, a pesar de existir acciones o mecanismos para la garantía de la tutela judicial efectiva, los mismos son insuficientes a la luz de las nuevas tecnologías y las dinámicas transfronterizas contemporáneas.

Las mismas inquietudes pueden plantearse al tratar la práctica de medidas cautelares que impliquen cooperación interjurisdiccional, como las de embargo y secuestro, consagradas en el artículo 480 del Código General del Proceso. Dificultades que cobran mayor calado si se tiene en

cuenta la necesidad de cerciorarse que los bienes sobre los cuales se van a practicar dichas cautelas pertenezcan a la parte afectada, dada la complejidad para establecer quién es el propietario de los denominados «bienes digitales» o «binarios», entendidos como «los bienes que, constituidos por bits, se encuentran almacenados en un espacio digital al que se accede por medio de las tecnologías de la información y la comunicación y se adquieren mediante el derecho real de dominio o propiedad»⁵¹. Bienes que pueden presentarse en variedad de formas, que van desde archivos de Word o tablas de cálculo de Excel, pasando por cuentas o billeteras de criptoactivos. Sobre esta temática Vázquez⁵² manifestó que:

Aunque los bienes binarios se almacenan en un espacio virtual, son contenidos en un espacio físico denominado hardware u ordenador y aunque existen bienes binarios, eminentemente virtuales, es decir que se albergan únicamente en un espacio digital, como lo puede ser el ciberespacio, no menos cierto es que dicho espacio a su vez, necesariamente se resguarda en un ordenador, por lo que los bienes binarios son almacenables en un espacio físico.

En palabras de Azula Camacho⁵³:

[...] el juez tiene el deber de cerciorarse que pertenecen a una u otra [persona], para lo cual le corresponde examinar los documentos que encuentre o se le presenten en el momento de la diligencia y recibir declaración a las personas que asistan y puedan suministrarle informes a este respecto.

Así las cosas, el problema radica en que cada una de las variadas naturalezas de los bienes digitales no cuenta necesariamente

51 Villamil Sierra, *Derecho de dominio de los bienes binarios en la realidad digital. Un análisis de anomia en el derecho colombiano*, Tunja, 2018, p. 41.

52 Vázquez, *Propiedad y posesión de los bienes binarios*, Veracruz, 2013 p. 74.

53 Azula Camacho, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo V, Bogotá, 2020.

con instrumentos que permitan al operador jurisdiccional determinar acertadamente quién es su verdadero propietario, tales como certificados o información en bases de datos asequibles; por lo que allí, una vez más, corresponderá al operador judicial emplear el oficio para entablar comunicación con las entidades que puedan certificar si el causante ostentaba o no el dominio de los bienes digitales, situación que con anterioridad fue tratada.

No obstante, el oficio únicamente será de utilidad al operador judicial cuando la persona que custodia la información se encuentre en el territorio nacional, pues de lo contrario se verá obligado a acudir a instrumentos de cooperación judicial internacional como el exhorto y la carta rogatoria. Así, el operador se encontrará ante un obstáculo difícil de franquear pues la práctica de medidas cautelares en suelo extranjero entraña la dominante necesidad de un protocolo internacional vigente, restringido por la voluntad soberana de los distintos Estados, sin que a la fecha se identifique uno con alcance global.

Se vislumbra entonces la necesidad de contar con protocolos de normatividad suficientemente armonizada y con mayor alcance global, que permitan una cooperación judicial civil internacional verdaderamente globalizada para la obtención de información y documentación que sea necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva en un mundo en el que la titularidad sobre bienes binarios con valoración económica es una realidad.

Es imperativo, en consecuencia, revisar los conceptos de soberanía, jurisdicción y competencia⁵⁴, por cuanto pueden verse relativizados por causa de la masiva globalización.

54 Véase jurisdicción y competencia en: PABÓN GIRALDO, *Jurisdicción*, Derecho Procesal Contemporáneo (pp. 127-173), Medellín, 2010.

4. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE COOPERACIÓN: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SATISFACCIÓN DE DERECHOS

Luego de examinadas las limitaciones que reviste en la actualidad la cooperación judicial internacional estructurada bajo una óptica tradicional que se sustenta en las nociones de «soberanía», «jurisdicción» y «competencia», para responder a las dinámicas contemporáneas de un mundo desfronterizado, con relaciones en escenarios desmaterializados que desconocen limitaciones soberanas y que emplea activos digitales en sus transacciones cotidianas, debe reivindicarse el rol que desempeñan principios universales como lo son la «tutela judicial efectiva» y la «satisfacción de derechos» para la materialización de los propósitos de la cooperación interjurisdiccional.

Son estos los principios que deben orientar hoy en última medida las acciones de auxilio judicial internacional, a falta de convenios o tratados (reciprocidad diplomática) o conductas positivas de reciprocidad legislativa, como lo ha consagrado la legislación española a través de la referida Ley 29 del 30 de julio de 2015.

Naturalmente, en sistemas no comunitarios como el contexto iberoamericano, se presentarán reticencias sobre el asunto, como aquellas que ha tenido la gradual implementación y expansión del denominado «control de convencionalidad» y la aceptación de los efectos jurídicos vinculantes de la llamada «jurisdicción universal»; no obstante, ello no implica que sea un tema sobre el que no deban realizarse ecos académicos para futuros efectos jurídicos.

En el contexto americano, el Pacto de San José de 1969 instituye el derecho a una garantía judicial específica o tutela judicial efectiva, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Garantía compuesta por: i) el derecho de acceder a los órganos de justicia, el cual implica universalidad, gratuidad, igualdad y debido proceso; ii) obtener una sentencia

motivada y congruente que resuelva de fondo el conflicto; y iii) que la sentencia se ejecute de manera efectiva. Los obstáculos que suscita la estructura vigente de la cooperación interjurisdiccional dificultan la efectiva materialización de este derecho en cualquiera de sus vertientes.

5. CONCLUSIONES

En el presente estudio se examinó el concepto de cooperación judicial internacional, con énfasis en el campo civil, para lo cual, se revisaron y comentaron los instrumentos adoptados en el contexto iberoamericano para tal fin dentro del marco de un proceso judicial, algunos promovidos por iniciativa estatal⁵⁵, otros por organizaciones internacionales⁵⁶ o por asociaciones internacionales no gubernamentales⁵⁷. Finalmente, se vislumbraron los retos y dificultades derivados

55 A saber: el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 y la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928.

56 En el contexto americano, promovidos por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que incentivó la adopción de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975, su protocolo adicional de 1979, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero de 1975, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas de 1979 y la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información de 1979.

57 Se examinaron los siguientes convenios y tratados: el Convenio sobre información del derecho vigente y su aplicación en países hispano-luso-americanos, el Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, el Convenio iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia de 2010, su protocolo adicional

de dichas regulaciones de cara a procesos actuales de globalización y tecnologización por los que asiste la humanidad.

Por «cooperación judicial internacional» se concibió la ayuda o asistencia recíproca que se prestan a los Estados para adelantar diligencias judiciales en el territorio del uno o del otro, para lo cual, se han suscrito tratados y convenios internacionales que definen un marco general de actuación, a falta de los cuales se ha acudido a la verificación de conductas positivas de reciprocidad.

Este tipo de cooperación persigue la efectividad de los fines del proceso jurisdiccional, como la son la resolución de los conflictos, la tutela judicial efectiva y la observancia de las garantías judiciales que integran el debido proceso.

Conceptualmente, los distintos mecanismos y herramientas de cooperación judicial internacional se han cimentado sobre macroconceptos como el de soberanía estatal, que irradia en el campo procesal a través de las nociones de «jurisdicción» y «competencia». Allí radican hoy las dificultades a las que se enfrenta una teoría sobre la cooperación judicial internacional (en cualquier campo, pero especialmente en materia civil), cuyas restricciones teóricas intrínsecas le permitenacompañarse armónicamente con las nuevas dinámicas globales con las que funciona el mundo contemporáneo (relaciones transfronterizas, bienes digitales, relaciones en espacios desmaterializados, sin fronteras visibles o delimitables y en las que se cuestiona el alcance de la soberanía de los Estados).

Así, como se observó en el análisis individual de cada uno de los tratados y convenios suscritos en Iberoamérica sobre cooperación judicial internacional, se ha puesto una primaria y principal atención

relativo a los costos de la transmisión de la videoconferencia y el protocolo iberoamericano sobre cooperación judicial internacional.

a lo que los propios Estados hayan acordado en sus tratados o convenios y luego, a falta de aquellos, a la observancia del principio de reciprocidad positivo.

El sistema iberoamericano de cooperación judicial internacional estudiado se caracteriza por lo siguiente:

- a) Delimita el campo de la cooperación interjurisdiccional para cuatro grandes áreas: i) el trámite de notificaciones, citaciones o emplazamientos; ii) la recepción y obtención de pruebas e informes; iii) la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeras; y iv) la prueba del Derecho foráneo.
- b) Se prefiere el empleo de exhortos y cartas rogatorias para la realización de actos procesales de mero trámite en el extranjero, tramitados por intermedio de funcionarios consulares, agentes diplomáticos, la autoridad central designada por cada Estado o por comunicación directa entre las autoridades jurisdiccionales. Para ello, deberán emplearse los formatos unificados definidos por los Estados americanos, prefiriéndose a su vez el empleo de la plataforma electrónica «Iber@».
- c) El trámite de los exhortos o cartas rogatorias se hará de conformidad con las normas procesales del Estado requerido (como es el caso de la práctica de las pruebas, salvo que se realicen por intermedio de videoconferencia, caso en el que se aplicarán las reglas del Estado requirente).
- d) El cumplimiento del exhorto o carta rogatoria no implica el reconocimiento de la competencia internacional de la autoridad solicitante ni la eficacia de la sentencia que se llegare a dictar en el proceso de conocimiento.
- e) En caso de que la autoridad requerida se declare incompetente del asunto, deberá remitir de oficio a la autoridad judicial competente.

- f) El análisis de procedencia de las medidas cautelares que deban practicarse por fuera del territorio de un Estado se regula de acuerdo con las leyes del lugar del proceso, mientras que su ejecución, las contracautelas, oposiciones, tercerías, medidas conservatorias o de urgencia se registrarán por la normativa del Estado ejecutor.
- g) Las sentencias y laudos arbitrales extranjeros tienen efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria en los Estados de ejecución, siempre y cuando se verifiquen los requisitos de forma indispensables para la validez de la providencia (formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de origen; legalización de la providencia y sus anexos cuando sea remitida por un órgano diferente a los consulares, diplomáticos o la autoridad central del Estado de origen; traducción en caso de ser necesario; observancia de las garantías judiciales de las partes implicadas en el proceso; carácter de cosa juzgada de la sentencia o laudo a ejecutar y armonía con los principios de orden público internacional).
- h) La ejecución de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros debe adelantarse ante el Tribunal Supremo del Estado requerido.

No obstante, tales características no resultan completamente armónicas a las dinámicas contemporáneas de relacionamiento humano, que tienen necesaria incidencia en el campo del Derecho.

Así, las trabas a las que puede verse enfrentado un operador judicial en Colombia (y el mundo) cuando de bienes digitales se trata (como la comprobación de su titularidad para la práctica de medidas cautelares) patentiza la necesidad de cambios sustanciales en la legislación nacional e internacional que doten de herramientas a los jueces para que puedan afrontar las necesidades propias de esta nueva era de la información y las revoluciones tecnológicas, factor determinante en

la materialización del Estado Social Derecho en el que solo la tutela judicial efectiva puede garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo como fines esenciales de la nación⁵⁸.

El conflicto que se logra avistar con el crecimiento exponencial de usuarios de criptoactivos a nivel mundial, sumado a los avances tecnológicos y la desfronterización de la información con los medios tecnológicos y digitales debe dar pie al nacimiento de protocolos internacionales que regulen la cooperación interjurisdiccional sobre estos asuntos. «Las criptomonedas no tienen una titularidad, solo son unidades de cuenta vinculadas a una clave. Por ello, la pérdida de la clave supone la pérdida del activo»⁵⁹.

Asimismo, la estructura intrínseca de la cooperación judicial actual impone límites aparentemente insalvables para su efectividad cuando no se cuenten con convenios o tratados internacionales sobre la materia o no se verifiquen conductas positivas de reciprocidad (pese a que algunas instituciones, como la Cancillería colombiana, prediquen la posibilidad de cooperar aunque no se verifique uno de estos dos elementos).

Al respecto, debe rescatarse el fundamento mismo de la cooperación internacional, al cual se refiere Alicia Chicharro Lázaro al hablar de la evolución de la cooperación judicial civil en el contexto de la Unión Europea:

58 CONTRERAS, *El conflicto armado en Colombia*, Revista de Derecho, 2003.

59 HIGUERA, *Es positivo heredar criptomonedas porque al fin y al cabo es un incremento monetario de patrimonio*, 2022, [---

MARIN TAPIERO, Jorge Iván. Cooperación judicial civil internacional en un mundo contemporáneo: Bondades y limitaciones desde la teoría general del proceso.
Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 2. Vol. 2. Págs. 295-346. Julio-Diciembre 2023.](https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/es-positivo-heredar-criptomonedas-porque-al-fin-y-al-cabo-es-un-incremento-monetario-de-patrimonio-5015407/#:~:text=EMPRESAS-,%22Es%20positivo%20heredar%20criptomonedas%20porque%20al%20fin%20y%20al%20cabo,un%20incremento%20monetario%20de%20patrimonio%22&text=Las%20criptomonedas%20se%20declaran%20en,permiten%20su%20gesti%C3%B3n%20y%20asignaci%C3%B3n; fecha de acceso: 10/12/2022.</p></div><div data-bbox=)

La cooperación judicial civil debe fundarse en la confianza mutua y ésta podría verse potenciada mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la unidad del ordenamiento europeo que respeta la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros⁶⁰.

Al precepto de «confianza mutua» señalado por Chicharro Lázaro, debe añadirse que el fin último de la cooperación judicial internacional (en cualquiera de sus campos), es el de la tutela judicial efectiva y la satisfacción de los derechos de las partes implicadas (fines esenciales del proceso). En consecuencia, son estos principios los que deberían orientar en última medida las acciones de auxilio judicial internacional, a falta de convenios o conductas recíprocas (como lo ha consagrado la legislación española inicialmente estudiada). Así, para el autor cobran relevancia las afirmaciones hechas por Calvo & Carrascosa, para quienes «los particulares litigantes tienen derecho a una tutela judicial efectiva internacional y el Estado –tanto el Estado requirente como el Estado requerido– tienen el correlativo deber de prestar a los particulares esa tutela judicial efectiva en los litigios internacionales»⁶¹. Retomar los estudios sobre la jurisdicción universal podrá dar luces en este camino.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO (2000). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

60 CHICHARRO LÁZARO, *El tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil*, Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), No. 20, 2010, p. 8.

61 CALVO CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2006, p. 417.

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. (1998). *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- ALVARADO VELLOSO, A. *Jurisdicción y competencia*. https://campus.academia-dederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf
- ARRIOLA ESPINO, M. (2007). Cooperación judicial internacional en el sistema de derecho internacional privado peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1(1), pp. 107-128.
- AZULA CAMACHO, J. (2020). *Manual de Derecho Procesal Tomo V*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- BUSTAMANTE RÚA, M.; ÁNGEL MUÑOZ, S; GIRALDO ARISTIZÁBAL, J. & MARÍN TAPIERO, J. (2020). Online Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution Mechanisms and Artificial Intelligence for decongesting the administration of justice. *Law, State and Telecommunications Review*, 12(1), pp. 77–112. Disponible en: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/25808>.
- CALVO CARAVACA, A. L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares.
- CAMPILLO, Antonio (2008). *El concepto de lo político en la sociedad global*. Barcelona: Herder Editorial.
- Cancillería de Colombia. (22 de Septiembre de 2022). *Cancilleria.gov.co*. Obtenido de https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial
- CARNELUTTI, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. 1. Buenos Aires: Editorial UTEHA.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2014). *Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*. Recuperado el 01 de marzo de 2019 de: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5492/informe_mecanismosalternativosalprocesojudicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CHICHARRO LÁZARO, A. (2010). El tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 20.
- Congreso de la República de Colombia (2012). Código General del Proceso - Ley 1564. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

- CONTRERAS, M. H. (2003). El conflicto armado en Colombia. *Revista de Derecho*, pp. 119-125.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-893 de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-893-09.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia (2017). Sentencia No. SC5917-2017, radicado No. 11001-02-03-000-2014-01139-00. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/07/SC5917-2017.pdf>
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. (1993). La cooperación judicial en los convenios de La Haya de derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 45(1), pp. 81-100.
- GÓMEZ JENE, M. (2006). La cooperación judicial en materia civil. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 10(1), pp. 139-154.
- GONZÁLEZ, SANTIAGO. (2001). La cooperación judicial internacional en materia civil. *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 10(1), pp. 7-32.
- HIGUERA, A. (2022). Es positivo heredar criptomonedas porque al fin y al cabo es un incremento monetario de patrimonio. <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/es-positivo-heredar-criptomonedas-porque-al-fin-y-al-cabo-es-un-incremento-monetario-de-patrimonio-5015407/#:~:text=EMPRESAS-,%22Es%20positivo%20heredar%20criptomonedas%20porque%20al%20fin%20y%20al%20cabo,un%20incremento%20monetario%20de%20patrimonio%22&text=Las%20criptomonedas%20se%20declaran%20en,permiten%20su%20gesti%C3%B3n%20y%20asignaci%C3%B3n>
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1988). *El código procesal civil modelo para Iberoamérica*. http://www.iibdp.org//wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf
- LÓPEZ-BLANCO, H. F. (2017). *Código General del Proceso parte general*. Bogotá: Dupré Editores Ltda.
- MONCAYO JIMÉNEZ, Edgard (2003). *Geografía económica de la comunidad Andina. Las regiones activas en el mercado comunitario*. Bogotá: Comunidad Andina de Naciones
- Organización de las Naciones Unidas – ONU (2001). *Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio. Informe del Secretario General*, [en línea]. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004153.pdf> [18 de octubre de 2014].

- Organización de las Naciones Unidas – ONU (2005). *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Una mirada desde América Latina y el Caribe*, [en línea]. Disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/21541/lcg2331e.pdf> [14 de octubre de 2014].
- PABÓN GIRALDO, L. D. (2010). Jurisdicción. En D. M. Ramírez Carvajal, M. M. Bustamante Rúa, L. D. Pabón Giraldo, R. L. Gabriel, L. M. Velásquez Restrepo, & Ó. Soto Soto, *Derecho Procesal Contemporáneo* (págs. 127-173). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- PRUDENCIO, C. (1982). *Curso de derecho Internacional Privado*. La Paz: Librería Editorial Juventud
- REDORTA, J. (2014). Análisis de conflictos por patrones: Inteligencia Artificial y Gestión de Conflictos. *Revista Confluencia*, 2(2). Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.
- RUBIO, Rafael (2014). La diplomacia pública: Nuevos actores en un escenario nuevo. En: E. Pérez de Ágreda, R. Rubio & J.L. Manfredi, *La Diplomacia Pública como reto de la política exterior*, pp. 10-19. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- SCHWARB, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Madrid: Editorial Debate.
- SILES BAZÁN, C. (2016). *La necesidad de una ley de cooperación jurídica internacional en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Tesis para optar al título de magíster en derecho constitucional y gestión pública judicial. La Paz: Universidad Andina Simón Bolívar. <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/192/1/TD-151.pdf>
- TARUFFO, M. (2008). Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 31, pp. 383-392.
- VÁSQUEZ, C. (2013). *Propiedad y posesión de los bienes binarios*. Veracruz: Editorial Universidad de Xalapa.
- VILLALTA VIZCARRA, A. (2013). *La cooperación judicial internacional*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf
- VILLAMIL SIERRA, J. C. (2018). *Derecho de dominio de los bienes binarios en la realidad digital. Un análisis de anomia en el derecho colombiano*. Tunja: Universidad Santo Tomás de Aquino.

LA ACREDITACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL: EL CASO URUGUAYO

ACCREDITATION OF DOCUMENTARY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: THE URUGUAYAN EXAMPLE

GERMÁN OLIVERA RANGEL

Juez Letrado de Primera Instancia (Poder Judicial, Uruguay)
Profesor Adjunto de Derecho Procesal de la Universidad de la República (Uruguay)

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: A La prueba documental tiene un requerimiento de admisibilidad especial en el ordenamiento procesal penal: la acreditación. El presente trabajo pretende explorar el concepto a partir de las normas concretas que lo regulan –en Uruguay y en algunos sistemas iberoamericanos–, de las prácticas jurisprudenciales y a la luz de las reglas del proceso acusatorio adversarial.

PALABRAS-CLAVE: Prueba documental, acreditación, admisibilidad, autenticidad.

ABSTRACT: Documentary evidence has a particular admissibility requirement in the criminal procedure: accreditation. This paper attempts to explore and explain the concept from the specific norms that regulate it – not only in Uruguay but also in some Ibero-American criminal procedural regulations – and jurisprudence practices in the light of the rules of the adversarial, accusatory, system of justice.

KEYWORDS: Documentary evidence, accreditation, admissibility, authenticity.

SUMARIO: 1. La prueba documental en el proceso penal acusatorio y adversarial. 2. Ofrecimiento de prueba documental en el proceso penal ordinario. 2.1. Consideraciones generales sobre el ofrecimiento de prueba documental. 2.2. Prueba anticipada. 2.3. Etapa intermedia: actos de proposición (acusación y defensa) y audiencia de control de acusación. 2.4. Prueba nueva. 2.5. Prueba sobre prueba.

2.6. Contraprueba ante diligencias para mejor proveer 2.7. Segunda instancia. 3. Características de la prueba documental. 4. Concepto de acreditación. 5. Distinción conceptual: acreditación y autenticidad. 6. Acreditación de documentos públicos y privados. 7. ¿Documentos que no requieren acreditación? 8. Procedimiento de acreditación. 8.1. Oportunidad de acreditación. 8.2. Sujeto activo de la acreditación. 8.3. Finalidad de la acreditación. 8.4. Forma de acreditación. 9. La acreditación como requisito de admisibilidad de la prueba. 10. Análisis de la admisibilidad de la prueba documental en dos momentos: etapa intermedia y audiencia de juicio.

1. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ADVERSARIAL

Luego de transitar un largo período de debate, el 1 de noviembre de 2017 Uruguay se incorporó a la tendencia reformista latinoamericana e instaló finalmente el proceso penal acusatorio y adversarial. En esa fecha entró en vigencia el Código del Proceso Penal (en adelante C.P.P. uruguayo o simplemente C.P.P.).

El sistema procesal penal uruguayo se compone de una serie de leyes que le fueron dando forma al Código, lo que determina que la regulación sea poco sistemática. Pero, sobre todo, es el resultado de las prácticas de los operadores del derecho que a diario pretenden imprimir a normas con carencias técnicas y, algunas veces, contradictorias, interpretaciones ajustadas a las más altas garantías.

A partir de la reforma del proceso penal, los operadores uruguayos han dado gran importancia a las técnicas de litigación y a las enseñanzas que provienen de otros sistemas procesales penales con mayor experiencia por haber transitado las reformas hace más tiempo. Nutrir las prácticas con esos antecedentes parece una excelente forma de obtener resultados favorables y de evitar incurrir en lecturas de las normas que conduzcan al regreso de visiones inquisitivas, tan arraigadas en el sistema procesal penal nacional. Sin embargo, esa forma de proceder en el estudio no puede desconocer la regulación específica.

En materia de prueba documental las normas generan dudas interpretativas, ya que, en lo que interesa a este trabajo, introducen una referencia hasta ahora desconocida: la acreditación. Ese es el concepto que será abordado en el presente estudio.

Para procurar el acercamiento a la idea de acreditación se partirá de algunas bases teóricas.

En primer lugar, cualquier lectura de las disposiciones del Código del Proceso Penal se debe hacer a la luz de las reglas propias del proceso adversarial. Para ello cabe recordar que el litigio efectivo es imprescindible a esta forma de organizar el juicio. En palabras de Binder: «*En la base del sistema de juicio oral y acusatorio existe una estructura del litigio totalmente diferente [a la del proceso inquisitivo]. Ya no es un modelo unilateral sino 'dialogico', la confianza no se deposita únicamente en la acción reflexiva del juez, en su síntesis, sino en la controversia, en la discusión dentro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio. Los sujetos del proceso ya no pueden ser considerados auxiliares de la justicia sino protagonistas esenciales del proceso y el eje se traslada del interior del juez a la discusión pública, propia del juicio oral. Como podemos ver, existe un gran cambio en esto que algunos han llamado 'epistemología del proceso'. En realidad, ese cambio en la estructura del litigio influye en las tres 'búsquedas' básicas del proceso: la adquisición de los hechos, del derecho y de los valores*»¹.

La interpretación de las disposiciones legislativas en materia probatoria genera dudas interpretativas, ya que el Código presenta algunas carencias técnicas que, a veces, resultan sumamente relevantes.

En segundo lugar, el derecho a la prueba es un componente fundamental de la garantía constitucional del debido proceso legal, por lo cual contar con reglas claras es contribuir a su efectiva vigencia.

En tercer lugar, es relevante tomar en cuenta la regulación concreta para darle contenido a las disposiciones, sin transpolar, de modo irreflexivo, conceptos foráneos que no se adaptan del todo a las normas.

El Código del Proceso Penal uruguayo dedica la sección V, «De la prueba documental», Capítulo II, «Medios de Prueba», Título VI

1 BINDER, A., *Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal*, Revista de Ciencias Penales, Nro. 4 –1998, Editorial Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 101-114.

«De la prueba» del «Libro I» a la regulación de la prueba documental (arts. 173 a 176). Luego, en las normas que establecen las reglas del juicio oral, vuelve a incluir una disposición que tiene suma trascendencia en materia de prueba documental. De este modo, el art. 271.5 dispone que los documentos, para poder ser ingresados al debate, deben ser previamente acreditados por la parte que los propuso.

El concepto de acreditación es una novedad para el Derecho Procesal uruguayo. En consecuencia, aún no se cuenta con desarrollos doctrinarios nacionales de relevancia en torno a esta idea.

Hasta el presente la principal fuente de la que se nutre la jurisprudencia uruguaya son los diversos estudios en materia de litigación penal estratégica. No obstante, parece interesante complementarlos con los análisis del Derecho Procesal para aportarles un marco conceptual apropiado.

Mediante el presente trabajo se pretende explorar el concepto de acreditación de la prueba documental a través del estudio de doctrina comparada, de los desarrollos de diversos trabajos referidos a la litigación, así como de jurisprudencia nacional y extranjera.

De este modo, una vez determinado el concepto, se procurará caracterizarlo como requisito de admisibilidad, diferenciarlo de otra idea con la que se lo suele identificar (la autenticidad) y, finalmente, se analizará cómo se debe realizar el procedimiento de acreditación en las diversas etapas del proceso.

2. OFRECIMIENTO DE PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL ORDINARIO

2.1. *Consideraciones generales sobre el ofrecimiento de prueba documental*

El proceso penal vigente regula la recolección de material de convicción (datos que permitan la reconstrucción de la realidad) en

dos etapas diversas. Por un lado, en una etapa pre-procesal dirigida por la Fiscalía General de la Nación (la indagatoria preliminar) y, por el otro, en el proceso jurisdiccional, bajo la dirección del juez. De igual modo, esa distinción de la recolección de material de conocimiento en dos etapas diversas está prevista en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 259.1 del C.P.P., la evidencia recolectada por el fiscal durante la indagatoria preliminar no puede ser integrada al proceso.

No obstante, en cuanto a la práctica de la prueba, la distinción del material colectado en ambas etapas no se encuentra plenamente reflejada en el Código uruguayo y se generan algunas dudas interpretativas.

En relación a la actividad probatoria en sentido amplio, entendida como aporte de información al proceso, es útil recurrir a la distinción entre los denominados «actos de investigación» y «actos de prueba».

Como se ha expresado en referencia al Código del Proceso Penal chileno:

«La finalidad de los actos de investigación y de los actos de prueba está, a su vez, determinada por la finalidad de cada una de las etapas dentro de las cuales se producen. De esta manera, los actos de investigación, que son desarrollados en una etapa preparatoria del proceso penal, no tienen por objeto producir una decisión de absolución o condena, sino solamente reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una acusación, esto es, aquellos elementos que se pretende producir durante el juicio oral para verificar las proposiciones de la parte acusadora y de la parte acusada en torno a la existencia del delito y la participación punible del acusado. En este sentido, la etapa de investigación no está dirigida hacia el juzgador, sino hacia el propio ministerio público, quien, al

cerrar la investigación, debe haber adquirido la convicción de que cuenta con antecedentes suficientes para fundar una acusación o, en su defecto, solicitar el sobreseimiento o adoptar la decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) CPP). Pero junto a esta finalidad mediata debe reconocerse a los actos de investigación otra que es inmediata, cual es la de obtener los elementos probatorios que han de justificar las resoluciones que el juez de garantía debe adoptar durante la etapa de investigación. Las resoluciones que requieren ser justificadas con elementos probatorios recogidos durante la investigación son las medidas intrusivas y las medidas cautelares. Por el contrario, los actos de prueba tienen por precisa finalidad lograr o debilitar la convicción del tribunal del juicio oral en torno a las proposiciones fácticas hechas valer por las partes con el objeto de provocar la decisión de absolución o condena. Si se mira el problema desde el punto de vista de la persuasión del tribunal, la gran diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba es que, mientras los primeros tienen por objeto justificar las solicitudes hechas valer por las partes ante el juez de garantías, los segundos tienen por objeto acreditar o probar ante el tribunal del juicio oral las proposiciones de hecho que fundamentan la pretensión de absolución o condena. Habitualmente, también, se señala que mientras los actos de investigación buscan persuadir al tribunal en grado de probabilidad, los actos de prueba buscan persuadirlo en grado de certeza, pero esta observación sólo es válida en cuanto se refiere a los actos de la parte acusadora y a las decisiones judiciales que resultan favorables a la persecución penal en el caso concreto»².

En ambos supuestos se acumula información que será útil para la reconstrucción de la realidad pasada, a efectos de conocer la materialidad fáctica de los hechos con apariencia delictiva que se pretenden determinar.

2 HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 75-76.

Los actos de investigación y los actos de prueba se distinguen porque se realizan por sujetos distintos y con diferente finalidad. La recolección de la información en los actos de investigación, se encuentra a cargo del fiscal o sus auxiliares, en los actos probatorios, en cambio, del juez y se incorpora al proceso.

Ahora bien, la distinción no resulta tan tajante en las normas uruguayas. Existen algunas disposiciones que denominan prueba a los actos de investigación que realiza el ministerio público.

Durante la indagatoria preliminar, el material de convicción (prueba en sentido amplio) es recolectado por el fiscal, el cual cuenta con diversas facultades tendientes a tal fin. Los únicos límites que tiene la Fiscalía General de la Nación en esta etapa son los supuestos en los cuales corresponda restringir derechos. En tales casos, debe solicitar la intervención del tribunal, de acuerdo con lo previsto por la ley.

Asimismo, durante el curso de la indagatoria preliminar, la defensa del imputado y la víctima le pueden solicitar al representante fiscal que disponga la recolección de los elementos de convicción que consideren eficaces para el esclarecimiento de los hechos. En caso de negativa del titular de la pretensión, el requirente puede solicitarle al tribunal que le ordene al fiscal que la disponga.

De ese modo, de acuerdo con el art. 260 del C.P.P.: *«Durante la investigación el imputado, su defensor y la víctima podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados, si fuese necesaria su intervención. El fiscal ordenará aquellas que estime conducentes.*

La recolección de evidencias estará a cargo del Ministerio Público, no pudiendo ocultarlas a la contraparte por fuera de la regulación legal.

En caso de negativa, el imputado y su defensa podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. Esta petición se tramitará en audiencia oral y pública».

Como resulta del texto claro de la ley, durante el curso de la etapa preparatoria el fiscal es la autoridad que ordena el diligenciamiento de los actos de investigación. Por tanto, el análisis de admisibilidad, la orden de diligenciamiento y las medidas necesarias para obtener el resultado le corresponden a la Fiscalía General de la Nación. Por otra parte, las solicitudes del imputado y de la víctima le serán formuladas al fiscal interviniente.

En el proceso penal regulado por el C.P.P., dada la vigencia del principio acusatorio, son los interesados principales quienes deben ofrecer la prueba a ser diligenciada (art. 140.2). Sin embargo, esa categórica imposición se ve atenuada por la consagración de la posibilidad de que el juez disponga diligencias para mejor proveer (art. 271.8 y 9) que no son sino una forma de practicar prueba por iniciativa oficiosa del tribunal.

Se analizará a continuación la forma y oportunidad de ofrecimiento de la prueba documental por las partes y por la víctima durante el decurso del proceso penal ordinario.

2.2. Prueba anticipada

Los arts. 213 a 215 del C.P.P. regulan la prueba anticipada.

Se prevé en ellos la posibilidad de adelantar la etapa natural de diligenciamiento de la prueba que es la audiencia de juicio, pero el Código no establece de modo claro cuál es la oportunidad para requerirlo.

La ley no establece el *dies a quo* ni el *dies ad quem* para solicitarla.

A criterio del autor de esta obra, es posible requerir el diligenciamiento de prueba anticipada desde el momento en el cual existe una investigación en curso. No se encuentra legamente prevista la

existencia de una investigación formalizada, por lo cual es posible requerirlas aún en etapa de investigación no formalizada³.

En cuanto al límite final para requerirla, desde el punto de vista conceptual, puede existir la necesidad de adelantamiento de prueba hasta que no se produzca la celebración misma de la audiencia de juicio, siempre que se cumpla con los requisitos legalmente previstos.

2.3. *Etapa intermedia: actos de proposición (acusación y defensa) y audiencia de control de acusación*

La etapa intermedia del proceso penal tiene una fase escrita (acusación y defensa) y otra oral (audiencia de control de acusación). Esta etapa separa la investigación penal preparatoria del juicio oral, se inicia con la demanda acusatoria de la fiscalía y finaliza con la realización de la audiencia de control de acusación y la expedición del auto de apertura a juicio⁴. De igual modo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica prevé, aunque con características diversas, esta etapa de pasaje de la investigación preparatoria a la de juicio, denominada «procedimiento intermedio» (arts. 267-277 de esa norma).

En el sistema procesal penal uruguayo los actos de acusación y de defensa son las oportunidades naturales con las cuales cuentan las partes para ofrecer sus medios de prueba a ser diligenciados en el juicio.

La acusación fiscal está prevista como el acto de cierre de la etapa de investigación. De acuerdo con el art. 127 del C.P.P. uruguayo,

3 SOBA, I. *Proceso penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas*, actualizado, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 19.

4 GALLETTO, V., *Etapa de preparación del juicio oral en el Código del Proceso Penal uruguayo desde una perspectiva acusatoria*, Revista Judicatura, Tomo 66-Julio 2019, Editorial CADE, Montevideo, 2019, p. 65-87.

se realiza por escrito y uno de sus contenidos es: «*el ofrecimiento de la prueba para el juicio, la que de ser admitida de acuerdo con el artículo 268 de este Código, será incorporada en la oportunidad procesal pertinente de acuerdo con el artículo 270 de este Código*». Allí el fiscal expondrá la teoría del caso en la cual pretende fundarse y esa será la base de su pedido de rendición de la prueba.

Por su parte, la defensa, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 128 de la misma norma, también es un acto escrito que se regula por remisión a la forma de la acusación. Sin perjuicio de que se debate si esta es la oportunidad de que el imputado exponga su teoría del caso (e incluso si es que tiene la carga de exponer una)⁵, la finalidad concreta de este acto es que el imputado a través de su defensa: «*ofrezca la prueba que pretende producir en juicio oral*», de acuerdo con el texto de la norma citada.

Las pruebas ofrecidas por las partes deberán cumplir con ciertos requisitos generales aplicables a todos los medios probatorios y otros específicos de cada medio.

Las partes debatirán y el juez resolverá sobre la admisión o la exclusión de los medios de prueba ofrecidos en la audiencia de control de acusación (art. 268 del C.P.P.).

Desde la vigencia del Código ha sido objeto de debate la posibilidad de que las partes ofrezcan prueba durante la audiencia de control de acusación.

De acuerdo con el nuevo texto del art. 268.2 del C.P.P. —en redacción dada por la ley 19.889— en dicha audiencia: «*cada parte enunciará la prueba ofrecida oportunamente y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria*».

5 GALLETTO, V., Op. Cit., p. 79-66.

Se coincide con Ignacio Soba⁶ en que el uso del término «enunciará» resulta harto dudoso. Sin embargo, a criterio del autor de esta obra, es claro que, en esa audiencia, como entiende Klett⁷, se relata el contenido del ofertorio de prueba oportunamente formulado, esto es, en los actos de acusación y de defensa. Por tanto, a criterio del suscrito, ya no es posible ofrecer prueba en dicha audiencia.

Coadyuva con esta lectura lo dispuesto por los arts. 271.1 BIS y TER que hacen referencia a la oportunidad para el ofrecimiento de prueba nueva y de prueba sobre prueba como una excepción a la regla de ofrecimiento en los actos de proposición (acusación y defensa). Así, de modo implícito, pero inequívoco, se prevé que la oportunidad para ofrecer prueba es la de los actos de acusación y defensa.

Sin perjuicio del cambio normativo, es relevante preguntarse si esta audiencia sigue siendo la oportunidad natural para que la víctima ofrezca la prueba de la cual pretende servirse⁸. Se entiende que la respuesta debe ser afirmativa, ya que no existe modificación a la posibilidad de la víctima de ofrecer prueba prevista por el art. 81.2 del C.P.P. y esta parece ser la oportunidad más adecuada para ejercer ese derecho.

En consecuencia, la prueba documental será ofrecida –con las características que se verán más adelante– por el ministerio público

6 SOBA, I. *Proceso penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas*, actualizado, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 65-66.

7 KLETT, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 490.

8 GÓMEZ, J., *El debido proceso del control de acusación*, Estudios sobre el nuevo proceso penal. Implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, p. 241 y Soba, I. *Proceso penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas*, actualizado, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 67.

y por el defensor del imputado en sus actos escritos que dan inicio a la etapa intermedia y por la víctima en la audiencia de control de acusación.

2.4. Prueba nueva

El art. 271.1 BIS dispone: «A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá ordenar la recepción de pruebas que no hubieren ofrecido oportunamente (artículos 127 y 128), cuando se justificare no haber sabido de su existencia hasta ese momento y cuya producción resulte indispensable o manifiestamente útil para la resolución del caso».

La norma regula el ofrecimiento de prueba nueva y prevé que la oportunidad para hacerlo es diversa a la de los actos de proposición (acusación y defensa), por ser posterior. Asimismo, establece un requisito de orden gnoseológico para permitir su incorporación, ya que impone que la parte que la ofrece acredite que no tuvo conocimiento previo de su existencia. A ese supuesto de novedad gnoseológica de la prueba, debe agregarse el caso de novedad de la existencia misma de la fuente de prueba. En lo que interesa a este estudio, se podría pensar, por ejemplo, en los documentos cuya existencia llega a conocimiento del oferente con posterioridad a su acto de proposición o de creación posterior.

La disposición no establece cuál es el límite preclusivo del posible ofrecimiento de pruebas nuevas. Sin embargo, su inclusión en el artículo que regula la recepción de prueba en la audiencia de juicio permite considerar que esa será la oportunidad para su ofrecimiento y que el límite estará dado por la conclusión de la referida audiencia.

2.5. Prueba sobre prueba

El art. 271.1 TER regula lo que denomina *Prueba sobre prueba*. La disposición referida establece: «Si en ocasión de la producción

de una prueba en el juicio oral surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente (artículos 127 y 128) y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad».

De este modo, se regula la posibilidad de ofrecer prueba referida a la validez o eficacia de otros medios probatorios. El objeto de esas pruebas será la veracidad, autenticidad o integridad de la que se esté diligenciando. Se trata de prueba que no fue oportunamente ofrecida en la acusación y en la defensa. Asimismo, se impone como requisito adicional que no hubiere sido posible prever la necesidad de su diligenciamiento. Por tanto, este punto deberá ser objeto de fundamentación al tiempo de proponerla u ofrecerla.

La oportunidad para su ofrecimiento es la audiencia de juicio, ya que se dispone que puede ser solicitada: en ocasión de la producción de una prueba en el juicio oral.

2.6. Contraprueba ante diligencias para mejor proveer

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 271.8 inc. 2 del C.P.P., las partes cuentan con la posibilidad de solicitar contraprueba ante el dictado de diligencias para mejor proveer.

Corresponde analizar la oportunidad de las partes para su ofrecimiento. La ley no regula expresamente el punto. Se establece que el tribunal puede disponer las diligencias para mejor proveer durante el curso del plazo para dictar sentencia y será ante esa notificación que las partes podrán ofrecer la contraprueba, pero no se establece un plazo específico para formular ese ofrecimiento.

Cabe tener presente que, de acuerdo con la regulación vigente, la adopción de diligencias para mejor proveer no suspende el plazo

para el dictado de sentencia, por lo que se deberá emitir, aunque no se haya diligenciado la prueba requerida para mejor proveer o la solicitada por las partes a título de complemento (art. 271.9).

Por tanto, la parte que pretenda que la contraprueba sea diligenciada tiene la carga de ofrecerla de modo inmediato a efectos de poder practicarla, a pesar de que la ley no establezca un momento preclusivo expreso para su ofertorio. Si la contraprueba cuya rendición se solicita es documental, deberá seguirse todo el procedimiento de acreditación que se analizará más adelante, lo que tornará en el caso, muy dificultosa su incorporación.

2.7. Segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto por el art. 367 del C.P.P., las partes podrán ofrecer prueba a ser diligenciada en segunda instancia, con las restricciones previstas por el art. 253.2 del C.G.P.

Según lo dispone la norma procesal civil, se pueden ofrecer las siguientes pruebas: A) documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando, en este último caso, se afirmare bajo juramento no haber tenido antes conocimiento de ellos y B) prueba sobre hechos nuevos.

La oportunidad para el ofrecimiento de estos medios probatorios son los respectivos escritos de interposición y contestación de la apelación. Una vez más, para que estos documentos sean admisibles deberá seguirse el procedimiento de acreditación.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

En palabras de Maier «*Se llama registros o documentos a los diferentes modos mediante los cuales el ser humano deja constancia de su*

acción o de su voluntad, o de la voluntad o de la acción de otro, por signos entendibles en el futuro»⁹.

Algunos autores especializados en materia de litigación penal han optado por incluir a la prueba documental dentro del concepto más amplio de prueba material¹⁰, otros, en cambio, prefieren hacer hincapié en su distinción¹¹.

Los documentos (como el resto de las pruebas materiales) tienen ciertas características que fundamentan la necesidad de su previa acreditación para su ingreso al debate del juicio oral. Así, sostienen Baytelman y Duce que: 1. no están sujetas a posibilidades de debate contradictorio y 2. son producidas sin intermediación.

Estas características determinan que no se pueda tener seguridad de que el documento sea lo que la parte que lo aporta dice que es. El efectivo ejercicio del derecho a la contradicción en el debate de estas pruebas se producirá a través del examen y contra examen de los testigos que servirán para su introducción¹².

No puede dejar de hacerse referencia a la regla de la oralidad como forma de actuación de las partes en el juicio, como garantía de la intermediación y de la efectiva publicidad (art. 12 del C.P.P.). Es el

9 MAIER, J., *Derecho Procesal Penal, III, Parte general-actos procesales*, Editores del Puerto SRL 1ra. ed, Buenos Aires, 2011, p. 169.

10 BAYTELMAN, A., y DUCE, M. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, reimpresión 2018, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2018, p. 235; LORENZO, L., *Manual de litigación*, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, ediciones Didot, 8va. reimpresión, Buenos Aires, 2022, p., 193.

11 BLANCO, R., DECAP, M., MORENO, L., ROJAS, H., *Litigación penal estratégica en juicios orales*, Editorial Tirant lo Blonch, Valencia, 2021, p. 338.

12 BAYTELMAN, A., y DUCE, M., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, reimpresión 2018, 2018, p. 236.

debate oral la única fuente de la que se puede nutrir la decisión de los jueces a la hora de dictar sentencia en el proceso penal uruguayo. Por tanto, no será el contenido del documento escrito el considerado en el acto de juzgamiento, sino la información que ingrese a través de la lectura o relato por algún sujeto.

Los documentos se incorporarán al debate oral a través de su lectura y será exclusivamente la parte del documento que fue objeto de lectura –o reproducción si no recogen escritura– la que podrá fundamentar la sentencia, so pena de violación del principio de intermediación.

La necesidad de ingresar la prueba documental al debate por su lectura es uno de los componentes de la idea de acreditación.

En este sentido, sostienen Blanco, Decap, Moreno y Rojas que: *«Hay un tema de efectivo control de las partes de la prueba que ingresa al juicio, de respeto íntegro al principio de contradictoriedad en su versión fuerte, de manera que la valoración de la información por el tribunal se efectúe sobre aquello que efectivamente se leyó en el juicio y no de porciones de la misma que hayan estado contenidas en los documentos y que, sin embargo, no fueron materialmente incorporadas como prueba –i.e. leídos– al debate. Lo que ingresa al juicio respecto de la prueba documental es aquella información concreta que se porta en el documento y que es leída en la audiencia de juicio, de modo que a través de esa forma aquélla puede ser efectivamente controlada –luego de la lectura efectuada– por la parte contraria de la que incorpora al juicio esa prueba»*¹³.

Ahora bien, una cuestión diversa será determinar quién es el sujeto que realiza la lectura de los documentos o de la porción que

13 BLANCO, R., DECAP, M., MORENO, L., ROJAS, H., *Ligación penal estratégica en juicios orales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 338-339.

ingresa al debate, lo que será analizado al determinar el procedimiento de acreditación.

4. CONCEPTO DE ACREDITACIÓN

Como se adelantó, el art. 271.5 del C.P.P. consagra la necesidad de acreditación de la prueba documental para poder incorporarla al juicio. De este modo, establece la disposición analizada: «*Los documentos, informes, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisual solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso*».

El Código no consigna expresamente en qué consiste la acreditación a la que hace referencia.

La idea de acreditación también se puede encontrar en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, aunque sin darle esa denominación. Se establece en su art. 316: «*Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todos los intervinientes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual*». Por tanto, de acuerdo con esta norma, los documentos se introducen al debate por su lectura o reproducción total o parcial. En el segundo párrafo consigna la misma disposición que: «*Todos los elementos de convicción podrán ser presentados a los peritos y a los testigos durante sus declaraciones, quienes podrán ser invitados a reconocerlos o a informar sobre ellos lo que fuere pertinente*».

De acuerdo con la definición contenida en la versión 2001 del Diccionario de la lengua Española de la Real Academia Española acreditar es: «1. *Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad*», «2.

Afamar, dar crédito o reputación» y «3. Dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece»¹⁴.

Por tanto, desde el punto de vista gramatical, en las tres acepciones de la palabra se hace referencia la misma idea, acreditar es sinónimo de probar. En el caso de los documentos sería tanto como demostrar que el documento que se presenta en el juicio es aquel que la parte que lo propone afirma que es.

En doctrina se han sostenido diversos conceptos de acreditación.

Baytelman, A., y Duce, M. sostienen que es una exigencia de admisibilidad de la prueba que consiste en que alguien declare que el objeto (o documento) efectivamente corresponde con lo que la parte pretende que es, lo que determina que los documentos deban ser ingresados, de regla, a través de la declaración de testigos¹⁵. El testigo de acreditación debe dar cuenta del origen y fidelidad del documento para permitir su ingreso al debate y su consideración en la sentencia. No obstante, la acreditación no tiene ninguna relevancia sobre el valor probatorio o credibilidad del documento¹⁶.

En igual sentido, Paul Bergman considera que autenticar la prueba material –que comprende documentos– consiste en que un testigo manifieste que esa prueba es lo que se afirma que es¹⁷. Nótese, que, en el caso, el concepto de autenticación coincide con el de acreditación.

14 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (2001), disponible en línea en «<https://www.rae.es/drae2001/acreditar>», consultado el 19 de febrero de 2022.

15 BAYTELMAN, A., y DUCE, M. Op. Cit, p., 237.

16 Idem nota anterior, p. 239.

17 BERGMAN, P., *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, 1995, p. 118 y siguientes.

Rubén Chaia, por su parte, trata los conceptos de acreditación y de autenticación como sinónimos, esto es como prueba de origen y fidelidad¹⁸. En la misma línea de no efectuar distinción entre esos dos conceptos se ubican Blanco, Decap, Moreno y Rojas¹⁹. Estos últimos autores formulan la distinción entre credibilidad externa e interna (confiabilidad de contenidos) y ubican al procedimiento de acreditación en el primero de los aspectos²⁰.

Hasta aquí parece ser que estamos ante un concepto no suficientemente definido en doctrina o, por lo menos, que no cuenta con un concepto único. De hecho, la idea de acreditación parece tener puntos de contacto –si no ser sinónimo– de la determinación de la autenticidad del documento.

Sin embargo, en la regulación del C.P.P. uruguayo ambos conceptos son tratados de modo diverso.

La acreditación, en opinión del autor del presente, puede ser definida como el requisito de admisibilidad que impone que la prueba material sea colocada en el contexto de la teoría del caso del oferente y su introducción a través de la declaración oral de un sujeto en etapa de juicio que la coloque en ese contexto.

5. DISTINCIÓN CONCEPTUAL: ACREDITACIÓN Y AUTENTICIDAD

Cabe ahora preguntarse cuál es la diferencia conceptual, si es que existe, entre la acreditación y la autenticidad.

18 CHAIA, R., *Técnicas de litigación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Volumen 2, Editorial Hamburabi, 1ed., 3ra. reimpresión, Buenos Aires, 2022, p. 105 y siguientes.

19 BLANCO, R., DECAP, M., MORENO, L., ROJAS, H., *Ligación penal estratégica en juicios orales*, Editorial Tirant lo Blonch, Valencia, 2021, p. 339.

20 Ídem nota anterior.

Es sumamente dudoso tratar de distinguir los conceptos y a eso se dedicarán las siguientes líneas.

Como se dijo, el C.P.P. uruguayo no define la idea de acreditación de documentos. El concepto de autenticidad, en cambio, tiene una amplia y rica tradición en materia de derecho probatorio. Tampoco resulta sencillo ubicar la diferencia conceptual en doctrina.

A criterio del autor, acreditación y autenticidad son dos conceptos que deben ser necesariamente diferenciados.

En primer lugar, las normas del Código les otorgan diverso tratamiento. La única referencia a la acreditación es la prevista como requisito de admisibilidad por el art. 271.5 del C.P.P.

En cambio, hay diversas disposiciones que se refieren a la autenticidad de los documentos: a) el art. 174.2 establece que «*Podrá acudirse a la prueba pericial cuando corresponda establecer la autenticidad del documento*» en referencia a los documentos privados; b) el art. 176 reza: «*En lo relativo a la autenticidad de los documentos públicos y la fe que de ellos emana, se aplicarán las disposiciones del derecho civil, salvo que el delito imputado consista en la falsedad material o ideológica del mismo*» y c) el art. 271.1 TER, que ya fue transcrito antes, regula la posibilidad de ofrecer prueba en la audiencia de juicio si existe controversia sobre la autenticidad de una prueba.

La autenticidad de un documento es una de sus características intrínsecas y se refiere al conocimiento de su autoría y a la incolumidad de su materialidad²¹.

21 VÉSCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMÓN, L. M., PEREIRA, S., *Código General del Proceso*, Tomo 5, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 139.

La impugnación o negativa a la autenticidad de un documento pretende lograr un resultado en su valoración y no en su ingreso al proceso. El documento, aunque impugnado, ingresará de igual forma al debate procesal, pero si la impugnación resulta favorable al que la realizó, no tendrá el valor probatorio pretendido por quien lo ofrece.

La acreditación es un elemento extrínseco –ya que no refiere a su contenido– que determina que el documento es el que la parte que lo ofrece indica y lo coloca en el contexto de su teoría del caso.

La autenticidad de un documento tendrá relevancia a la hora de su valoración. La acreditación, en cambio, determina su admisibilidad (el documento no acreditado no ingresa al debate ni puede ser fundamento de la sentencia).

Es por esta razón que –en el Uruguay– no es relevante la distinción entre documentos públicos y privados en cuanto a la necesidad de acreditación, ya que el requisito no hace a la autenticidad o no del documento. No existe ninguna característica que indique que el instrumento público, por el mero hecho de serlo, corresponda con el que la parte que lo ofrece como prueba dice que es o que lo coloque en el contexto de una teoría del caso.

La Suprema Corte de Justicia uruguaya tuvo oportunidad de distinguir entre las ideas de acreditación y valoración de la prueba una vez válidamente ingresada al proceso en la sentencia nro. 92/2020 de 21 de mayo de 2020²².

22 Todas las sentencias uruguayas que se citan en este trabajo pueden ser consultadas en la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial uruguayo «<http://bjn-backend.poderjudicial.gub.uy:8080/BDZWEB2/busquedaAvanzada.seam?cid=103350>»

6. ACREDITACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

De seguirse la postura que considera que la acreditación y la autenticidad son dos características distinguibles, la clasificación de los documentos en públicos y privados no tiene relevancia en cuanto a la forma de ingreso de un documento al proceso.

El art. 176 del C.P.P. uruguayo establece: «*Instrumentos públicos*). En lo relativo a la autenticidad de los documentos públicos y la fe que de ellos emana, se aplicarán las disposiciones del derecho civil, salvo que el delito imputado consista en la falsedad material o ideológica del mismo».

La lectura de la disposición da cuenta de que no existe ninguna referencia a la regulación de la autenticidad como requisito de admisibilidad de la prueba, sino, por el contrario, a las reglas para su valoración. En el ordenamiento jurídico uruguayo la prueba documental tiene una serie de tasas o medidas de valor, por lo que este medio probatorio está signado por el antiguo sistema de la prueba tasada como regla de valoración²³. Devis Echandía clasifica a la autenticidad como un requisito de la eficacia probatoria de los documentos²⁴.

Una vez ingresado en forma un documento público al debate probatorio —a través del procedimiento de acreditación— su valoración se regirá por las normas propias del derecho civil (disposiciones de derecho sustantivo que regulan su eficacia probatoria).

En cambio, si el delito que se juzga tiene que ver, precisamente, con la falsedad material del documento público, las tasas legales no son aplicables a su contenido.

23 NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 309 y siguientes.

24 DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo Primero, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 521.

En este punto es necesario ingresar al debate referido a la forma de acreditación de los documentos públicos. En particular, si la prueba debe ser introducida a través de la declaración de un sujeto (testigo de acreditación en sentido amplio).

El Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004) consagra de forma expresa que la prueba documental debe ser ofrecida «*junto con los respectivos testigos de acreditación*» (art. 337). Esta disposición ha generado debates en torno a la necesidad de introducir a través de testigos los documentos públicos, dado su carácter auténtico previsto por el mismo Código. De este modo, Carlos Tovas²⁵ sostiene que no es necesario el testigo de acreditación respecto de documentos auténticos. Por su parte, Carlos Pérez Alarcón es aún más categórico, ya que, de hecho, con su interpretación elimina la exigencia del testigo de acreditación para la incorporación de la prueba en el proceso penal, colocando la cuestión en el ámbito de la valoración²⁶. Sobre el punto la Suprema Corte de Justicia de Colombia, luego de realizar una revisión de su propia jurisprudencia –que exigía siempre la introducción de documentos a través de testigos– sostuvo: «*La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo*

25 TOVAS, C., *El rol del testigo de acreditación en la introducción del documento público en el sistema acusatorio*, artículo científico presentado como requisito de grado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar, Bogotá, 2014, disponible en línea en: «<https://core.ac.uk/download/pdf/143447543.pdf>», consultado el 19 de febrero de 2022.

26 PÉREZ ALARCÓN, C., *¿Es necesario el testigo de acreditación para la prueba documental en el proceso penal colombiano?*, Pontificia Universidad Javeriana, Medellín, 2022, disponible en línea en: «<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/35825>», consultado el 19 de febrero de 2022.

de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad» (Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Penal, junio 1, 2017, M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa, Proceso AP7732-2017, Radicado 46278²⁷).

A diferencia de lo que ocurre en el sistema colombiano, la ley uruguaya y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no prevén a texto expreso que la acreditación se deba realizar a través de testigos u otros sujetos que le puedan dar lectura al documento (peritos, partes o auxiliares). Sin embargo, ese resulta ser el sistema más idóneo a efectos de realizarla. Lo que sí se prevé expresamente en el C.P.P. uruguayo es la acreditación como requisito de admisibilidad del ingreso de la prueba material, por lo que, a criterio del autor, no es posible prescindir del procedimiento.

7. ¿DOCUMENTOS QUE NO REQUIEREN ACREDITACIÓN?

Corresponde preguntarse si en el ordenamiento procesal penal uruguayo hay documentos que no requieren acreditación.

Se está haciendo referencia a ciertos documentos que presentan un alto grado de confiabilidad en cuanto a su origen: documentos públicos emitidos por oficinas del Estado u otros de gran difusión (como artículos de prensa). Como se ha expresado: *«...hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Se trata de los casos en que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obviedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más*

27 Disponible en línea en: «<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniju-ri/article/view/35825>», consultada el 19 de febrero de 2022.

bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad»²⁸. En el mismo sentido, Rubén Chaia sostiene que existen cierto tipo de documentos –como los informes de oficinas públicas que llevan registros– que no requieren acreditación, sino que la carga de su impugnación se traslada a la parte que pretenda desconocerlos²⁹.

Sin perjuicio del valor de las opiniones citadas, a criterio del autor de este trabajo, el ordenamiento procesal uruguayo no prevé la posibilidad de ingresar documentos al juicio oral sin acreditarlos previamente. El art. 271.5 del C.P.P. es categórico en cuanto a la exigencia del requisito de admisibilidad en todos los casos. No obstante, el alto grado de su certeza extrínseca puede determinar que la introducción al debate resulte más sencilla.

En primer lugar, si el documento es tan categóricamente aceptable como lo proponen los autores, es probable que las partes puedan arribar a un acuerdo probatorio respecto del hecho que pretenden acreditar con aquél, lo que excluirá la necesidad de diligenciarlo en el proceso (art. 268.3 del C.G.P.). De este modo, no será difícil que las partes acuerden la edad o el estado civil de una persona con base en la información que extrajeron de un registro público. No puede dejar de destacarse en este punto la relevancia del rol del juez de garantías en la etapa intermedia para propiciar este tipo de acuerdos.

En segundo lugar, en caso de no existir acuerdo y ser necesario el diligenciamiento del documento, su acreditación se podría producir a través de cualquier sujeto del proceso, sin requerir mayor

28 Baytelman, A y Duce, M. Op. Cit. p. 241.

29 Chaia, R., *Técnicas de litigación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Volumen 2, Editorial Hamburabi, 1ed., 3ra. reimpresión, Buenos Aires, 2022, p. 103-105.

profundización en las preguntas sobre su contenido y contextualización.

En tercer lugar, en el caso de los documentos obtenidos por requerimiento de información a organismos públicos, sin perjuicio de que se trata de una cuestión discutible, podrían ser acreditados por la lectura que realice el propio fiscal o defensor que lo solicitó al registro respectivo. Es relevante tener presente que las partes ejercieron control previo de todas las pruebas que se introducen en el juicio (art. 268.4 del C.P.P.). Lo que, sin lugar a dudas, no parece necesario –y se transformaría en un dispendio de energías inútil– es hacer comparecer como testigo al funcionario del registro o a un jerarca de la oficina que remitió la información.

Se debe ser cuidadoso con la flexibilización de las reglas de acreditación, ya que ello implica privar a las partes del contradictorio sobre la información ingresada. Como lo expresan Cafferata y Tarditti en relación a una norma del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba que autoriza la incorporación por lectura de ciertos documentos: *«Esta es otra excepción a la oralidad, muchas veces determinada por la «naturaleza de las cosas» (v. gr., los informes técnicos o los documentos «no hablan»). Pero como se trata de leer registros sobre elementos de convicción que no fueron recibidos por los jueces del debate y, en la mayoría de los casos fueron recibidos a espaldas de los defensores y de las partes, existe un serio compromiso de la inmediación y el contradictorio que debe determinar una interpretación sumamente restrictiva sobre los alcances de la autorización de lectura y una muy rigurosa valoración de su eficacia conviccional. Sobre todo porque, mediante el procedimiento de lectura, ellos quedan habilitados para ser fundamento de la sentencia»*³⁰.

30 Cafferata, J., y Tarditti, Á., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Tomo 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 223-224.

8. PROCEDIMIENTO DE ACREDITACIÓN

8.1. *Oportunidad de acreditación*

El documento debe ser acreditado para habilitar su ingreso al debate del juicio oral. Por tanto, el procedimiento de acreditación propiamente tal se realiza en la audiencia de juicio de forma previa al ingreso del documento al debate.

No obstante, los documentos pueden ser utilizados en otras oportunidades, en particular, en la etapa de investigación y en la audiencia en la cual se adopten medidas cautelares, sin que se requiera, en ese caso, de su previa acreditación. Esta especial exigencia está exclusivamente prevista para el ingreso de los documentos al juicio oral y no puede ser extendida a otras etapas del proceso.

8.2. *Sujeto activo de la acreditación*

La ley hace gravitar la carga de la acreditación al oferente de la prueba, ya que se le impone a la «*parte que lo propuso*». Será quien deberá poner todos sus esfuerzos en que el procedimiento de acreditación sea cumplido en forma para poder introducir el documento al debate. De este modo, deberá seleccionar cuidadosamente al sujeto que lo introducirá, seleccionará la oportunidad en la cual comenzará a interrogarlo sobre el documento y sus características, en el cual solicitará su lectura y finalmente su incorporación.

No puede dejar de destacarse la relevancia del rol de la contraparte en el procedimiento de acreditación. El contradictorio efectivo que supone el proceso adversarial le confiere un rol fundamental al opositor del requirente del ingreso de la prueba.

De este modo, el contrario debe ejercer el control del procedimiento de acreditación en dos oportunidades diversas.

En primer lugar, tendrá que controlar durante el curso de la etapa intermedia que el oferente del documento alegue cuál será la vía de acreditación que utilizará para la introducción de la prueba en el debate propio del juicio oral. Además, controlará que el sujeto propuesto para hacerlo sea idóneo a tal fin.

En segundo lugar, durante el curso del desarrollo de la audiencia de juicio en la cual se produzca la efectiva acreditación ejercerá el control de que el procedimiento sea realizado en forma. De este modo, procurará que sea llevado a cabo durante el curso de la declaración del sujeto seleccionado a tal fin. No obstante, una visión estratégica del proceso puede implicar la utilidad de que el documento no sea correctamente introducido para que no pueda ser considerado en el debate ni en la sentencia.

Otro sujeto de relevancia en el procedimiento de acreditación es el comúnmente denominado «testigo de acreditación», que podemos llamar, con mayor propiedad, sujeto al que se le confiará la acreditación.

Los documentos deberán ser necesariamente acreditados a través de un sujeto que rinda su declaración en audiencia o que, por lo menos, le de lectura al documento. Así, el documento podrá ser introducido al debate por la declaración de un testigo, de un perito o del propio imputado y, excepcionalmente, como se señaló, por los fiscales o defensores. A través del interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos y peritos las partes podrán obtener la efectiva contradicción respecto de la prueba.

El sujeto que introducirá el documento al proceso debe ser detenidamente seleccionado por el litigante. El testigo, perito o imputado que hace ingresar el documento debe tener una relación con éste que le permita explicar suficientemente, por lo menos, cómo se coloca en el contexto del caso y su procedencia.

En consecuencia, deberá existir una relación entre el sujeto y el documento para que pueda introducirlo al debate, esa relación deberá ser expuesta al tiempo de formular el ofrecimiento de la prueba.

El art. 63 del Código General del Proceso uruguayo, norma ritual del proceso civil, que resulta aplicable al proceso penal, por la remisión del art. 106 del C.P.P., dispone: «Además de los requisitos que en cada caso se establezcan, los actos deberán ser lícitos, pertinentes y útiles». La misma regla se encuentra prevista en el inc. 2 del art. 73 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Se ha expresado en torno al concepto de pertinencia: «Consiste en determinada calificación positiva que ha de efectuarse respecto de la relación entre el elemento –acto– y su conjunto –proceso– al cual el primero pretende integrarse. En virtud de tal labor de calificación y como resultado de la misma, el acto ha de ser valorado como susceptible de pertenecer al proceso y adecuarse a éste»³¹. En un sentido similar, Barrios de Ángelis denomina a esta etapa del análisis de los actos procesales «admisibilidad de contenidos». Así, sostiene el autor: «La admisibilidad del contenido consiste en permitir el examen del fundamento del acto considerado; supuestos como dados anteriores grados de admisibilidad, antes de pronunciarse sobre el fundamento es preciso establecer que el fundamento está en condiciones de ser sometido a valoración»³².

Por tanto, el acto de ofrecimiento de un documento, sin consignar cuál será el sujeto que lo acreditará o el ofrecimiento de uno

31 VÉSCOVI, E., DE HEGEDUS., M, KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMÓN, L., PEREIRA, S., *Código General del Proceso*, Tomo 2, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1993, p. 280.

32 BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del proceso*, Editorial Bdf, 2da. ed, Montevideo, 2005, p. 147.

inidóneo, resulta inadmisibile por ser impertinente o tener contenidos inadmisibles, de acuerdo con las posturas desarrolladas antes.

8.3. *Finalidad de la acreditación*

La ley uruguaya consigna de forma expresa que la finalidad de la acreditación es la posibilidad de ingreso al debate de las pruebas que se enumeran, entre las que se encuentran los documentos (art. 271.5 del C.P.P.).

Es, precisamente, esta finalidad la que eleva al carácter de requisito de admisibilidad al procedimiento de acreditación. En caso de que el documento no sea acreditado en forma, no ingresa al debate del juicio oral.

8.4. *Forma de acreditación*

La ley no establece cuál es el procedimiento para la acreditación de documentos. Sin embargo, si acreditar es demostrar que el documento es aquel que la parte dice que es y colocarlo en el contexto de la teoría del caso, esa actividad solo se podrá realizar a través del diligenciamiento de otros medios de prueba que no requieran, a su vez, esta forma de acreditación y respecto de las que sea posible el control de partes. Por tanto, el procedimiento consistirá en la declaración de un testigo o de un perito –o aun del propio imputado– hábil para dar fe de esa circunstancia.

El debate se ha centrado en torno a la necesidad de ofrecer testigos de acreditación para la introducción de un documento. Así, el testigo será interrogado sobre el origen del documento y, sobre todo, deberá reconocerlo como aquel que la parte está diciendo que es, dando detalles sobre su conocimiento y señalarlo como un dato relevante en el contexto de la teoría del caso de la parte que lo propone.

Como lo sostuvo la Suprema Corte de Justicia uruguaya en la sentencia nro. 92/2020, de 21 de mayo de 2020, en referencia al art. 271.5 del C.P.P.: *«Lo relevante en el juicio oral normado por el Código vigente, es que la prueba material se introduce según lo que llaman la teoría del caso que alegue cada una de las partes y éstas tienen la carga de escoger el medio idóneo como un testigo o un perito idóneo para introducir la prueba. Por ejemplo, la que se señala como el arma homicida recogida en la escena del crimen, no ingresa según se postula, como tal al juicio sino por medio del testimonio de quien levantó la evidencia en el momento de su hallazgo. Es decir que la prueba material ingresará al juicio a través de los testigos o peritos».*

A través de este procedimiento se habilita al debate y contradicción de las partes sobre el contenido del documento. Será por el examen y contra examen del testigo que se obtendrá el rendimiento total de la prueba. Claramente esa finalidad también puede ser lograda a través de la acreditación del documento por un perito o por el propio imputado.

La acreditación se debe realizar a través de una vía adecuada. Por ejemplo, en el caso de la acreditación a través de un testigo idóneo. De este modo, ha expresado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno en la sentencia nro. 600/2022, de 9 de setiembre de 2022, que no era admisible el ingreso de un certificado médico a través de la declaración de un testigo diverso de quien lo emitió. En sentido similar se expresó el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno en sentencia nro. 752/2021 de 26 de noviembre de 2021.

El art. 174 del C.P.P., en la regulación general de la prueba documental establece que *«Cuando sea necesario se ordenará el reconocimiento del documento por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquel que efectuó el registro. Podrán ser llamados también a reconocerlo personas distintas, en calidad de testigos»* y luego que: *«Podrá acudirse*

a la prueba pericial cuando corresponda establecer la autenticidad del documento». Cabe preguntarse ¿en qué casos es necesario el reconocimiento de un documento por su autor? ¿es parte del procedimiento de acreditación?

A criterio del autor de este trabajo, el reconocimiento no forma parte de la acreditación. Por el contrario, es un procedimiento diverso que servirá para conocer la autoría de un documento privado, ya que el instrumento público se rige por las normas del Código Civil, de acuerdo con lo previsto por el art. 176 del C.P.P. El reconocimiento sería una forma de dar autenticidad, la que, como se analizó, debe ser diferenciada de la acreditación.

El reconocimiento vendrá a cobrar relevancia en la etapa de valoración de la prueba documental y no en la de su admisibilidad.

Es posible acreditar un documento no reconocido por su autor. Piénsese, de este modo, en la incautación de un correo electrónico que es extraído de la computadora del destinatario, el que, de acuerdo con la versión de la fiscalía, fue enviado por el imputado. Ese documento puede ser acreditado mediante la declaración del sujeto que realizó la inspección en el dispositivo del que se extrajo el documento y, de ese modo, ser introducido al debate, sin necesidad de reconocimiento.

9. LA ACREDITACIÓN COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

A efectos de que sea posible la integración de este medio de prueba al proceso, deberá superar el examen de admisibilidad en sentido amplio, para obtener su admisión y ordenación. Ese control será realizado por el sujeto que corresponde según la etapa en la cual sea solicitada. Sin lugar a dudas, el ministerio público deberá realizar el control referido antes de ordenar la práctica de diligencias de investigación en la indagatoria preliminar. Asimismo, y en lo que interesa

al presente estudio, el tribunal deberá controlar la admisibilidad del medio probatorio para permitir su ingreso al proceso.

El C.P.P. dispone que al considerar los medios de prueba: «El tribunal decidirá su admisión y podrá rechazar los medios probatorios innecesarios, inadmisibles o inconducentes» (art. 140.2). Posteriormente, al regular la admisión de prueba en la audiencia de control de acusación, el art. 268.2 inc. 2 de la misma ley establece que: «El juez velará por un genuino contradictorio sobre estos puntos y rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibile, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal».

A partir de este panorama, se constata que la ley emplea los siguientes conceptos para habilitar el rechazo de pruebas: innecesaria, inadmisibile, inconducente, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal.

Se puede concluir que todas esas nociones ingresan dentro de la idea de admisibilidad en sentido amplio.

En cambio, la admisibilidad en sentido estricto puede ser definida como la compatibilidad del medio con el ordenamiento jurídico, ya sea por no transgredir normas fundamentales, en forma general (para cualquier proceso) o bien, en algún proceso en particular. La inadmisibilidad también se puede producir por la transgresión de los requisitos formales para la incorporación del medio probatorio al proceso.

En tal sentido, la prueba documental no resultará admisible cuando vulnere alguna disposición del ordenamiento jurídico, por existir una prohibición expresa o por violar derechos fundamentales (prueba ilícita). Asimismo, habrá un supuesto de inadmisibilidad de la prueba cuando no cumpla con los requisitos de tiempo, forma y lugar previstos para su producción, esto es cuando no sea ofrecida en las oportunidades y con los requerimientos legalmente impuestos.

Es aquí donde, a criterio del autor, debemos ubicar a la prueba documental que no sea acreditada, ya que la ley impone este requisito para su ingreso al debate.

La prueba ilegal puede ser considerada como sinónimo de ilícita y, por tanto, dentro del concepto de inadmisibles³³.

Por su parte, la prueba dilatoria, a criterio del autor, también resulta inadmisibles en la medida en que el acto probatorio no cumple con uno de sus requisitos. Presenta un vicio en el elemento causa, ya que no tiene por tal un interés legítimo (arts. 106 del C.P.P. y 63 del C.G.P.), sino que, por el contrario, tiene una finalidad desviada³⁴. Gomes, en cambio, considera que se trata de prueba innecesaria³⁵.

El concepto de prueba sobreabundante no es tradicionalmente manejado por la doctrina.

De acuerdo con la definición contenida en la versión 2001 del Diccionario de la lengua Española de la Real Academia Española sobreabundar es «*Abundar mucho*». Por su parte, según la misma obra, abundar es, en lo que interesa al presente: «*dotar de abundancia*»; «*ha-*

-
- 33 KLETT, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 492.
- 34 KLETT, S., BALUGA, C., ÁLVAREZ, F., CASTILLO, J., *Principios de la prueba en el sistema procesal civil*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1-2000, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 90 y Klett, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 492.
- 35 GOMES, F., *Derecho Procesal Penal*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2019, p. 416.

ber o existir en gran número o cantidad» y «tener algo en gran cantidad o en gran número»³⁶. Por tanto, es posible compartir con Selva Klett³⁷ y con Fernando Gomes³⁸ que el concepto de prueba superabundante puede confundirse con el de prueba innecesaria.

Especial relevancia por su carácter inadmisibile tiene la prueba que no fue controlada por la contraparte y cuya solicitud se requiere.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 268.4 del C.P.P.: *«No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la contraparte no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes».*

En referencia a la norma, aunque en una redacción anterior que sólo hacía referencia a la necesidad de control por la defensa, expresaba Ignacio Soba: *«Ambas (el efectivo acceso y la real posibilidad de control por parte de la defensa) pasan a configurar, así, un requisito de admisibilidad de la prueba en el proceso penal al que habrá de considerar especialmente. A tales efectos el juez puede y debe asumir un importante rol de control, y además, de oficio para garantizar el control de la defensa»³⁹.*

36 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española (2001)*, disponible en línea en «<https://dle.rae.es/sobreabundar>» y «<https://dle.rae.es/abundar>», consultado el 26 de febrero de 2022.

37 KLETT, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 492.

38 GOMES, F., *Derecho Procesal Penal*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2019, p. 416.

39 SOBA, I., *La audiencia de control de acusación: relevancia de su múltiple contenido y problemas de su sustanciación*, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, p. 261.

Por su parte, Luis Simón al referirse a la regulación del art. 268 del C.P.P. sostiene: «Ya se anuncia así la programación del debate en juicio, lo cual se corrobora por el ordinal 4, al vedar la admisión de prueba a la cual no haya tenido acceso la contraparte y exigir que tenga posibilidad de control»⁴⁰.

En este sentido, no será admisible un documento que no haya podido ser controlado por la contraparte. A criterio del autor, ese control debe extenderse a la acreditación. De este modo, es exigible que la parte ofrezca la prueba indicando su forma de acreditación. Cuando la acreditación consista en su incorporación a través de la declaración de un testigo, este deberá ser debidamente ofrecido para el control del contrario con expresa indicación de su idoneidad para acreditar el documento.

La conducencia es la idoneidad del medio que se propone para probar el hecho que se pretende acreditar. De tal modo que cuando la ley exige, por ejemplo, determinado medio probatorio, serán inadmisibles otros.

La pertinencia, implica la necesidad de que exista relación entre el medio de prueba y los hechos que constituyen objeto de la prueba en el proceso concreto.

Finalmente, el concepto de prueba necesaria refiere a aquella que es útil. La prueba debe prestar un servicio al proceso, ser adecuada para obtener la convicción del juez respecto de los hechos sobre los cuales se funda la pretensión⁴¹. Por lo que, siguiendo a Hernando

40 SIMÓN, L., *La etapa de conocimiento del proceso penal ordinario*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 2, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p 282.

41 KLETT, S., *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1ra. ed., Montevideo, 2014, p.

Devis Echandía, será innecesaria aquella prueba inútil, ya que el cúmulo probatorio es suficiente para demostrar el hecho que se pretende probar, como ocurre en los siguientes casos: a) hechos imposibles e inverosímiles; b) imposibilidad del medio probatorio propuesto en relación al hecho a probar; c) imposibilidad jurídica del hecho en razón de una presunción de derecho en contrario o de una cosa juzgada; d) prohibición legal para investigar el hecho o utilizar el medio propuesto con relación al hecho por probar y exigencia de uno diferente; e) medios diferentes para probar en contrario de lo que aparece en los exigidos por la ley para ese hecho; f) pruebas pedidas para demostrar un hecho que goza de presunción legal de derecho; g) pruebas pedidas para establecer o desvirtuar hechos declarados en sentencia anterior con valor de cosa juzgada; h) prueba de hechos notorios o indefinidos; i) hechos probados ya plenamente por otros medios; j) hechos admitidos o confesados por ambas partes; k) hechos no alegados en la demanda ni en su contestación o en los escritos de excepciones y; l) pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí⁴².

Como puede apreciarse, en definitiva, todas las categorías refieren a la compatibilidad con el orden jurídico, por lo que las diversas especies pueden ser agrupadas como admisibilidad en sentido amplio.

En consecuencia, a pesar de las diferencias terminológicas, a criterio del autor de este trabajo, para el rechazo de prueba en la audiencia de control de acusación es necesario utilizar las mismas calificaciones que en el Código General del Proceso uruguayo (inadmi-

114 y siguientes.

42 DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo Primero, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 331-338. Nótese, que algunos de los supuestos de inutilidad que maneja el maestro, como él mismo lo señala, pueden ser subsumidos en casos de conducencia o pertinencia.

sible, inconducente, impertinente e innecesaria). Por el contrario, los términos sobreabundante, dilatoria e ilegal no constituyen sino usos concretos de los otros conceptos, tal como se expresó.

Asimismo, se comparte la postura de la Prof. Klett en cuanto que para el rechazo de los medios de prueba inconducentes, impertinentes e innecesarios se requiere que esas notas tengan la condición de manifiestas u ostensibles⁴³. Por lo cual, el pedido de incorporación de un documento podrá ser rechazado en la audiencia de control de acusación cuando resulte inadmisibile, manifiestamente inconducente, manifiestamente impertinente o manifiestamente innecesario.

La acreditación es una exigencia de admisibilidad y habilita su rechazo en etapa de control de acusación⁴⁴.

10. ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN DOS MOMENTOS: ETAPA INTERMEDIA Y AUDIENCIA DE JUICIO

En el ordenamiento procesal penal acusatorio la prueba documental –como el resto de la prueba material– transitará un procedimiento de admisión que discurre en dos etapas. En otras palabras, el análisis de admisibilidad será realizado en dos oportunidades diversas.

En primer lugar, en la oportunidad de ofrecimiento respectiva se analizará la admisibilidad del documento. En lo que interesa a este trabajo, en particular, deberá indicarse cuál será la vía de acreditación.

43 KLETT, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 514.

44 BAYTELMAN, A y DUCE, M. Op. Cit. p. 237.

En consecuencia, a criterio del autor, será un requisito de admisibilidad la manifestación por parte del oferente del procedimiento de acreditación que se utilizará para ingresar esa prueba al debate. Como principio general, este análisis se realizará en la etapa intermedia por parte del juez de garantías. En Uruguay el control de admisibilidad se realiza en la denominada audiencia de control de acusación. La postura contraria, que no requiere de la previa alegación de la forma de introducción en la etapa intermedia por no estar prevista expresamente en la ley fue sostenida en Uruguay por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno en la sentencia nro. 664/2022 de 20 de octubre de 2022.

De este modo, al tiempo de ofrecer el medio probatorio, en la oportunidad que corresponda, deberá el proponente indicar cómo se relaciona la prueba con su teoría del caso y quién será el sujeto que lo introducirá en la audiencia de debate.

De regla ese desarrollo argumental se realizará en los actos escritos de la etapa intermedia (acusación y defensa) o por la víctima en la audiencia de control de acusación. Sin embargo, cabe preguntarse si la ausencia de este requisito de alegación puede ser subsanada en la fase oral de la etapa intermedia (audiencia de control de acusación). La respuesta debe ser necesariamente negativa. El requisito de admisibilidad debe ser cumplido al tiempo del ofrecimiento de la prueba para que la contraparte pueda contar con la efectiva oportunidad de control y contradicción. Por tanto, la ausencia de alegación de cómo se cumplirá con el requisito de la acreditación implicará el rechazo de la prueba en la audiencia de control de acusación por inadmisibile.

El control de la idoneidad del sujeto que realizará la acreditación no debe ser exhaustivo en esta etapa. Así, lo que deberá cumplirse al tiempo del ofrecimiento es que el oferente prevea la acreditación, pero no deberá profundizarse en el debate de la idoneidad. Solamente sería posible rechazar la prueba en un supuesto de que esta falta de

idoneidad del sujeto que realizará la acreditación resulte manifiesta, grosera o patente. De lo contrario, podría incurrirse en una vulneración del derecho a la prueba. No debe olvidarse que lo que exige la ley es la acreditación en sí misma, en caso de que la idoneidad del procedimiento de ingreso esté en duda, la prueba deberá ser admitida. Esta respuesta está dada por el hecho de que la admisibilidad volverá a ser analizada por el juez de juicio en etapa de audiencia cuando se ponga en práctica efectivamente el procedimiento de ingreso del documento al debate.

En segundo lugar, la admisibilidad volverá a ser analizada en la audiencia de debate. Es aquí cuando la prueba ingresará efectivamente al proceso. En esta etapa, para que el ingreso de un documento resulte admisible, se debe realizar el procedimiento denominado acreditación de la prueba. Por tanto, el juez de juicio considerará, en definitiva, si el documento que se pretende ingresar es admisible en este aspecto. En caso de que alguna de las notas analizadas antes no se cumpla el documento no será ingresado al debate y no podrá fundamentar la dialéctica argumentativa ni la sentencia. Ante la solicitud de incorporación, el juez rechazará su ingreso, lo que podrá ser objeto de impugnación.

Esta doble oportunidad de análisis tiene que ver con la separación de competencias en el proceso penal acusatorio. Cabe recordar que el análisis de admisibilidad en la etapa intermedia la realiza el juez de garantías. Una vez ordenado el diligenciamiento de los diversos medios probatorios, el juez de juicio solo conocerá la resolución denominada auto de apertura a juicio y tomará real contacto con la prueba con su producción en audiencia. Como sostiene Rubén Chaia: *«Así, el ofrecimiento de evidencias probatorias en aquellos ordenamientos que prevén una etapa intermedia será en esa instancia donde deben ofrecerse y eventualmente admitirse, lo que no quita que, en juicio, deben ser presentadas y autenticadas previo a su ingreso dado que el jurado o los*

jueces no han intervenido en la etapa anterior y es necesario demostrarles que lo que se pretende introducir es auténtico, que puede confiar en ella»⁴⁵.

11. CONCLUSIONES

El proceso penal acusatorio y adversarial impone especiales requisitos en cuanto al ofrecimiento e introducción de pruebas en el debate.

El ingreso de los documentos, con sus especiales características, hace que se requiera adoptar procedimientos que los adapten al debate en juicio oral propio del proceso penal. La oralidad como forma de actuación determina que todos los actos del proceso deben ser desarrollados de este modo. Asimismo, la inmediatez –en el marco de la oralidad– impone que los documentos deban ser leídos y considerados en audiencia para posibilitar el contradictorio sobre ellos.

La acreditación en el proceso penal uruguayo es un requisito de admisibilidad que consiste en demostrar que la prueba es aquello que la parte dice que es y colocarla en el contexto de la teoría del caso del sujeto que lo ofrece.

Se trata, en el caso del derecho uruguayo, de un concepto diverso del de autenticidad del documento.

Es un procedimiento que deben atravesar tanto los documentos privados como los públicos para ser ingresados al debate oral y no existe ninguno que se encuentre exento de dicho requisito.

La acreditación se desarrolla en dos etapas. En primer lugar, en la fase intermedia del proceso penal se debe ofrecer el sujeto idóneo

45 CHAIA, R. Op. Cit. p. 58. Cabe recordar que el autor usa el concepto de autenticidad como sinónimo de lo que en el presente trabajo denominamos acreditación.

para la introducción del documento. En segundo lugar, en la fase de juicio oral se debe realizar efectivamente el procedimiento que permita el ingreso del documento al juicio.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ABAL, A., *Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de los medios probatorios*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3-4/2010, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 781-786.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del proceso*, Editorial BdF, 2da. ed, Montevideo, 2005.
- BAYTELMAN, A., y DUCE, M. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, reimpresión 2018, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2018.
- BAYTELMAN, A., y DUCE, M., *Habilidades y destrezas de los jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*, Juicio oral, colección: Proceso Penal Adversarial, dirigida por Santiago Martínez y Leonel González, Tomo 2, 1ra. ed., Editores del Sur, Buenos Aires, 2019, p. 125-190.
- BERGMAN, P., *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. ed., Buenos Aires, 1995.
- BINDER, A., *Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal*, Revista de Ciencias Penales, Nro. 4 –1998, Editorial Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 101-114.
- BINDER, A., *El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades*, Código del Proceso Penal– Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, CEJA-JSCA-INNECIP, Montevideo, 2018, p. 12-31.
- BLANCO, R., DECAP, M., MORENO, L., ROJAS, H., *Ligación penal estratégica en juicios orales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CAFFERATA, J., y TARDITTI, Á., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Tomo 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003.
- CHAIA, R., *Técnicas de litigación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Volumen 2, Editorial Hamburabi, 1ed., 3ra. reimpresión, Buenos Aires, 2022.

- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo Primero, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
- GALLETTO, V., *Etapa de preparación del juicio oral en el Código del Proceso Penal uruguayo desde una perspectiva acusatoria*, Revista Judicatura, Tomo 66-Julio 2019, Editorial CADE, Montevideo, 2019, p. 65-87.
- GOMES, F., *Derecho Procesal Penal*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2019
- GOMES, F., *Actividades que se cumplen en la audiencia de control de acusación*, en XX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, octubre de 2022, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2022, p. 519-534.
- GÓMEZ, J., *El debido proceso del control de acusación*, Estudios sobre el nuevo proceso penal. Implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, 235-245.
- GONZÁLEZ, L., *La etapa intermedia en el sistema adversarial del Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación*, Código del Proceso Penal– Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, CE-JA-JSCA-INNECIP, Montevideo 2018, p. 179-206.
- JAUCHEN, E., *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Editorial Rubinzal-Culzoni editores, 1ra. ed. revisada, Santa Fe, 2020.
- KLETT, S., *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1ra. ed., Montevideo, 2014.
- KLETT, S., *Reglas generales de la prueba*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 443-570.
- KLETT, S., BALUGA, C., ÁLVAREZ, F, CASTILLO, J., *Principios de la prueba en el sistema procesal civil*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1-2000, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 71-107.
- LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., *La prueba documental*, Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho Esade, Serie Estudios Prácticos sobre medios de prueba, Bosch Editor, Barcelona, 2010.
- LORENZO, L., *Manual de litigación*, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, ediciones Didot, 8va. reimpresión, Buenos Aires, 2022.

- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal, III, Parte general-actos procesales*, Editores del Puerto SRL 1ra. ed, Buenos Aires, 2011.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Sexta edición, Civitas, Thomas Reuters, Pamplona, 2011.
- MORENO, L., *Teoría del caso*, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, ediciones Didot, 1ra. ed., Buenos Aires, 2012.
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PARRA, J., *Manual de Derecho Probatorio*, Décima Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Lda., Bogotá, 2006.
- PÉREZ ALARCÓN, C., *¿Es necesario el testigo de acreditación para la prueba documental en el proceso penal colombiano?*, Pontificia Universidad Javeriana, Medellín, 2022, disponible en línea en: «<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/35825>», consultado el 19 de febrero de 2022.
- PEREIRA CAMPOS, S., *Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo Sistema Procesal Penal*, Código del Proceso Penal– Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, CEJA-JSCA-INNECIP, Montevideo 2018, p. 11-31.
- RUA, G., y GONZÁLEZ, L., *El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias*, Revista Litigación y Sistemas Judiciales, Publicación anual de CEJA e INECIP, Año 17, N° 21, p. 80-103, disponible en línea en: «<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/Sistemas-21.pdf>» consultado el 26 de febrero de 2023.
- RUA, G., *El Juicio Oral en el Código del Proceso Penal de Uruguay, desde una mirada adversarial*, Código del Proceso Penal– Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, CEJA-JSCA-INNECIP, Montevideo 2018, p. 207-230.
- SIMÓN, L., *La etapa de conocimiento del proceso penal ordinario*, Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 2, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2da. ed., Montevideo, 2021, p. 257-290.
- SOBA, I., *La audiencia de control de acusación: relevancia de su múltiple contenido y problemas de su sustanciación*, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019.

- SOBA, I. *Proceso penal uruguayo: estructuras procesales y vías alternativas*, actualizado, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2020
- STROLOGO, G., *El rol del juez en la audiencia de control de acusación*, Estudios sobre el nuevo proceso penal, implementación y puesta en práctica, Asociación de Magistrados del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1ra. ed., Montevideo, 2017, 113-117.
- TOVAS, C., *El rol del testigo de acreditación en la introducción del documento público en el sistema acusatorio*, artículo científico presentado como requisito de grado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar, Bogotá, 2014, disponible en línea en: «<https://core.ac.uk/download/pdf/143447543.pdf>», consultado el 19 de febrero de 2022.
- VÉSCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., CARDINAL, F., SIMÓN, L. M., PEREIRA, S., *Código General del Proceso*, Tomo 5, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- VÉSCOVI, E., DE HEGEDUS., M, KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMÓN, L., PEREIRA, S., *Código General del Proceso*, Tomo 2, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1993.

A PROPORCIONALIDADE PANPROCESSUAL E A SUSTENTABILIDADE DO PROCESSO CIVIL: EM BUSCA DE ALTERNATIVAS PARA O SERVIÇO JUSTIÇA

THE PANPROCEDURAL PROPORTIONALITY AND THE SUSTAINABILITY OF THE CIVIL PROCEDURE: IN SEARCH OF ALTERNATIVES FOR THE JUSTICE SERVICE

MICAELA PORTO FILCHTINER LINKE

Graduada e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Advogada

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa debruçou-se sobre a temática da proporcionalidade panprocessual e do princípio da sustentabilidade aplicados ao Poder Judiciário e, especificamente, ao processo civil. Desse modo, o objetivo central foi analisar a proporcionalidade panprocessual como alternativa para a obtenção de um processo civil sustentável. Com isso, partindo-se da constatação do colapso da jurisdição brasileira e sua necessidade de transformação, observou-se que princípio da proporcionalidade voltado à panprocessualidade, à visão macroscópica do processo como parte interdependente e inter-relacionada à justiça, permite a devida releitura dos institutos processuais de maneira realista e coletiva, ou seja, multidimensional e sustentável.

ABSTRACT: This research work focused on the theme of pan-procedural proportionality and the principle of sustainability applied to the Judiciary and, specifically, to civil procedure. Thus, the main objective was to analyze the pan-procedural proportionality as an alternative to obtain a more sustainable civil procedure. With that, starting from the observation of the collapse of the Brazilian jurisdiction and need of transformation, it was observed that proportionality aimed at pan-procedurality, the macroscopic view of procedures as an interdependent and inter-related parts of justice, allows for proper re-reading of procedural institutes in a realistic and collective way, that is, multidimensional and sustainable.

PALAVRAS-CHAVE: Desastre da justiça; Processo Sustentável; Macro visão jurisdiccional.

KEYWORDS: Justice disaster; Sustainable Procedure; Jurisdictional macroview.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. O princípio da proporcionalidade do direito processual civil. 2. O princípio da sustentabilidade e sua multidimensionalidade. 3. A proporcionalidade em busca de um processo civil sustentável. 4. Considerações.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho debruça-se sobre a temática da proporcionalidade panprocessual e do princípio da sustentabilidade aplicados ao Poder Judiciário e, especificamente, ao processo civil. A problemática posta volta-se à urgência jurídica e social de se buscar alternativas para o aprimoramento da justiça, de maneira que esta funcione efetiva, adequada e sustentavelmente, haja vista o congestionamento do Judiciário ilustrado nos 75,4 milhões de processos em tramitação ao final de 2020 com um tempo médio de 2 anos e 2 meses para a publicação de sentença e de 3 anos e 6 meses para a baixa dos autos de acordo com o relatório Justiça em números 2021 do Conselho Nacional de Justiça.¹

A temática é, logo, bastante atual, especialmente, frente à crise ocasionada pela pandemia da COVID-19, a qual trouxe diversos desafios ao serviço justiça² tanto à título de sua funcionalidade diante dos períodos de distanciamento social, bem como frente ao crescimento de litígios complexos.³ Pontua-se que, embora o número de processo em tramitação perante o Poder Judiciário tenha reduzido no último ano, consoante o mesmo relatório do Conselho Nacional de Justiça⁴, seja por dificuldades ao acesso à justiça, seja por outras razões, esta

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

2 Utiliza-se da concepção de justiça e judiciário como serviço à semelhança do disposto em: SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019.

3 Sobre a pandemia da COVID-19 e a abordagem de litígios complexos: JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A pandemia da Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 21, p. 377-426, 2020.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

pesquisa parte da ideia de que o sistema de processo civil atual é insustentável e ineficiente à luz dos limites materiais, humanos e culturais do serviço justiça.

Desse modo, o objetivo central da pesquisa foi analisar a proporcionalidade panprocessual como alternativa para a obtenção de um processo civil sustentável e, a fim de melhor estruturar a pesquisa para atender à problemática proposta, propôs-se os seguintes objetivos específicos: revisar o conceito e a origem do princípio da proporcionalidade no processo civil; avaliar as perspectivas endoprocessual e panprocessual da proporcionalidade; revisar o conceito e a multidimensionalidade do princípio da sustentabilidade; por fim, analisar a proporcionalidade panprocessual e a macro visão jurisdicional como alternativas para a busca de um processo civil sustentável. Para tanto, utilizou-se de método de abordagem dedutivo, partindo-se de premissas gerais acerca dos pontos que compõem a problemática tratada a fim de proceder-se com uma leitura sistemática e funcionalista dos princípios em foco e do processo civil por meio – essencialmente – de revisão bibliográfica da doutrina sobre o tema.

No intuito de alcançar os objetivos proposto, inicialmente discorreu-se sobre o princípio da proporcionalidade, seu surgimento e sua evolução, chegando em sua aplicação processual, nos sentidos micro e macroscópico. Em sequência, apresentou-se o princípio da sustentabilidade e seu caráter multidimensional para, ao final, analisar a proposta da proporcionalidade panprocessual como caminho para um processo civil sustentável e – logo – para uma justiça efetiva, adequada e eficiente.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O princípio da proporcionalidade surge, no conflito entre garantias fundamentais privadas e públicas, como critério hermenêutico

na criação, aplicação e interpretação normativa.⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se como princípio constitucionalmente implícito, vinculado explicitamente ao direito administrativo no *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.784.⁶

Neste sentido, consoante Juarez Freitas⁷, «o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução de seus objetivos», ou seja, o administrador público precisa sacrificar o mínimo para preservar o máximo.⁸ Assim, coloca-se que a proporcionalidade possui duas facetas: primeiramente, veda o excesso e, concomitantemente proíbe a insuficiência ou ausência de atuação.⁹

Por sua vez, a avaliação de proporcionalidade é uma análise de meios em relação aos fins que se objetiva, a qual perpassa a análise de adequação – de sua conveniência para a obtenção do objetivo almejado -, de necessidade – da inexistência de outro caminho menos oneroso ou idôneo para o alcance do mesmo fim – e da proporcionalidade em sentido estrito – das consequências negativas e positivas, de modo

-
- 5 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.
 - 6 «Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]» (BRASIL. Lei nº 9.784. Brasília: Congresso Nacional, 1999.)
 - 7 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 38.
 - 8 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 39.
 - 9 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 39-40

que estas não sejam superadas por aquelas. Autores como Aharon Barak¹⁰ apontam no sentido de que a análise da legitimidade de propósito deve estar junto à avaliação das características acima postas. No mesmo sentido, Juarez Freitas¹¹ leciona que anteriormente a tais avaliações, a proporcionalidade deve se voltar à legitimidade, princípio explícito da Constituição da República Federativa do Brasil¹² que determina o exame profundo da «finalidade apresentada e [d]a motivação oferecida, de modo a não compactuar, de modo algum, com a ilegitimidade.»¹³

No entanto, o princípio da proporcionalidade evoluiu também de forma a abranger diversas áreas do direito, inclusive o direito processual civil. Neste ponto, Remo Caponi¹⁴ levantou a questão da ne-

10 Aharon Barak explora quatro componentes da proporcionalidade «*proper purpose, rational connection, necessity and proportionality stricto sensu*». Tradução-livre: propósito legítimo, conexão racional, necessidade e proporcionalidade. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Tradução: Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

11 FREITAS, Juarez. *Aula ministrada na disciplina de mestrado de Hermenêutica Jurídica I* no primeiro semestre de 2021 da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, 14 Jun. 2021.

12 «Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. [...]» (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembleia Geral Constituinte, 1988.)

13 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 76.

14 CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

cessidade de conferir certa dinamicidade ao rito processual – no caso, italiano – a fim de que melhor atendesse aos litígios em concreto. Esta ideia – em que pese o processo civil italiano estivesse na contramão com fases sequenciais rigorosamente enunciadas na lei com pouco espaço para discricionariedade – vai ao encontro da tendência iniciada em ordenamentos jurídicos europeus de conferir regras mais elásticas ao processo ordinário, confiando – em certa medida – a tramitação da demanda às determinações do juiz à luz do caso concreto, por exemplo no Reino Unido com *small claim track*, *fast track*, *multi track*¹⁵ – variações procedimentais a depender dos valores monetários envolvidos e da complexidade da causa -; na França, semelhantemente, com *circuit court*, *circuit moyen*, *circuit long*¹⁶, e com a fixação de prazos à luz das necessidades do caso concreto; e na Alemanha com as possibilidades de opção entre audiência imediata ou procedimento preliminar escrito a depender das características da causa em busca de sua resolução com celeridade.¹⁷

Nesse sentido, no processo civil inglês, surge a ideia de tratamento proporcional das causas, levando em consideração os valores monetários envolvidos, a importância e a complexidade do litígio, bem como a situação financeira das partes.¹⁸ Com base nisso, Remo

15 Tradução-livre: procedimento de pequenas demandas, procedimento célere, procedimento múltiplo.

16 Tradução-livre: circuito curto, circuito médio e circuito longo.

17 CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

18 «*Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable [...] (c) dealing with the case in ways which are proportionate: (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party;*» Tradução-livre: «Lidar com um caso de maneira justa e a custos proporcionais inclui tanto quanto factível: [...] (c) lidar com o caso de maneira que seja proporcional:

Caponi¹⁹ propõe a concessão legal ao juiz, colaborando com as partes, do poder de escolha entre modalidades de tratamento dos litígios e de determinação do objeto do processo, considerando proporcionalmente as necessidades instrutórias, a existência de urgência, a natureza da matéria tratada e a complexidade da demanda.

No processo civil brasileiro, o princípio da proporcionalidade foi encampado pela legislação processual civil em seu artigo 8º, ou seja, dentro das normas fundamentais aplicáveis ao processo civil.²⁰ Ocorre que a interpretação de tal dispositivo é feita – no que tange à proporcionalidade – em nível endoprocessual, ou seja, microscópico, partindo da avaliação de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para adequação do procedimento às necessidades do caso concreto, individualmente considerado, optando-se pelo caminho que ofereça mais ampla, adequada, efetiva²¹ proteção aos di-

(i) à quantidade de dinheiro envolvida; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade dos problemas; e (iv) à posição financeira de cada parte;» (REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules. SI 1998/3132*. London: Ministry of Justice, 1988)

19 CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

20 «Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.» (BRASIL. *Lei nº 13.105*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Congresso Nacional, 2015.)

21 No presente trabalho, utiliza-se dos conceitos de eficácia – atingimento dos objetivos propostos -, efetividade – obtenção dos resultados almejados a partir dos objetivos propostos – e eficiência – relação custo-benefício no atingimento dos objetivos propostos – consoante Marco Félix Jobim. (JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.)

reitos fundamentais.²²

Conquanto seja tal leitura do princípio da proporcionalidade no processo civil de extrema valia para que este cumpra com seu objetivo central de prestação de tutela jurisdicional adequada e efetiva, essa não é a única. O princípio da proporcionalidade também deve incidir amplamente no emprego dos recursos da administração judiciária, no equilíbrio de valores constitucionais e na eficiência da administração da justiça.²³

Pode-se dizer, então, que a proporcionalidade em amplo espectro deve também visar o ponto de equilíbrio entre a proteção dos interesses individuais das partes no processo individual e os interesses, considerados em conjunto, dos terceiros em relação ao caso, obedecendo ao princípio da eficiência e à garantia da duração razoável na disciplina do processo.²⁴ Nessa linha, consoante Sérgio Arenhart²⁵, proporcionalidade panprocessual toma por objeto uma dimensão macroscópica, avaliando os processos em conjunto e pensando na realidade da justiça e de seus limites legislativos – da orientação legal vigente -, estruturais – dos recursos humanos e materiais – e culturais – da qualidade das demandas propostas e da resposta a estas oferecida,

22 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

23 CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

24 CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

25 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 42-43.

bem como do preparo dos atores judiciais para o desempenho de sua função.

Portanto, a proporcionalidade pode aplicar-se não somente dentro de cada processo individualmente, mas também ao Poder Judiciário como parte essencial da justiça, considerando os litígios sob sua tutela em conjunto, ou seja, não apenas individualmente, mas como partes de um coletivo, de um sistema de justiça. Essa mudança de perspectiva embasada no cânone da proporcionalidade em sentido amplo e voltada à uma política judiciária aprimorada²⁶ dá espaço ao desenvolvimento da jurisdição de maneira sustentável, haja vista que o contexto atual com milhões de processos tramitando por uma média de anos não se sustenta em uma sociedade em constante e rápida transformação.

3. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E SUA MULTIDIMENSIONALIDADE

Consoante a Comissão da Mundial do Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas no Relatório Brundtland, intitulado «*Our common future*»²⁷, a sustentabilidade consolidou-se com o conceito de desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, garantindo a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações, logo, sem esgotar os recursos para o futuro, buscando harmonizar o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental. O

26 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

27 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Our common future*. Relatório da Comissão do Meio Ambiente e do Desenvolvimento. Oxford: Oxford University Press, 1987.

relatório consolidou os conceitos de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável, expondo a necessidade de que o desenvolvimento seja capaz de suprir as necessidades da geração atual, garantindo a capacidade de atender às necessidades das futuras gerações – sem esgotar os recursos para o futuro –, bem como buscando harmonizar o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental.²⁸

A partir dessas ideias, o desenvolvimento sustentável consagrou-se como princípio, cujo escopo é essencialmente conciliar a proteção ambiental e o desenvolvimento socioeconômico visando ao aprimoramento da qualidade de vida para a sociedade.²⁹ Essa compreensão fundamenta-se essencialmente na concepção de sustentabilidade, cuja finalidade é o equilíbrio entre o atendimento das necessidades sociais e econômicas da população humana e a preservação ambiental, aumentando a qualidade de vida e respeitando as limitações ecossistêmicas, para, em última análise, assegurar a vida em suas diferentes formas, inclusive a vida humana.³⁰

A evolução do debate sobre tais ideias concede ao conceito de sustentabilidade a devida força de princípio fundamental, definindo-o como determinação ético-jurídica de eficácia direta e imediata que reconhece as gerações que ainda não nasceram como titulares de direitos, que impõe a percepção de inter-relação e interdependência de todos os seres e que exige o sopesamento de benefícios, de custos diretos e de oportunidades preteritamente a qualquer empreendimen-

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório Brundtland*. New York: Comissão Mundial do Meio Ambiente, 1987.

29 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão digital.

30 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão digital.

to.³¹ Por sua vez, a ideia de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável surge com maior concretude no ordenamento jurídico brasileiro a partir do reconhecimento dos direitos das futuras gerações no que tange ao direito ao meio ambiente equilibrado no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.³²

Conquanto originária e desenvolvida no direito ambiental, a sustentabilidade toma a devida força de princípio fundamental. Com isso, o princípio da sustentabilidade implica a «responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente.»³³ Ademais, adiciona Juarez Freitas³⁴ que tal princípio conversa essencialmente com o direito ao bem-estar, visando assegurá-lo preventiva e precavidamente no presente e no futuro.

O conceito apontado demonstra a abrangência que possui o princípio da sustentabilidade, de acordo com Klaus Bosselmann³⁵, é

31 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

32 «Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[...]» (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.)

33 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 41.

34 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 41.

35 BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. 2ª ed. New York: Routledge, 2017.

necessário seu reconhecimento universal como princípio fundamental do direito, ao qual estão vinculadas outras normas e conceitos como justiça, direitos humanos, soberania estatal e cidadania. Portanto, a sustentabilidade tem caráter multidimensional, consoante Juarez Freitas, «é jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental.»³⁶

Todos os aspectos que compõem a sustentabilidade inter-relacionam-se, sendo extremamente relevantes para a concepção abrangente que esta carrega e consolidando-a amplamente nos mais diversos âmbitos de desenvolvimento social. No entanto, destaca-se sua dimensão jurídico-política, a qual se vincula à tutela jurídica do direito ao futuro com eficácia direta e imediata, independente de regulamentação.³⁷

Consoante Juarez Freitas³⁸, tal dimensão reflete o dever constitucional de proteção – preferencialmente direta – da liberdade dos cidadãos «no processo de estipulação intersubjetiva de conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras.» Para tanto, diversas são as exigências que constituem a dimensão jurídico-política do princípio da sustentabilidade, dentre as quais consta o direito ao processo – judicial e administrativo – com duração razoável e a promoção da cooperação, o diálogo e a conciliação.³⁹

36 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 50.

37 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 67.

38 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 67.

39 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 70.

O Código de Processo Civil atual traz em diversos dispositivos uma posição que em muito se alinha com a sustentabilidade jurídico-política no que tange ao processo judicial. Lido a partir das normas fundamentais⁴⁰ contidas em seu primeiro capítulo, o texto legal determina a promoção da solução consensual de litígios⁴¹ e a cooperação entre os sujeitos do processo para uma solução justa e efetiva em tempo razoável.⁴² Ocorre que a cultura jurídico processual continua presa às amarras de uma visão individualista e insustentável de processo, considerando cada processo de modo isolado, falhando em perceber que são partes de um sistema colapsado: a justiça, que é, atualmente, palco de uma tragédia dos comuns⁴³, um verdadeiro congestionamento do Judiciário, que, por sua vez se mostra ineficiente, inefetivo e intempestivo na resolução da maioria dos litígios que chegam às suas portas.

40 Sobre o tema: JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. pp. 90-103.

41 «Art. 3º [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.» (BRASIL. *Lei nº 13.105*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Congresso Nacional, 2015.)

42 «Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.» (BRASIL. *Lei nº 13.105*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Congresso Nacional, 2015.)

43 Sobre o tema: WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

4. A PROPORCIONALIDADE EM BUSCA DE UM PROCESSO CIVIL SUSTENTÁVEL

Em face ao cenário em que se encontra o Judiciário, é urgente a busca por alternativas que oportunizem ao processo civil a obtenção de seu escopo primordial: servir como instrumento para a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.⁴⁴ Para tanto, surgem ideias imprescindíveis ao redor da justiça multiportas e do entendimento da justiça como serviço⁴⁵ que vai além do Judiciário, não obstante, enfoca-se na necessidade de mudança de perspectiva da cultura jurídico-processual civil, a fim de que a jurisdição em si expanda seu olhar diante das ferramentas que já possui e caminhe em direção à eficiência e à efetividade, mesmo diante do crescimento da complexidade dos litígios e das funções da jurisdição na resolução de conflitos, na tutela de direitos e nas reformas institucionais e sociais.⁴⁶

Ou seja, entendendo a tragédia da justiça como uma crise sistêmica, essa exige – de acordo com Juarez Freitas⁴⁷ – soluções da mesma magnitude: interdisciplinares, estruturais, cooperativas e coletivas, especialmente considerando que atender ao princípio da sustentabilidade em sua completude pressupõe uma transformação hermenêutica com o despojamento de compreensões que impedem o

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 145-146.

45 SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019.

46 ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some basis of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014.

47 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 51.

aprimoramento do sistema.⁴⁸ Essa virada de perspectiva vai ao encontro da abordagem panprocessual incutida no princípio da proporcionalidade no âmbito do processo civil.

Consoante Sérgio Arenhart e Gustavo Osna⁴⁹, o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado de forma a aplicar-se à gestão judiciária e processual com a destinação de força diversa a diferentes litígios de forma que a justiça funcione sustentavelmente, ou seja, dê a cada processo o que lhe é adequado, necessário e proporcional dentro da realidade em que este está inserido. Ainda, Gustavo Osna⁵⁰ destaca a necessidade de diálogo com as possibilidades e necessidades globais relacionadas à atuação do processo, conformando os conceitos do processo aos limites materiais, culturais e estruturais ao seu redor.

Essa releitura proporcional do processo civil é baliza para a coletivização⁵¹ e unidade do direito, oportunizando quanto a este ponto a busca pela concretização do princípio da sustentabilidade em sua dimensão jurídico-política, haja vista que compõe a busca pela solução efetiva e eficiente dos processos judiciais. Dessa forma, a interpretação panprocessual do princípio da proporcionalidade tem fulcro na ideia de, no caso, expandir seu significado de maneira que este reste aprimorado e possibilite a mais adequada resolução dos casos

48 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 50-51.

49 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some basis of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014.

50 OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

51 Vide: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

em concreto à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, embasado em interpretação sistemática do direito.⁵²

Adicionalmente, relevante pontuar que atualmente o desenvolvimento social exige uma compreensão ampla do contexto em que se insere, não podendo a jurisdição ocasionar gastos e desperdícios que importam em grande perda ao erário público – produto do esforço social –, pois a realidade não mais comporta uma justiça nestes termos.⁵³ Logo, imprescindível tornou-se reinterpretar criticamente o processo civil à luz dos valores constitucionais primordiais, percebendo sua natureza argumentativa e maleável⁵⁴ e aproximando-o da

-
- 52 A interpretação sistemática do direito está explanada por Juarez Freitas nas seguintes palavras: «Destarte, assumindo ótica mais elucidativa, a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir topicamente, a melhor significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. [...] verdadeiramente a interpretação sistemática, compreendida em novas e realistas bases, é a que se realiza em consonância com aquela rede hierarquizável, máxime na Constituição, tecida de princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interação com o intérprete, positivador derradeiro.» (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 80)
- 53 MARIZ-NÓBREGA, Mônica L. C. de A. D.; NÓBREGA, Sulamita Escarião. Poder Judiciário Sustentável: um novo paradigma de justiça. Direito à Saúde, Desenvolvimento e Cidadania no Estado Democrático de Direito. In: BASSO, Ana Paula; et all. *Direito e Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Perspectivas*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. (pp. 209-222) p. 220-221.)
- 54 Exemplificativamente, sobre a maleabilidade e a flexibilização procedimental necessária nos processos estruturais: JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner Linke. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma Análise do Recurso Especial

realidade⁵⁵, porquanto os ideais fixos da cultura tradicional não são factíveis, sendo urgente a implementação da sustentabilidade e da equidade ao processo civil compreendido macroscopicamente. Afinal, «quando a vida se afasta da ideia, é sinal que se precisa mudar de ideia.»⁵⁶

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Por conseguinte, percebe-se que a jurisdição brasileira se encontra colapsada, necessitando de uma transformação estrutural e sistêmica que permita sua eficiência e efetividade na prestação de tutela aos direitos lesados e ameaçados. O número de mais de 8 dígitos de processos em trâmite perante o Judiciário e as médias de 2 anos para sentenças dentre outras estatísticas⁵⁷ atestam a complexidade do serviço justiça, especialmente no que tange ao Judiciário que se mostra congestionado e ineficiente.

Neste contexto, o princípio da proporcionalidade voltado à panprocessualidade, à visão macroscópica do processo como parte interdependente e inter-relacionada à justiça, permite a devida releitura dos institutos processuais de maneira realista e coletiva, ou seja, multidimensional e sustentável. Isso porque propõe uma mudança de perspectiva na leitura do processo civil, pensando neste como parte

1.854.847/CE. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n° 103. Jul-Ago, 2021. pp. 7-26.

55 OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

56 CAPONI, Remo. *Processo civil e complexidade*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.

57 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

do sistema e do serviço justiça de maneira que cada processo não seja voltado unicamente para si mesmo, mas contextualizado, bem como implica uma nova visão do processo civil, o qual deve primar pela sua sustentabilidade e pela sustentabilidade do serviço justiça em verdadeiro entrelaçamento de áreas de conhecimento.

Esta proposta sustenta-se no pensamento dessa interdependência e interligação dos processos dentro do Judiciário, por meio do que se percebe a necessidade de se dar atenção aos limites materiais, humanos e culturais do serviço justiça, de modo a harmonizá-los na busca pela prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, logo, de maneira eficiente e sustentável. Por conseguinte, o princípio da sustentabilidade é base para a urgente transformação de perspectiva na interpretação do processo civil, a fim de aproximá-lo da realidade, legitimando-o e adequando-o. Assim, caminhar-se-á em direção à possibilitação não somente do aprimoramento da jurisdição, mas de modo que se obtenha um sistema de justiça verdadeiramente eficaz, eficiente e efetivo para a geração atual e para as futuras gerações.

6. REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some basis of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Tradução: Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BOSELNANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. 2ª ed. New York: Routledge, 2017.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembleia Geral Constituinte, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 9.784*. Brasília: Congresso Nacional, 1999.
- BRASIL. *Lei nº 13.105*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Congresso Nacional, 2015.
- CAPONI, Remo. Processo civil e complexidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 11. Volume 18. Número 3. Rio de Janeiro. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Aula ministrada na disciplina de mestrado de Hermenêutica Jurídica I* no primeiro semestre de 2021 da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, 14 Jun. 2021.
- JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. pp. 90-103.
- JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A pandemia da Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 21, p. 377-426, 2020.
- JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner Linke. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma Análise do Recurso Especial 1.854.847/CE. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. nº 103. Jul-Ago, 2021. pp. 7-26.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARIZ-NÓBREGA, Mônica L. C. de A. D.; NÓBREGA, Sulamita Escarião. Poder Judiciário Sulentável: um novo paradigma de justiça. Direito à Saúde, Desenvolvimento e Cidadania no Estado Democrático de Direito. In: BASSO, Ana Paula; *et all*. *Direito e Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Perspectivas*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. pp. 209-222.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório Brundtland*. New York: Comissão Mundial do Meio Ambiente, 1987.
- OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules*. SI 1998/3132. London: Ministry of Justice, 1988.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão digital.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DEL HILO ROJO DE LA MARINA INGLESA (O DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO EN EL ORDEN CIVIL)¹

*THE ROGUE'S YARN OF THE BRITISH NAVY: THE MODEL
CASE PROCEEDINGS IN PRIVATE LITIGATION*

WALTER REIFARTH MUÑOZ

Investigador postdoctoral en Derecho procesal
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: Este trabajo pretende ofrecer una aproximación general al procedimiento testigo como una herramienta dirigida a combatir la sobrecarga de los órganos ju-

ABSTRACT: This work aims to generally describe the model case proceedings as a suitable tool to reduce the work overload of civil courts facing massive litigation. In do-

-
1. Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de una ayuda para la requalificación del sistema universitario español para 2021-2023 (modalidad de ayuda «Margarita Salas», durante la estancia en la Universidad de Valencia, en el marco del Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, y de la Orden del Ministerio de Universidades UNI/551/2021, de 26 de mayo. El artículo es igualmente resultado del Proyecto de Investigación «Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso-testigo» (PID2021-122569OB-I00), financiado en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigadora principal la profesora Alicia Armengot Vilaplana. Quiero agradecer la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el impulso del premio Víctor Fairén Guillén para los jóvenes investigadores en Derecho procesal civil.

risdccionales en el orden civil en casos de litigiosidad masiva. Para ello, se abordarán los fundamentos y los instrumentos procesales que pueden ser análogos o que han podido servir de inspiración al legislador español. En su estado embrionario, la configuración prelegislativa de esta técnica adolece de ciertos problemas que, como se verá, pueden ser resolubles de cara a su posible incorporación en otros ordenamientos iberoamericanos.

PALABRAS-CLAVE: procedimiento testigo; litigiosidad masiva; demandas repetitivas; eficiencia.

ing so, the rationale and procedural instruments that may be analogous or that may have served as inspiration to the Spanish legislator will be addressed. In its embryonic state, the pre-legislative configuration of this technique suffers from certain difficulties that could be resolved to its possible incorporation into other Ibero-American legal systems.

KEYWORDS: model case proceedings; mass litigation; repetitive claims; efficiency.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El estro y el estrato legislativo del procedimiento testigo: 2.1. Los fundamentos teóricos del procedimiento testigo. 2.2. El origen declarado del procedimiento testigo. 2.3. Algunas figuras análogas en clave comparada. 3. La perfectible regulación del procedimiento testigo como herramienta para una pretendida descongestión judicial en España: 3.1. Un muy limitado ámbito de aplicación. 3.2. La dinámica procesal del procedimiento testigo. 3.3. La perversa nómina de opciones del demandante del procedimiento suspendido. 4. A modo de conclusión: una posible incorporación del procedimiento testigo en el código procesal civil modelo para Iberoamérica. 5. Bibliografía consultada.

«Hemos oído hablar de una costumbre particular de la marina inglesa. Todas las cuerdas de la flota real, de la más fuerte a la más delgada, están trenzadas de tal manera que un hilo rojo las atraviesa todas; no es posible desatar este hilo sin que se deshaga el conjunto y eso permite reconocer hasta el más pequeño fragmento de cuerda que pertenece a la Corona»
(*Las afinidades electivas*, J. W. von GOETHE, 1809²).

1. INTRODUCCIÓN

Encontrar una respuesta adecuada al problema de la litigiosidad masiva es uno de los desafíos más importantes a los que se enfrenta el proceso civil del presente siglo. La mayor extensión subjetiva de los daños y amenazas que corrompen el orden del tráfico jurídico no es sino la consecuencia natural de cambios sociales de considerable envergadura. Nunca en la historia los mercados han gozado de un escenario tan cercano a la competencia perfecta, ni los individuos han tenido un acceso tan inmediato a los productos e ideas de otras personas. La alta disponibilidad de bienes y servicios, la vigorosa celebración y rápido perfeccionamiento de contratos y la existencia de relaciones jurídicas cada más atomizadas y anónimas han generado

-
- 2 Se cuenta que John Forbes, cirujano de la armada inglesa, habría hecho entrega en Hamburgo de un trozo de estas cuerdas al autor alemán, según el relato de Friedrich W. Riemer, asistente literario de Goethe entre 1803 y 1812. Así queda anotado en la edición francesa del libro, editada por Gallimard en 1954, con traducción de Pierre du Colombier (p. 342).

situaciones que reclaman una respuesta judicial colectiva o, al menos, un tratamiento conjunto y eficiente de los expedientes.

Aunque pueda resultar conocido, no es ocioso apelar a las disfunciones que ha venido sufriendo en los últimos años la Administración de Justicia como consecuencia de una pandemia global, flébil causa de sucesivas declaraciones de estados de excepción en todos nuestros países, que han impedido administrar los expedientes con la celeridad que sería deseable.

A esta variada floresta de fenómenos no puede dar una respuesta eficiente un proceso civil renqueante, lento y siempre necesitado de más medios. Los procesos colectivos, que se han reclamado como la solución a los problemas derivados por los daños masivos, han tropezado con frecuencia con la aversión de los mercados y de algunos reputados juristas. La subversión de los esquemas tradicionales que reclaman estos procesos no constituye desde luego su mejor carta de presentación, y tampoco ha ayudado la mala reputación debida a su praxis en algunos países.

Nos referimos, en fin, a los problemas seculares del proceso y de la normal resistencia al cambio, pero agravados progresivamente por la profunda transformación de la forma que tenemos de relacionarnos con los demás y de pensarnos a nosotros mismos. Estas particulares circunstancias nos han obligado a buscar soluciones más o menos creativas para dar salida al elevado número de pleitos pendientes.

En este contexto, el legislador procesal español, como el misionero del nuevo credo de la eficiencia, ha diseminado recientemente una serie de reformas de hondo calado en el diseño de las estructuras del proceso civil. Esta es la fe que ha inspirado a un legislador con arrojo reformista para elaborar una tríada de proyectos de ley que no por anunciados resultan menos sorprendentes. En lo que ahora importa, recientemente se ha presentado públicamente el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio

público de Justicia³ que, sin perjuicio de los cambios que puedan acaecer a lo largo de su *iter legis*, pretende introducir la herramienta del pleito o procedimiento testigo en el orden civil.

En su misma esencia, la técnica del procedimiento testigo consiste, básicamente, en la regla que permite al órgano jurisdiccional suspender la tramitación de demandas o recursos individuales con idéntico objeto y tramitar con carácter preferente uno o varios de ellos, denominados testigo o modelo (*leading case*). Se trata, en última instancia, de un mecanismo que busca aliviar la carga de trabajo derivada de la litigiosidad masiva que se produce por mor del elevado de número de reclamaciones individuales, las cuales no pierden, por la especialidad de su tramitación, su carácter.

En este trabajo, se pretende abordar la introducción del procedimiento testigo en orden civil, sin profundizar en la cuestión complementaria, mucho más amplia, de la extensión de efectos de la sentencia que sirve como modelo. Con este limitado propósito, se brindarán algunas pistas sobre los orígenes de esta herramienta ya que, aunque haya sido importada por primera vez al ámbito del juicio verbal, no es del todo extraña a nuestra realidad jurídica. Seguidamente se indagará sobre la dinámica procesal del procedimiento testigo. La necesidad de atar su análisis a unos contornos ciertos nos empuja a tomar la re-

3 En nuestra opinión acertadamente, FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La justicia no es un servicio público»: examen provisional del proyecto de reforma procesal en situación parlamentaria de enmiendas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, 2009, pp. 619-663, advirtió, en relación con otra norma, sobre la preocupante degradación de la Jurisdicción cuando se la quiere entender como un servicio sometido a criterios de oportunidad política, y no como un poder del Estado ejercido bajo criterios de legalidad y a través de la potestad jurisdiccional. En este trabajo, tomamos la versión del Proyecto de Ley publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022.

gulación proyectada en España como objeto de estudio, con especial énfasis en aquellos aspectos que merezcan ser reconsiderados o que puedan diluir las esperanzas depositadas en esta técnica. Finalmente, nos preguntaremos por la posibilidad de incorporar este instrumento al sistema diseñado por los códigos modelo. Finalmente, como es preceptivo en toda obra científica, finalizaremos con unas conclusiones que culminan la investigación.

2. EL ESTRO Y EL ESTRATO LEGISLATIVO DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO

No es fácil determinar cuál fue la inspiración del legislador procesal español para llevar la institución del procedimiento testigo al ámbito del juicio verbal. Circunstancias bien conocidas⁴ explican la necesidad, cada vez más perentoria, de racionalizar el tratamiento judicial de demandas que revelan la existencia de cuestiones de hecho y de derecho comunes. Más allá de los motivos que han excitado la reforma, todavía pendiente, debemos preguntarnos por la dirección que ha tomado y sus previsibles fines. A tal fin, resultan particularmente sugerentes las conjeturas acerca de los fundamentos, el origen del procedimiento testigo y la búsqueda de figuras análogas, tanto

4 Además de las indicadas *supra*, pueden encontrarse extensas explicaciones de tales circunstancias, entre otros, en ORTELLS RAMOS, M.: «Tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016, pp. 1-47; y en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2020, pp. 25-58; PEREA GONZÁLEZ, Á.: «Audiencia previa y pleito masa: una reflexión a la luz de la litigación masiva», en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 150, 2021, 1-13.

en nuestro ordenamiento como en experiencias comparadas, sin mayor pretensión que la de construir un panorama de herramientas que pudiera explicar esta nueva y decidida apuesta por el procedimiento testigo en el orden civil.

2.1. *Los fundamentos teóricos del procedimiento testigo*

Las bases torales del procedimiento testigo vienen determinadas por dos extremos que, como un Jano bifronte, contribuyen a construir una técnica por principio apta para combatir la litigiosidad masiva en determinados sectores: la eficiencia y la economía procesal, por un lado, y la seguridad jurídica, por otro.

La eficiencia es un vocablo que, por la extensión de su carácter programático, sirve de catalizador de muchas de las reformas procesales que discurren actualmente en las asambleas parlamentarias de nuestros países⁵. Se constituye así en un principio inspirador de

5 GUASP, J.; ARAGONESES ALONSO, P.: *Derecho procesal civil* (7.^a ed.) (t. I). Civitas, Pamplona, 2005, concibe el proceso a partir de dos principios: el de armonía y el de economía. A partir del primero, los principios procesales más clásicos (inmediación, concentración, contradicción...) se combinan sin disonancias para lograr la satisfacción de la pretensión. El principio de economía determina que lo han de hacer con el mínimo de energía de tiempo, de dinero y de actos procesales posible. Para KOCHER, E.: «Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht», en BRÖMMELMEYER, C. (ed.): *Die EU-Sammelklage*. Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 74, el ahorro de trámites estériles en la gestión de casos similares es el principal fundamento del proceso modelo, aunque no resulte adecuado para la tutela de intereses difusos. Para ARAGONESES SEIJO, S.: «Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», en *Diario La Ley*, núm. 9775, 21 de enero de 2021, p. 5, el procedimiento testigo tiene el objetivo de reducir la litigiosidad en casos sustancialmente idénticos.

todo proceso que parte del carácter siempre limitado de los recursos económicos y humanos de que dispone la Administración de Justicia y que consiste en conseguir la satisfacción de pretensiones con mayor ahorro posible de actuaciones innecesarias, superfluas o repetitivas de otras ya practicadas⁶. Así, debe tenderse a evitar la repetición de trámites cuando ya existan datos de la suficiente entidad que permitan al órgano jurisdiccional resolver la cuestión de fondo.

El desvalor que supone la ineficiencia degenera en un proceso más lento, que entorpece la consecución del derecho a obtener en un tiempo razonable una resolución judicial sobre la causa. Sin embargo, la búsqueda de la eficiencia no puede degenerar en una restricción de las garantías de acceso al proceso, contradicción y defensa o, como expresivamente dijo GIUSSANI⁷, en una «avaricia procesal» que pretenda aligerar el trabajo de jueces y tribunales con merma de los derechos de los justiciables. Desde el punto de vista dogmático, la herramienta del procedimiento testigo pretende, pues, el mantenimiento de la efectividad de la tutela, pero aligerando la carga de trabajo de los jueces.

Resuelto el litigio, la existencia de una única resolución sobre el fondo del asunto vigoriza la seguridad jurídica. Por su propia dinámica, el procedimiento testigo permite la construcción de una misma respuesta ante pretensiones idénticas. Todos los afectados en masa, con las particularidades que serán estudiadas más adelante, podrán optar a que los efectos de la decisión dictada en el procedimiento principal les alcancen. Con ello, se evita que existan resoluciones

6 Ya el propio Preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refería a la «inspiración básica» de no multiplicar inútilmente la actividad jurisdiccional con la diversidad de cargas que todo proceso debe implicar.

7 GIUSSANI, A.: *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Il Mulino, Bologna, 2008, p. 69.

contradictorias sobre un mismo hecho litigioso, lo que contribuye a reforzar la seguridad jurídica que abiertamente proclaman los textos constitucionales.

2.2. *El origen declarado del procedimiento testigo en el orden civil*

El procedimiento testigo no es totalmente nuevo en nuestro ordenamiento, sino que ya se encontraba previsto en el proceso administrativo para prevenir recursos idénticos contra los actos en masa⁸. De hecho, la Exposición de Motivos del proyecto legislativo que pretende incorporar la figura del procedimiento testigo por primera vez en el orden civil español se refiere expresamente a una importación del orden administrativo. Esta fue, sin duda, una de las novedades más notorias que trajo consigo la aprobación de la LJCA en 1998, cuya Exposición de Motivos ya señalaba que «la preocupación por agilizar la tramitación de las causas» llevaría a «eludir la reiteración de trámites»⁹.

8 En la doctrina, puede verse al respecto DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Extensión de efectos y pleito testigo en la Jurisdicción Administrativa*. Cizur Menor, Aranzadi, 2016; DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L.: «Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma», en *Estudios de Deusto*, vol. 67, núm. 2, 2019, pp. 235-261; CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E.: «Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 591-626; VELASCO JIMÉNEZ, C.: «La extensión de efectos y el procedimiento testigo en el plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9682, 27 de julio de 2020.

9 A esta específica cuestión ya se refirió el informe explicativo y la propuesta de Anteproyecto de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, elaborado por la Sección Especial para la reforma de la Ley de la

El art. 37.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) obliga al órgano judicial, cuando no se hayan acumulado recursos contencioso-administrativos de idéntico objeto, tramitar uno o varios de ellos con carácter preferente «previa audiencia de las partes por un plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros». Una vez firme la resolución del recurso o recursos testigo, el Letrado de la Administración de Justicia trasladará testimonio de la sentencia a los recurrentes de los demás recursos interpuestos a fin de que, en el plazo de otros cinco días, puedan interesar la continuación del procedimiento, el desistimiento del recurso o la extensión de los efectos de la sentencia recaída¹⁰. En este último caso, el órgano

Jurisdicción Contencioso-administrativa de la Comisión General de Codificación, y presentado en marzo de 2013 por el Ministerio de Justicia, p. 53.

- 10 Artículos 37.3 y 111 LJCA. Téngase en cuenta la coherencia, a estos efectos, del art. 72.3 LJCA, que limita a las partes los efectos de «la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada», pero añade que «tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111». Por lo demás, debe tenerse presente que la técnica del procedimiento testigo en el orden administrativo (art. 111) difiere de la extensión de efectos de la sentencia en materia tributaria, de personal y de unidad de mercado (art. 110), aunque a veces hayan sido tratadas a veces de forma conjunta en la doctrina. Así en ROMÁN GARCÍA, F.; CASTILLO BADAL, R.: «Capítulo IV: Ejecución de sentencias», en ARNALDO ALCUBILLA, E.; FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (dirs.): *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (2.^a ed.). Wolters Kluwer, Madrid, 2006, esp. pp. 984-990. Aunque, en última instancia, respondan a la misma lógica, el art. 111 LJCA se refiere a la técnica ya descrita del procedimiento testigo sobre la base de un proceso ya iniciado, mientras que el art. 110 LJCA queda limitada por la existencia de una sentencia que haya adquirido firmeza y por el objeto de los recursos en materia tributaria, de personal y de unidad de mercado.

judicial deberá acordar tal extensión (art. 111 *in fine* LJCA)¹¹, salvo que la doctrina contenida en la sentencia testigo fuera contraria a la

-
- 11 Según el art. 87.1.e LJCA, contra el auto denegatorio de la extensión de efectos es posible el recurso de casación «en todo caso» (esto es, aunque el litigio verse sobre las materias a que se refiere el art. 86.2 LJCA), previa interposición del recurso de súplica. Sin duda, la posibilidad de impugnar en casación los autos dictados en este incidente cualquiera que fuera la materia y la cuantía debatida obedece a la preocupación por la generalización de la solución dada en la sentencia testigo. Por otra parte, hay vivo un debate sobre los límites de la actividad revisora del tribunal de apelación (art. 80.2 LJCA) o de casación. El Tribunal Supremo, en Sentencia 2408/2008, de 9 de mayo, estimó la posibilidad de revisar en casación la identidad de situaciones contenidas en los autos de instancia: «[N]o cabe acoger la inadmisibilidad que postula la parte recurrida basada en la imposibilidad de revisar en casación los hechos ya probados [...], ya que el objeto de la casación en estos casos es revisar si el Tribunal *a quo* efectuó en relación con estos Autos el debido control sobre la concurrencia de los requisitos establecidos, entre ellos, el requisito de identidad de las situaciones jurídicas, que es el ahora controvertido [...]. En definitiva, en el incidente de extensión de efectos hay que entender que se concede al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en la instancia, a fin de determinar si se aprecia o no la errónea aplicación de la normativa establecida» (FJ 5.º). *Cfr.*, por todas, STS 8041/2006, de 4 de diciembre (FJ 4.º); 7567/2011, de 24 de octubre (FJ 2.º) y ATC 8123/2018, de 20 de junio (FJ 3.º): «[e] apartado 5 del artículo 110 LJCA, aplicable por remisión del artículo 111 LJCA, no permite un control pleno de la sentencia cuya extensión de efectos se cuestiona, [sino que] se limita a establecer la desestimación cuando exista cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 LJCA. Así, pues, los estrictos términos que configuran el recurso de casación en relación con los Autos dictados en aplicación del art. 37.2 LJCA no permiten considerar la disconformidad plena al ordenamiento jurídico de la sentencia de origen, salvo, en su caso, la existencia de cosa juzgada o la contradicción con la jurisprudencia».

jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia dictada con ocasión del desaparecido recurso de casación para la unificación de doctrina, o que el recurso o alguna pretensión contenida en él sean inadmisibles por alguna de las circunstancias previstas en el art. 69 LJCA¹².

Debe notarse, empero, que este supuesto germen del procedimiento testigo en orden civil viene determinado por el dato de la referencia expresa que el legislador español hace a su propia obra respecto de la extensión de efectos en el orden administrativo. Ello no significa en modo alguno que el instituto no haya podido beber directamente de otras fuentes que pasamos a analizar sucintamente a continuación.

2.3. *Algunas figuras análogas en clave comparada*

Podría decirse que la incorporación del procedimiento testigo está inspirado en los procesos modelo (*Musterverfahren*) introducidos en el ordenamiento alemán, en un primer momento, para resolver también los conflictos que implicaran a los administrados¹³ y, pos-

12 El art. 69 LJCA se refiere a las siguientes causas de inadmisibilidad del recurso: a) que el órgano carezca de jurisdicción; b) que haya sido interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada; c) que tenga por objeto disposiciones, actos o actuaciones no impugnables; d) que recaiga sobre cosa juzgada o existiera litispendencia; e) que se haya presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

13 LECLERC, M.: *Les class actions, du droit américain au droit européen: propos illustrés au regard du droit de la concurrence*. Larcier, Bruselas, 2012, pp. 191-192, nota que el proceso modelo ya era una técnica conocida para los administrativistas alemanes, pues se encontraba regulada en el art. 93 del Código de Proceso Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*), que permitía a los jueces ante los que se presentaran al menos veinte recursos

teriormente, a propósito de la litigación masiva derivada de información bursátil errónea y potenciada después con el célebre asunto *dieselgate*¹⁴. En el país tudesco, este dispositivo se ha previsto para la reparación de daños ocasionados por información financiera falsa, equívoca o engañosa, o la ausencia total de ella, o para exigir el cumplimiento de lo convenido contractualmente tras una oferta de adquisición de títulos valores¹⁵. El proceso modelo alemán exige que

contra un determinado acto administrativo la posibilidad de suspender la tramitación de los procedimientos, realizar un muestreo de las solicitudes y pronunciarse en una sola decisión sobre la legalidad de la disposición.

- 14 Sobre el sistema alemán, puede verse ARMENTA DEU, T.: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 21-22. Desde un punto de vista crítico, *vid.* ORTELLS RAMOS, M.: «Tratamiento de los litigios...», *op. cit.*, quien manifiesta sus dudas sobre la verdadera utilidad de este instrumento para conseguir la tan deseada eficiencia en la tramitación de los asuntos, especialmente por los problemas ligados a la financiación de los costes de este tipo de procesos. Aún más crítico se muestra ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «El «dieselgate» ante...», *op. cit.*, quien entiende que no merece ser imitada esta práctica, que puede desembocar en una huida a sistemas extrajudiciales y responde más a las peculiaridades y a la flexibilidad de los sistemas del *common law* que a las garantías procesales que rigen en Europa.
- 15 La necesidad de incorporar el proceso modelo al ordenamiento alemán fue advertida en el año 2001, cuando se presentaron 2 650 demandas (que agrupaban a unos 17 000 individuos y 700 abogados) contra Deutsche Telekom, todas ellas basadas en el supuesto común de que la compañía publicó información errónea para disimular su situación financiera real y, especialmente, para estimular la compra de sus títulos. La caída generalizada del valor de las acciones generó un enorme descontento entre los inversores, que hicieron valer la inexactitud de la información recibida como un elemento determinante para la celebración de los contratos de compra de activos. El número de afectados motivó la introducción de la figura del proceso modelo en el mercado de capitales (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten*). Sobre estos antecedentes, pueden

todo acreedor afectado en estos casos deba iniciar un procedimiento individual para reclamar su crédito. Ante la solicitud de aplicar esta técnica, el juez de primera instancia suspenderá el procedimiento por un plazo de cuatro meses para que se presente ante él al menos diez demandas que, por la identidad de su objeto, puedan ser resueltas de manera uniforme para todos los afectados. Todas las demandas quedarán inscritas en un registro informatizado, a través del cual se canaliza toda la información que se considere relevante para la resolución del caso¹⁶. Además, el juez de primera instancia deberá dictar un auto de remisión del procedimiento-guía a un tribunal superior (*Oberlandesgericht*), que decidirá sobre la causa, lo que facilita la extensión de efectos y, en última instancia, la ausencia de resoluciones contradictorias.

La frecuencia de los daños en masa en el ámbito de las relaciones de consumo motivó la ampliación de esta técnica a este específico campo a través de la llamada acción declarativa modelo (*Musterfeststellungsklage*)¹⁷, que habilita desde el año 2018 a determinadas entida-

verse WOLF, C.; DENZ, C.: «Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland – tu felix Austria et nunc to quoque felix Germania», en AZENBERGER, P.; KLAUSER, A.; NUNNER-KRAUTGASSER, B. (eds.): *Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum*. Verlag, Viena, 2022, pp. 37 y ss.; o SCARCHILLO, G.: *Class action: dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*. Giappichelli, Turín, 2019, pp. 96-101.

16 Se trata de un registro digital de acceso público y gratuito, disponible en www.bundesanzeiger.de (fecha de última consulta: 17 de abril de 2023).

17 Un estudio panorámico de la acción declaratoria modelo en Alemania puede encontrarse, por todos y entre los más recientes, en BOTTHÄUSER, S.: *Die Musterfeststellungsklage*. Nomos, Baden-Baden, 2023. En España, han trabajado sobre esta cuestión ORTELLS RAMOS, M.: «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo: Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, pp. 23 y ss.

des habilitadas a pretender la tutela de los intereses de las personas consumidoras a partir de un registro público que clarifica qué pretensiones se han deducido y qué procesos van a quedar afectados por este peculiar régimen procesal.

En términos generales, y con una regulación que quizá recuerde más a un proceso colectivo de tipo *opt-in*, el régimen del procedimiento testigo es próximo al de la *Group Litigation Order*, un mecanismo previsto desde el año 2000 en las jurisdicciones de Inglaterra y Gales que permite la tramitación conjunta de un número elevado de demandas que traigan causa de circunstancias comunes de hecho o de Derecho. El tribunal solo puede utilizar esta herramienta «cuando haya o sea probable que haya varias demandas que respondan a una misma causa» (Rule 19.11 de las *Civil Procedure Rules*). La orden deberá orientar la labor del registro (*group register*) a fin de identificar las demandas que pueden ser tramitadas mediante este procedimiento y especificar el tribunal que habrá de conocer de todas ellas (*management court*). Una expresión de reciente factura y mucho más marcada por esta flexibilidad procesal británica son los llamados *umbrella proceedings* (UPO) para la protección del Derecho de la competencia. El 6 de junio de 2022, el Tribunal de Apelaciones de la Competencia ha elaborado una guía práctica que sienta las bases para la tramitación conjunta, impulsada de oficio o a instancia de parte, de demandas que presenten cuestiones fácticas o jurídicas de naturaleza similar¹⁸.

La técnica del procedimiento testigo también guarda semejanza con las sentencias piloto empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, utilizadas por primera vez en el asunto *Broniowski*

18 Puede consultarse esta breve guía práctica en https://www.cattribunal.org.uk/sites/cat/files/2022-06/Practice%20Direction_Umbrella%20Proceedings_06%20June%202022_0.pdf (fecha de última consulta: 28 de mayo de 2023).

c. *Polonia*, de 22 de junio de 2004, para resolver sobre los fallos en el sistema polaco en el sistema de indemnización de las personas que perdieron sus propiedades tras el movimiento de fronteras tras la II Guerra Mundial ¹⁹, aun cuando el tribunal no tenía una base normati-

-
- 19 STEDH (Gran Sala), asunto *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004, esp. §§ 70-72. A propósito de las sentencias piloto y cuasipiloto en el marco del Consejo de Europa, WILDHABER, L.: «A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?», en *Human Rights Law Journal*, núm. 23, 2002, pp. 161-165, ha señalado la tensión que existe entre la tutela individual y la función creadora de estándares para la aplicación e interpretación de los derechos que realiza el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este particular, véase CUCARELLA GALIANA, L. A.: *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 255-296; QUERALT JIMÉNEZ, A.: «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 395-424; DI MARZO, A.: «L'État face aux arrêts pilotes de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», en *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, núm. 108, 2016, pp. 887-914; SAINATI, T.: «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», en *Harvard International Law Review*, vol. 56, núm. 1, 2015, pp. 147-205; GLAS, L. R.: «Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to Be Drawn», en *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2014 pp. 671-690; ABRISKETA URIARTE, J.: «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», en *Revista Española de Derechos Internacional*, vol. 65, núm. 1, 2013, pp. 73-99; FYRNYS, M.: «Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights», en *German Law Review*, vol. 12, núm. 5, 2011, pp. 1232-1259. Particularmente en contra de este mecanismo, KURBAN, D.: «Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgement Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations», en *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 4, 2016, pp. 731-769. Esta última

va para ello. Esta ausencia de marco regulador motivó que el Tribunal modificara en 2011 su reglamento de procedimiento para prever el régimen procesal de la sentencia piloto en su artículo 61, aplicable cuando los hechos que hayan dado lugar a la demanda revelen la existencia «de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas».

Finalmente, ya en el ámbito iberoamericano, es de obligada mención el incidente de resolución de demandas repetitivas que recoge el Código de Proceso Civil de Brasil de 2015, para los casos en que los escritos revelen la existencia de una misma cuestión de Derecho y el riesgo de una ofensa a la igualdad ante la ley o la seguridad jurídica (art. 976)²⁰. Admitido el incidente, el tribunal deberá dar publicidad por medio de un registro electrónico y suspender todos los procesos pendientes, sean individuales o colectivos, en el ámbito territorial de su respectiva competencia. La tesis jurídica adoptada por el tribunal se aplicará a todos los procesos suspendidos y, además, a los casos futuros que versen sobre las mismas cuestiones de derecho y deban ser resueltas por el mismo órgano.

autora destaca los beneficios que injustificadamente obtiene el demandante del asunto identificado como piloto y rechaza el uso de este instrumento, en particular, para los casos relativos a la violación sistemática de derechos humanos de los kurdos por las autoridades turcas, ya que podrían suponer una denegación del derecho de acceso a la justicia.

- 20 Sobre este incidente, por todos, BUJOSA VADELL, L. M.: *Procesos colectivos*. Palestra, Lima, 2023, pp. 330-334; DIDIER JR, F.; CARNEIRO DA CUNHA, L. (coords.): *Julgamento de casos repetitivos*. JusPodium, Salvador, 2017; y, de forma más condensada, SORMANI BARBUGIANI, L. H.: «O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma alternativa para a celeridade processual», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 21-25.

3. LA PERFECTIBLE REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO COMO HERRAMIENTA PARA UNA PRETENDIDA DESCONGESTIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA

Como hemos tenido ocasión de advertir, la introducción del procedimiento testigo en la panoplia de instrumentos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) es una tarea pendiente del legislador, que se ha movido por la emergencia de resolver una avalancha de demandas con pretensiones sustancialmente idénticas y por las recomendaciones de la propia judicatura.

A este respecto, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial diseñó un plan de choque para la adecuada reanudación de la actividad judicial tras el levantamiento de los estados de alarma por la pandemia y, muy especialmente, para mitigar los efectos negativos del previsible incremento de la litigiosidad derivado del impacto socioeconómico de las medidas aprobadas en ese entonces. El Pleno del órgano de gobierno de los jueces, en su reunión de 16 de junio de 2020, aprobó una batería de medidas para agilizar la resolución de los asuntos pendientes y sentó las bases que habrían de inspirar las reformas procesales en las materias que excedieran la capacidad de actuación propia del Consejo. Entre estas últimas, como instrumento destinado a favorecer la agilización procesal y reducir los tiempos de respuesta judicial, se recomendaba «la ampliación (o, en su caso introducción) del mecanismo del pleito testigo y de los supuestos legales de extensión de los efectos de las sentencias».

En las próximas líneas, no se pretende hacer un análisis completo y exhaustivo del procedimiento testigo, que ya va alimentándose de un pequeño grupo de estudios que describen fielmente sus características más concretas. Se trata, más bien, de destacar algunos aspectos controvertidos y más alejados de las especificidades del sistema procesal español que, en nuestra opinión, deben tenerse en cuenta

y reconsiderarse al momento de elevar la herramienta a una propuesta factible en otros ordenamientos.

3.1. *Un muy limitado ámbito de aplicación*

El art. 59 del anteproyecto, de ser aprobado, añadiría un nuevo artículo 438 *ter* LEC que, por remisión con el –también virtualmente reformado– art. 250.1.14.º de esta ley, se refiere a las demandas en que se ejerciten individualmente pretensiones relativas a las condiciones generales de contratación con identidad sustancial y que hayan sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes. En estos casos, el Letrado de la Administración de Justicia, de oficio o a instancia de las partes, dará cuenta de ello al tribunal con carácter previo a la admisión de la demanda, siempre que considere que no es necesario realizar un control de transparencia de la cláusula ni de valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.

En suma, la aplicación del régimen procesal que venimos analizando requiere de la concurrencia simultánea de dos requisitos: que las pretensiones se refieran a condiciones generales de la contratación con identidad sustancial y que no sea preciso el control de la transparencia de la cláusula ni de valorar las condiciones en que el contratante prestó su consentimiento.

Por otro lado, de la inespecífica referencia a «los procedimientos anteriores planteados por otros litigantes» entendemos que se incluyen únicamente los que se encuentren pendientes o en estado de tramitación²¹. A una interpretación distinta se podría oponer la desvi-

21 Al examinar las medidas del referido Plan de Choque, el Consejo General de la Abogacía Española se ha mostrado particularmente crítico con esta, que no comparte y considera «grave», entre otras razones, porque «causará confusión e inseguridad jurídica al tratarse la categoría «pretensiones objeto

talización del art. 519 LEC que, de ser reformado por la versión actual del Proyecto²², regula en sede de ejecución la extensión de efectos de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, que podrá instarse en el plazo de un año desde que la sentencia adquiera firmeza.

Un ámbito de aplicación objetivo de márgenes ciertamente muy estrechos²³, que tiene el agudo sentido de facilitar la identificación de situaciones idénticas que puedan quedar capturadas por el proceso-guía, ya que se requerirá identidad tanto en el *petitum* como en la fundación jurídica en que se apoyan los demandantes. En nuestra opinión, la técnica del procedimiento testigo solo tiene sentido y contribuye a la economía procesal cuando la propia naturaleza de lo debatido no revele elementos de juicio que solo serían valorables con atención a las específicas circunstancias que rodearon el conflicto nacido entre las partes²⁴.

de procedimientos anteriores con el mismo objeto o similar» de un concepto jurídico indeterminado» (pp. 33-34). Por lo demás, en opinión de este órgano, el procedimiento testigo merece un debate detenido y limitarse «a unos casos muy concretos, y no es momento. Debe ser objeto del mínimo análisis sosegado y fruto de una actividad legislativa ordinaria» (*ibid*).

- 22 No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 519 LEC puede tener los días contados. Un nuevo Anteproyecto de Ley sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos y difusos, propuesto este mismo año conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Consumo, dejaría sin contenido el referido artículo.
- 23 Para CALAZA LÓPEZ, S.: «El realismo mágico del nuevo proceso civil», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 2, 2022, p. 59.
- 24 Así, pese a la existencia de protocolos estandarizados de información y publicidad de las cláusulas del contrato, entendemos que la exclusión del control de transparencia de la cláusula y de la existencia de vicios en el consentimiento del contratante es apropiada y obedece a la reiterada jurisprudencia

3.2. *Algunos aspectos de la dinámica procesal del procedimiento testigo*

Examinada la entidad e identidad del asunto con otros que hubieran podido presentarse, el órgano judicial dictará auto suspendiendo el curso del procedimiento y remitirá a las partes una copia de las actuaciones del identificado como testigo, o, en su caso, dictará providencia para acordar la continuación individualizada del procedimiento. El procedimiento identificado como testigo se tramitará con carácter preferente.

Varias consideraciones a este respecto.

Del proyectado art. 438 *ter* LEC se desprende que la aplicación del régimen del procedimiento testigo podrá hacerse de oficio o a instancia de las partes, que podrán solicitarla en su escrito de demanda, aunque sea poco probable, y de contestación. Nada se dice, por el contrario, sobre la necesidad de oír a las partes antes de acordarla. En nuestra opinión, el derecho de defensa exigiría prever un trámite de audiencia para que las partes pudieran alegar lo que estimen conveniente sobre la concurrencia de los presupuestos de la técnica, al final que ocurre, como se ha dicho, en el régimen de extensión de efectos del orden administrativo²⁵. Para satisfacer esta garantía, no basta

del TJUE, que entiende que estas cuestiones deben ser examinadas por el órgano judicial «a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamador en el mercado de la negociación de un contrato de préstamo». Así en SSTJUE en los asuntos *Kásler y Káslermé Rábai*, C-26/13, de 30 de abril de 2014 (párr. 74); *Matei*, C-143/12, de 26 de febrero de 2015 (párr. 75); *Andriciu* y otros, C-186/16, de 20 de septiembre de 2017 (párr. 46), y *Bankia*, C-125/18, de 3 de marzo de 2020 (párr. 52).

25 En igual sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la ex-

con remitir copia de las actuaciones que consten en el procedimiento testigo al demandante dependiente²⁶, sino que debe darse a este la posibilidad de manifestarse sobre la eventualidad de ver su procedimiento suspendido y a la espera de que la resolución dictada en el piloto adquiera firmeza. A mayor abundamiento, sería conveniente, en este sentido, la creación de un registro electrónico para vehicular toda la información que resulte de interés para los demandantes de los procedimientos suspendidos.

Al contrario que el régimen del proceso modelo alemán, el proyecto no menciona el número mínimo de procesos que son necesarios para que quepa dar trámite al procedimiento testigo²⁷, lo cual no nos parece necesario, y tampoco alude a la posibilidad de que el juez pueda elegir dos o más demandas como guías²⁸. Esta última sería una

tensión de los efectos y al «pleito testigo» en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 146, 2020, p. 5; REYNAL QUEROL, N.: «El proceso testigo en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2022, p. 84.

- 26 Para la garantizar la protección de los datos personales, la remisión de las copias de las actuaciones practicadas en el procedimiento testigo deberá venir precedido por la anonimización de los datos sensibles que obren en él, conforme al art. 236 *quinquies* de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 27 ORTELLS RAMOS, M.: «Proceso colectivo, procesos en serie...», *op. cit.*, p. 25.
- 28 Esta posibilidad ya fue apuntada muy prontamente, respecto del orden administrativo, por GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de marzo del 2000», en *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 2001, p. 3. Para CALAZA LÓPEZ, S.: «El realismo mágico...», *op. cit.*, p. 60, la posibilidad de elegir únicamente una demanda es «un desatino, pues cuanto mayor sea el ámbito objetivo del procedimiento testigo, mejores serán las posibili-

veda que convendría explorar, ya que la posibilidad de dividir las demandas en varios grupos podría facilitar la extensión de los efectos de las sentencias seleccionadas como testigos, sin más dificultad que la de tramitar simultáneamente varias causas con carácter preferente.

Además, la reforma no ofrece ningún parámetro que pueda orientar al juez al momento de elegir el pleito que sirva como guía²⁹. En la medida en que cada escrito pueda descubrir cuestiones susceptibles de debate a lo largo del proceso, la elección del testimonio puede venir condicionada por las presentadas en primer término. En este momento, es posible que el Letrado de la Administración de Justicia no cuente con elementos de juicio suficientes para identificar la identidad objetiva de la avalancha de demandas que esperan ser tramitadas. Por esta razón, aunque la selección del modelo deba hacerse de entre los procesos pendientes, en nuestra opinión no debe entenderse como el primero por la fecha de presentación de la demanda, sino como el más representativo de la causa común entre los ya incoados al momento de que el juez decida aplicar esta técnica.

Examinado el asunto, el órgano jurisdiccional dictará providencia, acordando seguir con la tramitación del procedimiento, o un

dades de extensión de efectos a las demandas que, sucesivamente, se vayan adicionando hasta el momento en que se dicte sentencia».

- 29 Creemos, sin embargo, que este extremo no es necesario, ya que permite una cierta flexibilidad al juzgador para seleccionar como piloto la demanda que pueda ser más representativa de las demás. En contra, BANACLOCHE PALAO, J.: «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, pp. 12-13, quien considera que «[t]eniendo en cuenta que mientras que [un] proceso concreto se va a resolver con gran celeridad, todos los demás quedarán suspendidos hasta que aquel obtenga sentencia firme, sería conveniente que se regularán al menos mínimamente las pautas de selección».

auto acordando la suspensión del procedimiento dependientes hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo. Contra este auto, cabe recurso de apelación, que se tramitará con carácter urgente y preferente. Volveremos sobre esta cuestión a continuación.

3.3. *La perversa nómina de opciones del demandante del procedimiento suspendido*

Tan pronto como la sentencia recaída en el procedimiento testigo adquiera firmeza, el órgano judicial dictará providencia en la que hará constar si considera procedente o no la continuación del procedimiento hasta ahora suspendido, para lo cual habrá de valorar si las cuestiones planteadas en él han quedado resueltas en la sentencia testigo y, en caso negativo, cuáles han quedado sin resolver.

Ante ello, el demandante del procedimiento suspendido deberá optar por el desistimiento de sus pretensiones, por la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo o por la continuación del procedimiento suspendido con expresa mención de las razones que, a su juicio, deben ser resueltas.

El desistimiento, al dejar imprejuzgada la pretensión, parece la alternativa más probable cuando la sentencia recaída en el procedimiento testigo sea desfavorable para el demandante. En este supuesto, el Letrado de la Administración de Justicia dictará auto acordando el desistimiento sin condena en costas.

Por su parte, la extensión de los efectos de la sentencia testigo será, previsiblemente, la opción querida por el demandante del procedimiento suspendido, en la expectativa natural de poder beneficiarse de ella. No obstante, el prelegislador somete el despliegue de los efectos de la sentencia testigo al requisito de que esta sea confirmada en apelación. Esta circunstancia, que busca garantizar la seguridad

jurídica, puede frustrar la utilidad de la herramienta en los casos en que la sentencia de primera instancia que pone fin al pleito testigo y estima las pretensiones deducidas no sea recurrida por ninguna de las partes. En este supuesto, el actor del procedimiento suspendido no podrá solicitar la extensión de los efectos de la sentencia testigo³⁰.

Eventualmente, el desconocimiento de los litigantes hacia una técnica relativamente novedosa podría alimentar la desconfianza del actor del procedimiento suspendido. La querencia a la tramitación del propio escrito, en especial cuando se trata de supuestos con distinta dirección letrada, se explica por la preferencia de no estar condicionado por una línea de defensa practicada en un procedimiento en el cual no se ha participado de manera efectiva. En principio, esta objeción es resoluble por cuanto se permite la continuación de cada procedimiento individual cuando el demandante o recurrente entienda que las cuestiones alegadas por él no han sido resueltas en el litigio testigo³¹.

30 Con razón nota ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: «Ventajas y posibles problemas que plantean las modificaciones previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal relativas a los procesos de nulidad por cláusulas abusivas», en *Proceso Civil: Cuaderno Jurídico*, núm. 143, 2021, pp. 16 y ss., que el requisito de que la sentencia testigo sea confirmada en apelación debería eliminarse y sustituirse por la necesidad de que no sea contraria a la jurisprudencia sobre la materia, tal como señala, en el orden administrativo, el apartado b) del art. 110.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

31 Para CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: «Dificultades y problemas que plantea en la actualidad la extensión de los efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 4, 29 de diciembre de 2011, esta posibilidad es «perturbadora y disipa las ventajas de agilización que brindaba esta figura, pues si finalmente la parte puede decidir que se continúe con la tramitación de su recurso, normalmente por haberse dictado una sentencia que no le beneficia en el procedimiento

Casi pareciera que el legislador, movido por la eficiencia que promete este dispositivo procesal, intriga contra el demandante que opta por la continuación del procedimiento inicialmente suspendido. En primer lugar, porque es una posibilidad abierta respecto de las razones o pretensiones que, a juicio del demandante, hayan quedado sin resolver. En otros términos, el actor que, habiendo visto suspendida su causa, ha quedado desplazado de las actuaciones del demandante del procedimiento testigo, confiando en él nada más que la buena fortuna, no podrá ejercitar legítimamente su derecho contra el criterio del juez respecto de las cuestiones que hayan sido resueltas de modo desfavorable por falta de actividad probatoria o por un proceder descuidado en la estrategia procesal. No parece que esta sea una solución que pueda cohonestar con el contenido del derecho de defensa. A mayor abundamiento, el prelegislador altera el sistema de vencimiento objetivo previsto en el art. 394 LEC al atribuir al juez la facultad de disponer que cada parte abone sus propias costas y las comunes por mitad cuando, contra su criterio, el actor decida continuar el procedimiento y este termine con una sentencia favorable a la parte de la demanda que coincida sustancialmente con aquello que fue resuelto en el procedimiento testigo³².

testigo, los trámites añadidos que se han tenido que realizar para paralizar el procedimiento carecen de sentido y han complicado innecesariamente la tramitación de un procedimiento que tras demorarse en su tramitación y estar paralizado durante un tiempo, ha de continuarse por sus trámites normales, por decisión unilateral de la parte, hasta dictar una nueva sentencia con la esperanza de volver a rebatir, a la vista de la motivación contenida en la sentencia que le perjudica, aquella cuestión jurídica que ya ha sido fallada por sentencia firme».

- 32 Se muestra especialmente crítico con esta opción BANACLOCHE, P: «Las reformas...», op. cit., p. 13: «[A] actor que ha tenido suspendido durante años su pleito, y que decide ejercitar su derecho con pleno fundamento, incluso contrariando el criterio judicial, se le castiga —no se sabe por qué—

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA POSIBLE INCORPORACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

La fascinación que hoy ha despertado en la doctrina, especialmente la brasileña, la búsqueda de soluciones al colapso derivado de la interposición de demandas repetitivas, y la necesidad de superar las deficiencias que se han venido analizando respecto de la regulación española del procedimiento testigo, aconsejan, al menos, plantearse la incorporación de este dispositivo al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988.

En la búsqueda de un proceso civil armonizado –o «modelizado», en expresión de FERRAND³³–, deben aportarse aquellos instrumentos que aporten soluciones a los retos del presente. Hoy parece evidente que el tratamiento judicial de la litigación en masa sería altamente antieconómico si hubiera de suscitarse un elevado número de procedimientos individuales que responden a cuestiones comunes de hecho y de derecho. Al tratarse de un problema compartido en nuestras realidades jurídicas y, sobre todo, dable a recrudecerse en el futuro más inmediato, los procesalistas iberoamericanos deben indagar acerca de la dirección de toda reforma que pueda contribuir a aliviarlo.

A esta aspiración responde el instituto del procedimiento testigo, que permite dar respuesta a los problemas derivados de los daños

negándole la indemnidad económica que le correspondería y obligándole a pagar sus propios gastos. No se entiende la razón de esta disposición, que incluso podría vulnerar los arts. 14 y 24 CE, y en mi opinión debería eliminarse».

33 FERRAND, F. (ed.): *La procédure civile mondiale modélisée*, Éditions Juridiques et Techniques, París, 2004.

en masa a partir de los moldes del proceso tradicional. Esto supone una enorme ventaja para su trasplante³⁴. Con una regulación respetuosa de las garantías constitucionales del proceso, la intensidad de los recelos que despiertan otras técnicas como los procesos colectivos, por supuesto más avanzadas, pero dogmáticamente más provocadoras, podría relajarse. Además, y con independencia de la denominación que quiera emplearse, la existencia del procedimiento testigo en países de tradición jurídica tan diferente como los estudiados aquí evidencia la plasticidad de sus contornos, en los que caben distintas regulaciones fácilmente adaptables a las distintas particularidades nacionales del proceso civil.

Por supuesto, el procedimiento testigo no es la panacea de todos los males que aquejan a nuestros tribunales. Pero sí puede ayudar a combatir la litigación masiva en determinados sectores donde las relaciones que sedimentan el tráfico jurídico son fluidas, automatizadas y estables. Su reconocimiento no es incompatible con la impar regulación de los procesos colectivos en el mundo iberoamericano. Muy al contrario, el procedimiento testigo debe entenderse como una vía complementaria y no excluyente de los instrumentos propiamente colectivos. Estos seguirán siendo útiles para la defensa de intereses que, por la imposibilidad de su aprehensión individual o por el pre-

34 Sobre la posibilidad de incorporar institutos foráneos a cada sistema jurídico, en general, es de interés WATSON, A.: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2.ª ed.). The University of Georgia Press, Athens, 1993, esp. pp. 21-30. En contra, y en respuesta a él, LEGRAND, P.: «The Impossibility of 'Legal Transplants'», en *Maastricht, Journal of European and Comparative Law*, núm. 4, 1997, pp. 111-124. En una postura intermedia, rechaza la uniformidad y apoya la armonización de previsiones a medio camino entre los principios abstractos y las reglas de procedimiento, con especial mención a la sofisticada labor de «adaptación transcultural» que llevan a cabo el European Law Institute y UNIDROIT, TARUFFO, M.: *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009, pp. 213-229.

ceptivo examen judicial de las circunstancias que han generado un específico conflicto, el régimen del procedimiento testigo sea inaplicable o ineficiente.

Debe reconocerse que la regulación española no está llamada a tener inmediata fortuna. En su proyección embrionaria en el proceso civil y en términos generales, el procedimiento testigo adolece de una serie de disfunciones que, sin embargo, vienen marcados por el tenor de la norma y no por problemas basales que harían descartar de inmediato su traslado a otros ordenamientos cercanos. La creación de un registro electrónico y abierto al público que sirva simultáneamente para la gestión del litigio, la comunicación entre las partes y la fijación del alcance de la suspensión y del régimen procesal de esta herramienta contribuiría a su mejor neta. Se hace necesario reforzar la posición procesal de los actores de los procedimientos suspendidos, que no por ello pueden ver mermadas sus garantías o dejar su situación a la simple deriva del destino del pleito testigo.

Siendo posible entablar su defensa por separado, el hecho de agrupar las demandas bajo el paraguas de un único procedimiento supone un ahorro considerable de tiempo, esfuerzo y recursos económicos. El procedimiento testigo, así presentado, contribuye al doble objetivo de servir de efugio a la creciente litigiosidad en masa y de permitir su fácil integración en la panoplia de instrumentos deferentes con la tradición de cada proceso civil. En última instancia, el mecanismo es tan solo una forma de tramitar un número elevado de demandas individuales para su mejor gobernabilidad. Sin embargo, y al margen del que impacta en el órgano judicial en la sustanciación de los asuntos, el provecho que se espera para los justiciables mediante esta técnica –una más ágil y expedita justicia– la individualiza en su esencia y la colectiviza en sus beneficios.

5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABRISKETA URIARTE, J.: «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», en *Revista Española de Derechos Internacional*, vol. 65, núm. 1, 2013, pp. 73-99.
- ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: «Ventajas y posibles problemas que plantean las modificaciones previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal relativas a los procesos de nulidad por cláusulas abusivas», en *Proceso Civil: Cuaderno Jurídico*, núm. 143, 2021, pp. 15-24.
- . «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de los efectos y al «pleito testigo» en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 146, 2020.
- ARAGONESES SEIJO, S.: «Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», en *Diario La Ley*, núm. 9775, 21 de enero de 2021, pp. 1-6.
- ARMENTA DEU, T.: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BANACLOCHE PALAO, J.: «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, pp. 1-21.
- BUJOSA VADELL, L. M.: *Procesos colectivos*. Palestra, Lima, 2023.
- CALAZA LÓPEZ, S.: «El realismo mágico del nuevo proceso civil», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 2, 2022, pp. 37-70.
- CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E.: «Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 591-626.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: «Dificultades y problemas que plantea en la actualidad la extensión de los efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», en *Revista de Jurisprudencia*, núm. 4, 29 de diciembre de 2011.

- CUCARELLA GALIANA, L. A.: *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*. Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- DE DIEGO DíEZ, L. A.: *Extensión de efectos y pleito testigo en la Jurisdicción Administrativa*. Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- DI MARZO, A.: «L'État face aux arrêts pilotes de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», en *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, núm. 108, 2016, pp. 887-91.
- DIDIER JR, F; CARNEIRO DA CUNHA, L. (coords.): *Julgamento de casos repetitivos*. JusPodium, Salvador, 2017.
- DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L.: «Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma», en *Estudios de Deusto*, vol. 67, núm. 2, 2019, pp. 235-261.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: , ««La justicia no es un servicio público»: examen provisional del proyecto de reforma procesal en situación parlamentaria de enmiendas», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, 2009, pp. 619-663.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «Notas sobre los llamados pleitos «testigo» y su encaje en la Ley de Enjuiciamiento Civil: una posible solución procesal a la litigación en masa en tiempos de crisis», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2020.
- FYRNYS, M.: «Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights», en *German Law Review*, vol. 12, núm. 5, 2011, pp. 1232-1259.
- GASCÓN INCHAUSTI, E.: «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de marzo del 2000», en *Tribunales de Justicia*, núm. 3, 2001, pp. 1-7.
- GLAS, L. R.: «Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to Be Drawn», en *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2014 pp. 671-690.

- KOCHER, E.: «Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht», en BRÖMMELMEYER, C. (ed.): *Die EU-Sammelklage*. Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 71-89.
- KURBAN, D.: «Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgement Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations», en *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 4, 2016, pp. 731-769.
- LECLERC, M.: *Les class actions, du droit américain au droit européen: propos illustrés au regard du droit de la concurrence*. Larcier, Bruselas, 2012.
- LEGRAND, P.: «The Impossibility of 'Legal Transplants'», en *Maastricht, Journal of European and Comparative Law*, núm. 4, 1997, pp. 111-124.
- NOYA FERREIRO, M. L.: «Extensión de efectos de la sentencia y el pleito testigo: ¿una apuesta por la eficacia?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 77-110.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2020, pp. 25-58.
- ORTELLS RAMOS, M.: «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo: Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, pp. 1-51.
- . «Tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016, pp. 1-47.
- PEREA GONZÁLEZ, Á.: «Audiencia previa y pleito masa: una reflexión a la luz de la litigación masiva», en *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 150, 2021, 1-13.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.: «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 395-424.
- REYNAL QUEROL, N.: «El proceso testigo en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2022, pp. 65-121.

- ROMÁN GARCÍA, F.; CASTILLO BADAL, R.: «Capítulo IV: Ejecución de sentencias», en ARNALDO ALCUBILLA, E.; FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (dirs.): *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (2.ª ed.). Wolters Kluwer, Madrid, 2006, pp. 984-990.
- SAINATI, T.: «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», en *Harvard International Law Review*, vol. 56, núm. 1, 2015, pp. 147-205.
- SCARCHILLO, G.: *Class action: dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*. Giappichelli, Turín, 2019.
- SORMANI BARBUGIANI, L. H.: «O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: uma alternativa para a celeridade processual», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 21-25.
- TARUFFO, M.: *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009.
- VELASCO JIMÉNEZ, C.: «La extensión de efectos y el procedimiento testigo en el plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9682, 27 de julio de 2020.
- WATSON, A.: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2.ª ed.). The University of Georgia Press, Athens, 1993.
- WILDHABER, L.: «A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?», en *Human Rights Law Journal*, núm. 23, 2002, pp. 161-165.
- WOLF, C.; DENZ, C.: «Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland – tu felix Austria et nunc to quoque felix Germania», en AZENBERGER, P.; KLAUSER, A.; NUNNER-KRAUTGASSER, B. (eds.): *Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum*. Verlag, Viena, 2022, pp. 31-55.

DESCENTRALIZACIÓN DE LA JUSTICIA: CONTRATOS INTELIGENTES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA

*DECENTRALIZATION OF JUSTICE: SMART CONTRACTS
FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION*

DIEGO ROBLEDO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
Profesor de Teoría General del Proceso y de Filosofía del Derecho
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023
Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: En la presente ponencia se analiza los métodos adecuados de solución de controversias en línea como una proyección del acceso a justicia y una forma de justicia descentralizada. Se parte desde la Teoría General del Proceso para analizar la correlación entre los movimientos de acceso a justicia y el resurgimiento de los métodos de resolución de conflictos y su proyección a una sociedad en red, una era digital, que atravesó una pandemia que aceleró transformaciones, disrupciones e innovaciones que crean nuevas formas de interacción en la red y requieren de una regulación para propiciar la construcción de una sociedad más justa, pacífica e inclusiva.

ABSTRACT: This paper discusses appropriate methods of online dispute resolution as a projection of access to justice and a decentralized form of justice. It starts from the General Theory of the Process to analyze the correlation between movements for access to justice and the resurgence of conflict resolution methods and their projection to a networked society, a digital era, which went through a pandemic that accelerated transformations, disruptions and innovations that create new forms of interaction in the network and require regulation to promote the construction of a fairer society, peaceful and inclusive.

PALABRAS-CLAVE: descentralización de la justicia, acceso a justicia, métodos adecuados de solución de controversias en línea, mediación, arbitraje.

KEYWORDS: decentralized justice, access to justice, adequate methods of online dispute resolution, mediation, arbitrage.

SUMARIO: Dedicatoria y agradecimiento especial. 1.Introducción; 2. Relación entre el movimiento de acceso a justicia y los métodos de resolución de controversias; 3. La construcción de la sociedad de la información y el movimiento de los métodos de solución de disputas: mediación y arbitraje; 4. Desafíos de resolver controversias del Ecosistema Digital FinTech; 5. La promoción de los métodos de resolución de disputas en línea en el Derecho Procesal Transnacional: 5.1. Europa, 5.2. América Latina, 5.3. Asia; 6. Resolución de controversias en línea en organismos internacionales: 6.1. Disputa sobre el nombre de dominio en centros acreditados por Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN): 6.1.1.1. Proveedores de servicios de resolución de disputas, 6.1.1.1.1. Centro Árabe para la Resolución de Disputas, 6.1.1.1.2. Centro Asiático de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio, 6.1.1.1.3. Centro Canadiense de Resolución Internacional de Disputas en Internet, 6.1.1.1.4, Centro de Disputas de Internet de la Corte Checa de Arbitraje, 6.1.1.1.5. Foro Nacional de Arbitraje, 6.1.1.1.6. Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual , 6.1.1.1.7. Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos; 6.2. Disputas sobre propiedad intelectual en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual: Arbitraje y mediación 6.2.1. Disputas B2B; 7. Descentralización de la Justicia: resolución de disputas con Blockchain y Smart contracts: 7.1. Smart contracts y mediación, 7.2. Smart contracts y arbitraje; 8. Conclusiones. 5. Bibliografía.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO ESPECIAL

La presente ponencia ha recibido el 2º Premio Víctor Fairén Guillén para estudios de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil en las XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Brasileiro de Derecho Procesal y celebradas en Porto Alegre, Brasil, los días 17, 18 y 19 de mayo de 2023.

Este premio se encuentra especialmente dedicado a mi querida madre y maestra, Prof. Dra. H.C. Dra. Rosa Avila Paz de Robledo de quien aprendo día a día.

Agradezco al Prof. Dr. Lorenzo Bujosa Vadell, Prof. Dr. Santiago Pereira Campos y Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno, así como al honorable jurado del premio integrado por la Prof. Dra. María Cristina Chen Stanzola, el Prof. Dr. Eduardo Oteiza y el Prof. Dr. Joan Pico i Junoy.

1. INTRODUCCIÓN

«*Los dolores que nos quedan son las libertades que nos faltan*» reza el manifiesto liminar de la reforma universitaria de 1918 de la Universidad Nacional de Córdoba¹.

En la presente ponencia se reflexiona acerca de la solución de controversias en línea como una estrategia de acceso a justicia para responder a nuevas demandas de una vida en comunidad cada vez más atravesada por las tecnologías de la información y comunicación. Naciones Unidas estableció como uno de los objetivos de desarrollo

1 Universidad Nacional de Córdoba, (2018), *Manifiesto liminar*, Reforma Universitaria de 1918, accesible en <https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/manifiesto-liminar>

sustentable que marcan la agenda hasta el 2030, construir sociedades justas, pacíficas e inclusivas. ¿Es posible que los métodos consensuales de solución de controversias en línea sea un camino viable en aras de alcanzar estos objetivos?

La pandemia global –declarada así por la Organización Mundial de la Salud respecto del coronavirus y sus variantes– aceleró el desarrollo y uso de estas tecnologías y de internet tanto en la dinámica del modo de vida, como de procesos de enseñanza y aprendizaje, como del trabajo, del comercio y consumo, como de la gestión y ejercicio de las funciones del Estado, entre ellas, hacer justicia. Fue también una disrupción, una innovación, y una oportunidad para ensayar experiencias piloto y poner en práctica donde aún no estaba en ejecución o uso de entornos virtuales.

Por ello, se analiza en primer lugar la relación entre el movimiento de acceso a justicia y los métodos de solución de controversias, seguidamente se traza una historia entrelazada entre el movimiento de los métodos de solución de controversias y la construcción de la sociedad de la información. Asimismo, se analizan algunos desafíos de resolver controversias en línea en el ecosistema digital de la economía digital, así como la promoción de la resolución de conflictos en el Derecho Procesal transnacional (observando avances en Europa, América Latina y Asia), así como la resolución de controversias que se contrasta con múltiples usos que se desarrolla en algunas instituciones internacionales y sus centros de solución de controversias aplicados a disputas sobre el nombre del dominio en Internet y de Propiedad intelectual (disputas B2B). Por último, se analizan formas de Justicia descentralizada a través de resolución de controversias con Blockchain y Smart Contracts respecto a aplicaciones en la mediación y al arbitraje. El método seguido para esta investigación científica es el método de la Teoría General del Proceso². Además, para

2 AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2006), *Manual de Teoría General del Proceso*, Advocatus, Argentina, T. 2, pp.207-237; CADIET, L., NORMAND,

presentar las conclusiones se utiliza el análisis F.O.D.A. a modo de balance para reflejar fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas de la resolución de disputas en línea como estrategia de descentralización de justicia en aras de mejorar el acceso a justicia. Los argumentos y las conclusiones están respaldados por la bibliografía y fuentes documentales.

2. RELACIÓN ENTRE EL MOVIMIENTO DE ACCESO A JUSTICIA Y LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A mitad del siglo XX, luego de vivir los flagelos de la Segunda Guerra Mundial³, con su testimonio desgarrador de muertes, mutilaciones, contaminación ambiental por las bombas, ciudades devastadas moral y materialmente, generó una respuesta esperanzadora con

J., AMRANI MEKKI, S. (2005) *Théorie générale du procès*, Themis droit Puf, Francia, pp. 207 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006), *Teoría general de derecho procesal*, UNAM, México, pp. 17-20; FAIRÉN GUILLEN, V. (1948) «Para la elaboración de una doctrina general de los principios de procedimiento» en *Anuario de Derecho Civil*, N°4, pp. 1345-1366 <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/download/3028/3028> (consulta 16/04/2023); Faria Kuger Thamay, R., Tesheiner, J. M. R. (2016), *Teoría Geral do Processo, atualizado de acordó com o novo CPC*, Ed. Forense, Brasil, pp. 23-37; Gómez Fröde, Carina (2017) *Manual de Teoría General del Proceso*, Ed. Tirant lo blanch, México, pp. 27-34; Véscovi, E. (1984) *Teoría general del proceso*, Colombia, Ed. Temis, pp.3-8. También se ha revisado: MARINONI, L. G., PÉREZ RAGONE, A., NÚÑEZ OJEDA, R. (2010) *Fundamentos del proceso civil, hacia una teoría de la adjudicación*, Ed. Abeledo Perrot Legal publishing Chile, Chile y ROJAS, J. (DIR.) MORENO, R. S. (coord.) (2015) *Derecho Procesal y Teoría General del Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina.

- 3 Cfr. CALAMANDREI, P. (1953) «Crisis de la justicia». AA.VV. *La crisis del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires; Carnelutti, F. (1953) «La muerte del derecho». AA.VV. *La crisis del Derecho*, ob.cit.

la creación de Naciones Unidas y un movimiento de Derechos Humanos. Las naciones signatarias se comprometían mediante declaraciones y se obligaban a cumplir con los derechos fundamentales que reconocían en tratados, pactos y convenciones internacionales. Entre ellas, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconocía el derecho de toda persona, «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»⁴.

También con alcance regional, en el continente americano, la Convención Americana de Derechos Humanos⁵ –también conocido como Pacto de San José de Costa Rica, reconocía garantías procesales en el artículo 8 y la protección judicial en el artículo 25.

En este escenario, tras afirmarse los derechos humanos fundamentales a nivel internacional y regional, se desarrolla una investigación sin precedentes desarrollada por Mauro Cappelletti y Bryant Garth⁶ sobre el acceso a la justicia que marca un antes y un después.

4 Organización de las Naciones Unidas, (1948) *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (consulta 16/04/2023).

5 Organización de los Estados Americanos (1969) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consulta 16/04/2023).

6 CAPELLETTI, M., GARTH, B. (1983) *El acceso a justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, Argentina, (traducción de Samuel Amaral a partir del original de fecha 1978) en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41555.pdf> (consulta 16/04/2023).

Una investigación jurídica –con base en los derechos humanos, el derecho procesal comparado y en la empírica del método sociológico– impulsa un movimiento de escala global y local.

Fue el mismo Cappelletti, quien explicitó la relación entre este movimiento y los métodos alternos de solución de controversias, al explicar que el movimiento de acceso a justicia configura desde hace décadas, la más importante manifestación de un nuevo enfoque tanto en el ámbito académico como en el de la reforma procesal en muchos países del mundo y que este nuevo enfoque surgió repudiando el enfoque formalista prevaleciente en Occidente⁷.

Se comprendía a partir de este enfoque el acceso a justicia a la luz de la igualdad material desde una dimensión social que ponía de resalto entre otras cuestiones de gran relevancia los costos del acceso jurisdiccional. El acceso a la corte, es decir, presentar un caso y seguir litigando en el sistema de justicia hasta que se dicte una sentencia –y esta quede firme–, puede ser increíblemente costoso (teniendo en

7 Capelletti enseña que «The access-to-justice movement has been, for several decades, a most important manifestation of a new approach to both legal scholarship and legal reform in many countries throughout the world. As a new approach to legal scholarship, ie, as a ‘theoretical movement,’ it created a new vision, repudiating the formalistic approach long prevailing in much of the Western world, and especially in Europe. This formalistic approach tended to identify the law with the ‘system of norms’ produced by the state. This was, in my opinion, an over-simplification of the reality; law and the legal system were seen exclusively in their normative aspect, whereas their real-world components – subjects, institutions, processes and, more generally, their societal context – were neglected (...)». Cfr. CAPPELLETTI, M. (1993) «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *The Modern Law Review*, United States, Vol. 56, N°3, p. 282 en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x> (consulta 16/04/2023).

cuenta tasas de justicia, el costo del litigio, el costo de oportunidad, el tiempo invertido, entre otros costos). La investigación de Cappelletti y Garth mostró que la pobreza es una vulnerabilidad que requiere medidas para eliminar el obstáculo al acceso a la justicia. Sin embargo, hoy en día, podemos ver otros tipos de vulnerabilidad al acceso a la justicia por edad (niños, personas mayores), discapacidad (personas con diferentes discapacidades), género (mujeres, comunidad LGT-BQ), consumidores y usuarios, y muchos más. El principio *in dubio pro persona* ha sido relevante para la ponderación judicial de casos complejos cuando hay una persona con vulnerabilidad. La puerta de acceso no estaba abierta a todos, o no estaba igualmente abierta.

Desde esta perspectiva, es posible valorar que todas las personas son potencialmente vulnerables, pero está claro que algunas personas viven con vulnerabilidades estructurales, permanentes o no permanentes. Como enseña Rosa Ávila Paz de Robledo⁸, la vulnerabilidad es un concepto dinámico y fluido que: (i) por su complejidad, no es fácil de cristalizar o reducir a una definición que pueda abarcar los casos heterogéneos y la diversidad; (ii) la conciencia de la vulnerabilidad se construye por el consenso de los/as operadores/as legales de que todo ser humano tiene una garantía constitucional de igual protección ante la ley, sin embargo, a menudo no se ve; (iii) toma la decisión de tratar a las personas con dignidad, justicia y respeto y también promueve acciones afirmativas para eliminar obstáculos (con reglamentos, leyes, normas, políticas y protocolos); (iv) los obstáculos para el acceso a la justicia para las personas con vulnerabilidades no son sólo económicos, sino

8 Cfr. AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. et. al. (2020) «La Justicia y las personas en condiciones de vulnerabilidad frente a la pandemia y post pandemia covid-19», G. BARRERA BUTELER (dir.) *El derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia*, Colección Ciencia, Derecho y Sociedad, Editorial de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, Argentina, T. 3, pp. 189-258.

culturales, sociales, políticos, legales, éticos, y requieren un alcance multidisciplinario; (v) la vulnerabilidad es también un concepto interseccional porque una persona puede vivir con diferentes vulnerabilidades al mismo tiempo. Las vulnerabilidades son los dolores que nos quedan, precariedades, que requieren ser pensadas a través de reformas.

También en la historia de las ideas procesales adquiere importancia –especialmente para la tradición norteamericana– la disertación de Roscoe Pound de 1906 en la Convención Anual de la American Bar Association sobre las causas de disatisfacción popular respecto de la administración de justicia, y refiriéndose a la falta de eficiencia de la Justicia Civil norteamericana expresó que su sistema de justicia civil era arcaico y su procedimiento atrasado: «*For I venture to say that our system of courts is archaic and our procedure behind the times*»⁹. La eficiencia, el costo, la demora, el diseño legal y de principios y la organización funcional se consideraron al declarar la crisis de la justicia. Luego, en 1913, Pound desarrolló algunas propuestas para mejorar el estado que había observado sobre la Justicia Civil a principios del siglo XX, y entre esas propuestas se refería a la descentralización de la justicia al decir: «*to decentralize the administration of justice so as to bring justice to every man's door*»¹⁰. Gran parte de la doctrina, que sigue el pensamiento del filósofo del derecho del realismo jurídico norteamericano de Pound también

9 POUND, R. (1906) «The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice». *Am. Law.*, 1906, United States, vol.14, p. 445.

10 POUND, R. (1913) «The administration of justice in the modern city» *Harvard Law Review*, United States, vol. 26, N°4, p.304 en <https://www.jstor.org/stable/pdf/1326317.pdf> (consulta 16/04/2023). Asimismo, siguiendo la línea conceptual de Pound, también se revisó Sotelo Muñoz, H. (2017) «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos», *Revista de Mediación*, España, vol. 10, N° 1 en <https://revistademediacion.com/articulos/la-conferencia-pound-la-adequacion-del-metodo-resolucion-conflictos/> (consulta 16/04/2023).

lo relaciona al movimiento que impulsó los métodos de resolución de controversias. Eduardo Oteiza enseña que la «repercusión del pensamiento de Pound determinó que en 1976 la Conferencia que impulsó el resurgimiento de la implementación de los ADR llevara su nombre»¹¹. ADR, sigla del término anglosajón ‘*alternative dispute resolution*’, se identifica como MARC – del francés ‘*modes alternatifs de résolution des conflits*’– y en español existen diversas expresiones para referirse, entre ellas, métodos de resolución de conflictos o de solución de controversias.

Tanto a nivel regional como internacional, los derechos y garantías en los procesos y la interpretación que han ido formulando los órganos que vigilan su cumplimiento han ido construyendo un corpus iuris de derechos humanos con una dinámica evolución, no regresividad y progresividad. Y en este sentido, la idea de acceso a justicia se fue ensanchando, o se fue descubriendo nuevas dimensiones de esta garantía y derecho humano.

La idea de acceso a justicia como se comprende en esta ponencia abarca más que el acceso a la justicia jurisdiccional, porque supone una mirada sistémica y un pensamiento complejo¹², al comprender que el acceso a los tribunales (como acceso a la protección judicial) es una parte, pero se integra con otra parte que es el acceso al sistema de justicia no jurisdiccional.

En palabras de Víctor Fairén Guillén, a través de su Teoría General del Proceso explica desde los medios de solución de conflictos intersubjetivos que se diferencian:

11 OTEIZA, E. (2005) «Punto de vista: MARD/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, Año V, N° 8, pp.206 y ss.

12 MORIN, E. (2020), *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, p. 14.

- la autodefensa, sobre la cual señala que una persona (física, jurídica o masa de personas) intenta resolver un conflicto con otra a través de una acción directa en lugar de dirigir hacia un tercero para que dirima y expresa «*Está proscrita (oficialmente) de los núcleos humanos civilizados y suele conducir a la «imposición» de una solución del conflicto por el adversario más fuerte*»¹³.
- la autocomposición, sobre la cual expresa «*se trata de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad para que lo dirima. Aunque en superficie, parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede haber una «sumisión» del más débil*»¹⁴. Se considera como ejemplo la mediación.
- la heterocomposición, respecto de la cual explica que «*Supone la existencia (o al menos, la «apariencia») de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados, acuden a una tercera persona, desinteresada, a fin de que lo resuelva imparcialmente. La heterocomposición, como medio de solucionar los conflictos intersubjetivos, tiene diversas manifestaciones, de las que aquí consideramos dos fundamentalmente: el arbitraje y el proceso judicial*»¹⁵.

La gestión de conflictos puede presentar diferentes formas para la composición del conflicto. Hay, por un lado, formas de manejar los conflictos intersubjetivos como negociación, cuando los litigantes manejan el conflicto mediante negociación, un proceso voluntario y consensuado. La mediación es también un proceso voluntario

13 FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006), *Teoría general de derecho procesal*, UNAM, México, p. 17

14 Ibidem, p. 18

15 Ibidem, p. 18.

y consensuado en el que las partes acuerdan un mediador imparcial (tercero neutral) para ayudar en el proceso de negociación y llegar a un acuerdo voluntario. Por otro lado, el arbitraje es un proceso en el que las partes acuerdan que un árbitro imparcial decida la disputa a través de un laudo sobre la base del acuerdo voluntario de la parte mediante un pacto o contrato vinculante. Mas aún, la doctrina reconoce la justicia multipuertas («*multi-door courthouse*»), como propiciaba Frank Sander «*comprehensive justice center*» en la Conferencia en conmemoración Roscoe Pound de 1976¹⁶, que existe una diversidad en el género de métodos adecuados de composición de controversias y a través de un análisis primario de la solicitud de resolución de disputa, encauzar a la vía más adecuada de acuerdo al caso. Es decir que ingresa por una puerta, y luego del diagnóstico se dirige al proceso (o serie de procesos) más adecuado de acuerdo al tipo de conflicto.

Ya sea que se utilice un medio autocompositivo o uno heterocompositivo, ambas vías componen satisfactoriamente los intereses de las partes, en definitiva, construyen el acceso a justicia en sentido amplio. A partir de una comprensión sistémica es posible un análisis desde la complejidad, considerando al todo como más que la suma de las partes.

Michele Taruffo abordó la crisis del funcionamiento del sistema de justicia y la crisis de eficacia del orden jurisdiccional¹⁷. A medida que los ciudadanos aumentan diariamente las necesidades de un ser-

16 SANDER, F. E. A. (1979) «Varieties of Dispute Processing» in Levin & Wheeler (eds.) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, West Publishing, United States, pp. 65-87.

17 TARUFFO, M. (1999) «Racionalidad y crisis de la ley procesal», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España, 22, pp.311-320 en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10305> (consulta 16/4/2023).

vicio judicial eficaz, también aumenta la demora en responder a esas necesidades. Diferentes propuestas de reforma de la justicia coinciden en algo, en lo necesario de actualizar la Justicia con tecnología y digitalización.

Analizar la Justicia como un servicio a la ciudadanía muestra no solo la entrada y salida de los casos, sino también el flujo de trabajo y la eficiencia del sistema; sin embargo, también puede mostrar el papel del Estado para resolver conflictos presentando por un lado el proceso judicial y, por otro lado, otros métodos de resolución de conflictos –como la mediación y el arbitraje–, y para abrir puertas al acceso a la justicia tomando en serio los derechos y las vulnerabilidades.

Es posible pensar que estos métodos de resolución de disputas están hechos a medida para las personas involucradas. Se puede personalizar según las necesidades de las personas. Son flexibles y dependen de la autonomía de la voluntad de las personas involucradas. En este sentido, la vulnerabilidad y la complejidad pueden formar parte de la ecuación para encontrar una solución.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL MOVIMIENTO DE LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS: MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Es posible trazar un paralelo entre dos historias, una que cuenta sobre la construcción de la sociedad del conocimiento y otra sobre el movimiento que impulsó el resurgir de los métodos de solución de disputas. Una de las razones tiene que ver con que comparten un período de tiempo histórico en común. Desandar dos historias vivas y paralelas, como diría Plutarco, permiten andar una historia común. Lo primero, como decían los romanos en latín, «*ubi societas, ibi ius*», es decir donde hay una sociedad, hay derecho.

La llamada resolución alternativa de conflictos existía ante el sistema judicial. La historia del derecho procesal señala que los métodos de resolución de disputas están presentes¹⁸ en el derecho antiguo chino, algunas tradiciones antiguas africanas, en la cosmovisión de las tribus antiguas en América, el derecho romano antes de Cristo y muchas otras culturas exhiben ejemplos de métodos de arbitraje, mediación, negociación y otras formas de resolución de disputas. Reflejan formas civilizadas y racionales de restaurar la convivencia en comunidad. Ahora, desde la Era Moderna, con la idea de Estado, la doctrina de división de poderes se construyó la idea fuerte del proceso judicial administrado por el Poder Judicial como el principal método para la resolución de conflictos y la cultura del litigio. Oscar Chase considera que los métodos alternativos de resolución de disputas resurgen en el mundo después de la Segunda Guerra Mundial por razones culturales, políticas e institucionales: cambio de valores, escepticismo moderno sobre una verdad objetiva, humanización de las instituciones a gran escala, privatización¹⁹. Estas transformaciones fueron investigadas por Cappelletti y Garth, quienes concluyeron que los métodos alternativos de resolución de disputas son formas válidas de acceso a la justicia y que, además de promover un sistema de justicia accesible, pueden vincularse directamente con la efectividad de los derechos humanos y el estado de derecho.

Como solución para los críticos del Poder Judicial, la Universidad de Harvard propuso los métodos de resolución de disputas como una alternativa a lo que el sistema judicial podría ofrecer en ese mo-

18 Cfr. MARQUES CÉBOLA, C. (2012) *La mediación*, Colección Proceso y Derecho, Ed. Marcial Pons, España, p. 73 y ss.

19 Cfr. CHASE, O. G. (2011) *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. España, Colección: Proceso y Derecho.

mento. Lon Fuller –un conocido profesor de la Universidad de Harvard considerado uno de los primeros juristas de ADR–, argumentó en los años setenta que los métodos de resolución de disputas tienen su propia regla y moralidad. Creía que la calidad central de la mediación es ‘la capacidad de reorientar a las partes entre sí’ con respeto mutuo y confianza. Siguiendo la doctrina del ‘pluralismo procesal’, Lon Fuller propuso que, dependiendo del tipo de conflicto, había métodos de resolución de disputas más adecuados. En esta línea, Frank Sander postuló la diversidad de formas de gestionar y procesar conflictos en la Conferencia Pound de 1976 que de algún modo aceleró el movimiento ADR²⁰.

1979 fue el comienzo del Proyecto de Negociación de Harvard originalmente dirigido por Roger Fisher y después de 1983, se convirtió en el Programa de Negociación (Harvard PON) como investigación centrada en la práctica sobre la innovación de la negociación y la resolución de conflictos.

En este mismo momento, la tecnología de la información y la comunicación (TIC) estaba empezando a remodelar la vida. Digamos que la computadora e Internet marcan el comienzo de una nueva era. En 1989 se creó la World Wide Web. Más tarde, el fenómeno «punto.com» (.com) llegó con el crecimiento exponencial de los sitios web en 1994. 2004 fue un descubrimiento de la Web 2.0 estableciendo nuevas plataformas con wikis y redes sociales como Facebook. Y en 2021, Metaverso presenta un entorno digital y virtual que surge con relevancia a partir de la transformación de Facebook en Meta. La Inteligencia Artificial y sus usos está en debate en el escenario jurídico y ético.

20 SANDER, FE A. (1976) «The multi-door courthouse», *Barrister*, 1976, vol. 3, p. 18 y ss.; Johnson, E. (2012) «The Pound Conference Remembered», *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, United States, p. 6-7.

La doctrina señala que se ha configurado una sociabilidad online²¹, que permite explicar la interacción social de las personas en el rol de usuarios/as interconectados en comunidad de Internet. Byung-Chul Han a esta forma de sociabilidad le llama enjambre digital, que consta de individuos aislados que no llegan a constituir un nosotros²².

Un Ciberespacio con una cibercultura en la era digital ha creado sus propios lenguajes (por ejemplo, el lenguaje para programar un sitio web ‘*Hypertext Markup Language*’ también conocido como HTML, e incluso los Emojis como símbolos para expresar sentimientos y emociones e incluso reemplazar la dicotomía de oralidad y escritura con multimedia que combina imagen, palabras, sonido y lenguaje no verbal) permitiendo comunicarse diacrónica o sincrónicamente. Se ha convertido en otro mercado, aula, lugar de trabajo, entretenimiento, archivo, nube y memoria, y el lugar público donde todas las personas son usuarios/as potenciales. La pandemia es una prueba de cómo las tecnologías de la información y comunicación se han vuelto más relevantes y utilizables por personas de todo el mundo.

La conexión alámbrica o inalámbrica, el Wi-Fi y la Internet de banda ancha de alta velocidad están en el centro de atención del debate jurídico sobre derechos humanos, pero también se consideran parte de la ecuación de lo que será el desarrollo sostenible. El acceso a internet es considerado un derecho humano en las regulaciones más locales. Y la pregunta es sobre la brecha digital: ¿cómo reducir la brecha de datos y lograr la igualdad en el acceso? Internet está tan arraigado en la cultura que es difícil trazar una línea entre lo que real-

21 Cfr. CASTELLS, M. (2001). *Internet y la Sociedad Red. Lección Inaugural del programa de doctorado 2000-2001 sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento*. Universidad Abierta de Cataluña, España en http://fcaenlinea.unam.mx/anexos/1141/1141_u5_act1.pdf (consulta 16/04/2023).

22 Cfr. BYUNG-CHUL, H (2014) *En el enjambre*, Ed. Herder, España, p.26.

mente es y lo que no es disruptivo en la tecnología de la información y la comunicación.

Además del factor tecnológico, durante el proceso de integración de los estados del que comenzó a partir de la segunda mitad del siglo XX, se establecieron las bases para el comercio internacional, la inversión y el comercio. Ejemplo de ello es la Unión Europea.

El mercado se está transformando y también los otros campos. Las profesiones legales están experimentando el impacto de la nueva tecnología. El derecho está pasando por un proceso de repensar su frontera y regular un fenómeno complejo y dinámico. Están surgiendo nuevos alcances legales²³.

Los gobiernos se vieron afectados por este salto paradigmático de la tecnología que resultó en Gobiernos Abiertos siguiendo los principios de acceso a la información, participación y transparencia. El Poder Judicial también está pasando por una transformación hacia la Justicia Digital como explica Rosa Ávila Paz de Robledo²⁴, introduciendo archivos electrónicos, reclamos electrónicos, avisos electrónicos, evidencia electrónica, audiencias en línea, firma digital y blockchain. Y el debate de cómo la inteligencia artificial (en adelante IA) formará parte de la Justicia Digital está bajo debate con diferentes enfoques²⁵.

23 Cfr. SUSSKIND, R. (2003) *Transforming the Law. Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, Oxford University Press, New York.

24 AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2021) «El expediente judicial electrónico en el Poder Judicial de la Nación». *Anuario XIX*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2021, pp. 187-220 en <https://cijs.derecho.unc.edu.ar/2021/11/25/1059/> (consulta 16/04/2023).

25 Cfr. ROBLEDO, D. (2022), «Proceso judicial e inteligencia artificial», *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Universidad do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, Año 16, Vol. 23, N° 3 (Setembro-Dezembro).

Al decir esto, está claro que los métodos de resolución de disputas son parte de un sistema legal que ofrece respuestas a las necesidades humanas en los tribunales o fuera de los tribunales. Y no son una excepción al impacto de las innovaciones tecnológicas.

En 1994, Harvard PON celebró una conferencia sobre computadoras y negociación. En 1996, la Conferencia de Resolución de Disputas patrocinada por el Centro Nacional para la Investigación de Información Automatizada de la Universidad de Massachusetts (UMass) marcó una diferencia al introducir la resolución electrónica de disputas y la mediación en línea en la agenda. En 1998, se fundó el Centro Nacional de Tecnología y Resolución de Disputas en UMass²⁶. La demanda de resolución de disputas en línea por ese entonces estaba en aumento, así, por ejemplo, la Universidad de Maryland desarrolló proyecto piloto de mediación, el piloto de defensor del pueblo en línea y algunas empresas como eBay establecieron la resolución de disputas en línea en sus sitios web. El acrónimo ODR del término online dispute resolution (en adelante ODR) fue extendido en la doctrina. Como valoran Lorenzo Bujosa-Vadell y Diego Palomo Vélez:

hace algunos años se empezó a hablar de «mediación electrónica» o de «resolución de disputas en línea (RDL)», a sabiendas de la multiplicidad de posibilidades que ello conlleva, pues el ciberespacio es lábil y flexible, permite desde la aplicación de las conocidas videoconferencias a tres bandas, hasta la mera transmisión de la reclamación por escrito y, a su vez, de la misma forma obtener la contestación, pudiendo

bro de 2022), periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). pp. 48-71, consulta en <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/70391/43567> (consulta 16/04/2023).

- 26 Agradezco a la Comisión Fulbright Argentina la beca que me permitió estudiar en la Universidad de Massachusetts en Amherst y conocer en forma personal este centro y el PON de Harvard.

aplicar programas informáticos que también por escrito transmitan la solución ideal según los algoritmos que el programa contenga²⁷.

El crecimiento de ODR se debió también al aumento del número de usuarios/as de Internet y al nuevo comercio electrónico. Desde 2012, el Instituto Max Planck Institute – área de Derecho Procesal– abrió como una de sus líneas de investigación jurídica sobre las tendencias emergentes en la resolución de disputas²⁸. En 2020, PON Harvard celebró la Conferencia de Trabajo sobre IA, Tecnología y Negociación. En 2022, UMass celebró la exposición ODR «*Digitally transforming mediation*» reflexionando acerca de cómo las tecnologías para la gestión de conflictos. En 2023, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal convocó entre los ejes a debatir en las XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, la autocomposición (Smart contracts), los equivalentes jurisdiccionales y la desjudicialización²⁹.

Si se cruzan ambas vidas paralelas en una línea de tiempo, es posible trazar una narrativa de vida de la teoría de la resolución de disputas en línea:

- a) Génesis: en esta fase, la observación del cambio en la innovación hizo que la academia pensara en posibles escenarios. El

27 BUJOSA-VADELL, L M., Palomo Velez, D. (2017) «Mediación electrónica: Perspectiva europea», *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 23, N° 2, p. 51-78, <https://www.redalyc.org/pdf/197/19754349003.pdf> (consulta 16/04/2023).

28 Cfr. <https://law.mpg.de/location/max-planck-institute-luxembourg-for-international-european-and-regulatory-procedural-law/#1654872110453-d37955a2-f30f6b58-1f53> (consulta 16/04/2023).

29 Cfr. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2023), Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal XXVII, Porto Alegre, 17 a 19 de mayo de 2023, en <https://jornadasiberoamericanas.com.br/principal-acerca-de-las-jornadas.html> (consulta 16/04/2023).

mejor ejemplo es Alan Turing quien en 1950 se pregunta si una máquina puede imitar el pensamiento humano. Los juristas hacen hipótesis sobre el impacto que la tecnología tendría en los métodos de resolución de disputas.

- b) Diversas prácticas piloto de resolución de disputas en entornos digitales: en esta fase presenta las primeras experiencias de resolución telemática de disputas (por ejemplo, por teléfono, correo electrónico o video chat). Esta fase creó una cultura de resolución de disputas (en línea y fuera de línea), introduciendo la idea de que era posible trabajar la resolución de disputas sin la reunión cara a cara. La fase sigue los pasos de las innovaciones tecnológicas.
- c) Institucionalización de la resolución de disputas en línea: en esta fase ocurre después de la práctica cuando el ser se ha contrastado con el debe ser y una teoría explica el método. Esta fase muestra las fuertes raíces de la cultura de la resolución de disputas.

Como dije antes, estos métodos son una proyección del acceso a justicia que pueden institucionalizarse bajo la autonomía de la voluntad mediante un modo de justicia contractual o bien, mediante la conformación de reglamentos de procedimiento en centros permanentes.

- d) Regulaciones: en esta fase el Estado establece normas y reglas de procedimiento que introducen algunos métodos de resolución de disputas y sus límites. Esta fase se centra también en la formalización de las reglas sobre el rol de la comunidad profesional de quien gestiona conflictos, ya sea que se trate de mediadores/as o de árbitros/as. También se regulan bases del ciber derecho como por ejemplo la firma digital en el proceso de mediación, la audiencia virtual en el proceso arbitral en línea, entre otras cuestiones.

- e) Reformulación a partir de la irrupción de la inteligencia artificial: surge esta fase cuando el método de resolución de conflictos y las prácticas restaurativas se introducen en el proceso alternativas que utilizan blockchain, o programas predictivos de inteligencia artificial para calcular alternativas y costos de oportunidad o programas para medir el lenguaje en la mediación³⁰. En esta fase, existen servicios de resolución de disputas en línea o versiones descentralizadas de resolución de disputas. Se encuentra en debate al menos en la doctrina si la tercera persona que no es parte en el conflicto en disputa puede ser reemplazada por IA o no.

4. DESAFÍOS DE RESOLVER CONTROVERSIAS DEL ECOSISTEMA DIGITAL *FINTECH*

FinTech³¹ proviene de Finanzas y Tecnología, lo que significa innovación habilitada por la tecnología en servicios financieros³². Se

30 A partir de una entrevista desarrollada en el marco de la Dirección de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, al Prof. Gian Piero Turchi, de la Universidad de Padua se observa el desarrollo de un modelo de abordaje en el cual el lenguaje ordinario está formalizado en reglas de uso y se puede así medir el grado de cohesión social que existe antes de la intervención de mediación y el grado de cohesión que existe luego de la intervención de la mediación. Cfr. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba (2021) «Aportes a la mediación» en <https://www.cba.gov.ar/aportes-para-la-mediacion/> (consulta 16/4/2023).

31 Cfr. BUJOSA-VADELL, L., MANSOUR, N., REIFART MUÑOZ, W. (2022) *The role of Fintech in the Post-Covid-19 world. Law and Regulation*, Ed. Atelier, España.

32 Cfr. Financial Stability Board (2019) *FinTech and market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications*,

creo que el crecimiento exponencial de FinTech se debe a la tecnología ágil y flexible que responde a las necesidades actuales, remodelando bienes, servicios, procesos, aplicaciones, modelo de negocio, interrumpiendo y transformando el ecosistema financiero por startups y hubs.

La doctrina considera que, en esta economía digital, existen grandes compañías tecnológicas que tienen la capacidad de ofrecer múltiples servicios, incluido el financiero y los métodos de pago en contextos digitales, como gigantes tecnológicos también llamadas GAFAs compuestas por Google, Apple, Facebook y Amazon, a las que algunos agregan Microsoft o la multinacional Tencent³³. En este ecosistema digital donde hay contacto P2P, persona a persona, y eso significa comunicación directa sin intermediarios— es decir un sistema no bancarizado—, una persona puede pagar por servicios en línea en su móvil, o usar una billetera electrónica, simplificando el proceso y acortando distancias con un solo clic.

Las principales actividades de FinTech: ‘crowdfunding’ (para obtener inversión), ‘crowdlending’ (para obtener un préstamo de inversores), entre otras han transformado el escenario económico global/local. Las pequeñas y medianas empresas han visto a FinTech como la clave para desbloquear la oportunidad de crecer. Recientemente, el crecimiento de emprendedores/as digitales se ha acelerado con la pandemia. El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha estado

available at <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P140219.pdf> (consulta 16/03/2023).

- 33 Cfr. SÁNCHEZ ARISTI, A., MENDIETA ARAGON, A., ARGUEDAS SANZ, R. (2023) *El sector financiero en la era digital. Datos, digitalización y descentralización: las 3D de la nueva banca*, UNED, Colección: Ciencias Sociales y Jurídicas, p. 12 en <http://portal.uned.es/Publicaciones/htdocs/pdf.jsp?articulo=0102107CT01A01> (consulta 16/04/2023).

investigando sobre las tecnologías de pago que incluyen la tokenización, la encriptación y la programabilidad³⁴ y procurando la vigilancia de FinTech, partiendo de la premisa que el control es clave en la regulación para producir un ecosistema digital financiero seguro, íntegro y confiable.

Desde un punto de vista jurídico, ha dado lugar a un fenómeno nuevo y complejo, que puede ser estudiado por la regulación como un concepto de innovación. FinTech desafía el marco legal del sistema desafiando el *status quo*, es posible identificar desafíos para desarrollar seguridad jurídica con la banca abierta, los nuevos servicios de pago y la nueva manera de autenticación digital, como por ejemplo biométrica y así como también genera desafíos para la administración, gestión

34 «New payment technologies include tokenization, encryption, and programmability:

Tokenization means representing property rights to an asset, such as money, on an electronic ledger—a database held by all market participants, optimized to be widely accessible, synchronized, easily updatable, and tamper-proof. Anonymity of token balances and transactions is not required (and in fact undermines financial integrity).

Encryption helps decouple compliance checks from transactions so only authorized parties access sensitive information. This facilitates transparency while promoting trust.

Programmability allows financial contracts to be more easily written and automatically executed, such as with «smart contracts,» without relying on a trusted third party». Cfr. Tommaso Mancini-Griffoli, T. A. (2023) «Technology Behind Crypto Can Also Improve Payments, Providing a Public Good. A new kind of multilateral platform could improve cross-border payments, leveraging technological innovations for public policy objectives» en Fondo Monetario Internacional, publicado en el blog del FMI con fecha 23/02/2023 en <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/02/23/technology-behind-crypto-can-also-improve-payments-providing-a-public-good> (consulta 16/06/2023).

y resolución de disputas en esta materia con eficiencia. Regular o no regular es el dilema.

Frente a la diversidad de regulaciones de Latinoamérica y el Caribe, el Banco Interamericano para el Desarrollo (BID) ha generado un mapa interactivo de regulaciones³⁵ FinTech en la región. A su vez el mapa se encuentra en línea y permite ser leído en inglés, español y portugués.

Se puede diferenciar de acuerdo a la regulación diferentes modelos: (i) se deja al mercado financiero que se auto regule sin la intervención activa del Estado, (ii) se permite que el mercado financiero actúe en espacios delimitados como hubs de innovación y cajas de arena y con grados de vigilancia de la conducta de operadores/as por parte del Estado, (iii) el Estado interviene en forma activa en la regulación del mercado financiero, vigila y tiene el monopolio de la resolución de conflictos mediante mecanismos de justicia jurisdiccional (iv) el Estado interviene en forma activa en la regulación del mercado financiero y construye un sistema de justicia multi puertas, con diversos canales adecuados de solución consensual de conflictos.

Mirando este horizonte, se observa que los modelos teóricos se encuentran en estado híbrido en este momento:

- a) dentro de la línea de la no regulación se han promovido los sandboxes, o cajas de arena regulatorias como experiencias piloto para probar un programa regulatorio respecto de espacios delimitados creados para probar servicios y productos financieros y vigilar la conducta desarrollada durante la actividad financiera

35 Banco Interamericano para el Desarrollo (2023) *Mapa de Regulaciones Fintech para América Latina y el Caribe* (FintechRegMap), actualizado al 16/03/2023 en <https://www.iadb.org/es/sectores/iniciativas/digital-finance-innovation/fintechregmap> (consulta 16/4/2023)

digital³⁶. Una de las mayores ventajas de esta modalidad es que requiere un diálogo fluido y continuo entre partes privadas y públicas a medida que se va desarrollando. En esta línea se ubica Barbados, Brasil, Colombia, Ecuador, Jamaica, México, Perú y Trinidad y Tobago³⁷.

- b) México, presenta otro manera diferente al de la caja de arena regulatoria, ya que ha desarrollado una regulación jurídica integral para las instituciones de tecnología financiera 2018 –y ha sido actualizada en 2021³⁸– estableció que el Banco Central de México es la autoridad para otorgar la licencia a las Instituciones de Tecnología Financiera. El reglamento estableció reglas de protección de datos que expresan que el consumidor es dueño de sus datos de consumidor, por lo que los servicios financieros deben compartir los datos con quien el consumidor les pida.

36 Un ejemplo de este sandox regulatorio lo vemos en Inglaterra quien lo implementó desde 2016 y se mantiene tras el Brexit en el que inició una regulación divergente a la de la Unión Europea. Cfr. Petit, C. A., Beck, T. (2023) «Recent trends in UK financial sector regulation and possible implications for the EU, including its approach to equivalence» en Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, Study requested by the ECON committee, European Parliament, p. 21 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740067/IPOL_STU\(2023\)740067_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740067/IPOL_STU(2023)740067_EN.pdf)

37 Banco Interamericano para el Desarrollo (2023) *Mapa de Regulaciones Fintech para América Latina y el Caribe*, ob.cit.

38 Cfr. Estados Unidos Mexicanos, Congreso de la Unión (2021) *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera*, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Última Reforma DOF 20-05-2021, que modifica la ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018, última actualización consultada 21-05-2021 en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_200521.pdf (consulta 16/04/2023).

- c) Argentina, que aprobó la Ley N°21526 para la regulación de las Instituciones Financieras y designa como autoridad administrativa al Banco Central de Argentina³⁹ (BCRA) que ha regulado la Comunicación BCRA «A» 6859 relacionada con los proveedores de servicios de pago (billeteras electrónicas), la Comunicación BCRA «A» 6885 creó un registro para los proveedores de servicios de pago y en 2021, la Comunicación BCRA «A» 7146 estableció la inclusión de los proveedores de crédito no financiero en la Ley N°21526. El marco legal tiene muchas regulaciones innovadoras:
- (i) promoción de la economía del conocimiento –reducción de impuestos para el emprendimiento digital como Fin-Tech (Ley N° 27.506 de 2018– modificada por la Ley N° 27570 en 2020)⁴⁰;
 - (ii) la Ley N° 27.440 de Financiamiento Productivo⁴¹ en el art. 57 establece la obligación de constituir un tribunal

39 República Argentina, Banco Central, (2022) *Marco Legal del sistema financiero argentino*, en <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/SistemasFinancierosYdePagos/MarcoLegalCompleto.pdf> (consulta 16/04/2023).

40 A su vez, Argentina tiene un Hub de Innovación que consiste en «un canal de comunicación, espacio colaborativo abierto e informal, entre entidades con proyectos innovadores en el sector financiero y la autoridad reguladora argentina (...)» Se presenta como una estrategia de la Comisión Nacional de Valores destinada a «proteger a las inversoras y los inversores y fomentar el desarrollo de un mercado de capitales federal, transparente, inclusivo y sustentable». Cfr. República Argentina (2023) «Hub de innovación» en <https://www.argentina.gov.ar/cnv/hub-de-innovacion> (consulta 16/04/2023).

41 República Argentina, Congreso de la Nación (2018) Ley 27740 sancionada el 11/05/2018, <https://www.argentina.gov.ar/normativa/nacional/ley-27440-310084/texto> (consulta 16/04/2023).

arbitral permanente⁴² bajo el control de la Comisión Nacional de Valores.

- (iii) la promoción de la industria del software por la Ley N° 25922;
- (iv) prevención de riesgos y lavado de dinero, la Unidad de Información Financiera cuenta con la norma N°30/2017 para identificar a una persona (y persona jurídica) en presencia o a distancia (en línea o electrónicamente). Además, existe una regulación para la justicia penal financiera con una regulación particular para FinTech: la Ley N° 26.733 que prohíbe a FinTech operar sin licencia del BCRA;
- (v) es notable decir que la ley de protección al consumidor en Argentina –válida para FinTech– además de la pro-

42 La norma expresa: «Tribunal arbitral. Todos los mercados deberán contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente, al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el tribunal judicial. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición. Las reglamentaciones que los mercados dicten, aplicables a la creación y funcionamiento de los tribunales arbitrales, deberán ser sometidas a la previa aprobación de la Comisión Nacional de Valores».

tección judicial (artículos 52 a 57), promueve métodos extrajudiciales como el arbitraje, incluido el arbitraje institucional y amistoso como se dice en el artículo 59 y la conciliación según el artículo 58;

- (vi) existe una fuerte protección para la hipervulnerabilidad de los consumidores y usuarios. Las Reglas Prudenciales establecen que *«Los acuerdos financieros se redactarán en lenguaje sencillo y cumplirán con los requisitos mínimos de tamaño de fuente para facilitar la lectura. Deben contener una cláusula de revocación que otorgue a los consumidores el derecho de revocar cualquier producto o servicio dentro de los diez días hábiles posteriores a la fecha de recepción del acuerdo o disponibilidad del producto o servicio, lo que ocurra en último lugar. Los acuerdos pueden ser rescindidos o revocados en línea»*⁴³;
- (vii) también en 2019 se destaca como una regulación innovadora la resolución conjunta N°21029/2021 entre el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y la Comisión Nacional de Valores por la cual se aprueba *«Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales»*. Se valora positivamente en miras a incorporar la perspectiva de género en FinTech, y en consecuencia en los métodos de resolución de conflictos para este tipo de casos;
- (viii) en la normativa procesal civil y comercial local surge la posibilidad de utilizar el arbitraje comercial internacional de acuerdo con la Ley 27449 si encuadra en ese supuesto internacional o también surge la posibilidad de utilizar el

43 República Argentina, Banco Central, (2022) *Marco Legal del sistema financiero argentino*, ob.cit.

arbitraje con resolución de disputas en línea en función de la autonomía de voluntad prevista en el Código Civil y Comercial⁴⁴ (artículos 1649 a 1665). Se complementa con esta normativa la Ley Nacional N° 26589 de Mediación y Conciliación, actualizada mediante reglamentaciones durante la pandemia, Res. 121/2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina para autorizar audiencias por medios electrónicos y a través de la Disposición 7/2020 de la Subsecretaría de Acceso a la Justicia se implementó la guía para la realización de mediaciones a distancia⁴⁵.

- d) Brasil tiene una regulación innovadora que se compone por un clúster que articula un plexo normativo general y específico y los sandboxes regulatorios.
- (i) El plexo está integrado por la Ley Federal 4595 y sus modificaciones que establecen el marco jurídico financiero (general), la Ley 12865, por la cual se establece que para desarrollar negocios de pago a nivel nacional se requiere una licencia del Banco Central de Brasil y la regulación que como autoridad de aplicación del marco regulatorio ha dictado entre otras, la resolución N°1/2020 por la cual se crea «Pix», un sistema de pago instantáneo en línea que funciona las 24 horas.

44 República Argentina, (2014), Código Civil y Comercial de la Nación en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> (consulta 16/04/2023).

45 República Argentina, (2010) Ley Nacional N° 26589 de Mediación y Conciliación, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do;jsessionid=F98D52391C405E1D7ACBA3C56837ACD3?modo=2&rid=166999>

- (ii) Además, dada la dinámica acelerada de las tecnologías financieras produjo las resoluciones N°29 y N°4865 por las cuales se construyen un sandbox regulatorio para el mercado de servicios financieros y de pago.
- (iii) Desde el punto de vista procesal, el Código Procesal Civil de 2015 tiene normas que representan un valioso avance e innovación que posibilitan la resolución de conflictos en este ámbito, para empezar el artículo 3 que permite el arbitraje, así como también incentiva a operadores judiciales (jueces, abogados/as, defensores públicos y miembros del Ministerio Público) a promover métodos de solución consensual de conflictos como ejemplo la conciliación y la mediación aún durante el proceso judicial. Asimismo, el artículo 42 por el cual se establece que las «*causas civiles serán tramitadas y decididas por el juez en los límites de su competencia, dejando a salvo a las partes el derecho de promover juicio arbitral, en la forma de la ley*»⁴⁶, también el artículo 189 que excluye de la publicidad al proceso arbitral siempre que el convenio de confidencialidad sea comprobada ante el juzgado; así como la inclusión de la carta arbitral en el art. 260 referido a las cartas de orden, exhortativas y rogatorias; por otro lado, el artículo 337 permite al demandado civil antes de discutir el mérito alegar la convención de arbitraje y ante

46 Para esta investigación se ha consultado ARRUDA ALVIM, T., DIDIER, F. JR. (2018) *CPC Brasileiro traduzido para a Língua Espanhola, Código de Proceso Civil Brasileño de 2015* (trad. Renzo Cavani), Editora Jus Podivm, Salvador, Bahía, Brasil em https://www.academia.edu/36693540/C3%B3digo_de_Proceso_Civil_brasile%C3%B1o_de_2015_traducido_al_esp%C3%B1ol (consulta 16/04/2023). Brasil, Congresso Nacional (2015) Ley N° 13.105 de 16/03/2015.

la ausencia de alegación de convención arbitral, implica la aceptación de jurisdicción estatal y renuncia al proceso arbitral. Más aún de acuerdo al art. 359, aun iniciado el proceso judicial, el juez o jueza, en la audiencia «*buscará que las partes concilien, independientemente del empleo anterior de otros métodos de solución consensual de conflictos como la mediación y el arbitraje*»⁴⁷. También el artículo 515 reconoce entre los títulos ejecutivos extrajudiciales a la sentencia arbitral, a la decisión homologatoria de autocomposición de cualquier naturaleza ya sea extrajudicial o judicial. Hermes Zanetti explica que esta transformación, que se aprecia como una innovación muy positiva para la justicia consiste en que «*en esta nueva justicia, la solución judicial deja de tener la primacía en los litigios que permiten la autocomposición y pasa a ser ultima ratio, extrema ratio*»⁴⁸.

47 Vale señalar que en Brasil se viene desarrollando hace ya bastante tiempo la cultura de justicia multipuertas. Se cita una entrevista entre Frank Sander y Mariana Hernández Crespo sobre el Proyecto piloto implementado en Brasil: «*The multi-door courthouse is an innovative institution that routes incoming court cases to the most appropriate methods of dispute resolution, saving time and money for both the courts and the participants or litigants. In our Brazilian pilot project, participants met in a virtual forum following the consensus-building methodology designed by Professor Lawrence Susskind of MIT and Harvard Law School. The project was implemented under the direction of Professor Hernandez Crespo, together with a team of Brazilians, global experts and collaborators*» cfr. SANDER, F.E.A., HERNANDEZ CRESPO, M. (2008) «A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse», *University of St. Thomas Law Journal*, 2008, vol. 5, N° 3, p. 666 en <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj> (consulta 16/4/2023).

48 ZANETTI, H. J. (2021) «Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos» en *Revista de Interés*

Se destaca en el ámbito Iberoamericano algunos casos paradigmáticos de regulación sobre esta temática, a la luz de una diversidad de alternativas posibles de regulación, es posible pensar en un modelo iberoamericano de normas procesales para armar los métodos adecuados de soluciones consensuales.

5. LA PROMOCIÓN DE LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA EN EL DERECHO PROCESAL TRANSNACIONAL

Tomando en consideración a la Unión Europea, el MERCOSUR y la ASEAN como tres procesos diversos que siguen funcionando y promoviendo métodos de resolución de disputas en línea.

5.1. Europa

En Europa, el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea (1992) y el Tratado de Amsterdam (1996) fijaron el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, base común para la cooperación en la administración de justicia. Después de eso, el Consejo Europeo de Tampere en una sesión especial en 1999 con el fin de establecer «*Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos*»⁴⁹ con el fin de obtener un mejor acceso a la justicia en Europa. En este sentido, la Directiva 2001/44/

Público, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, Vol. 5, p. 46 en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/131198/Documento_completo.pdf (consulta 16/04/2023).

49 Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (consulta 16/04/2023).

CE (22/12/2000) refuerza el apoyo al establecimiento de soluciones alternativas de litigios.

Así, la regulación sobre comercio electrónico promueve los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos de la sociedad de la información, incluso utilizando la vía electrónica adecuada (2000/31/CE). El Plan de Acción Europeo de 2002 promueve el ODR y crea el Libro Verde sobre la resolución alternativa de conflictos en el derecho civil y mercantil en 2002 que podría ayudar a la regulación estatal. En 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo establecen la mediación en asuntos civiles y mercantiles como un proceso voluntario en el que las partes supervisan de forma autónoma el proceso como verdaderos protagonistas, con un proceso flexible y confidencial, y con mediadores en virtud del Código Europeo de Conducta para Mediadores (2008/52/CE). Se dice que *«La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos»*⁵⁰. Es valioso observar que se requiere introducir un mecanismo efectivo de control de calidad con respecto a la prestación de servicios de mediación, ya que cualquier política debe ser evaluada para verificar la eficiencia del servicio que se ha ofrecido. En 2015, la UE dio a conocer un plan para crear un mercado único digital, mejorando el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa y promo-

50 Cfr. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj> (consulta 16/4/2023).

viendo las redes digitales con el fin de maximizar el potencial de la economía digital.

Europa ha estado ejecutando un *Plan de acción europeo de justicia en red 2019-2023* que tiene tres objetivos: acceso a la información, comunicación electrónica en el ámbito de la justicia e interoperabilidad. El plan de acción se basa en la participación voluntaria, la sostenibilidad, la sensibilidad financiera, la descentralización, la organización del trabajo en la red y la cooperación con profesionales.

En 2021, el Reglamento de Inteligencia Artificial propuesto por la Comisión Europea abrazó la armonización de las normas sobre el desarrollo de la IA. Asimismo, se estableció el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial⁵¹; sin embargo, como enseña Lorenzo Bujosa-Vadell⁵², además del marco legal, existe un debate ético sobre la IA. Por ello, se elaboró en 2018 la Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno introduce cinco principios⁵³:

- Principio de respeto de los derechos fundamentales: garantizar que el diseño y la aplicación de herramientas y servicios de inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales.

51 Comisión Europea (2020) *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19/02/2020, COM/2020/65 final/2.

52 BUJOSA-VADELL, L. M. (2022) «Ética e inteligencia artificial: una mirada desde el proceso jurisdiccional». *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, vol. 23 N°1 en <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64391> (consulta 16/04/2023).

53 European Commission for the Efficiency of Justice (2018) *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (29/07/2022).

- Principio de no discriminación: prevenir específicamente el desarrollo o la intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos.
- Principio de calidad y seguridad: en lo que respecta al tratamiento de decisiones judiciales y datos, utilizar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos elaborados de manera multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro.
- Principio de transparencia, imparcialidad y equidad: hacer accesibles y comprensibles los métodos de tratamiento de datos, autorizar auditorías externas.
- Principio bajo control del usuario: excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y controlen las elecciones realizadas.

La regulación, que es una de las más completas respecto al uso de la inteligencia artificial tiene un gran valor como derecho comparado por cuanto los avances y progresos pueden servir de base para otras regulaciones fuera de Europa.

5.2. *América Latina*

En América Latina, un proceso de integración regional denominado MERCOSUR o Mercado Común del Sur, tiene como objetivo promover un espacio común que genere oportunidades de negocios e inversión con la integración de las economías nacionales al mercado internacional⁵⁴.

54 MERCOSUR (2023) Documentos y normativa, en <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/tratados/>

La democracia y el desarrollo económico son los valores centrales de este proceso regional que nació con el Tratado de Asunción (1991) y se basa en métodos de solución de controversias siguiendo el Protocolo de Ouro Preto (1995 modificado en 2007) tratando de negociaciones bilaterales entre Estados miembros primero, segundo, sometimiento de la disputa al Grupo Mercado Común a través de consultas y quejas; y en tercer lugar, el arbitraje ante el grupo ad hoc y el Tribunal Permanente de Revisión (para el laudo arbitral)⁵⁵.

Revisando las regulaciones del MERCOSUR algunas pueden ser más relevantes para ODR: Protocolo de Las Leñas para la cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa (1992), Protocolo de Colonia para promover inversiones (1994), Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1998), Protocolo de Asunción para la promoción y compromiso con los Derechos Humanos del MERCOSUR (2011), Acuerdo sobre eliminación de tarifas de *roaming* en llamadas internacionales para usuarios finales en el MERCOSUR (Decisión N° 11/2019), Acuerdo sobre facilitación del Comercio Electrónico (2019), Acuerdo sobre Reconocimiento Mutuo de Certificados con Firma Digital del MERCOSUR (Decisión N° 01/2019), Decisión 02/2020 del Consejo del Mercado Común que permite la videoconferencia para todo tomador de decisiones-agente, Acuerdo de Comercio Electrónico (2021).

Desde 2017, el MERCOSUR ha establecido un Plan denominado Agenda Digital del MERCOSUR⁵⁶ para promover el acceso inclusi-

55 AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. –directora– (2012) *Armonización legislativa en vista al proceso de integración del MERCOSUR desde la óptica de la Resolución de Conflictos con los métodos no adversariales*, Ed. Justicia y Paz, Argentina, p. 89.

56 MERCOSUR (2021) *Agenda Digital*, en <https://www.mercosur.int/logro-18-agenda-digital/> (consulta 16/04/2023).

vo de los ciudadanos y las empresas al comercio con una infraestructura digital segura y confiable, fortalecer la conectividad, la confianza en la red y la transmisión de datos, la cooperación intergubernamental y el diálogo público-privado. Además, en la era de los datos, el MERCOSUR está trabajando en el Sistema de Estadísticas de Comercio Exterior del MERCOSUR para producir datos relevantes sobre los procesos regionales⁵⁷.

Es relevante decir que el compromiso del MERCOSUR con los derechos humanos ha reconfigurado la regulación para proteger a los consumidores en la región. En 2020, la Secretaría de Comercio de Argentina estableció el Reglamento 139 que introduce el concepto de hipervulnerabilidad de los consumidores debido a la edad, el género, el estado físico o mental, o las circunstancias socioeconómicas. Y el MERCOSUR reprodujo esta regulación por la norma establecida por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR que también introduce la categoría de hipervulnerabilidad del consumidor (D 11/2021). Ambas normas –la argentina y la del MERCOSUR– ordenan la promoción del método de solución de controversias como política de acceso a la justicia para eliminar obstáculos.

El Banco Interamericano de Desarrollo⁵⁸ informa algunos hechos sobre la región. Por ejemplo, Argentina ha producido decenas de startups y unicornios como Mercado Libre, Ualá, otras fintechs son TodoPago, Pago360, Workana, Ohana; Brasil es uno de los líderes de las compras de comercio electrónico de América Latina y es el hogar de la casa de comercio electrónico B2W, otras startups brasileñas de FinTech son Samba Tech, Nubank; Uruguay tiene Pedidos ya.

57 MERCOSUR (2023) *Estadísticas*, en <https://estadisticas.mercosur.int/> (consulta 16/04/2023).

58 Suominen, K. (2018) *Fueling Digital Trade in Mercosur. A regulatory roadmap*. Inter-American Development Bank, Report IDB-TN-01549, p. 6.

En 2022, bajo la presidencia Pro Tempore de Paraguay se llevó a cabo la 65° edición de la Reunión Especializada de Ciencia y Tecnología del MERCOSUR enfocada en el desarrollo de mecanismos para implementar políticas y asociaciones estratégicas en el bloque. Esta reunión incluyó a las delegaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y se acordó «continuar el trabajo conjunto en infraestructuras de investigación, para lograr el diseño de una plataforma que permita compartir información entre los socios del bloque y fortalecer la cooperación en inteligencia artificial y ciencia de datos»⁵⁹.

En mayo de 2023, el Tribunal Permanente de Revisión desarrolla en mayo de 2023 un Seminario por la Semana «Mediación y Arbitraje en Mercosur»⁶⁰ donde en la agenda se desarrolla el arbitraje marítimo fluvial en MERCOSUR, cuestiones pragmáticas de la mediación y arbitraje, tecnología e inteligencia artificial.

5.3. Asia

En Asia, se estableció un proceso de integración llamado Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) con la firma de la Declaración de la ASEAN en 1967 en Bangkok, Tailandia. Se convirtió en pionera en la economía digital con la transformación de las industrias tradicionales y la construcción de un mercado único integrado para la economía digital. El marco jurídico del sistema de la ASEAN se centró en las transacciones electrónicas, la protección del consumidor,

59 MERCOSUR (2022), *RECyT*, en <https://www.mercosur.int/se-celebro-la-lxv-recyt/>

60 MERCOSUR, Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, (2023) *Semana de Arbitraje y Mediación*, 2ª edición, en https://www.tprmercosur.org/pt/activ/2022_may16_Programa.pdf (consulta 16/4/2023).

la regulación del contenido, los nombres de dominio, la protección de datos y la privacidad, y la resolución de disputas en línea.

En 2021, se publicaron las «Directrices de la ASEAN para la Resolución Alternativa de Disputas (ADR) para la Protección del Consumidor»⁶¹ como parte del plan de acción estratégico sobre protección del consumidor que creó la ASEAN. El aspecto notable de esta estrategia es que presenta las mejores prácticas en ADR con el objetivo de establecer las mejores condiciones para ampliar el crecimiento económico, promover mercados competitivos y atraer inversiones transfronterizas en y a través de la ASEAN en su conjunto.

La primera parte de las Directrices es para el desarrollo de Políticas Nacionales para ADR de Disputas de Consumo. Además, el equipo profesional de ADR se centra en la imparcialidad, la independencia, la experiencia y en el proceso de transparencia, eficiencia, eficacia y equidad y debido proceso, así como en la legalidad. El plan de la ASEAN es desarrollar una red de resolución de disputas en línea para 2025.

6. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA EN ORGANISMOS INTERNACIONALES

Dada la brevedad de esta comunicación, recogemos algunos casos paradigmáticos por un lado disputas sobre el nombre de dominio y por otro lado en relación a propiedad intelectual⁶². Se considera

61 ASEAN (2021) Alternative Dispute Resolution (ADR) Guidelines for Consumer Protection, Thailand, available at <https://asean.org/asean-releases-alternative-dispute-resolution-guidelines/> (consulta 16/4/2023)

62 ROBLED0, D. (2022) «Mediation, Arbitration and Artificial Intelligent Dispute Resolution: Online Dispute Resolution for FinTech» en BUJOSA-

que ambos son conflictos tienen directa relación con el ecosistema de economía digital mencionado precedentemente, pues como dice el estudio del Grupo Banco Mundial:

Hacer cumplir los contratos y resolver disputas es parte de la actividad diaria del sector privado. Los estudios e informes del Grupo Banco Mundial (GBM) (...) revelan que el acceso eficiente a la justicia desempeña un papel clave para las empresas. Una infraestructura de justicia que funcione bien es parte de la agenda climática de inversión del Grupo Banco Mundial. La resolución alternativa de disputas (ADR) ha demostrado ser un pilar valioso para mejorar el acceso a la justicia, brindando una resolución de disputas basada en el consentimiento rápida y menos costosa a las empresas en muchas economías emergentes⁶³.

A partir de ello, se recoge una muestra paradigmática de métodos consensuales de solución de controversias en relación al ecosistema digital FinTech.

6.1. *Disputa sobre el nombre de dominio en centros acreditados por Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN)*

Desde que la Junta Directiva de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN) aprobó las Reglas para la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio⁶⁴

-VADELL, L., MANSOUR, N., REIFART MUÑOZ, W. (2022) *The role of Fintech in the Post-Covid-19 world. Law and Regulation*, Ed. Atelier, España.

63 WORLD BANK GROUP (2011) *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, United States, p.1.

64 Internet Corporation for Assigned Names & Numbers (2023), available at <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en> (con-

en 1999, es posible resolver disputas de nombres de dominio basadas en marcas comerciales después de un acuerdo, acción judicial o arbitraje, antes de que un registro cancele, suspenda o transfiera un nombre de dominio. Para estos casos, es posible presentar una queja ante un proveedor de servicios de resolución de disputas acreditado.

La Política mencionada establece que puede ser presentada por el propietario de una marca en una reclamación o queja contra el titular del nombre de dominio en la jurisdicción apropiada o solo para casos de registro presunto abusivo –de mala fe– puede presentar la queja a un proveedor de servicios de resolución de disputas aprobado.

La política y las reglas de la ICANN inspiraron las regulaciones regionales e incluso algunos proveedores de servicios de resolución de disputas aprobados por la ICANN habían establecido sus propias reglas como una adaptación regional o local de las normas uniformes.

Por ejemplo, la Unión Europea ha adoptado los procedimientos de resolución alternativa de litigios para la resolución de litigios con arreglo al Reglamento (UE) 2019/517 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación y el funcionamiento del dominio de primer nivel .eu que se registrarán por las presentes normas de resolución alternativa y las normas complementarias de resolución alternativa del proveedor que administre los procedimientos de resolución alternativa en la medida en que esté disponible y publicado en su sitio web. Estas reglas están vigentes desde el 19 de octubre de 2019. Dado que la interpretación y aplicación de estas normas de resolución alter-

sulta 16/04/2023). ICANN cuenta con el Procedimiento de Resolución de Disputas de Compromiso de Interés Público que permite la presentación de un informe inicial para reclamar que un operador de registro puede no estar cumpliendo con uno o más de sus Compromisos de Interés Público (PIC) del Acuerdo de Registro con ICANN. Este procedimiento no utiliza mediación o arbitraje, utiliza panel de expertos.

nativa de litigios forma parte del Derecho comunitario, estas normas de resolución alternativa deben hacerse con arreglo al marco jurídico sistemático de la UE.

6.1.1. Proveedores de servicios de resolución de disputas

ICANN acreditó a diferentes proveedores de servicios de resolución de disputas para administrar el procedimiento⁶⁵. Tiene siete centros acreditados a nivel mundial, cada uno desarrolla un método adecuado de resolución de conflictos sobre la base de la cultura en la que se inscribe. Vale señalar que si bien se trabaja a partir de una política uniforme, el factor de la cultura jurídica en el que se desenvuelve el método adecuado de resolución de conflictos en línea varía, ya sea que incluya o no audiencias sincrónicas (vgr. audiencia telemática) o bien se gestione a partir de otras formas telemáticas y diacrónicas.

6.1.1.1. Centro Árabe para la Resolución de Disputas

La ICANN aprobó al centro como proveedor de servicios de solución de controversias en 2013. El Centro se basa en normas y trabaja para lograr una resolución justa de los casos de registro abusivos y de mala fe de controversias en materia de nombres de dominio, y desde 2013 tiene 11 decisiones⁶⁶.

65 Se dice que «Todos los registradores acreditados por ICANN que están autorizados a registrar nombres en los gTLD y los ccTLD que han adoptado la Política han acordado cumplirla e implementarla para esos dominios. Toda persona o entidad que desee registrar un nombre de dominio en los gTLD y ccTLD en cuestión deberá dar su consentimiento a los términos y condiciones de la Política Uniforme».

66 Arab Center for Dispute Resolution (2023), <http://acdr.aipmas.org/default.aspx> (consulta 16/03/2023).

6.1.1.2. Centro Asiático de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio

Fue establecido en 2002 por la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) con oficinas en Beijing y Hong Kong. En 2006, el Comité Coreano de Resolución de Disputas de Direcciones de Internet (KIDRC) se unió y comenzó a operar una oficina en Seúl, más tarde, en 2009, comenzó el Centro Asiático de Arbitraje Internacional (AIAC) para operar una oficina en Kuala Lumpur. Es un proveedor de servicios de resolución de disputas de ICANN, pero también un proveedor de servicios de ADR para OP3FT para resolver disputas relacionadas con las direcciones de Frogans (la política de disputas para Frogans Addresses también se basa en la Política Uniforme de ICANN)⁶⁷.

6.1.1.3. Centro Canadiense de Resolución Internacional de Disputas en Internet

Es una división para disputas de dominio del Centro de Arbitraje Internacional de Vancouver. Es un proveedor de servicios de resolución de disputas para la Política Uniforme de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio y la Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio⁶⁸. Todo el servicio se proporciona en línea.

67 Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (2023) <https://www.adn-drc.org/> (consulta 16/04/2023).

68 Canadian International Internet Dispute Resolution Centre (2023) <https://ciidrc.org/about-ciidrc/> (consulta 16/04/2023).

6.1.1.4. Centro de Disputas de Internet de la Corte Checa de Arbitraje

Es un proveedor de servicios de resolución de disputas aprobado por ICANN desde 2008. Aunque el centro se presenta como una organización sin fines de lucro que tiene su sede en Praga, además es adjunta a la Cámara de Comercio Checa y Cámara Agraria Checa. El servicio que brinda es principalmente la resolución de disputas comerciales nacionales e internacionales. Es uno de los centros de arbitraje más antiguos de Europa que data de 1949 y tiene uno de los casos más grandes de Europa Central (en 2020 fue de 516 disputas nacionales y 61 internacionales). Asimismo, en su sitio web informa que en 2005, fue seleccionado como proveedor de ADR .eu por EU-Rid y la Comisión Europea. El CAC administra los procedimientos de resolución alternativa de disputas por el dominio .eu bajo la marca ADR.eu en las 24 lenguas oficiales de la UE utilizando una plataforma en línea⁶⁹.

6.1.1.5. Foro Nacional de Arbitraje

Fue fundada en 1986 y está ubicada en Minnesota, Estados Unidos de América. También es uno de los proveedores de servicios de disputas de la ICANN. Su sitio afirma que «cumple con la promesa de mediación y arbitraje al proporcionar una resolución de disputas rápida, asequible y justa para las empresas»⁷⁰. Ofrecen mediación, arbitraje o modelos híbridos arb-med y med-arb. Además, tiene sus propias reglas de resolución de disputas de comercio a comercio (business

69 Czech Arbitration Court Arbitration-Center for Internet Disputes (2023) https://udrp.adr.eu/about_us/who_we_are.php (consulta 16/04/2023).

70 National Arbitration Forum (2023) <https://www.adrforum.com/about> (consulta 16/04/2023).

to business, B2B). Además, en relación a la imparcialidad para la selección de expertos/as, árbitros/as y mediadores/as, el foro aplica la política de diversidad, equidad e inclusión.

6.1.1.6. *Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual*

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI / WIPO) es un proveedor de servicios de solución de controversias aprobado por la ICANN. Asimismo, el Centro de la OMPI actuó como asesor técnico del comité de redacción de la ICANN encargado de finalizar la Política y Reglas uniformes precitadas. Además, ha elaborado el Reglamento Complementario de la OMPI para la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio, que complementa la Política Uniforme y el Reglamento de la Política Uniforme.

6.1.1.7. *Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos*

Se estableció en 1977 como una organización independiente sin fines de lucro que promueve la prevención y resolución de conflictos. Su sitio dice que en los años 80 desarrollaron una «*Declaración de política sobre alternativas al litigio*» para promover la cultura ADR alentando a los signatarios «*a sentarse a la mesa y discutir cuidadosamente enfoques alternativos para resolver sus disputas, en lugar de correr automáticamente a los tribunales*»⁷¹.

71 International Institute for Conflict Prevention & Resolution (2023) en <https://www.cpradr.org/> (consulta 16/4/2023).

6.2. *Disputas sobre propiedad intelectual en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual: Arbitraje y mediación*

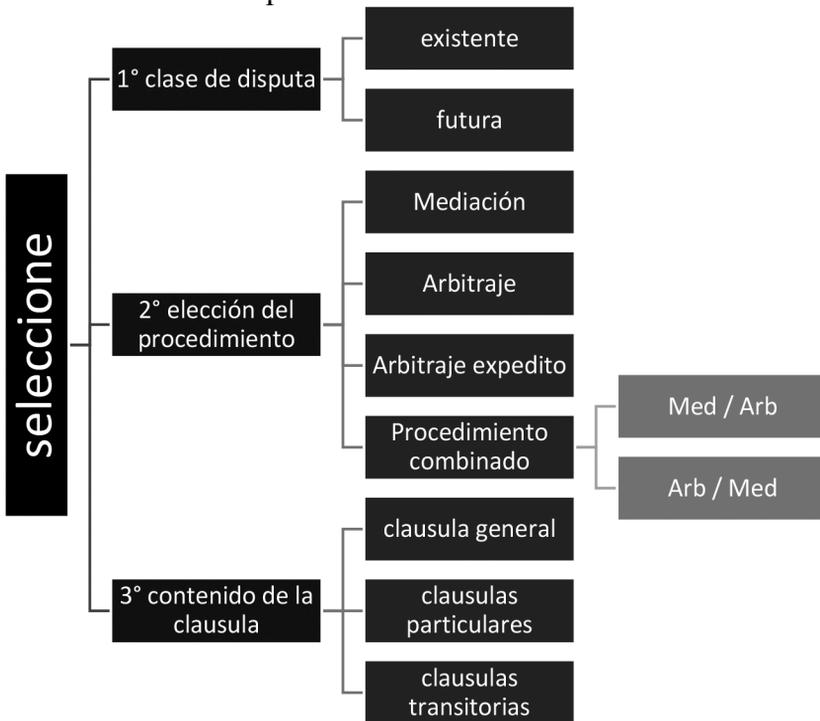
La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) promueve la innovación y la creatividad, a través de un sistema internacional equilibrado y eficaz de la propiedad intelectual (PI), y ofrece servicios respecto a: patentes, diseños industriales, indicaciones geográficas, marcas, dominios y solución alternativa de controversias.

La OMPI es un proveedor de solución extrajudicial de controversias que facilita la solución de controversias comerciales entre particulares mediante procedimientos extrajudiciales. El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI funciona como un sujeto neutral especializado en controversias en materia de P.I. y tecnología. Tiene oficinas en Ginebra y Singapur y ofrece el servicio ADR para usuarios de todo el mundo.

Es importante reconocer que el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI no sólo tiene trabajo cuando se produce un conflicto, sino que el centro proporciona información y asesoramiento procesal sobre las opciones de solución extrajudicial de controversias a los usuarios, puede hacer referencia a cláusulas y acuerdos de sumisión para servicios de mediación, arbitraje, arbitraje acelerado y decisión de experto.

La OMPI tiene un generador de cláusulas contractuales inteligente en su sitio web para facilitar la elaboración de una cláusula adecuada a partir de un formulario en línea⁷².

72 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, (2023) Generador de cláusula, en <https://amc.wipo.int/clause-generator/> (consulta 16/04/2023).



Fuente: elaboración propia en base al modelo de generador de cláusula de la Organización de Mundial de Propiedad Intelectual (<https://www.wipo.int/>)

De esta manera, usuarios del procedimiento pueden generar la cláusula e insertarla en el contrato que celebren. Pueden consultar y ser asesorados respecto de los procedimientos, así como en la tecnología de soporte para salas de reuniones y videoconferencia. Además, la OMPI tiene sus propias normas que pueden utilizarse para la gestión de casos y la solución de controversias si las partes están de acuerdo.

Existe una variedad de casos de propiedad intelectual en la que son adecuados estos métodos consensuales.

6.2.1. Disputas B2B

Para B2B significa negocio a negocio. El objeto de la presente diferencia son dos partes comerciales. Como estos disputantes con frecuencia son usuarios sofisticados, es menos probable ver una relación asimétrica de poder. El objeto de este tipo de disputas es a menudo sobre una transacción en particular. Si se trata de un problema técnico, probablemente requiera la experiencia de profesionales para facilitar el diálogo, y para esto es el arbitraje lo que buscan las partes comerciales.

Por ejemplo, Margarita Kato⁷³ –asesora jurídica de la OMPI– lo ilustra con este ejemplo:

El teléfono móvil permite reproducir música mientras nos desplazamos, llamar a un amigo desde el otro lado del mundo o incluso imprimir documentos. Todo ello es posible por dos factores importantes. En primer lugar, los impresionantes avances tecnológicos y, en segundo lugar, la normalización de la tecnología, que garantiza que los dispositivos puedan comunicarse entre sí. El objetivo de elaborar normas tecnológicas es crear un panorama operativo fluido y eficiente para la comercialización de esas tecnologías. Sin embargo, en la práctica, a menudo surgen ineficiencias comerciales que pueden crear obstáculos para las empresas. El arbitraje y la mediación ofrecen vías útiles para superar esos obstáculos.

La tecnología normalizada permite la interoperabilidad de los productos. Si bien estas normas a menudo pasan inadvertidas,

73 KATO, M. (2022) «Arbitraje y mediación: solución de controversias relativas a la concesión de patentes en el mundo de la tecnología normalizada», *Revista de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual*, Vol 4, publicada en diciembre de 2022, en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2022/04/article_0007.html (consulta 16/04/2023).

son fundamentales para la comunicación fluida entre los dispositivos digitales. Un ejemplo es la norma de comunicación de celulares 5G. Los dispositivos que adoptan la norma 5G pueden beneficiarse de la infraestructura mundial que permite la utilización de la 5G. Esta tecnología garantiza una transmisión de datos a más velocidad, una latencia sumamente reducida, una mayor fiabilidad y acceso a una gran capacidad de red. Hay estimaciones que apuntan a que la norma 5G se compone de hasta 100.000 patentes. (...)

Para resolver ese problema y asegurarse de que las tecnologías protegidas por PEN se utilicen en condiciones justas, las organizaciones que establecen las normas han ideado la concesión de licencias en «condiciones FRAND». El acrónimo FRAND se corresponde con los términos en inglés «fair», «reasonable» y «non-discriminatory», es decir, condiciones «justas, razonables y no discriminatorias». Los titulares de patentes que deseen integrarlas en una norma deben comprometerse a conceder licencias sobre sus patentes en condiciones FRAND. Si no conceden licencias en condiciones FRAND, los licenciarios pueden iniciar acciones judiciales contra ellos y pedir al tribunal que fije una tasa de licencia que se considere conforme a las condiciones FRAND. Igualmente, si un licenciario se niega a obtener una licencia en condiciones FRAND, pero sigue utilizando la tecnología patentada, puede ser demandado por infracción de patente.

En esta forma de disputa, por ejemplo, hay al menos una empresa que procesa y comparte datos. Legalmente este negocio debe cumplir con la ley de seguridad, privacidad y protección de datos y las obligaciones y prohibiciones que provienen del contrato. Como se ha dicho en la doctrina la data es el nuevo oro del mundo, lo que significa que el valor en una economía digital seguirá creciendo. La legislación en este campo dinámico puede cambiar siguiendo la realidad (innovación, fluctuación de la economía, olas de internet, entre otros) y para obtener un mejor nivel de protección de los derechos humanos. Los sectores de la empresa que tienen más probabilidades

de verse afectados por cómo cambia la ley y cómo cambia el uso de datos, incluyen Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), investigación y desarrollo (I&D), ciencias de la vida y sectores que dependen del derecho de autor digital.

Teniendo en cuenta lo expresado en el ejemplo de las patentes en la tecnología de la telefonía móvil, se puede apreciar no solo los derechos de propiedad intelectual potencialmente vulnerables sino también las cláusulas FRAND que implican desarrollar un método de resolución de conflictos («fair», «reasonable», «non-discriminatory», justas, razonables y no discriminatorias).

A partir de la casuística la OMPI exhibe como ejemplo de controversias B2B, entre ellas: (i) violaciones de la confidencialidad, (ii) derechos de autor, (iii) acuerdos de intercambio de datos, (iv) acuerdos de procesamiento de datos; (v) acuerdos de intercambio de datos, (vi) valoraciones de P.I.; (vii) la contratación externa; (viii) calidad y términos de servicio; (ix) violaciones de la seguridad; (x) secretos comerciales; (xi) uso o transferencia no autorizados de los datos del cliente. Además, la OMPI ha identificado a las siguientes partes interesadas en las controversias B2B: (i) instituciones financieras; (ii) negocios FinTech e InsureTech; (iii) empresas de tecnología de la información y las comunicaciones, incluidos los proveedores externos; (iv) proveedores de servicios de contenidos en línea, incluidas las plataformas; (v) desarrolladores de software; (vi) proveedores de telecomunicaciones.

7. DESCENTRALIZACIÓN DE LA JUSTICIA: RESOLUCIÓN DE DISPUTAS CON BLOCKCHAIN Y SMART CONTRACTS

Cadiet enseña que existen nuevas formas contractuales para descentralizar la justicia que siguen la retórica vinculada a la satisfacción del usuario de justicia y el proceso de modernización del es-

tado⁷⁴. La desformalización emerge como reacción al procedimiento formalista en tanto exceso de la forma ritual. Parafraseando a Pierre Bourdieu, «*mettre en forme, c'est aussi mettre les formes*», dar forma es poner forma, siendo que el proceso asumió diversas formas.

Blockchain es una tecnología disruptiva de contabilidad distribuida de unidades de información (datos). Hay una red colectiva de usuarios/as que comparten datos y graban en almacenes de datos, y cada usuario/a almacena los datos exactos de otros/as usuarios/as, con la colaboración y el control de cada usuario/a de la red de servidores informáticos llamados nodos. No tiene una autoridad de confianza para la validación porque se basa en la descentralización. Ello que implica la verificación permanente a través del intercontrol de usuarios pares en la red y la transparencia ya que comparte las mismas unidades de información en bloques de cadena. Cada una de las redes está validando los datos de los/as otros/as usuarios/as ya que tienen un registro y actualización del libro mayor, por lo que la confianza del registro se basa en el consenso de la corrección de la transacción registrada. La cadena de bloques de datos funciona como una criptografía inalterable.

La tecnología blockchain se encuentra ligada a los contratos inteligentes o por el término en inglés Smart contracts. Ejemplo de blockchain es bitcoin, como cripto moneda, o también Ethereum, más conocido entre gamers y desarrolladores de aplicaciones por la tecnología abierta y la ductilidad para crear diversas aplicaciones o contratos inteligentes.

Blockchain puede ser una fuente de disputas, pero también una herramienta para un nuevo método para la resolución de disputas.

74 CADIET, L. (2008) «Case management judiciaire et déformalisation de la procédure», *Dans Revue française d'administration*, 2008/1 (n° 125), p.150.

7.1. *Smart contracts y mediación*

Los contratos inteligentes se escriben en código blockchain y comienzan a ejecutarse cuando se activa automáticamente la ejecución tan pronto como ocurren las condiciones descritas en una cláusula. Es decir, se basa en una relación de causalidad, siempre que se dé determinado antecedente en las condiciones suficientes que se describen en el contrato, implica la ejecución de la consecuencia predeterminada. Bugvila explica que «en los *Smart contracts* esta condición puede ser una variable simple, como una fecha determinada o estar programada para que la condición por la cual es contrato se ejecute o no provenga de una fuente de información externa predeterminada confiable, como sea el estado del tiempo o la cotización de una divisa. A esta fuente de información externa se la llama oráculo»⁷⁵. Los contratos inteligentes y los contratos tradicionales son diferentes sin embargo, como semejanza, ambos pueden tener una cláusula para la resolución de disputas y a partir de allí, es posible pensar que cada uno necesita una respuesta adecuada a su particularidad.

Blockchain puede ser una fuente de disputas, pero también una herramienta para una nueva metodología para la resolución de disputas. En el primer sentido, los contratos inteligentes se escriben

75 BUGVILA, G. (2022), «El Arbitraje Descentralizado» en XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 1, 2 y 3 de septiembre de 2022, Asociación Argentina de Derecho Procesal y Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina. Asimismo, como explican los hermanos Agudelo Mejía, generalmente, una vez que se ha programado el contrato inteligente, no requiere intervención de terceros para su ejecución, pero cuando sí lo requiere, a esta tercera persona se le llama oráculo, quien indicará al contrato si se ha cumplido o no las condiciones. Cfr. AGUDELO MEJÍA, D. A., AGUDELO MEJÍA, N. A. (2022), «El derecho procesal en la era del ciberderecho» en BUSTAMANTE RÚA, M., HENAO OCHOA, A. P., TORO, L.P. (coord.) *Justicia 5.0*, Red para el estudio de la Justicia y del Proceso, Institución Universitaria de Envigado, Colombia, p. 63.

en código blockchain y comienzan a ejecutarse cuando se activa automáticamente la ejecución tan pronto como ocurren las condiciones descritas en una cláusula. Como los contratos inteligentes y los contratos tradicionales son diferentes (un contrato inteligente tiene auto ejecución), ambos pueden tener una cláusula para la resolución de disputas y la corte, es posible pensar que cada uno necesita una respuesta adecuada.

Irene Kafeza, postula un sistema de arquitectura para los contratos inteligentes en el que el proceso de mediación se incorpore de manera funcional, como por ejemplo a partir de casos precedentes, visualización de opciones, contexto legal, pero también de comportamiento como emotiva⁷⁶. Su propuesta parte de incluir un software de inteligencia artificial de mediación online para incorporar en una plataforma automatizada tomando como principios el núcleo integral de confidencialidad, neutralidad e imparcialidad, pero también considerando la autodeterminación de las partes (para garantizar durante toda la ejecución del contrato), valores sobre la autodeterminación incluyendo dignidad, respeto, igualdad y privacidad. Toda la propuesta se basa en la naturaleza contractual de la mediación, predisponiendo en el contrato una serie de alternativas considerables por las partes con plena autonomía de voluntad.

Desde el punto de vista técnico, el algoritmo de software de la inteligencia artificial se basa en tres módulos: flujo de trabajo (para acceso e información para las partes), una herramienta de minería de datos (para ver los casos por igual y los precedentes), un módulo de coincidencia de comportamiento (basado en perfiles de datos de las partes) y

76 KAFEZA, I. (2021), «An Intelligent Mediation Platform for Smart Contracts in Blockchain» *CIKM'21: 30th ACM International Conference on Information and Knowledge Management*, November 01–05, 2021, Virtual Event, QLD, Australia available at <http://ceur-ws.org/Vol-3052/paper26.pdf>

el módulo de negociación del mediador. El software mediador propone un trato justo a las partes basado en la IA revelando precedentes exitosos (minería de datos) y si las partes eligen y acuerdan una opción, se acabó. Y en el caso de que las partes no estén de acuerdo, van a entrar en la plataforma de negociación asistidos por un mediador online. El mediador en línea obtendrá la información y presentará la oferta más optimizada a las partes. La inteligencia artificial aquí se basa en un modelo de creencia-deseo-intención donde las partes en disputa querrían obtener la mejor alternativa a un acuerdo negociado (BATNA⁷⁷).

7.2. *Smart contracts* y arbitraje

La tecnología Blockchain también se puede utilizar en el arbitraje. Digamos que el arbitraje blockchain tiene al menos dos manifestaciones: arbitraje «en cadena» (*on-chain*) y arbitraje «fuera de cadena» (*off-chain*) o llamado arbitraje descentralizado. Algunas startups de arbitraje de esta clase son, por ejemplo, LTO Network, Kleros, Blockchain Arbitration Forum.

El arbitraje en cadena tiene la forma de un contrato inteligente, por lo que el laudo se genera automáticamente en función de los datos programados.

El arbitraje descentralizado, o fuera de cadena, tiene automatización de algunos elementos del procedimiento antes del proceso arbitral y lo que no tiene es el reconocimiento automático del laudo.

Kleros, un arbitraje blockchain en cadena fundada por Federico Ast, quien propuso justicia descentralizada en cuanto a la combinación de blockchain, crowdsourcing y teoría de juegos:

77 Cfr. URY, W. (2015) *Obtenga el sí consigo mismo*, ed. Conecta, Buenos Aires, p. 47.

The field of decentralized justice seeks to leverage blockchain and mechanism design in order to build dispute resolution procedures able to efficiently and fairly address the new types of disputes of the digital age. It is decentralized because the process is fully driven by peers and built on blockchain technology and cannot be controlled by any single agent. It is justice because the design complies with a number of conditions to be considered fair by the people using it⁷⁸.

A partir de la idea que presenta, blockchain es un escenario digital donde se pone en acción una obra sin director (ni agente), donde actores y actrices son pares (y en paridad) dialogan a través de algoritmos que se almacenan en una cadena de bloques inalterable sobre una controversia originada en el ecosistema digital y buscan sobre la base del consenso, la autonomía de la voluntad y la confianza en la obra, la justicia.

Por ejemplo, en Kleros, Aragón y otras plataformas en línea, los/as usuarios/as depositan un token de criptografía para expresar la disponibilidad para usar ODR, luego de una base de datos de posibles jurados que actúan árbitros/as se sortea y seleccionan al azar. Desde un enfoque de incentivos y desincentivos que puede desarrollar el derecho a través de las normas, en este sistema de arbitraje reciben un premio quienes votan de acuerdo al criterio adoptado por la mayor parte de quienes han participado y son penalizados quienes votan de manera diferente al criterio de la mayoría.

Vale señalar que el Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law organizó el Simposio «*Blockchain and Procedural Law: Law*

78 DEFFAINS, B., AST, F. (2021). «When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, United States, available at <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/birth-of-decentralized-justice> (consulta 16/04/2023).

*and Justice in the Age of Disintermediation Blockchain Technologies at the Domestic and the International Levels»*⁷⁹. Y entre los participantes estaba el CEO de Kleros.

En promedio, muchas de estas propuestas comparten un diseño tecnológico y jurídico basado no en un método de solución de controversias, sino en cláusulas de solución de controversias de varios pasos o métodos híbridos mediante la combinación de mediación-arbitraje o arbitraje-mediación (med-arb o arb-med). No todas las propuestas se basan en software de IA, otras que utilizan contratos inteligentes tienden a descentralizarse utilizando blockchain y otras presentan propuestas no tan disruptivas sino de simple soporte (minería de datos, base de datos legal).

Esta clase de métodos consensuales de solución de controversias se basan en la naturaleza contractual y la autonomía de la voluntad de las partes. De ahí que surgen dos grandes cuestiones, la primera, no todo es disponible y aquí el límite para el crecimiento de este método el orden público y la segunda cuestión, un debate abierto acerca del ciber derecho sobre él se funda la propuesta. A pesar de todo, el crecimiento acelerado de FinTech como fenómeno global en el que se produce nuevas formas de conectar y socializar, han generado nuevas necesidades y también surgen nuevas olas de blockchain e inteligencia artificial están sucediendo y han desbloqueado nuevas formas de conflictos que deben abordarse integralmente.

79 FROMAGEAU, E., MARTINET, L., & ZAMARIA, A. (2021). «Introduction to the Symposium for Blockchain and Procedural Law: Law and Justice in the Age of Disintermediation», *Stanford Journal of Blockchain Law and Policy*, 4(1), <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/intro-mpi-symposium/release/1> (consulta 16/4/2023).

8. CONCLUSIONES

Se parte de una necesidad actual, se observan casos paradigmáticos y se ensaya una para explicar lo reflexionado, en base a las ideas obras de autores y autoras de las que se bebe como fuentes. El pensamiento procesalista de la Teoría General del Proceso brinda categorías de análisis que van más allá de la norma aislada y formal. En esta investigación, la investigación de Cappelletti y Garth sientan bases que entrelazan el movimiento de acceso a justicia con los métodos adecuados de solución de controversias. La línea de razonamiento de Pound, que continúa Sander, refleja la descentralización de la justicia a través de un abanico de métodos adecuados a través de multipuertas. La era digital marca las horas de un tiempo nuevo, una forma de vida en comunidad interconectada. Después de la pandemia, ya nada es igual, se aceleraron transformaciones, disrupciones, metamorfosis que no permiten volver a lo que antes fue. Personas que aprendieron nuevos modos de vida en un ecosistema digital que expandió sus fronteras más allá del clic, del pixel y del 5G.

Como una encrucijada, se unieron los caminos de dos movimientos que recorrían a la par, el acceso a justicia que construyen los métodos de resolución de conflictos y el camino sobre el cual se construyó el paradigma tecnológico de la información y comunicación que hoy hace posible hablar de mediación en línea, arbitraje con blockchain, contratos inteligentes, y hasta un chatGPT puede escribir un poema siguiendo el estilo de Borges o de García Lorca.

La economía digital, FinTech, tiene gigantes tecnológicos y personas tan vulnerables como las personas a las que aún no se ha logrado incluir, las llamadas personas de las brechas digitales atravesadas por cada interseccionalidad (las de género, las de generaciones etarias, las cognitivas y socioculturales, las que todavía se piensan de acuerdo a la geolocalización en urbano y rural, o en metrópolis y periferia). Sobre los márgenes del Derecho Procesal Transnacional la

tendencia de aplicar métodos de solución de disputas con apoyo de las tecnologías avanza no solo en la normativa que institucionalizan los procesos de integración o comunitario, sino también las múltiples aplicaciones que se desarrollan en el día a día en centros de gestión de controversias y que se hayan excluidas de la publicidad por un convenio de confidencialidad celebrado. Por el momento, se aprecia que está en los planes tanto de Europa como de Asia construir con tecnología e inteligencia artificial (fuerte) métodos de resolución de conflictos. América Latina refleja avances e innovaciones esperanzadoras. Respecto las solución de controversias en FinTech, se destacó principalmente a Argentina, Brasil y México y, por razones de brevedad, se presentó el Mapa regulatorio interactivo que elaboró el Banco Interamericano de Desarrollo.

En base a ello se propone construir normas procesales modelo para armar los métodos adecuados de soluciones consensuales en el espacio digital de Iberoamérica, que respete principios ético jurídicos orientados por el respeto de los derechos fundamentales y la no discriminación (ni de personas ni de colectivos), que respete el tratamiento de toma de decisiones en base a la autonomía de voluntad, resguardo de la calidad y seguridad de datos para crear un entorno tecnológico seguro, íntegro, legítimo y confiable; así como el ejercicio de una transparencia activa y bajo control del usuario/a. A los efectos de una descentralización de la justicia, recogería la ratio del CPC de 2015 de Brasil en el que la se permita la autocomposición y la heterocomposición de controversias a través del método adecuado, y aún durante el proceso se aliente a quienes operan a componer el conflicto aun en el proceso judicial, siendo la última ratio la decisión judicial. Más también esta propuesta se acompaña con un glosario que explica en lenguaje claro nociones de los institutos en tanto fenómenos jurídicos complejos y dinámicos y de un mapa regulatorio que permita seguir explorando nuevas regulaciones a medida que emergen.

Una fortaleza de este tema es la similitud entre FinTech y los métodos de resolución de disputas, que junto con una buena gestión ahorran tiempo y costos. Desde el punto de vista económico, al llegar a acuerdos justos fuera de los tribunales, el gobierno puede reducir las cargas financieras de los litigios y las empresas (ya sean grandes empresas o pequeñas y medianas empresas) pueden optimizar los recursos.

También ayuda a acortar distancias –geográficamente– y facilita la comunicación y los datos (en el registro, preservación, transferencia y protección) con autenticación biométrica, archivos electrónicos y firma digital y condiciones normalizadas de ciberseguridad. Pensando en los procesos de integración que ocurren a nivel mundial, es una solución rentable para litigios transfronterizos. Tiene la fuerza adicional de autodeterminación de las partes que otorga el proceso de solución de controversias, potenciando y legitimando la capacidad de tomar decisiones basadas en la capacidad y la autonomía. El método adecuado de resolución de disputas puede crear la inclusión de personas con vulnerabilidad al adaptar el diseño del proceso a las necesidades de las personas involucradas. La confidencialidad también es una fortaleza, ya que ayuda a la comercialización de FinTech y protege a los/as consumidores/as. La resolución de disputas en línea tiene el potencial alcanzar el objetivo de desarrollo sustentable de la agenda 2030, construir sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

Como debilidad, Internet de banda ancha de alta velocidad aún no es universal. La resolución de disputas en línea también conocida por su acrónimo en inglés *online dispute resolution* ODR requiere conectividad, infraestructura (dispositivo) pero también habilidades (cómo usar el dispositivo). Los proveedores de servicios de ADR todavía están desarrollando habilidades de experiencia en línea.

Como amenazas, se considera que ODR como parte del sistema de acceso a la justicia debe abordar la brecha de justicia digital. La

gran disparidad en la digitalización afecta a las personas con vulnerabilidad. Las personas nativas digitales y las personas inmigrantes digitales a menudo se presentan como la dicotomía joven y persona mayor, pero también la cuestión de género, y las comunidades urbanas y rurales, las grandes empresas y la pequeña y mediana empresa tienen que acceder a todos con equidad. Debe analizarse si el sistema está dejando salir a alguien y cómo incluirle y restaurarle en el proceso. La principal amenaza de FinTech es producir soluciones aisladas, por lo que la resolución de disputas debe ser parte de la ecuación de soluciones integrales, ODR como nodo de la cadena de confianza para construir seguridad jurídica. Teniendo en cuenta la resolución de disputas de inteligencia artificial, la principal amenaza es la opacidad, complejidad, sesgo que puede tener el algoritmo. Mientras que la tecnología de blockchain se fortalece en la confianza de sus usuarios/as y en la transparencia de las unidades de información compartidas en bloque. Además, debe garantizar la compatibilidad con los derechos fundamentales y facilitar la aplicación de las normas jurídicas y del Estado de Derecho.

La construcción de un ecosistema de justicia digital para la resolución de disputas en línea requiere tener en especial consideración la dignidad del algoritmo, la identidad y la vulnerabilidad digital. Debe seguir el principio de respeto de los derechos fundamentales, el principio de no discriminación, el principio de calidad y seguridad, el principio de transparencia, imparcialidad y equidad y el principio bajo control del usuario. Estos principios son la regulación de la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno y recomendamos encarecidamente seguir esta regulación.

Como oportunidad, se advierte que la tecnología no es una panacea; es una herramienta que requiere avances en conectividad digital, alfabetización digital y salvaguardas como ley de protección (incluidos datos, consumidor, salud, discapacidad, género, circunstancias socioeconómicas y el factor de vulnerabilidad, entre otras).

La resolución de disputas en línea tiene el potencial de desarrollar resiliencia para la comunidad mediante la construcción de una cadena de confianza y ayudar a alcanzar las necesidades diarias y la salud financiera, asegurando las condiciones para hacer crecer los negocios y la inclusión financiera con dignidad de las personas. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible han marcado la meta de inclusión financiera en 8 de los 17 objetivos. El impacto de la economía digital es una disrupción, pero los riesgos y las posibles disputas deben tenerse en cuenta para el diseño del sistema y los marcos legales. El sandbox regulatorio y las licencias para FinTech podrían tomar ODR como regulación integral.

Para la Academia y las Universidades, es una oportunidad para crear valiosos planes de estudio de aprendizaje para enseñar resoluciones de disputas digitales para el siglo 21 y para la investigación científica. Para el Poder Judicial es una oportunidad para incorporar mecanismos de resolución de conflictos en línea en el diseño del sistema de justicia digital.

ODR ofrece una solución segura, eficiente y racional. Es una oportunidad para las demandas civiles y comerciales, pero también para los derechos humanos. También es una oportunidad para desbloquear nuevas oportunidades para la justicia digital del futuro y pensar-hacer en estrategias para maximizar las ventajas y minimizar las desventajas. La mediación, el arbitraje y la resolución de disputas de inteligencia artificial son una oportunidad para todos.

Luego de analizar los usos múltiples que hacen los centros de solución de controversias aplicados a disputas sobre el nombre del dominio en Internet y de Propiedad intelectual –particularmente sobre disputas B2B *business to business* (dejando de lado otro tipo de disputas como B2C *business to consumer* o *consumer to consumer* C2C). Se destaca como una experiencia muy positiva, el generador de cláusula de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, porque si se

pretende que estas vías sean utilizadas también las formas de acceso deben ser accesibles para responder a la diversidad de demandas, así como a la diversidad de personas y comunidades de usuarios/as.

Se dejó para el último la propuesta de justicia descentralizada, ya que combina los métodos de resolución de disputas en línea (ODR) con la tecnología de Blockchain y los contratos inteligentes. Descentralizar la justicia es precisamente eso, desenfocar al proceso judicial como sistema de justicia jurisdiccional para abrir, sumar y multiplicar los canales de acceso a justicia. También es pensar desde el margen, la periferia de la justicia, aquello que alguna vez recibió el adjetivo de alternativo y hoy es una propuesta adecuada.

Frente a esto, se analizaron aplicaciones tanto en el campo de la mediación como del arbitraje. En ambos campos, la aplicación de la tecnología de inteligencia artificial propone la automatización del método e incluso el reemplazo del sujeto que es imparcial –ya sea mediador/a o árbitro o algún sujeto que combine en forma híbrida los métodos-, lo cual es el sueño de Von Ihering con la máquina que podía decidir una vez programadas todas las normas del sistema, como si todo fuera posible de ser calculado bajo la regla de causa y efecto. La incertidumbre, que es también fundamento de la autonomía de la voluntad como expresión del libre albedrío es el factor de la ecuación que hace necesario al ser humano más que como una variable de ajuste, como una garantía del proceso conforme a principios de buena fe, de confidencialidad e imparcialidad y consenso en el método. Por ello, se propone una justicia descentralizada humanizada y adecuada para la resolución de controversias en línea.

9. BIBLIOGRAFÍA, WEBGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DOCUMENTALES

AGUDELO MEJÍA, D. A., AGUDELO MEJÍA, N. A. (2022), «El derecho procesal en la era del ciberderecho» en BUSTAMANTE RÚA, M., HENAO OCHOA,

- A. P., TORO, L.P. (coord.) *Justicia 5.0*, Red para el estudio de la Justicia y del Proceso, Institución Universitaria de Envigado, Colombia.
- Arab Center for Dispute Resolution (2023), <http://acdr.aipmas.org/default.aspx> (consulta 16/03/2023).
- ARRUDA ALVIM, T., DIDIER, F. Jr. (2018) *CPC Brasileiro traduzido para a Língua Espanhola, Código de Proceso Civil Brasileño de 2015* (trad. Renzo Cavani), Editora Jus Podivm, Salvador, Bahía, Brasil em https://www.academia.edu/36693540/C%C3%B3digo_de_Proceso_Civil_brasile%C3%B1o_de_2015_traducido_al_espa%C3%B1ol_ (consulta 16/04/2023).
- ASEAN (2021) *Alternative Dispute Resolution (ADR) Guidelines for Consumer Protection*, Thailand, available at <https://asean.org/asean-releases-alternative-dispute-resolution-guidelines/> (consulta 16/4/2023)
- Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (2023) <https://www.adndrc.org/> (consulta 16/04/2023).
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2006) *Manual de Teoría General del Proceso*, Advocatus, Argentina.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2012) –directora– *Armonización legislativa en vista al proceso de integración del MERCOSUR desde la óptica de la Resolución de Conflictos con los métodos no adversariales*, Ed. Justicia y Paz, Argentina.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2015) «La justicia de paz cordobesa y la resolución de conflictos mediante sistemas mixtos: mediación-arbitraje (Med-Arb y Arb-Med)» en *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, «Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales» Jujuy, 10, 11 y 12 de septiembre de 2015, ponencias seleccionadas*, Asociación Argentina de Derecho Procesal y Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, Jujuy, Argentina, 2015.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2021) «El expediente judicial electrónico en el Poder Judicial de la Nación». *Anuario XIX*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2021, pp. 187-220 en <https://cijs.derecho.unc.edu.ar/2021/11/25/1059/> (consulta 16/04/2023).
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (2023) *Anuario de Derecho Procesal de la Maestría en Derecho Procesal*, Universidad Nacional de La Rioja, Argentina en <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/amdpp> (consulta 16/04/2023).

- AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. et. al. (2020) «La Justicia y las personas en condiciones de vulnerabilidad frente a la pandemia y post pandemia covid-19», G. Barrera Buteler (dir.) *El derecho argentino frente a la pandemia y post pandemia*, Colección Ciencia, Derecho y Sociedad, Editorial de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, Argentina, T. 3, pp. 189-258.
- Banco Interamericano para el Desarrollo (2023) *Mapa de Regulaciones Fintech para América Latina y el Caribe (FintechRegMap)*, actualizado al 16/03/2023 en <https://www.iadb.org/es/sectores/iniciativas/digital-finance-innovation/fintechregmap> (consulta 16/4/2023)
- Brasil, Congreso Nacional (2015) Ley N° 13.105 de 16/03/2015.
- BUGVILA, G. (2022), «El Arbitraje Descentralizado» en *XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 1, 2 y 3 de septiembre de 2022*, Asociación Argentina de Derecho Procesal y Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina.
- BUJOSA-VADELL, L. M., PALOMO VÉLEZ, D. (2017) «Mediación electrónica: Perspectiva europea». *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, vol. 23, N° 2, p. 51-78, <https://www.redalyc.org/pdf/197/19754349003.pdf> (consulta 16/04/2023).
- BUJOSA-VADELL, L. M. (2022) «Ética e inteligencia artificial: una mirada desde el proceso jurisdiccional». *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 23 N°1 available at <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64391> (consulta 16/04/2023).
- BUJOSA-VADELL, L., MANSOUR, N., REIFART MUÑOZ, W. (2022) *The role of Fintech in the Post-Covid-19 world. Law and Regulation*, Ed. Atelier, España.
- BYUNG-CHUL, H (2014) *En el enjambre*, Ed. Herder, España.
- CADIET, L. (2008) «Case management judiciaire et déformalisation de la procédure», Dans *Revue française d'administration publique* 2008/1 (n° 125), pp. 133-150 <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133-htm> (consulta 16/04/2023).
- CADIET, L., NORMAND, J., AMRANI MEKKI, S. (2005) *Théorie générale du procès*, Themis droit Puf, Francia.
- CALAMANDREI, P. (1953) «Crisis de la justicia». AA.VV. *La crisis del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

- CALVO SOLER, R. (2018) *Donde la Justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Ed. Gedisa, Buenos Aires.
- Canadian International Internet Dispute Resolution Centre (2023) <https://ciidrc.org/about-ciidrc/> (consulta 16/04/2023).
- CAPPELLETTI, M. (1993) «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *The Modern Law Review*, United States, Vol. 56, N°3, p. 282 en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x> (consulta 16/04/2023).
- CAPPELLETTI, M., GARTH, B. G. (1983). *El acceso a la justicia: Movimiento mundial para la efectividad de los derechos*. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Argentina.
- CARNELUTTI, F. (1953) «La muerte del derecho» AA.VV. *La crisis del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- CASTELLS, M. (2001). Internet y la Sociedad Red. Lección Inaugural del programa de doctorado 2000-2001 sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Universidad Abierta de Cataluña, España en http://fcaenlinea.unam.mx/anexos/1141/1141_u5_act1.pdf (consulta 16/04/2023).
- CHASE, O. G. (2011) Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. España, Colección: Proceso y Derecho.
- Comisión Europea (2020) Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19/02/2020, COM/2020/65 final/2.
- Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (consulta 16/04/2023).
- Czech Arbitration Court Arbitration-Center for Internet Disputes (2023) https://udrp.adr.eu/about_us/who_we_are.php (consulta 16/04/2023).
- DEFFAINS, B., AST, F. (2021). «When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, United States, available at <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/birth-of-decentralized-justice> (consulta 16/04/2023).

- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj> (consulta 16/4/2023).
- Estados Unidos Mexicanos, Congreso de la Unión (2021) Ley para regular las instituciones de tecnología financiera, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Última Reforma DOF 20-05-2021, que modifica la ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2018, última actualización consultada 21-05-2021 en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_200521.pdf (consulta 16/04/2023).
- European Commission for the Efficiency of Justice (2018) European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (29/07/2022).
- European Commission for the Efficiency of Justice (2019), *Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (29/07/2022).
- FAIRÉN GUILLEN, V. (1948) «Para la elaboración de una doctrina general de los principios de procedimiento» en *Anuario de Derecho Civil*, N°4, pp. 1345-1366 <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/download/3028/3028> (consulta 16/04/2023).
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006), *Teoría general de derecho procesal*, UNAM, México.
- FARIA KUGER THAMAY, R., TESHEINER, J. M. R. (2016), *Teoria Geral do Processo*, actualizado de acordó com o novo CPC, Ed. Forense, Brasil.
- Financial Stability Board (2019) *FinTech and market structure in financial services: Market developments and potential financial stability implications*, available at <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P140219.pdf> (consulta 16/03/2023).
- FROMAGEAU, E., MARTINET, L., & ZAMARIA, A. (2021). «Introduction to the Symposium for Blockchain and Procedural Law: Law and Justice in the Age of Disintermediation», *Stanford Journal of Blockchain Law and Policy*, 4(1), <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/intro-mpi-symposium/release/1> (consulta 16/4/2023).

- GÓMEZ FRÖDE, Carina (2017) *Manual de Teoría General del Proceso*, Ed. Tirant lo blanch, México.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2023), Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal XXVII, Porto Alegre, 17 a 19 de mayo de 2023, en <https://jornadasiberoamericanas.com.br/principal-acerca-de-las-jornadas.html> (consulta 16/04/2023).
- International Institute for Conflict Prevention & Resolution (2023) en <https://www.cpradr.org/> (consulta 16/4/2023).
- Internet Corporation for Assigned Names & Numbers (2023), available at <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en> (consulta 16/04/2023).
- JOHNSON, E. (2012) «The Pound Conference Remembered», *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, United States, p. 6-7.
- KAFEZA, I. (2021), «An Intelligent Mediation Platform for Smart Contracts in Blockchain» CIKM'21: 30th ACM International Conference on Information and Knowledge Management, November 01–05, 2021, Virtual Event, QLD, Australia available at <http://ceur-ws.org/Vol-3052/paper26.pdf> (consulta 16/04/2023)
- KATO, M. (2022) «Arbitraje y mediación: solución de controversias relativas a la concesión de patentes en el mundo de la tecnología normalizada», *Revista de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual*, Vol 4, publicada en diciembre de 2022, en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2022/04/article_0007.html (consulta 16/04/2023).
- KUPFERMANN RODARTE, F. ASSIS, L. R., (2022) «FinTech in Brazil: overview». Thomson-Reuters, United Kingdom available at [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-5181?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=Fin%20Tech%20businesses%20that%20qualify%20as,the%20Central%20Bank%20of%20Brazil](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-5181?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=Fin%20Tech%20businesses%20that%20qualify%20as,the%20Central%20Bank%20of%20Brazil)).
- MARINONI, L. G., PÉREZ RAGONE, A., NÚÑEZ OJEDA, R. (2010) *Fundamentos del proceso civil, hacia una teoría de la adjudicación*, Ed. Abeledo Perrot Legal publishing Chile, Chile.
- MARQUES CÉBOLA, C. (2012) *La mediación*, Colección Proceso y Derecho, Ed. Marcial Pons, España.

- MARTINO, A. (2019) «La decisión jurídica automatizada». M. Bauzá (dir) *El derecho de las TIC en Iberoamerica*, Argentina.
- MERCOSUR (2021) Agenda Digital, en <https://www.mercosur.int/logro-18-agenda-digital/> (consulta 16/04/2023).
- MERCOSUR (2023) Documentos y normativa, en <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/tratados/>
- MERCOSUR (2023) Estadísticas, en <https://estadisticas.mercosur.int/> (consulta 16/04/2023).
- MERCOSUR, Secretaría del Tribunal Permanente de Revision, (2023) Semana de Arbitraje y Mediación, 2ª edición, en https://www.tprmercosur.org/pt/activ/2022_may16_Programa.pdf (consulta 16/4/2023).
- MORIN, E. (2020), *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires.
- National Arbitration Forum (2023) <https://www.adrforum.com/about> (consulta 16/04/2023).
- NIEVA-FENOLL, J. (2022). «Online dispute resolution for small claims: is this the only realistic solution?». *Revista Ítalo-española de Derecho procesal*. <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/683>
- Official Journal of the European Union, 2008/52/EC L 136/3, 24/05/2008 available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=en>
- Organización de las Naciones Unidas, (1948) *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (consulta 16/04/2023).
- Organización de los Estados Americanos (1969) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consulta 16/04/2023).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, (2023) *Generador de clausula*, en <https://amc.wipo.int/clause-generator/> (consulta 16/04/2023).
- OTEIZA, E. (2005) «Punto de vista: MARD/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, Año V, N° 8.

- PETIT, C. A., BECK, T. (2023) «Recent trends in UK financial sector regulation and possible implications for the EU, including its approach to equivalence» en Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, Study requested by the ECON committee, European Parliament, p. 21 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740067/IPOL_STU\(2023\)740067_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740067/IPOL_STU(2023)740067_EN.pdf) (consulta 16/04/2023).
- POUND, R. (1906) «The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice». *Am. Law.*, 1906, United States, vol.14.
- POUND, R. (1913) «The administration of justice in the modern city» *Harvard Law Review*, United States, vol. 26, N°4, pp. 302-328 en <https://www.jstor.org/stable/pdf/1326317.pdf> consulta 16/04/2023.
- RABINOVICH-EINY, O., & KATSH, E. (2021). «Lessons from online dispute resolution for dispute system design.» *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* (Mohamed Abdel Wahab, Daniel Rainey & Ethan Katsh, eds.) Eleven International Publishing, United States.
- República Argentina, (2014), Código Civil y Comercial de la Nación en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> (consulta 16/04/2023).
- República Argentina, Banco Central, (2022) Marco Legal del sistema financiero argentino, en <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/SistemasFinancierosYdePagos/MarcoLegalCompleto.pdf> (consulta 16/04/2023).
- República Argentina, Congreso de la Nación (2010) Ley Nacional N° 26589 de Mediación y Conciliación, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do;jsessionid=F98D52391C405E1D7ACBA3C56837ACD3?-modo=2&id=166999> (consulta 16/04/2023).
- República Argentina, Congreso de la Nación (2018) Ley 27740 sancionada el 11/05/2018, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27440-310084/texto> (consulta 16/04/2023).
- ROBLED0, D. (2022) «Mediation, Arbitration and Artificial Intelligent Dispute Resolution: Online Dispute Resolution for FinTech» en Bujosa-Vadell, L., Mansour, N., Reifart Muñoz, W. (2022) *The role of Fintech in the Post-Covid-19 world. Law and Regulation*, Ed. Atelier, España.

- ROBLEDO, D. (2022), «Proceso judicial e inteligência artificial», Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Universidad do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, Año 16, Vol. 23, N° 3 (Setembro-Dezembro de 2022), periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). pp. 48-71, consulta en <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/70391/43567> (consulta 16/04/2023).
- ROJAS, J. (DIR.) MORENO, R. S. (coord.) (2015) *Derecho Procesal y Teoría General del Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- RULE, C. (2020). «Online dispute resolution and the future of justice». *Annual Review of Law and Social Science*, United States, 16, 277-292.
- SÁNCHEZ ARISTI, A., MENDIETA ARAGON, A., ARGUEDAS SANZ, R. (2023) El sector financiero en la era digital. Datos, digitalización y descentralización: las 3D de la nueva banca, UNED, Colección: Ciencias Sociales y Jurídicas, p. 12 en <http://portal.uned.es/Publicaciones/htdocs/pdf.jsp?articulo=0102107CT01A01> (consulta 16/04/2023).
- SANDER, F. E. A. (1979) «Varieties of Dispute Processing» in Levin & Wheeler (eds.) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, West Publishing, United States, pp. 65-87.
- SANDER, FE A. (1976) «The multi-door courthouse», *Barrister*, 1976, vol. 3.
- SANDER, FE.A., HERNANDEZ CRESPO, M.(2008) «A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse», *University of St. Thomas Law Journal*, 2008, vol. 5, N° 3, p. 666 en <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj> (consulta 16/4/2023).
- SOTELO MUÑOZ, H. (2017) «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos», *Revista de Mediación*, España, vol. 10, N° 1 en <https://revistademediacion.com/articulos/la-conferencia-pound-la-adequacion-del-metodo-resolucion-conflictos/> (consulta 16/04/2023).
- SUOMINEN, K. (2018) «Fueling Digital Trade in Mercosur. A regulatory road-map». Inter-American Development Bank, *Report IDB-TN-01549*.
- SUSSKIND, R. (2003) *Transforming the Law. Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, Oxford University Press, New York.

- TARUFFO, M. (1999) «Racionalidad y crisis de la ley procesal», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, España, 22, pp.311-320 en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10305> (consulta 16/4/2023).
- TOMMASO MANCINI-GRIFFOLI, T. A. (2023) «Technology Behind Crypto Can Also Improve Payments, Providing a Public Good. A new kind of multi-lateral platform could improve cross-border payments, leveraging technological innovations for public policy objectives» en Fondo Monetario Internacional, publicado en el blog del FMI con fecha 23/02/2023 en <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/02/23/technology-behind-crypto-can-also-improve-payments-providing-a-public-good> (consulta 16/06/2023).
- URY, W. (2015) *Obtenga el sí consigo mismo*, ed. Conecta, Buenos Aires.
- VÉSCOVI, E. (1984) *Teoría general del proceso*, Colombia, Ed. Temis.
- WIPO (2013), «Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions», Switzerland available at <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyresults.pdf> (29/07/2022).
- World Bank Group (2011) *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, United States.
- ZANETI, H. J. (2021) «Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos» en *Revista de Interés Público*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, Vol. 5, p. 46 en http://sedi-ci.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/131198/Documento_completo.pdf (consulta 16/04/2023).

¿EL INFIERNO SON LOS OTROS? LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO COMO PRUEBA DE CARGO¹

HELL ARE THE OTHERS? THE CO-ACCUSED'S TESTIMONY AS EVIDENCE

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El presente trabajo aborda la declaración del coimputado como prueba de cargo, cuestión que obliga a analizar no sólo la admisibilidad de la propia prueba y su naturaleza jurídica, sino también su

ABSTRACT: This paper deals with the statement of the co-accused as evidence, an issue which requires us to analyse not only the admissibility of the evidence itself and its legal nature, but also its possible sufficiency

-
1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Actuaciones colectivas y Derecho penal» (PID2021-123213NB-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y FEDER «Una manera de hacer Europa». Asimismo, el presente trabajo es fruto de una estancia de investigación realizada en la Università degli studi di Brescia (Italia), financiada con cargo a la Ayuda de consolidación de la Xunta de Galicia con referencia ED431B 2022/18. Quisiera dejar constancia de mi más profundo agradecimiento a la Profesora FERNÁNDEZ LÓPEZ, brillante procesalista y mejor compañera, por sus valiosos comentarios y observaciones a la primera versión de este trabajo (y por las muchas horas compartidas en la Università degli studi di Brescia). Igualmente, quisiera dar las gracias a mi muy querido y admirado Profesor FLORES PRADA, que me permitió acceder a materiales inéditos y de cuyas investigaciones, como siempre, he aprendido tanto.

eventual suficiencia para enervar, por sí sola, la presunción de inocencia. Junto con ello, se estudiarán los posibles escenarios procesales ante los que nos podríamos encontrar en función de diversas variables (declaración en un mismo proceso o en otro distinto, acogimiento al silencio, rebeldía, etc.), para terminar efectuando una propuesta de *lege ferenda*.

PALABRAS-CLAVE: coimputado, prueba, proceso penal, presunción de inocencia.

to overcome, on its own, the presumption of innocence. Together with this, we will study the possible procedural scenarios which we could find ourselves faced with depending on different variables (declaration in the same process or in a different one, acceptance of silence, rebellion, etc.), in order to end up making a proposal of *lege ferenda*.

KEYWORDS: co-accused, evidence, criminal procedure, presumption of innocence.

SUMARIO: 1. La declaración del coimputado en el ordenamiento jurídico español: la historia de una anomia persistente. 2. La admisibilidad probatoria de la declaración del coimputado. 3. La naturaleza jurídica de las declaraciones del coimputado. 4. La suficiencia probatoria de la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia. 5. La declaración de los coimputados dentro de un mismo proceso: radiografía de los escenarios posibles. 5.1. El coimputado declara en instrucción y en juicio oral con un mismo contenido. 5.2. El coimputado declara en instrucción y en juicio oral con un distinto contenido. 5.2.1. Subescenario 1: el coimputado primero acusa y después se desdice. 5.2.2. Subescenario 2: el coimputado en un principio no acusa pero lo hace después. 5.3. El coimputado guarda silencio tanto en instrucción como en juicio oral. 5.4. El coimputado declara en instrucción pero guarda silencio en el juicio oral. 5.5. El coimputado se conforma. 5.6. El coimputado en situación de rebeldía y otros supuestos de incomparecencia. 5.7. El coimputado con respecto al cual se ha dictado un auto de sobreseimiento provisional. 6. La declaración de los coimputados en procesos distintos: más escenarios posibles. 6.1. La persona condenada por un delito llamada a declarar posteriormente en el proceso seguido contra un copartícipe. 6.2. La persona absuelta por un delito llamada a declarar posteriormente en el proceso seguido contra un copartícipe. 7. Conclusión y propuesta normativa. 8. Coda. 9. Bibliografía.

1. LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA HISTORIA DE UNA ANOMIA PERSISTENTE

Una de las más célebres frases del filósofo francés Jean-Paul SARTRE sostiene que el infierno son los otros. Eso es lo que probablemente piense un imputado cuando presencia cómo un antiguo compañero de fechorías, desde el estrado, declara contra él. Y es que las declaraciones de signo acusatorio entre coimputados² no son infrecuentes en los procesos penales, sobre todo en los casos de delincuencia organizada³.

Esa realidad, fácilmente constatable en la práctica forense, choca en el ordenamiento jurídico español con la más absoluta de las anomalías: todavía a fecha de hoy carecemos de una normativa procesal que regule la declaración de los coimputados. Por si fuera poco, tampoco disponemos de una verdadera regulación de la declaración de los acusados en la fase de juicio oral pues, si bien los artículos 385 y siguientes LECrim se refieren a la declaración de los procesados en

-
- 2 Emplearemos el tradicional término ‘coimputado’, a pesar de que, como es sabido, la reforma operada *ex* Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, desterró –no sin polémica– el término imputado para sustituirlo por el de investigado.
 - 3 Sin perjuicio de otras eventuales motivaciones, conviene no olvidar la existencia de algunas disposiciones de derecho premial que jalonan el Código Penal, en las que la colaboración activa para la obtención de pruebas lleva aparejada una reducción de las penas. Por ejemplo, los artículos 305.6 (en sede de delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social); 376 (en delitos contra la salud pública); 434 (en la malversación) y 579 bis 3 CP (en terrorismo).

sede de instrucción; los artículos 688 y siguientes, ubicados en juicio oral, hacen lo propio con la confesión de los acusados –término el de ‘confesión’ de una connotación diversa al de ‘declaración’, lo que ha dado lugar a no pocos debates doctrinales–.

Así las cosas, el tema que nos ocupa reviste un indudable interés tanto desde la óptica académica como práctica y de él asoman múltiples aristas que cabría analizar: entre otras, la posibilidad de acordar medidas cautelares con base en las declaraciones del coimputado⁴. Con todo, excede de las pretensiones de este texto abordar todas y cada una de ellas. Antes bien, me centraré en el estudio de las declaraciones del coimputado como eventual prueba de cargo. Y aun dentro de esta materia, las limitaciones de espacio me obligarán a soslayar algunos aspectos que sólo podré dejar tímidamente apuntados.

2. LA ADMISIBILIDAD PROBATORIA DE LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO

Uno de los primeros interrogantes que cabe plantear en materia declaración del coimputado es el relativo a su admisibilidad como prueba. Esto es, la viabilidad de que dicha deposición se erija en prueba dentro del proceso, dejando por el momento a un lado las dudas que puedan surgir en torno a su credibilidad –pues esta última cuestión está conectada, no con su admisibilidad probatoria, sino con su valoración, y a ella me referiré después–.

La respuesta, fuera de toda duda, debe ser afirmativa, aun cuando la declaración del coimputado no se encuentre expresamente

4 Sobre declaración de los colaboradores de la Justicia y medidas cautelares, consúltense los esclarecedores trabajos de la Profesora FERNÁNDEZ LÓPEZ, citados en la bibliografía. *Cfr.* igualmente la prolija monografía DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 95 y ss.

prevista entre los medios de prueba recogidos en la LECrim⁵. Varios argumentos abonan una conclusión en este sentido.

El primero, ya de índole constitucional, entronca con el propio derecho a la prueba reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna: «Asimismo, todos tienen derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho de prueba «se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso»⁶.

Con respecto a la titularidad del mismo, correspondería ésta a las partes, con independencia de la posición que ocupen en el proceso. A pesar de que el 24.2 CE alude a la defensa, no debe circunscribirse esta expresión a la persona del acusado en el proceso penal, ni tampoco a la posición de demandado en el civil, sino a todos aquellos que actúen como parte en un proceso, al margen de la posición que ostenten. De este modo, la palabra «defensa» ha de ser interpretada, como acertadamente hace PICÓ I JUNOY⁷, refiriéndola a los respectivos intereses que los litigantes defienden y no a una específica po-

5 También sostienen su admisibilidad como prueba, al margen de las cuestiones relativas a su valoración, DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, op. cit., pp. 342 y 350; FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 11, entre otros.

6 STC (Pleno) 46/2022, de 30 de marzo. En la misma línea, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 74/2007, de 26 de enero, afirma: «este derecho [el de prueba] garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses».

7 PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 34.

sición procesal activa o pasiva. Lo contrario conllevaría una vulneración del principio de igualdad de partes, uno de los pilares de nuestro sistema procesal.

A pesar de su dilatada extensión, dada la variedad de derechos que abarca⁸, el derecho de prueba, al igual que los restantes del ordenamiento jurídico, no es un derecho absoluto que pueda ser ejercitado sin cortapisa alguna⁹. Antes bien, en su ejercicio operan una serie

8 El derecho a la prueba se encuentra conformado a su vez por una pluralidad de derechos, los cuales le dotan de un contenido múltiple. En concreto, implica: el derecho a proponer los medios de prueba admitidos legalmente; el derecho a que se admitan los medios de prueba propuestos en tiempo y forma, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por la legislación procesal; el derecho a que la inadmisión de la prueba se realice mediante una resolución judicial debidamente motivada; el derecho a que se practiquen los medios de prueba admitidos, así como el derecho a participar en dicha práctica; el derecho a que los medios practicados sean valorados y que de esta valoración quede constancia en la sentencia.

Con respecto a la admisión de los distintos medios, alude TARUFFO al principio de relevancia. En su virtud, todas las pruebas relevantes, ya sean positivas o negativas con relación a una determinada pretensión, deben ser admitidas. Ello no es óbice, como indica el autor, para que la relevancia no sea el único requisito: existen lo que denomina reglas de exclusión y privilegios que impiden la admisión de pruebas relevantes en orden a conjugar los distintos intereses en liza –ya sean procesales o extraprocesales–. TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 57. En materia de admisión de la prueba, *vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1022/2021, de 11 de enero de 2022; y STEDH (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2018 (caso Murtazaliyeva contra Rusia).

Sobre los elementos que conforman el derecho a la prueba y el principio de relevancia, véase también FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 54-59; 68 y ss.

9 En esta línea, el Tribunal Constitucional declaró en la STC (Sala Segunda) 75/2000, de 27 de marzo, que «el derecho a utilizar los medios de prueba no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan

de límites que han de ser interpretados restrictivamente. Ello implica, *a contrario sensu*, hacer una exégesis amplia del derecho fundamental, aplicando un criterio *favor probationes*.

No nos detendremos en la caracterización conceptual de estos límites, pues ello excedería de las pretensiones de este trabajo¹⁰. Con todo, sí mencionaremos los principales. El primero de ellos figura recogido en el propio tenor de la Constitución, cuando se exige en el 24.2 CE que los medios de prueba sean «pertinentes». Empero, no es el único: los restantes se contienen, fundamentalmente, en el artículo 11.1 LOPJ, según el cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos o libertades fundamentales; así como también en el 283 LEC (norma procesal supletoria *ex* artículo 4 LEC), que hace alusión a los criterios de pertinencia, utilidad y legalidad¹¹.

Así las cosas, el coimputado es titular de un derecho que le debe permitir practicar, dentro del marco legal, todos los medios adecuados para su defensa. Y eso incluye, claro está, su propia declaración como sujeto pasivo en el proceso penal. *A priori*, difícilmente

proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas». En el mismo sentido, STC (Sala Segunda) 71/2004, de 19 de abril.

10 Para una exposición detallada en materia de límites, véase PICÓ I JUNOY, Joan, «El derecho a la prueba: un valor en expansión», *La Ley Probática*, núm. 8, 2022, pp. 7 y ss.

11 Art. 283 LEC: «1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse imperitante. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. 3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

podrá calificarse esta prueba como impertinente o inútil, por lo que, siempre que no se hayan vulnerado derechos fundamentales en su obtención, podrá incorporarse al acervo probatorio (de nuevo, sin perjuicio de las particularidades en cuanto a su valoración en las que me detendré después).

La segunda razón que nos permite concluir que la declaración del coimputado es, desde un punto de vista ontológico, una prueba válida, parte de la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba. Tan tradicional clasificación tiene su origen en la obra de CARNELUTTI¹², quien, en un primer momento afirmó que, mientras no se propusiera una terminología mejor, llamaría «medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y fuente de prueba al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad»¹³. Esta primigenia formulación fue desarrollada posteriormente por SENTÍS MELENDO¹⁴ y de este modo ha llegado hasta nuestros días, en donde es unánimemente aceptada. Las fuentes serían, entonces, los elementos del mundo real que existen con

12 CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 68-71.

13 CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, *op. cit.*, pp. 70 y 71. Sin embargo, resulta paradójico que el padre de esta teoría, hoy unánimemente aceptada, renunciase finalmente a ella. AUGENTI señala en el apéndice de la obra (parágrafo XXII, p. 239) el abandono de esta clasificación por parte de CARNELUTTI en sus siguientes obras hasta su desaparición total en *Teoría general del derecho*, en la que las fuentes se convirtieron en pruebas y los medios se incluyeron en la actividad del juzgador. Esto se justificaría en el hecho de que «el progreso en el pensamiento de Carnelutti se presenta típicamente como simplificación, que corresponde a uno de sus principios metodológicos: el saber marcha de lo complejo a lo simple y no de lo simple a lo complejo».

14 SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pp. 16 y 159.

anterioridad al proceso y con independencia de él. Por su parte, los medios serían los mecanismos o instrumentos mediante los cuales se incorporan las fuentes al proceso. Así las cosas, el medio constituye un concepto jurídico caracterizado por ser adjetivo y formal, en contraposición con la fuente, que es sustancial y material.

Corolario de tal distinción es el carácter ilimitado de las fuentes, dado que es imposible enumerar todos aquellos elementos de la realidad que pueden ser introducidos a través de alguno de los medios existentes. Estos últimos, por el contrario, son tasados y se recogen en los códigos procesales. En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 299 LEC contiene el elenco de medios de prueba. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el contrario, no existe un precepto análogo: a los diversos medios de prueba se hace referencia en los artículos 688 y siguientes LECrim, a medida que se va regulando cada uno de ellos.

Es cierto, como apuntábamos *supra*, que en el capítulo destinado a regular las pruebas en el juicio oral no encontraremos una sección específica destinada a la declaración del coimputado. Ahora bien, que la persona del coimputado constituye una fuente probatoria en el sentido carneltuttiano y que la información que suministra es un dato de prueba está fuera de toda duda. Cuestión distinta será determinar a través de qué medio de entre los previstos legalmente debe introducirse esa información, aspecto conectado con la naturaleza jurídica de la declaración, a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

En todo caso, ya desde sus primeros tiempos, el Tribunal Constitucional ha avalado su carácter de prueba lícita, distinguiendo entre su admisibilidad como prueba y las dificultades relativas a su valoración: «las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida (*sic*) por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. En con-

creto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia [...]. La circunstancia de la coparticipación en el declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca»¹⁵. Igualmente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en esta misma línea: «la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional»¹⁶.

Ninguna duda cabe, por tanto, de que nos hallamos ante una prueba admisible.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES DEL COIMPUTADO

Afirmada su admisibilidad como prueba, procede ahora esclarecer ante qué medio de prueba nos encontramos. El dilema fundamental pasa por determinar si nos encontramos ante una testifical o ante una declaración del encartado¹⁷. Y a este respecto es importante resaltar que la postura por la que se opte no resulta ni baladí ni meramente teórica. Al contrario, acarrea consecuencias prácticas tan importantes como la posibilidad de guardar silencio o de mentir sin que ello lleve aparejadas consecuencias penales si la encajamos dentro de la declaración del imputado; o de no poder hacerlo en el caso contrario¹⁸.

15 STC (Sala Segunda) 137/1988, de 7 de julio. Véase también, entre otras, la STC (Sala Segunda) 190/2003, de 27 de octubre.

16 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 824/2022, de 19 de octubre.

17 Todavía cabría ir más allá analizando si puede ser calificada como confesión.

18 Sobre la eventual existencia del derecho a mentir existe un vivo debate. Por mi parte, considero que si el sistema reconoce al encausado la posibilidad

En más de una ocasión, el Tribunal Supremo ha calificado la

de declarar sin estar obligado a decir la verdad, está admitiendo, a la postre, su derecho a mentir. No nos encontramos aquí ante un supuesto como el de los testigos dispensados *ex* artículo 416 LECrim. A estos últimos, se les permite decidir entre dos alternativas: guardar silencio o declarar. Pero, si optan por esta segunda posibilidad, deberán ser veraces. Sin embargo, una exigencia de esta índole no se predica –ni debería predicarse nunca– de la declaración del encausado, so pena de menoscabar derechos fundamentales como el de no autoincriminarse o el de defensa. *Cfr.*, entre otros, HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 286; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El derecho a guardar silencio y a no incriminarse», en VV. AA., *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 594.

La jurisprudencia, sin embargo, sostiene una argumentación a mi juicio contradictoria pues, tras afirmar que no existe deber de decir verdad, sostiene a renglón seguido que no existe el derecho a mentir. *Inter alia*, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 62/2013, de 29 de enero, que cita a su vez la jurisprudencia constitucional: «Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio [...]: «[...] es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir».

Por otro lado, aunque probablemente el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 esté condenado a dormir el sueño de los justos al que también fueron abocados sus predecesores, cabe señalar que el prelegislador niega la existencia de un derecho a mentir –pero reconoce que este posicionamiento supone un cambio frente a la situación actual–. De este modo, explica en su Exposición de Motivos: «el modelo opta, en la línea del Anteproyecto de 2011, por marcar una cesura frente al régimen

declaración del coimputado como «testimonio impropio»¹⁹, categoría inexistente en el ordenamiento jurídico español con la que acaso quiere poner de relieve una suerte de carácter híbrido que la situaría entre la testifical y la declaración del procesado. De hecho, el propio Supremo era consciente de que esta declaración no era equiparable a la de un testigo *stricto sensu*, de ahí que introdujera algunos matices que, a la postre, la reconducían a la declaración del imputado.

Frente a este posicionamiento, buena parte de la doctrina considera que nos encontramos ante una declaración del imputado²⁰. En consecuencia, cabe el acogimiento al silencio y la posibilidad de mentir sin que ello lleve aparejado, en su caso, la comisión de un delito de falso testimonio.

de tradicional irresponsabilidad. Se opta, así, por una reforma paralela del Código Penal, de suerte que la falsa incriminación de terceras personas podrá ser constitutiva de delito. Por ello, la persona investigada será debidamente advertida de esta circunstancia antes de que se le tome declaración. Constituye, además, esta disposición una garantía adicional en relación con el régimen de la declaración de los coacusados».

- 19 Expresión que utilizaba con más frecuencia en el pasado y que ahora parece haber dejado de lado, a pesar de que todavía podemos encontrar ejemplos recientes. Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* SSTS (Sala de lo Penal) de 12 de mayo de 1986; de 20 de julio de 1988; de 12 de febrero de 1990; de 4 de junio de 1991; 227/1994, de 11 de febrero; 203/1996, de 4 de junio; 1786/2000, de 17 de noviembre; 617/2002, de 12 de abril; 358/2005, de 22 de marzo; 789/2011, de 20 de julio; 878/2014, de 23 de diciembre; 283/2021, de 29 de marzo; 824/2022, de 19 de octubre.
- 20 FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones...*, *op. cit.*, pp. 12 y 13, tras afirmar con buen criterio que otorgar a la declaración del imputado la naturaleza testifical no es una solución correcta, añade que la categoría del testimonio impropio resulta artificial. También la califica como declaración del acusado, *e. g.*, ORTEGO PÉREZ, Francisco, «El valor probatorio de las declaraciones de los imputados», *La Ley*, núm. 3, 1999, p. 2.

Dos razones fundamentales justifican un posicionamiento de esta índole: en primer lugar, no nos encontramos ante la deposición de un tercero ajeno al proceso, como son los testigos (con la excepción en este último caso de los testigos-víctimas, a quienes no podemos calificar de terceros-ajenos, máxime si están personados como acusación particular). En segundo, la declaración del coimputado podría llegar a ofrecer datos que lo comprometan, de tal suerte que, en atención al derecho de defensa, lo más conveniente es que declare revestido de las garantías que la declaración del acusado ofrece. Incluso, como veremos en posteriores epígrafes, cuando declare en un proceso distinto al suyo –pero dirigido, lógicamente, contra un coacusado–.

Junto con estos posicionamientos, podemos encontrar otros dos que abogan por sendas soluciones híbridas. En primer lugar, la de quienes, como DÍAZ PITA, distinguen entre si la declaración se realiza en el marco del mismo proceso o en otro distinto: «en aplicación del criterio de la alteridad, en el primero de los casos reseñados (imputados juzgados en un mismo procedimiento), el coimputado propalador depondría, evidentemente, en calidad de imputado, mientras que, en el segundo de ellos (imputados juzgados en procedimientos separados) por la circunstancia de ser aquél tercero ajeno al proceso, no se encontraría obstáculo alguno para que prestara declaración en concepto de testigo»²¹.

Personalmente, discrepo del posicionamiento de la autora pues, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, ni siquiera cuando la persona haya sido condenada, la declaración resulta indiferente a sus propios intereses.

21 DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, p. 399. La autora atribuye también naturaleza testifical a la declaración de quien, habiendo estado imputado en el mismo proceso, ha perdido posteriormente tal condición (*vid.* DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, p. 401).

En segundo, estaría aquella solución según la cual la calificación y el tratamiento que haya de darse a la declaración dependerá de si la pregunta formulada al declarante –y, por ende, su respuesta– inciden en su propia y eventual implicación en los hechos o si, por el contrario, se trata de información que no conlleva admitir su participación en el hecho de que se trate. En función de ello, según quienes sostienen esta teoría, la naturaleza de la prueba debería ser, ora declaración del imputado, ora declaración testifical, dependiendo de la circunstancia que acabamos de señalar²².

-
- 22 Aun siendo conscientes de las limitaciones derivadas de nuestro actual marco normativo, una solución en este sentido es la que parece desprenderse de lo expuesto por HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier; ORTEGA LORENTE, José Manuel; CAMARENA GRAU, Salvador, «La fase intermedia en el procedimiento abreviado: su incidencia en el juicio oral, del auto de incoación de procedimiento abreviado al auto de apertura de juicio oral», *Cuadernos digitales de formación. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 32, 2013, pp. 12 y 13: «la cuestión que se plantea es si el coimputado respecto a las declaraciones sobre hechos de otros debe asumir los deberes propios del testigo. [...] la posibilidad de que el coimputado pueda asumir una doble condición procesal generaría una doble titularidad de derechos y obligaciones [...]. No obstante, la ausencia de un tratamiento legal específico del supuesto dificulta la solución de la doble titularidad. [...] La regulación del testimonio del coimputado, además de la necesidad de incorporar una prudente ponderación de los intereses constitucionales en juego, debe identificar con claridad el espacio objetivo sobre el que puede recaer y las condiciones de producción de aquél. Ello obliga a distinguir entre varias categorías fácticas –hechos propios, de terceros, hechos inescindibles– y las relaciones de contingencia o continencia procesal entre aquellas. Sólo de esta manera podrá establecerse un pronóstico de los perjuicios tolerables o intolerables que pueden derivarse para el propio coimputado de sus declaraciones inculpativas respecto a terceros y, por ende, el grado de compatibilidad entre la obligación de testificar que pueda imponerse y los derechos constitucionales a no declarar y a no confesarse culpable».

Sin perjuicio de otros reparos –por ejemplo, el que supone para el declarante ir cambiando de estatus procesal de pregunta en pregunta–, esta última teoría presenta una evidente dificultad práctica: que no siempre resultará sencillo discernir –y mucho menos *a priori*– qué calificación habrá de darse a cada una (por no hablar de la volubilidad de los criterios que permitirían categorizar cada pregunta). Y ante la dificultad de discernir, lo más garantista es no distinguir entre unas y otras.

En definitiva, la solución más conveniente pasa por que el régimen aplicable sea, en todo caso, el de la declaración del coimputado. Puede que ésta no sea siempre la opción óptima, pero, desde luego, es la más respetuosa con las garantías procesales.

4. LA SUFICIENCIA PROBATORIA DE LA DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Partiendo de la base de su admisibilidad, resulta necesario determinar si la declaración del coimputado, por sí sola, permite enervar la presunción de inocencia²³. Soy consciente de que, siguiendo un *iter* lógico, este asunto debiera ser analizado más adelante, toda vez que está vinculado a la valoración. Con todo, dado que en este trabajo quisiera poner el foco en los posibles escenarios que la declaración

23 Con carácter general, en materia de presunción de inocencia, nos remitimos al completo y riguroso estudio de FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005. Sobre la incidencia de la declaración del coimputado en las tres manifestaciones de la presunción de inocencia –regla probatoria, regla de juicio y regla de tratamiento–, véase, de la misma autora, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 50, 2018, p. 267.

de los coimputados puede plantear, he preferido reservar esta última cuestión para los epígrafes siguientes.

Volviendo al tema que nos ocupa ahora, la respuesta mayoritaria tanto de la doctrina como de la jurisprudencia es que no²⁴, de tal suerte que, para que la condena se base en la declaración del coimputado, es necesario que concurran los denominados elementos de verificación tanto intrínsecos como extrínsecos²⁵. Dicho en otras palabras, estos elementos deben corroborar²⁶ –ya veremos cómo– las manifestaciones del coimputado.

Nos movemos, por tanto, en el terreno de valoración de la prueba. Ahora bien, es importante no confundir dos planos que, si bien están implicados en esta materia, son diferentes: el de la credibilidad, por un lado; y el de la suficiencia probatoria, por otro. Una cosa es que determinada declaración resulte creíble y otra que sea autosuficiente para enervar la presunción de inocencia²⁷. De este modo, el

24 Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia, *cfr.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 152/2020, de 18 de mayo; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)», *Revista xurídica galega*, núm. 58, 2008, pp. 16 y ss.; y SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Dudas razonables: la declaración de los coimputados», *Revista xurídica galega*, núm. 50, 2006, pp. 13 y ss.

25 También la CIDH se ha referido a la inhabilidad de la declaración del coimputado para enervar, por sí sola, la presunción de inocencia. Véase, *e. g.*, SCIDH de 15 de febrero de 2017 (caso Zegarra Marín contra Perú).

26 Otro de los debates pasa por determinar qué significado debe darse al término ‘corroborar’. Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, consiste en «dar mayor fuerza a un dato o a un argumento con otros datos».

27 Aunque el coimputado es el asunto que nos ocupa en este trabajo, idéntica reflexión podría trasladarse al ámbito del testimonio y, en particular, al del testimonio de la víctima.

tribunal puede encontrarse ante una declaración perfectamente plausible pero que, al carecer de elementos de corroboración extrínsecos, debe conducir al dictado de una sentencia absolutoria.

Así las cosas, los elementos intrínsecos –también denominados criterios de verificación intrínsecos o subjetivos–²⁸ serían aquellos que se refieren a las características propias del relato de la declaración, a la forma de prestarla y, por último, a la propia persona del coimputado y a su relación con el coencausado²⁹.

Entre los relativos a las características propias del relato podemos encontrar, por ejemplo, su coherencia. Por su parte, la persistencia en la incriminación tendría que ver con el modo en que se depone.

En lo que respecta a la propia persona del coimputado y a sus relaciones con el encausado, se han señalado criterios como la persona-

28 El Tribunal Supremo se ha referido a ellos, en ocasiones, como «test de fiabilidad». *Cfr.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 297/2021, de 8 de abril.

29 En materia de elementos intrínsecos, *cfr.*, entre otros, DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, pp. 419 y ss.; FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones...*, *op. cit.*, pp. 18 y ss.
En materia de elementos intrínsecos y/o extrínsecos, *cfr.*, *inter alia*, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 824/2022, de 19 de octubre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 810/2022, de 13 de octubre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 499/2021, de 9 de junio; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 297/2021, de 8 de abril; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel); STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 468/2020, de 23 de septiembre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 22/2020, de 28 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 515/2019, de 29 de octubre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 529/2018, de 31 de octubre; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 723/2018, de 23 de enero; STS (Sala de lo Penal) 129/2014, de 26 de febrero; STC (Sala Primera) 34/2006, de 13 de febrero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 16/2014, de 30 de enero; STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 763/2013, de 14 de octubre; y STC (Sala Segunda) 190/2003 de 27 octubre.

lidad del delator; la posible existencia de patologías psíquicas; los vínculos afectivos y/o de parentesco, profesionales, de dependencia; la presencia de motivaciones espurias como el odio o el deseo de venganza; el eventual ánimo de autoexculpación (aunque, por un lado, no siempre estará presente; y, por otro, la propia autoinculpación no es indicio de veracidad)³⁰; o la circunstancia de que el coimputado esté colaborando con la Justicia a fin de obtener determinados beneficios.

Como es fácilmente comprobable, si por algo se caracterizan los elementos de este elenco es por su labilidad. Y ello por dos razones principales: en primer lugar, porque los contornos de algunos conceptos ni están determinados ni son fácilmente determinables –por ejemplo, lo que haya de considerarse un relato coherente está sujeto a interpretación–; en segundo, porque parte de estas nociones son, por su propia naturaleza, ambivalentes: por ejemplo, la existencia de una relación de dependencia jerárquica podría generar, dependiendo de los casos, el mayor de los afectos y consideraciones o, por el contrario, el más grande de los resentimientos³¹.

Aunque en algún momento la jurisprudencia determinó que la presencia de estos elementos era suficiente para que la declaración fuese apta a fin de enervar la presunción de inocencia, posteriormente, y en lo que constituyó un acertado giro, abandonó esa tesis.

30 Con buen criterio apunta FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones...*, *op. cit.*, p. 26, que «ni la autoexculpación es determinante de la falsedad de la implicación ni la inculpación propia lo es de la veracidad de la incriminación ajena». En la misma línea, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Dudas razonables...», *op. cit.*, p. 32, sostiene que «la autoinculpación del coacusado no refuerza la credibilidad de sus inculpaciones a terceros».

31 Así lo sostiene también FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones...*, *op. cit.*, p. 20.

De este modo, los elementos intrínsecos son condición necesaria pero no suficiente para que la declaración se erija en prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia³². Así, deviene imprescindible que esta declaración vaya acompañada de elementos objetivos o extrínsecos que permitan corroborar la veracidad de una declaración que, por sus propias características, resulta en esencia sospechosa—lo cual no quiere decir que necesariamente deba ser falsa, del mismo modo que la tacha de un testigo, además de no impedir la valoración de su testimonio, no acarrea la mendacidad de su deposición—.

En definitiva, la mera declaración del coimputado, por sí misma, carece de aptitud suficiente para enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, si esa declaración, habiendo cumplido con los requisitos subjetivos, va acompañada de una serie de elementos corroboradores extrínsecos—también denominados criterios de verificación extrínsecos u objetivos³³, sí serviría como base probatoria sobre la que dictar una sentencia de condena³⁴. Como señala la STS (Sala de lo Penal,

32 En esta misma línea, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Eficacia procesal de las declaraciones...», *op. cit.*, p. 269, sostiene: «La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena».

33 La jurisprudencia se ha referido también a ellos como «requisito positivo», en contraposición con el negativo, que vendría determinado por la inexistencia de lo que el Tribunal Supremo ha denominado en alguna ocasión como «intereses bastardos». *Vid.*, por ejemplo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 283/2021, de 29 de marzo.

34 Se seguiría, por tanto, lo que MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La declaración del coimputado...», *op. cit.*, p. 20, califica como «modelo de verificación extrínseca reforzada». En materia de elementos extrínsecos, *cfr.*, por todos, DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, pp. 455 y ss.

Sección 1ª) 824/2022, de 19 de octubre, «esos otros apoyos o datos, no son «ex abundantia» sino presupuesto necesario positivo para la consideración del testimonio del coimputado como prueba de cargo».

Con todo, no cabe realizar una enumeración apriorística de cuáles podrían ser esos elementos, ya que su determinación depende del caso concreto y dichos elementos, del mismo modo que las fuentes de prueba, son potencialmente infinitos³⁵.

No obstante, sí es posible citar dos cuestiones relevantes a este respecto: la primera es que estos elementos deben servir para acreditar, aunque sea en parte, el relato heteroincriminatorio del coimputado. Esto es, deben dirigirse a apuntalar –siquiera indiciariamente³⁶– los hechos narrados, no a hacer lo propio con aspectos de la personalidad del declarante o con su modo de deponer. Por otro lado, como señalaba, no es preciso que esos elementos corroboren todos y cada uno de los datos fácticos del relato. Basta con que sean algunos, siempre que de ello se pueda deducir racionalmente su veracidad³⁷.

35 Vid. STC (Sala Segunda) 111/2011, de 4 de julio: «Esta exigencia de refuerzo, por otra parte, no está prefijada en términos generales, sino que se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, por lo que ha de atenderse a las circunstancias presentes en cada supuesto particular».

36 A los indicios también se refiere FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Eficacia procesal de las declaraciones...», *op. cit.*, p. 269: «La corroboración supone, pues, que ha de existir al menos algún otro indicio que apunte en la misma dirección que la declaración del testigo, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en los mismos».

37 Resulta muy esclarecedora la explicación de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020, pp. 93 y 94: «el elemento de corroboración será un dato

En palabras del Tribunal Supremo, «por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostiene la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de los extremos esenciales re-

de contenido empírico, suficientemente acreditado, distinto de los que integran la imputación, por tener un alcance más reducido (no la cubre enteramente), por su fuente (otra distinta, pero que interactúa con aquel y pertenece al mismo contexto de acción. O sea, corroborar es probar, pero no directamente la acción (principal) objeto de la deposición inculpatoria del testigo-víctima o de la heteroimputación del coimputado, lo que haría estas superfluas, sino otro dato de hecho relacionado con aquella de una forma tal que, en términos de experiencia, abonaría la certeza de que, en efecto, tuvo lugar de una determinada manera. Por eso, sirve para reforzar la convicción de que la primera se habría producido realmente en los términos que dice el que imputa. [...] El elemento de corroboración debe recaer, no sobre la atendibilidad del declarante, sino sobre lo declarado por él, [...] no se trata de contar (como muchas veces se dice) con datos vagamente relativos a circunstancias de las llamadas «periféricas», sino que, del mismo modo que la información inicial, la que se cruce con esta debe servir para conectar, indirecta pero eficazmente, al imputado con la acción delictiva que se le atribuye». Véase también SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Dudas razonables...», *op. cit.*, p. 32.

Por su parte, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel), declara que la corroboración «no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado».

lativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado»³⁸.

Por su parte, la STC (Sala Primera) 1/2006, de 16 de enero, nos ofrece un buen resumen del criterio jurisprudencial, en línea con lo aquí señalado: «Y, en relación con la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, constituye doctrina reiterada de este Tribunal que, si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Debe añadirse que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la

38 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 449/2022, de 9 de mayo, y, con idéntico pronunciamiento, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 664/2020, de 3 de diciembre. Véase también la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 297/2021, de 8 de abril, cuando afirma que se trata de «datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones [...]. Pueden bastar elementos periféricos que, no constituyendo pruebas suficientes por sí solos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales».

declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración».

La segunda cuestión que cabe resaltar es que la proveniencia de estos elementos de corroboración no debería ser la mera declaración de otro coimputado³⁹. De lo contrario, bastaría con que dos coimputados se pusieran de acuerdo en sus declaraciones para que un tercer coacusado pudiera ser condenado. Distinto sería si, habiendo otros elementos externos, a ellos se suma la declaración de ese segundo coimputado, lo que a mi juicio es perfectamente plausible.

Para ir finalizando este punto, y a pesar de que comparto plenamente el posicionamiento jurisprudencial mayoritario, creo que, en aras de la seguridad jurídica y del derecho de defensa, lo más adecuado sería que el legislador español estableciera una norma a este respecto, en línea con las que existen en otros países⁴⁰. Sirva de

39 La jurisprudencia sostiene idéntico posicionamiento. *Vid.*, por ejemplo, STC (Sala Primera) 55/2005, de 14 de marzo: «El hecho de que sean varios los coimputados que incriminen al recurrente no pueden enervar la desconfianza intrínseca que está en el origen de la insuficiencia como prueba de cargo única de la declaración de un coimputado, [...], por tanto, no son elementos externos que sirvan de corroboración recíproca». También, entre otras, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 529/2018, de 31 de octubre. En contra, DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, p. 470.

40 En honor a la verdad, el ALECrím 2020 —cuyo destino, como apuntábamos *supra*, es incierto—, sí contiene una norma a este respecto. A pesar de que se trata de una disposición excesivamente escueta, que deja varios aspectos en el tintero, al menos cristaliza la regla esencial manifestada reiteradamente por la jurisprudencia: que la declaración del coacusado necesita de elementos de corroboración externos para poder enervar la presunción de inocencia. Bajo la rúbrica «Valoración racional de la prueba», el artículo 693.3 dispone: «3. La sentencia será siempre absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en:

a) la declaración de coacusados,

muestra la legislación italiana, pionera en regular la institución llamada «chiamata di correo» (llamada del co-reo).

En su artículo 192.3, el Codice di procedura penale consagra la insuficiencia de la declaración del coimputado, tanto en el mismo proceso como en un proceso por delito conexo, para enervar, por sí sola, la presunción de inocencia: «Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità»⁴¹.

También encontramos ejemplos en normas de otras latitudes, como en el artículo 4.16 de la Ley brasileña 12.850, de 2 de agosto de 2013, que establece igualmente la regla de no autosuficiencia probatoria de estas declaraciones: «Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: [...] III - sentença condenatória».

b) la declaración de testigos de referencia o

c) la mera identificación visual.

Cada uno de estos medios de prueba solo podrá servir de fundamento a la condena cuando además concurren otros que racionalmente corroboren la información que aquellos proporcionan».

- 41 Y añade el apartado 4 del mismo artículo: «La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b)». Otros preceptos que conviene consultar son los artículos 197 y 197 bis del mismo texto legal, que se refieren a aquellos casos en los que, excepcionalmente, un coimputado podrá declarar como testigo contra quienes hayan cometido el mismo delito o un delito conexo. Entre las particularidades de la regulación italiana, destaca la posibilidad de que esta declaración se preste con asistencia letrada –de ahí la denominación «testimonio asistido»–. La limitación de espacio nos impide profundizar en el estudio del caso italiano (que dejamos para un ulterior trabajo), por lo que nos remitimos a la doctrina referenciada en la bibliografía.

Así las cosas, en vista de la necesidad de una norma de esta índole en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en el penúltimo apartado de este trabajo me aventuro a ofrecer una propuesta de redacción.

5. LA DECLARACIÓN DE LOS COIMPUTADOS DENTRO DE UN MISMO PROCESO: RADIOGRAFÍA DE LOS ESCENARIOS POSIBLES

Como regla general, las personas imputadas depondrán, como mínimo, dos veces en el transcurso del proceso penal: una en fase de instrucción y otra en la de juicio. Así las cosas, y en atención a la vigencia de los derechos al silencio y a no declarar verazmente que asisten a los investigados y acusados, en la práctica nos podemos enfrentar a distintos escenarios que vendrán determinados por la actitud que adopten en cada una de estas declaraciones: declarar, guardar silencio y contradecirse. A continuación, analizaremos una a una estas posibilidades, dejando para el siguiente epígrafe la declaración emitida en un proceso distinto.

5.1. *El coimputado declara en instrucción y en juicio oral con un mismo contenido*

Este primer caso no plantea ningún problema específico más allá de los señalados con carácter general para todas las declaraciones de los coimputados. Si un coimputado declara en fase de instrucción en contra de otro investigado y, posteriormente, en el juicio oral se ratifica en lo ya dicho, únicamente habrá de atenderse a si existen elementos extrínsecos que permitan corroborar la declaración para que esta se convierta, en su caso, en prueba de cargo suficiente a efectos de enervar la presunción de inocencia.

5.2. *El coimputado declara en instrucción y en juicio oral con un distinto contenido*

5.2.1. *Subescenario 1: el coimputado primero acusa y después se desdice*

En este supuesto, nos encontramos con un coimputado que realiza una declaración heteroincriminatoria en fase de instrucción y que, llegado el juicio oral, depone en sentido opuesto. De ser así, entraría en juego entonces el 714 LECrim, precepto que, si bien se ubica en sede de prueba testifical, se viene aplicando analógicamente a las declaraciones de las personas acusadas. De acuerdo con su tenor literal, «Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe».

Al margen de la explicación de las contradicciones, cabe preguntarse si esa primera declaración prestada en fase de instrucción puede servir como prueba de cargo a fin de sustentar una eventual condena. En general, se considera que siempre que dicha declaración haya estado revestida de las debidas garantías y que, ya en fase de juicio oral, sea sometida a un debate contradictorio, sí cabría tal posibilidad. En el caso concreto del coimputado, su suficiencia para enervar la presunción de inocencia estaría supeditada, además, al cumplimiento de las demás garantías adicionales ya señaladas⁴².

A este respecto, la STC (Sala Segunda) 190/2003, de 27 de octubre, ha manifestado que es posible otorgar mayor credibilidad

42 En la misma línea, FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones...*, *op. cit.*, p. 27.

a las declaraciones de instrucción que a las del juicio oral, siempre previa introducción de las primeras en el plenario a través de la lectura pública del acta o mediante la introducción de sus contenidos vía interrogatorio –excluyéndose la fórmula de «dar por reproducidas»⁴³. Con todo, la jurisprudencia viene exigiendo con buen criterio un deber de motivación reforzado, manifestado a través de un pronunciamiento expreso, en aquellos casos en los que el tribunal sentenciador se decante por la versión declarada en instrucción frente a la del juicio oral, corolario lógico si atendemos a la falta de inmediación en aquélla⁴⁴.

43 En concreto, señala la resolución: «En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción [...]. De acuerdo con el contenido del art. 714 LECrim, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad». *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel): «no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual «por reproducida», práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial».

44 *Cfr.* la recién mencionada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel); y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 35/2020, de 6 de febrero.

Eso sí, de lo señalado hasta ahora quedarían excluidas las declaraciones prestadas en sede policial pues, aunque el abogado defensor esté presente en ellas, no podemos decir lo mismo de la autoridad judicial⁴⁵. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 negó su valor probatorio y declaró la imposibilidad de que fueran contras-tadas por la vía del 714 LECrim o utilizadas como prueba preconstituida en los términos del 730 LECrim.

5.2.2. Subescenario 2: el coimputado en un principio no acusa pero lo hace después

Aunque aquí también se produce una contradicción, a diferencia del caso anterior la declaración de signo acusatorio tiene lugar en el juicio oral y, por ende, reviste todas las garantías, incluida la de la inmediación.

Así las cosas, el principio de contradicción quedaría perfectamente salvaguardado y sólo entraría en juego el ya citado artículo 714 LECrim, de tal suerte que se podrá instar al acusado a que explique el porqué de las diferencias entre unas y otras declaraciones.

5.3. El coimputado guarda silencio tanto en instrucción como en juicio oral

Como es sabido, el reconocimiento del derecho del acusado a guardar silencio (derecho que se incardina en el más amplio de no autoincriminarse y que supone una manifestación del derecho de defen-

45 Excluyen las declaraciones prestadas en sede policial, entre otras, la ya citadas STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel); y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 35/2020, de 6 de febrero.

sa) marcó el paso de un sistema inquisitivo, en el que el acusado era objeto del proceso y la confesión, su prueba reina; a uno acusatorio en el que se reconoce su condición de sujeto –lo que implica, entre otras cuestiones, que el uso de la tortura como medio para obtener la confesión quedaba desterrado–.

Aunque no mencione el silencio expresamente, a este derecho se refiere el artículo 24 CE cuando dispone que todos tienen derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, a lo que habría que sumar, entre otras, las referencias explícitas contenidas en el 118.1.g) y en el 520.2.a) LECrim.

Este derecho al silencio no se limita a la posibilidad de que el investigado o acusado permanezca callado, sino que implica, además, que dicha elección no suponga una *ficta confessio* ni que de ella pueda desprenderse perjuicio alguno o indicio susceptible de ser utilizado en su contra. Reformulando el brocardo latino: *in silentium non fit interpretatio*⁴⁶.

Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo –con base en precedentes del TEDH como Murray contra Reino Unido, de 1996 – atribuye cierto valor al legítimo ejercicio del

46 También defienden que el ejercicio del silencio no puede acarrear perjuicio alguno para el acusado ni puede ser objeto de interpretación, *inter alia*, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, «Alcance constitucional del derecho a guardar silencio en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 49, 2018, p. 31; ASECIO GALLEGU, José María, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 169 y ss.; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 124; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El derecho a guardar silencio y a no inculpinarse», *op. cit.*, pp. 591 y 595; y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El derecho a no inculpinarse*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 264 y ss. En un sentido diverso, *cfr.* FUENTES SORIANO, Olga, «El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, pp. 15 y ss.

derecho al silencio, aplicando el denominado «test de la explicación». Véase, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 447/2022, de 5 de mayo: «importa recordar, como también hemos tenido oportunidad de señalar en otras ocasiones, –por todas en nuestra sentencia número 761/2021, de 7 de octubre– que: «El silencio o lo inverosímil de la explicación no puede aprovecharse para suplir la insuficiencia de la prueba de la hipótesis acusatoria. Pero ni lo uno ni lo otro resulta inocuo para argumentar, de contrario, sobre la solidez de los resultados inferenciales que arroja la prueba de la acusación. [...] La persona acusada puede optar, en el ejercicio de los derechos a la no autoincriminación y a no contestar a todas o alguna de las preguntas que se le formulen, por no ofrecer ninguna explicación o por ofrecer una explicación no corroborada. Ni el silencio ni la explicación no convincente pueden convertirse en indicios fuertes o decisivos de su participación criminal en el hecho. Pero ello no impide, insistimos, que la explicación no creíble pueda, en efecto, ser utilizada, razonablemente, para evaluar la solidez de la cadena de informaciones probatorias que conforman la inferencia de culpabilidad [...]».

O la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel), más categórica si cabe: «Silencio que puede valorarse pues cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y este se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro, ni indiferente para el tribunal sentenciador, sino que el hecho que se le ofrezca la posibilidad de que dé una explicación exculpatoria o que contradiga dichas pruebas, y nada diga, dicho silencio, no es por sí solo prueba de cargo, pero robustece la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo, porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación alguna»⁴⁷.

47 Frente a la corriente mayoritaria, existen sin embargo excepciones. Por ejemplo, la representada por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 874/2013,

Discrepo de esta línea jurisprudencial porque, como apuntaba, en nada puede servir el silencio para reforzar la tesis de la acusación. Si ésta última ha desplegado una prueba suficiente capaz de enervar la presunción de inocencia, el procesado deberá ser en buena lógica condenado. Pero no porque su silencio sirva como elemento corroborador, sino simplemente porque el resultado que ha arrojado la práctica de la prueba ha destruido la mencionada presunción⁴⁸. Otra cosa bien distinta es que el acusado, optando por el silencio, haya perdido la oportunidad de fornecer una hipótesis alternativa que, en su caso, hubiera permitido sembrar una duda razonable. Ahora bien, como indicaba, la pérdida de esta posibilidad no equivale a que el

de 21 de noviembre: «Una inteligencia rigurosa del principio *nemo tenetur*, del nivel que exige su rango constitucional, impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero. [...] Ello porque en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente en nuestro país, es el imputado quien decide constituirse o no en fuente de prueba, y, de decantarse por la negativa, el resultado de esta lo situará en una pura posición de neutralidad a tales efectos».

- 48 La contradicción argumentativa del Supremo se aprecia en resoluciones como la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 230/2013, de 27 de febrero. Como apuntábamos *supra*, si hay prueba de cargo suficiente, nada aporta la valoración del silencio: «La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo «suficiente» para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. [...] De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de prueba de cargo contra él. [...] A tenor de todo lo que antecede, el argumento reiterado y concluyente del Tribunal de instancia con respecto a todos los acusados de que su silencio debe ponderarse como un indicio incriminatorio no puede asumirse, ya que no puede operar como un elemento probatorio dentro del baremo exigible para alcanzar la suficiencia de la prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia. [...]».

silencio pueda ser empleado como indicio (por muy débilmente que se conciba dicho indicio).

En el caso que nos ocupa, el coimputado puede acogerse al silencio en fase de instrucción y mantener ese silencio en el plenario. De ser así, ninguna consecuencia negativa podría derivar del acogimiento al silencio, ni para él, ni tampoco para los restantes sujetos pasivos del proceso penal: si su silencio no se puede interpretar como un indicio que apunte la acusación que se dirige contra su persona, menos aún la de las personas con las que comparte posición procesal.

Junto con el silencio total –esto es, la negativa del coimputado a responder cualquier pregunta–, cabría mencionar la posibilidad relativamente frecuente en la práctica de que el sujeto adopte un silencio parcial: esto es, que conteste a una parte de las preguntas –en general, las provenientes de su defensa– y se niegue a responder otras –usualmente, las de la acusación y las de la defensa de los otros coencausados–.

Aparte de que ninguna conclusión probatoria debería extraerse de su negativa a responder ciertas preguntas⁴⁹, el debate en la práctica surge porque las defensas suelen alegar que la declaración heteroin-

49 En el mismo sentido, ASECIO GALLEGOS, José María, *El derecho al silencio...*, op. cit., p. 285; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit., p. 125.

Con todo, en la jurisprudencia podemos encontrar pronunciamientos de signo opuesto. De nuevo, la sentencia del caso Gurtel nos ofrece un ejemplo: «Cuando el coacusado que comparece ante el tribunal, estando presentes las partes, se niega a responder a las preguntas de la defensa, esta negativa no supone una negación de la posibilidad de contradicción. No solo porque, formuladas las preguntas por la defensa, no existe el derecho a una respuesta fiable del coimputado, que puede negarse válidamente a declarar en el ejercicio de su derecho constitucional, no siéndole exigible ninguna responsabilidad aunque falte a la verdad, sino porque el silencio ante

criminatoria de un coimputado cuando éste se niega a responder a algunas preguntas no respeta el principio de contradicción y, por ende, no puede erigirse en prueba de cargo.

Sin olvidar todas las cautelas que, con carácter general, deben revestir toda declaración de coimputado, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el principio de contradicción no se ve vulnerado, aunque sí pueda verse limitado en atención a los derechos que asisten al sujeto pasivo del proceso penal⁵⁰. Si bien la contradicción exige que se dé la posibilidad de interrogar a quien declara contra uno, «no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar una determinada manifestación lo hace acogiéndose a un derecho constitucionalmente reconocido»⁵¹. De lo contrario, se salvaguardaría la garantía de la contradicción pretiriendo el derecho fundamental al silencio del otro coimputado.

Asimismo, como señala la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 878/2014, de 23 de diciembre, resultaría paradójico negar toda va-

unas determinadas preguntas también es valorable por el tribunal» (la cursiva es mía) –STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre–.

50 La STC (Sala Segunda) 2/2002, de 14 de enero, alude a la existencia de un «déficit de contradicción»: «se trata de un testimonio [el del coimputado] que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción. Y es que, como se acaba de señalar, el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación legal de decir la verdad, sino que puede callar en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. [...] Precisamente dicho déficit de contradicción, que es consustancial a la declaración de cualquier coimputado en nuestro ordenamiento jurídico, unido a su posición en el proceso, es lo que justifica que sus manifestaciones, cuando son prueba única, no adquieran entidad suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia».

51 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 763/2013, de 14 de octubre.

lidez a estas declaraciones cuando, por otro lado, se permite rescatar declaraciones sumariales de, por ejemplo, un coimputado fallecido o rebelde⁵².

5.4. *El coimputado declara en instrucción pero guarda silencio en el juicio oral*

No es infrecuente que un imputado que declara en fase de instrucción opte por acogerse al silencio llegado el juicio oral (y no nos referimos exclusivamente al supuesto del coimputado, sino con carácter general). De ser así, cabría preguntarse si pueden ser rescatadas las declaraciones prestadas durante la investigación a fin de que se reproduzcan y debatan en el plenario.

En mi opinión, una actuación en este sentido no debiera ser posible, so pena de quebrantar el legítimo derecho al silencio que el artículo 24 de la Carta Magna le reconoce. Es cierto que el coimputado, en el ejercicio de su libertad, optó por declarar cuando no tenía que hacerlo. Ahora bien, en el mismo y legítimo ejercicio de tal libertad, cambió de idea en el momento en que su declaración constituiría una verdadera prueba⁵³.

52 Otro debate en el que cabría adentrarse es el de si la contraparte tiene derecho a formular en el plenario sus preguntas aun cuando el coimputado haya manifestado su deseo de no declarar. En mi opinión, esta práctica no debería permitirse.

53 Conviene no olvidar que, a salvo de las excepciones previstas legalmente, la prueba que será objeto de valoración es la practicada en el juicio. A este respecto, el 741 LECrim dispone: «El Tribunal, apreciando según su conciencia *las pruebas practicadas en el juicio*, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley» (la cursiva es mía).

Rescatar en un caso como éste lo que en puridad es una diligencia de investigación penal –encaminada, por tanto, a preparar el juicio y a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos ex 299 LECrim–supone no respetar el derecho al silencio. Máxime teniendo en cuenta que, aun obviando que se trata de preceptos ubicados en sede de prueba testifical, no existiría apoyatura legal para tal rescate, a no ser que se haga una interpretación de los artículos 714 y 730 LECrim que retuerza el sentido de las palabras.

Recordemos que el 714 LECrim se refiere a la contradicción del contenido de la declaración. Por tanto, no se trata aquí de que el coimputado ofreciera una versión A para después exponer una B, sino que se ha limitado a ejercitar un derecho de forma perfectamente compatible con la decisión que ha adoptado en instrucción (pues el derecho al silencio no opera en bloque para todo el proceso, sino que surge con cada nueva declaración). Y de esta decisión no puede desprenderse contradicción alguna que permita acudir a la vía del 714 LECrim.

Tampoco estaríamos ante un supuesto de imposibilidad de reproducción como el descrito en el 730.1 LECrim, cuyo tenor literal dispone: «Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

De nuevo, el ejercicio del derecho al silencio no puede considerarse como un caso de imposibilidad (como sí sería, por ejemplo, el fallecimiento del deponente), a no ser que se haga una exégesis tendenciosa, más preocupada por imponer una sanción penal que por respetar las garantías procesales⁵⁴.

54 BUJOSA VADELL, Lorenzo, «Pruebas de referencia y garantías procesales», *Diario La Ley*, núm. 6821, 2007, p. 6, también señala que no hay

Con todo, el posicionamiento que defiende se encuentra en las antípodas del sostenido en muchas ocasiones por la jurisprudencia española, quien no duda en traer al plenario las declaraciones prestadas en instrucción ante el acogimiento al silencio en fase de juicio oral. Véase, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 129/2014, de 26 de febrero, que con relación al artículo 714 LECrim y con cita en jurisprudencia anterior⁵⁵, sostiene: «el silencio del acusado sí puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 714 LECrim, pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere, se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente inmaterial (*sic*)⁵⁶». O la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel), la cual, tras reproducir el argumento del 714 LECrim que acabamos de reseñar, afirma lo siguiente con respecto al 730 LECrim: «Puede entenderse, además, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al art. 730 LECrim».

Por su parte, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 529/2018, de 31 de octubre, aun partiendo de que el tenor literal de los artículos

correspondencia entre el supuesto analizado y la redacción del 714 y 730 LECrim. En la misma línea, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El derecho a no inculparse*, op. cit., p. 270, sostiene que los citados preceptos no consienten la introducción de estas declaraciones.

Por otro lado, el Profesor BUJOSA examina en su estudio un tercer cauce muy polémico y de indudable interés: la testifical de referencia de los policías que tomaron declaración al detenido.

55 Vid. e. g., STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 245/2012, de 27 de marzo.

56 Entendemos que el calificativo, más que 'inmaterial', era 'sumarial', como se puede leer en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 507/2020, de 14 de octubre (caso Gurtel).

714 y 730 LECrim no se ajusta al caso que nos ocupa⁵⁷, defiende que, ante la falta de otras alternativas, las declaraciones sumariales sean introducidas en el plenario a través de dichos preceptos: «Sin embargo, y como recuerda la STS 156/2017, de 13 de marzo, «dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, y que una interpretación literal de los preceptos indicados supondría impedir la lectura en juicio de tales declaraciones sumariales (lo que supondría de facto reconocer al acusado, no sólo su derecho a no declarar, sino el derecho de excluir o borrar las declaraciones propias hechas voluntariamente en momentos anteriores), la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, si las declaraciones instructorias se realizaron con todas las garantías (incluyendo el respeto del derecho del investigado a no declarar), sea posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM»».

A pesar de esta extendida línea jurisprudencial, insisto en que si el coimputado decide acogerse a su derecho a no declarar en el juicio oral, sus anteriores manifestaciones heteroincriminatorias no deberían servir como prueba en el proceso. Y, por supuesto, como ya he señalado, su silencio no podría perjudicarle ni a él ni al resto de coimputados.

5.5. *El coimputado se conforma*

Otra de las posibles situaciones ante las que nos podríamos encontrar es el caso de que, dentro del marco legal previsto por la Ley de

57 Literalmente, indica: «Es cierto que el artículo 714 de la LECrim permite la lectura de una declaración sumarial cuando se advierta contradicción entre ella y la prestada en juicio y también lo es que cuando un acusado guarda silencio no hay contradicción alguna. De otro lado el artículo 730 de la LECrim permite introducir las diligencias practicadas en el sumario mediante su lectura en el juicio cuando por causas independientes a las partes, previsión que no se acomoda al caso en que el acusado se niega a prestar declaración».

Enjuiciamiento Criminal, uno de los coimputados se conforme, con lo que el juicio oral se abrirá tan sólo con relación a los demás.

El problema surge porque, en general, la conformidad implica –aunque sea de manera implícita– un reconocimiento de hechos por parte del acusado, de tal suerte que es posible que ese reconocimiento, de manera más o menos directa, incrimine a los demás. Cabría plantearse entonces si dicho reconocimiento tendría algún valor probatorio con respecto a los restantes coimputados.

Con todo, el punto de partida en este tema no debiera ser éste, sino la propia virtualidad de que en el marco del proceso penal se produzcan conformidades parciales, en el sentido de que afecten a una parte de las personas acusadas pero no a todas ellas⁵⁸. Por tanto, es aquí donde arrancará nuestro análisis.

Si nos atenemos al tenor literal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad de sólo parte de los acusados *a priori* no tendría cabida. Y ello porque tanto el artículo 697 LECrim, en sede de proceso común por delitos graves, como el 787.2 en el marco del abreviado, aluden a la necesidad de que la calificación sea aceptada por todos –con la excepción prevista en el 787.8 LECrim para el caso de las personas jurídicas–.

No obstante, la jurisprudencia de los tribunales españoles da cuenta de que las conformidades parciales son admitidas en la práctica, si bien se articulan con base en una serie de particularidades. Con una argumentación que por momentos puede resultar llamativa por la paradoja que encierra, el Supremo parte de la idea de que en este tipo de casos no nos encontramos ante una verdadera conformidad,

58 Quedarían al margen de nuestro análisis los casos de delitos conexos en que cupiera un enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa.

si bien existen conformidades parciales. Así lo expresa en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a) 280/2020, de 4 de junio, con cita en su jurisprudencia anterior: «La STS 784/2012, de 5 de octubre contempla un caso más parecido al que afrontamos ahora. La conformidad de varios de los acusados al inicio de la vista oral del juicio no genera por sí indefensión para los restantes, ni en el ámbito probatorio, ni en el penal sustantivo. Se trataba de conformidades parciales en que los conformes no abandonaron el juicio oral, pudiendo ser preguntados por las restantes defensas. No era una conformidad. Se trató de la celebración de un juicio con parte de los acusados que se conformaban, lo que es muy distinto. Eso es lo acaecido aquí».

De este fragmento se desprende la exigencia fundamental del Alto Tribunal a este respecto: que los coimputados que se hayan conformado deben permanecer en el plenario y ser sometidos a interrogatorio en calidad de acusados⁵⁹—quedando a salvo la posibilidad de que se acojan a su derecho al silencio—⁶⁰.

59 Lo contrario deberá conducir a la nulidad de las actuaciones cuando se quebranten los derechos fundamentales de los justiciables. A este respecto, resulta de interés la lectura de la STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a) 91/2019, de 19 de febrero, en la que se resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Nacional. En el caso de autos, el Tribunal separó el enjuiciamiento de los acusados conformes del de los restantes, dictando sendas sentencias. Asimismo, se negó la posibilidad a las defensas de interrogar a los conformados. Por si fuera poco, el órgano *a quo* utilizó el reconocimiento de hechos efectuado en la conformidad para fundamentar su convicción sobre la responsabilidad penal de los otros dos acusados.

60 Con cita en la jurisprudencia anterior, dispone a este respecto la STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a) 793/2021, de 20 de octubre: «de conformarse solo algunos acusados se celebrará el juicio contra éstos, declarando como acusado conformado quien aceptó el pacto con las acusaciones, sin que el juez

Según el Supremo, los hechos reconocidos por parte de los acusados «en modo alguno quedan exentos de la necesidad de acreditación», sin perjuicio de «la relativa eficacia probatoria que se le otorgue al reconocimiento de los hechos objeto de imputación»⁶¹.

Con respecto al derecho de defensa y a la presunción de inocencia de los acusados que no se conforman, la jurisprudencia se ha manifestado contundente en el sentido de afirmar su no afectación. Sirva de ejemplo la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 793/2021, de 20 de octubre, en la que el Tribunal da muestra, además, de la suerte de vodevil que se crea en torno a las conformidades parciales, el cual podríamos resumir en un «sí pero no»: «Este Tribunal, por tanto, no comparte ni puede acoger la tesis que sirve de fundamento para cuestionar la validez de esas «conformidades parciales», que en realidad no son tales, porque se han producido en el curso de la práctica de la prueba, aun cuando es cierto que venían previamente preparadas y consensuadas con el Ministerio Fiscal, que había modificado su calificación a tal efecto. Entendemos que con ello no se ha afectado el derecho de defensa de los demás acusados ni se minora la virtualidad de su presunción de inocencia en mayor medida en que pudieran haberlo hecho tales acusados con ese mismo reconocimiento de los hechos realizado sin una previa modificación de la calificación por parte del Fiscal o del modo en que se ha producido con relación a otro de los acusados cuya participación ha sido admitida por su defensa en la fase de conclusiones».

En conclusión, aunque la conformidad de sólo parte de los acusados no permite dictar una sentencia en los términos del 655 y 787

pueda imponer mayor pena que la conformada y pudiendo las defensas interrogarles, aunque puedan negarse a contesta».

61 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 713/2017, de 30 de octubre.

LECrím –por lo que deberá procederse a la apertura de un juicio oral en el que los conformados deberán estar presentes– sus manifestaciones podrán ser tenidas en cuenta para, en la práctica, imponerles una pena menor. Tal es así, que la recién mencionada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 793/2021, de 20 de octubre, sostiene abiertamente a este respecto: «En el caso de aceptar un acusado una pena al inicio del juicio por conformidad, y otro no aceptarla y celebrarse el juicio, en caso de condena, el no conformado no tiene derecho a que se le imponga la misma pena que aceptó quien se conformó como tope máximo, sino que, aunque los hechos y sus circunstancias sean los mismos, el juez o tribunal podrá imponerle pena superior siempre que esté dentro de los márgenes legales».

Sin embargo, al menos en lo que al procedimiento abreviado se refiere⁶², el panorama apuntado hasta ahora en materia de conformidad podría cambiar de manera inminente, de llegarse a aprobar la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia en los términos que constan en su Anteproyecto. En este sentido, se prevé una nueva redacción del artículo 785 en cuyo apartado noveno se dispone: «[...] Para el caso de que la conformidad se hubiera alcanzado solo por alguno o algunos de los acusados, se dictará sentencia respecto de ellos, continuándose el procedimiento en relación con el resto de los acusados»⁶³.

De cara a su aplicación práctica, esta norma nos genera algún interrogante, de igual modo que lo hace la vigente en el 787.7 LE-Crím para las personas jurídicas. Y aunque por limitaciones de es-

62 El texto del Anteproyecto no prevé la modificación del 697 LECrím.

63 Sobre la regulación de la conformidad en el Anteproyecto, *cfr.* ALONSO SALGADO, Cristina, *Reflexiones acerca de la oportunidad y la conformidad en el Anteproyecto de LECrím y en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal*, Colex, Madrid, 2022, pp. 112 y ss.

pacio no podremos explayarnos, baste señalar que esa duda viene dada por las posibles contradicciones fácticas que se puedan producir. Riesgo al que, por cierto, se refiere el propio Tribunal Supremo en su jurisprudencia, apelando a «la necesidad de no quebrar el principio de continencia de la causa y evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios» –STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 287/2020, de 4 de junio–.

Imaginemos dos sujetos coimputados, a los que llamaremos A y B, respectivamente. El sujeto A decide conformarse, conformidad que implica, recordemos, no sólo su anuencia con la pena, sino el reconocimiento de unos hechos⁶⁴. De este modo, puede que el coimputado A reconozca la comisión de un delito X en connivencia con el coimputado B. Este último, sin embargo, no se conforma, de modo que se abrirá juicio oral, juicio en el que deberá desplegarse una actividad probatoria suficiente para, en su caso, enervar la presunción de inocencia.

En el régimen que prevé el Anteproyecto, en este escenario dispondríamos de una sentencia que condena al coimputado A con base en un relato de hechos por él admitido. Y un juicio contra el coimputado B al que, previsiblemente, el coimputado A será llamado como testigo (con todos los problemas que genera la declaración en procesos distintos y a los que nos referiremos en el siguiente epígrafe).

64 Se produce en esta materia una situación curiosa. Mientras que el proceso civil el artículo 316.1 LEC exige que los hechos reconocidos por la parte (siempre que en ellos haya intervenido personalmente y su fijación como ciertos le sea perjudicial) sean tomados como ciertos, salvo que lo contradiga el resultado de las demás pruebas; en el proceso penal no está codificada una cautela de esta índole, de tal suerte que el mero reconocimiento de los hechos puede conducir directamente al dictado de la sentencia condenatoria.

Vaya por delante que, por supuesto, el relato de hechos probados de la sentencia del coimputado A no vincula en el proceso seguido contra el coimputado B y el reconocimiento efectuado por el coimputado A sólo se extiende a su propia participación. Ahora bien, se podría producir la paradoja de que, aun sin acarrear ninguna consecuencia jurídica para el coimputado B, la primera sentencia partiera de un relato de hechos en el que se menciona su participación, mientras que su propia sentencia determinara su inocencia o una menor responsabilidad con base en unos hechos probados distintos⁶⁵.

5.6. *El coimputado en situación de rebeldía y otros supuestos de incomparecencia*

El supuesto que contemplamos bajo esta rúbrica es el siguiente: un coimputado declara en fase de instrucción pero, entre este momento y la celebración del juicio, se sustrae de la acción de la Justicia⁶⁶.

65 Las conformidades parciales presentan, a su vez, el problema de qué sucede si una vez celebrado el juicio oral porque alguno de los coimputados no se ha conformado, resulta que procede dictar una sentencia absolutoria o imponer una pena menor que la conformada.

66 Cabría mencionar otros aspectos de interés. Por ejemplo, la jurisprudencia que se pronuncia sobre la eventual contradicción fáctica entre el relato de hechos probados de la sentencia dirigida a una parte de los coimputados y el de la sentencia dictada contra el rebelde cuya situación de ausencia ha cesado. Lógicamente, dada la inexistencia de cosa juzgada material positiva en el proceso penal, tales contradicciones pueden producirse y, de hecho, se producen. *Cfr.*, entre otras, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 91/2021, de 3 de febrero: «La exclusión del proceso penal de la prejudicialidad vinculante de sentencias anteriores [...], significa que las cuestiones fácticas han de resolverse según la prueba practicada en cada proceso, aunque el hecho enjuiciado sea el mismo; lo que sucede en ocasiones en absoluto insólitas. Paradigmático es el caso de rebeldía de alguno de los imputados. Si en el juicio seguido con posterioridad para el rebelde la

En primer lugar, habría que determinar si lo declarado durante la investigación podría servir como prueba contra el resto de los coimputados presentes en el plenario. El Tribunal Supremo se pronunció sobre este asunto en resoluciones como la STS (Sala de lo Penal) 1578/1998, de 17 de diciembre. En el caso de autos, las declaraciones de un coimputado que finalmente no acudió al juicio oral por hallarse en situación de rebeldía habían sido introducidas en el plenario *ex* artículo 730 LECrim y sirvieron de sustento a la condena en instancia, a pesar de que la defensa no tuvo la posibilidad de contradecirlas. Frente a este panorama, y con acertado criterio, el Alto Tribunal sostiene que «la condena no puede ser apoyada en declaraciones de un coimputado que en ningún momento del procedimiento la Defensa del acusado ha podido contradecir mediante su sometimiento a un interrogatorio en los términos que corresponden al derecho a ser juzgado con todas las garantías (art. 24.2 CE) y, por lo tanto, según el derecho que acuerda el art. 6.3, d) CEDH»⁶⁷.

prueba practicada es diferente o arroja resultados distintos habrá que declarar no probados los hechos, aunque la sentencia anterior haya proclamado lo contrario; o, al revés, estimar que los hechos que la primera sentencia declaró no acreditados, sí lo han quedado en el segundo juicio, v. gr., por haber comparecido testigos que no fueron localizados antes (o muchas otras vicisitudes imaginables: confesión; nueva documentación aportada; firmeza de un testigo que en el juicio anterior por razones que explica, se mostró dubitativo...) (*vid.* STS 398/2018, de 12 de septiembre)».

- 67 En una línea semejante se ha situado el Tribunal Constitucional en resoluciones como la STC (Sala Primera) 200/1996, de 3 de diciembre: «Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que, como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación [...]. Ahora bien, dicha regla general es susceptible de sufrir determinadas restricciones [...], siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguiente requisitos: a) Material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser

Sobre lo que no se manifiesta expresamente el Supremo en esta sentencia es acerca de si la solución adoptada habría sido distinta en caso de que hubiera habido contradicción en ese primer interrogatorio. Todo parece conducir a una respuesta afirmativa por su parte.

Distinto sería el caso del coimputado que, por hallarse en situación de rebeldía, no puede ejercer su derecho a contradecir lo declarado por el copartícipe en fase de instrucción y, posteriormente, dándose los requisitos exigibles, se emplea dicha deposición como prueba de cargo. El Supremo considera que no hay óbice a este respecto, pues el rebelde se autosituó voluntariamente en esa coyuntura: «este principio [el de contradicción] no sólo se respeta cuando el acusado tiene la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra (contradicción efectiva), sino también cuando esta intervención no puede tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable [...], como sucede en el caso actual. En la doctrina constitucional se ha admitido la valoración probatoria de las declaraciones sumariales

reproducidos el día de la celebración del juicio oral [...]; b) Subjetivo: que sean intervenidos por la única Autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción [...]; c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea posible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible [...] y d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose así de los correlativos actos investigatorios en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la «lectura de documentos», la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral [...]».

de los coimputados recibidas sin contradicción efectiva cuando los coimputados no estaban personados en el sumario debido a que se encontraban huidos o no habían alcanzado la condición de imputados, dado que la falta no podía reprocharse al órgano judicial»⁶⁸.

No obstante, como podemos apreciar en este fragmento, el Alto Tribunal aplica idéntica solución a quienes, a la sazón, no habían sido todavía imputados, solución esta última que nos plantea verdaderas dudas, en la medida en que aquí no se puede achacar el déficit de contradicción a las actuaciones del copartícipe⁶⁹.

En segundo lugar, cabría preguntarse si, tratándose de un supuesto en el que quepa el enjuiciamiento en ausencia, una eventual

68 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 763/2013, de 14 de octubre.

69 En materia de garantía de contradicción, *vid.* STEDH (Sección 2ª) de 2 de julio de 2019 (caso Mititelu y Antonovici contra Moldavia); STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 (caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido); y STEDH (Sección 1ª) de 27 febrero 2001 (caso Lucà contra Italia), entre otras.

En la más reciente de las resoluciones mencionadas, el Tribunal de Estrasburgo condenó a Moldavia por vulneración del artículo 6 CEDH. Con todo, mantiene el cuestionable criterio que sostuvo en resoluciones como Al-Khawaja, el cual permite, en cierta medida, «convalidar» como prueba de cargo única la declaración del testigo ausente (en este caso, la de quien, estando investigado, prestó declaración en instrucción) con base en criterios tan líquidos como los que denomina «factores de ponderación»: «Cuando una condena se basa única y exclusivamente en un testimonio de un testigo ausente, el Tribunal deberá proceder al más escrupuloso escrutinio. La cuestión en cada caso es si existen suficientes factores de ponderación, incluidas medidas que permitan una valoración justa y apropiada de la veracidad del testimonio a prestar. Esto permitiría que una condena se base en dicha prueba sólo si es suficientemente fiable dada su importancia en el caso».

Una crítica a la sentencia Al-Khawaja puede leerse en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, núm. 4, 2013.

declaración autoincriminatoria podría emplearse como prueba de cargo. Aun cuando la confesión revelada en instrucción hubiese estado revestida de todas las garantías, estimo que por sí sola resulta insuficiente para enervar la presunción de inocencia. Cuestión distinta será que, habiéndose practicado prueba de cargo en el plenario, aquella declaración pueda servir como indicio que corrobore la tesis de la acusación.

Para el caso de que la incomparecencia del coimputado en juicio oral derivara de otras causas (por ejemplo, el fallecimiento del sujeto)⁷⁰ procedería acudir a lo dispuesto en el artículo 730 LECrim, toda vez que –aquí sí– concurre una situación que justifica la lectura de las declaraciones sumariales y su posterior debate⁷¹. Ahora bien, lo dicho no es óbice para sostener que las limitaciones a la contradicción que esta circunstancia plantea aconsejen adoptar ciertas cautelas de cara a su valoración probatoria⁷². Y es que, por mucho que se someta

70 Otro ejemplo de imposibilidad lo encontramos en la STEDH (Sección 4ª) de 1 de marzo de 2005 (caso Mínguez Villar contra España). En esta resolución, el Tribunal de Estrasburgo falla en favor de España, al considerar que no se había vulnerado el artículo 6 CEDH al emplear como prueba de cargo (entre otras) la declaración sumarial de un coimputado que, debido a una enfermedad psíquica, finalmente fue apartado del proceso.

71 *Vid.* STS (Sala de lo Penal) de 4 junio de 1991: «el fallecimiento del correo no impide que su testimonio, cual hizo la Audiencia Provincial, pueda ser tomado en consideración, aun cuando no pudiera prestarla aquél en el acto de juicio oral».

72 Como muy bien advierte ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «En materia de prueba...», *op. cit.*, pp. 95 y 96: «no se trata de negar todo o cualquier valor al expediente de la lectura de lo aportado por anteriores diligencias judiciales, debidamente documentadas, máxime cuando se diera en circunstancias de una objetiva imposibilidad de tener presente al declarante en la vista. Lo que se cuestiona es la pretensión de que la validez jurídico-formal del acto permita hablar de contradicción sin mayores matizaciones, y que pueda

a debate contradictorio, éste nunca será equivalente al que se podría tener lugar en presencia del declarante.

5.7. *El coimputado con respecto al cual se ha dictado un auto de sobreseimiento provisional*

Puede suceder también que, con respecto a una de las personas investigadas, se haya dictado en el marco de un mismo procedimiento –o de un procedimiento conexo– un auto de sobreseimiento provisional al amparo del ordinal segundo del artículo 641 LECrim: «Procederá el sobreseimiento provisional: [...] 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores»⁷³.

Frente a este escenario, a mi juicio no cabe otra posibilidad que aplicar al otrora investigado las mismas garantías que al coimputado. Lo contrario supondría colocarlo en la eventual tesitura de faltar a la verdad, incurriendo en un delito de falso testimonio; ne-

operarse como si esta se hubiera dado con intermediación real y actual. En efecto, pues desde el punto de vista de la apreciación probatoria, no puede atribuirse el mismo valor a lo obtenido en el directo examen contradictorio de un declarante que a lo que este hubiera podido manifestar en algún otro momento (generalmente, sin contradicción), y que ahora carece de otra existencia que la textual. [...] Por eso, el cumplimiento de los trámites legales, permitirá al juez-jurista introducir en el cuadro probatorio el elemento de prueba aportado a través de esa interlocución ficticia. Pero el juez-operador racional deberá adecuar su valoración atendiendo a ese déficit de interlocución».

73 El primero quedaría excluido porque, en tal caso, no se hubiera pasado a la fase de juicio oral. Art. 641.1º LECrim: «Procederá el sobreseimiento provisional: 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa».

garse a declarar, en cuyo caso se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad; o decir la verdad, poniendo en bandeja de plata al tribunal información que eventualmente permitiría reabrir la causa contra él, lo que quebrantaría, en consecuencia, su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁷⁴.

Aunque no lo afirme expresamente, así parece entenderlo también el Tribunal Supremo, al aplicar a las declaraciones de personas que previamente estuvieron imputadas en un proceso y que acuden al plenario como testigos las mismas exigencias en materia de corroboración que a las declaraciones de los coimputados: «En definitiva, de la citada jurisprudencia se debe extraer la conclusión de que los testigos que previamente resultaron imputados en el proceso, declaran como testigos en el juicio, pero con un canon muy reforzado de verosimilitud de su declaración, no bastando como prueba única para condenar la palabra de este «testigo especial», que habrá de ser corroborada por elementos probatorios periféricos» –STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 334/2022, de 31 de marzo–.

74 En sede de instrucción, el 418 LECrim –al que posteriormente remite el 707 LECrim, en fase de juicio oral– dispone: «Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416. Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor».

De este modo, la Ley procesal prevé la posibilidad de no responder a preguntas que perjudiquen a alguno de los parientes con respecto a los cuales opera la dispensa del deber de declarar, pero no hace lo propio con relación a las preguntas que le perjudiquen personalmente.

6. LA DECLARACIÓN DE LOS COIMPUTADOS EN PROCESOS DISTINTOS: MÁS ESCENARIOS POSIBLES

En sentido estricto, el término ‘coimputado’ remite a la persona que comparte con –al menos– otra el estatus de sujeto pasivo de un proceso penal. Así las cosas, puede llamar la atención que recurramos a esta palabra para referirnos a sujetos que declaran en procesos penales distintos, pues ello semeja incompatible con la esencia misma del concepto. Sin embargo, dos o más personas que hayan cometido un mismo delito o delitos conexos no siempre serán juzgadas en el mismo proceso. Será así en la mayoría de las ocasiones, a fin de evitar romper la continencia de la causa, pero en algunos supuestos, las circunstancias concurrentes pueden determinar la tramitación de más de un proceso. De este modo, quienes podrían haber sido coimputados no compartirán procedimiento. No obstante, a nadie se escapa que su eventual intervención en el proceso penal del otro no es idéntica a la de un mero testigo ajeno a los hechos: la cuestión resulta más complicada y de ahí que considere necesario detenernos en los posibles escenarios que esta situación plantea⁷⁵.

6.1. *La persona condenada por un delito llamada a declarar posteriormente en el proceso seguido contra un copartícipe*

Como apuntábamos, lo habitual será que las personas que hayan cometido idéntico delito o delitos conexos sean juzgadas en el mismo proceso, a fin de no quebrar la continencia de la causa. Con todo, en la práctica no siempre será así. Pensemos por ejemplo en

75 A este respecto, resulta de interés la lectura de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes.

el caso de dos imputados, uno de los cuales se sustrae de la acción de la Justicia antes del juicio. Si, en virtud de la pena que lleva aparejada el delito, éste no puede celebrarse en ausencia, el proceso continuará para el coimputado presente (llamémoslo coimputado A), mientras que el juicio del otro coimputado (el coimputado B) sólo se podrá celebrar cuando eventualmente cese en su situación de rebeldía.

Así las cosas, podría acontecer que el coimputado A fuese condenado por la comisión de un delito y, posteriormente, fuera llamado a declarar en el juicio del coimputado B. A su vez, podríamos distinguir dos supuestos: que la sentencia del coimputado A sea definitiva o, por el contrario, firme.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin distinguir entre el carácter definitivo o no de la resolución, adoptó un Acuerdo con fecha 16 de diciembre de 2008 en el que se decantaba por considerarlos testigos: «La persona que ha sido juzgado (*sic*) por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad».

Lo cierto es que la redacción del Acuerdo es manifiestamente mejorable. Tras su lectura no queda del todo claro a qué se estaba refiriendo el Alto Tribunal con la exigencia de que su testimonio sea «valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». En principio, podría parecer una alusión a la necesidad de aplicar las cautelas propias de toda declaración del coimputado. De lo contrario, no se entiende la razón de incluir este inciso, toda vez que cualquier declaración testifical, con independencia de quien la emita, debe ser valorada en términos racionales. Ahora bien, no parece que esa fuera el sentido que el Supremo quiso darle si atendemos a su jurisprudencia posterior.

Sea como fuere, con este Acuerdo el Tribunal pretendía poner fin a la disparidad de criterios que en su seno se habían manejado: mientras que en resoluciones como la STS (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 168/2003, de 26 de febrero, sostenía que el coimputado que ya había sido condenado debía declarar en calidad de testigo en el ulterior proceso⁷⁶; en otras defendía –más acertadamente, a mi juicio– el posicionamiento contrario⁷⁷. En este último sentido, la STS (Sala de lo Penal) 1332/2004, de 11 de noviembre, afirmaba que el mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa se justificaba en el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a quien ya había sido condenado. Junto con ello, sostenía que el estatus de un sujeto en el proceso no podía ser alterado por la eventual concurrencia de circunstancias que determinaran la fragmentación del juicio oral⁷⁸.

76 En particular, afirma: «tal condición [la de coimputado] la perdió cuando fue citado como testigo al juicio oral en el que se juzga al recurrente, tal cambio de status fue consecuencia de que previamente ya había sido juzgado y condenado».

77 En alguna resolución, el propio Supremo ha llegado a reconocer que, cuando declara en otro proceso, el otorgamiento de la condición de testigo constituye una cuestión más formal que material. *Vid.* STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 283/2018, de 13 de junio: «aun cuando se le considere testigo, desde un punto de vista formal, las sentencias dictadas [...], han tenido la precaución de fijar elementos que corroboren el contenido de su declaración en cada caso -esto es tratando su declaración como si fuera la de un coimputado».

78 Literalmente, señalaba: «El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que

Pocos días después de la aprobación del mencionado Acuerdo, el Alto Tribunal lo aplicó en su STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 7/2009, de 7 de enero, que resolvía un recurso de casación interpuesto en un caso de terrorismo en el que estaban implicados miembros de los GRAPO. Así, determinó que el coimputado acudió al plenario como testigo y que, dada la calificación de prueba testifical que había de otorgarse a su declaración, resulta «en sí misma suficiente debiéndose verificar su credibilidad sin la previa concurrencia de corroboraciones». Lo que implica, como más tarde apunta el Tribunal, que la «manifestación de un testigo es en principio prueba suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia»⁷⁹.

en el juicio propio tuvo derecho a negar. Esta especie de reconocimiento de culpa ulterior del ya condenado no sólo es inexigible humanamente sino que, desde el punto de vista jurídico, podría acarrearle consecuencias contrarias a su derecho de defensa en fase de ejecución (baste reparar en las posibles consecuencias negativas de una paladina confesión de hechos de quien habiendo sido condenado con una prueba no muy contundente hubiere solicitado el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena o un individuo siquiera parcial).

Además, como argumento que refuerza lo anterior, en estos casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como partícipes en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único. La relación que cada uno de los sujetos del proceso mantiene con dicho objeto, lo que le confiere un determinado status, no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos. El status de las partes se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la necesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados».

79 En esta misma línea, autoras como DÍAZ PITA sostienen que, cuando los sujetos sean juzgados en procedimientos distintos, deben declarar en calidad de testigos. Vid. DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, *op. cit.*, p. 402: «de lo expuesto se deduce, que, por un lado, la aceptación como prueba testifical de la declaración inculpativa del coimputado se produce en

El Tribunal Constitucional, por su parte, se pronunciaba en un sentido diametralmente opuesto en resoluciones como la STC (Sala Segunda) 126/2011, de 18 de julio: «una concepción puramente formal de la condición de coimputado no resulta conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se endereza la anterior doctrina. En efecto, aun cuando una concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de una mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de los mismos hechos»⁸⁰.

Si bien por cuestiones de espacio resulta imposible detallar la evolución jurisprudencial desde entonces, baste señalar que la actual doctrina del Tribunal Supremo ha abandonado los postulados del Acuerdo de 2008 y se ha alineado con lo que por entonces defendía el Constitucional, reproduciendo incluso su argumentación en reso-

todos aquellos casos en que los sujetos son objeto de procedimientos separados (con independencia de si el propolador ha sido previamente condenado o absuelto)».

Por su parte, ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., p. 137, defiende la inadmisión de la declaración de los coimputados en calidad de testigos en procesos independientes. No obstante, contempla como excepciones a esta regla general el hecho de que «hubiera sido condenado anteriormente siempre y cuando por razones objetivas (rebeldía vg.) no se hubiera podido celebrar el juicio oral».

80 En el mismo sentido, véase la STC (Sala Segunda) 111/2011, de 4 de julio.

luciones como la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 334/2022, de 31 marzo⁸¹. Este cambio de tendencia dentro del Supremo no puede ser sino bienvenido. En mi opinión, posturas como la sostenida por el Alto Tribunal en el Acuerdo de 2008 y en la jurisprudencia derivada de él resultaban contrarias al derecho de defensa.

Volvamos en este punto al ejemplo que nos ocupa: el coimputado A ha sido condenado en primera instancia y, mientras se halla en trámite de recurso, es llamado a declarar al proceso del coimputado B. Si se le aplica el régimen de los testigos –y, por ende, se le compele a decir la verdad so pena de incurrir en delito de falso testimonio–, se está socavando su derecho de defensa, en la medida en que no puede guardar silencio ni mentir sobre hechos que le afectan y que han sido objeto de discusión en su propio proceso. Así las cosas, resulta imprescindible que, con independencia del *nomen iuris* que se le otorgue

81 Dispone esta sentencia: «precisando ese Acuerdo, en la STS 881/2012, de 28 de septiembre, se analizó si la declaración del copartícipe que ya ha sido juzgado tiene la naturaleza de prueba testifical o de declaración de coacusado. Esta Sala consideró que lo determinante era si el sujeto en cuestión había participado en los hechos porque, tal caso, los intereses y sentimientos derivados de la coparticipación eran muy relevantes para valorar su credibilidad, por tal razón concluyó declarando que «aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos»». Con idéntico pronunciamiento, véase, entre otras, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 297/2021, de 8 de abril.

a su declaración, al menos se le apliquen las garantías propias del coimputado.

Podríamos pensar que la respuesta debiera ser diversa en el supuesto de que la sentencia fuera firme. Y ello porque contra las sentencias firmes sólo cabría revisión por alguno de los motivos señalados en el 954 LECrim y no parece que ninguno tenga encaje en el caso que nos ocupa. Sin embargo, corresponde traer a colación lo manifestado por el Supremo en la ya citada la STS (Sala de lo Penal) 1332/2004, de 11 de noviembre: la eventual incidencia negativa que este testimonio podría llegar tener en fase de ejecución, razón más que suficiente para que, en aras del derecho de defensa, se aplicara el régimen de la declaración de los coimputados⁸². Asimismo, con una solución como la propugnada se desincentivaría la posible tentación de abrir varios procedimientos con el objetivo de obtener declaraciones inculpativas aprovechándose de la aplicación del régimen de la testifical⁸³.

6.2. *La persona absuelta por un delito llamada a declarar posteriormente en el proceso seguido contra un copartícipe*

El escenario en este caso es el mismo que el descrito en el apartado anterior, con la –relevante– diferencia del sentido de la resolución. Siguiendo nuestro ejemplo, el coimputado A ha sido absuelto y es llamado a declarar en el proceso seguido contra el coimputado B.

82 La legislación italiana, al regular el testimonio asistido, alude a la necesidad de que la sentencia sea irrevocable (*vid.* 197 bis 1 CPP). Junto con ello, explícita que la declaración prestada no podrá ser utilizada en ningún caso contra la persona que la ha emitido, sea en una eventual revisión de la sentencia, sea en cualquier proceso civil o administrativo relativo a los hechos objeto del procedimiento (*vid.* 197 bis 5 CPP).

83 En la misma línea, ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, *op. cit.*, p. 137.

De nuevo habría que distinguir si la resolución es definitiva o firme. Si es definitiva, podemos traer a colación el argumentario ya expuesto para sostener por qué no procede la declaración como testigo: se estaría menoscabando el derecho de defensa de alguien cuya absolución puede haber sido recurrida por las partes acusadoras.

Más dudas suscita esta vez el supuesto de la sentencia firme. Y ello porque, si atendemos a las causas de revisión del mencionado 954 LECrim, en ninguna se contempla la posibilidad de rescindir una sentencia firme absolutoria. Siendo ésta inatacable, en virtud de la cosa juzgada, el derecho de defensa no se vería afectado y podría entonces justificarse su declaración en calidad de testigo⁸⁴.

Dado que el auto de sobreseimiento libre se asimila a una sentencia absolutoria y produce efectos de cosa juzgada⁸⁵, procede aplicar aquí idénticas consideraciones.

7. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA NORMATIVA

La relevancia de la materia que nos ocupa y sus indudables repercusiones prácticas exigirían, en aras de la seguridad jurídica y –lo que es más importante–, de la adecuada tutela del derecho de defensa, que el legislador español contemplara en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la declaración de los coimputados.

84 ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, *op. cit.*, p. 137, no distingue y señala como excepción a la inadmisión de la declaración de los coimputados en calidad de testigos en procesos independientes el hecho de que «hubiera sido ya absuelto el coimputado por no haber participado o no haber existido este».

85 *Vid.*, entre otras, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 509/2022, de 25 de mayo.

Al margen de una mayor o menor prolijidad del régimen jurídico que se estableciera, estimo que dos son los aspectos clave a los que, como mínimo, tendría que hacer referencia: en primer lugar, la insuficiencia de la declaración del coimputado para, por sí sola, enervar la presunción de inocencia; en segundo, la necesidad de aplicar las garantías que lleva aparejada la declaración de cualquier imputado (en particular, el derecho al silencio y la inexistencia de un deber de decir verdad) incluso en procedimientos distintos, siempre que su declaración pueda comprometer su situación procesal en el procedimiento que se está tramitando contra él, se ha tramitado o se ha archivado provisionalmente.

Sin perjuicio de mejores criterios, esta norma de mínimos podría recogerse en un precepto de esta índole: «La declaración prestada por el coimputado, sea en el mismo proceso, sea en otro proceso seguido por idéntico delito o por un delito conexo, sólo podrá erigirse en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia si concurren elementos de corroboración externos que acrediten, en todo o en parte, los extremos del hecho delictivo imputado y la participación en él del encausado. No se considerará corroboración externa suficiente aquella que derive de la declaración de otro coimputado»⁸⁶.

86 Otro de los debates que cabría abrir a este respecto es si este tipo de disposiciones establecen una valoración tasada de la prueba o, por el contrario, el criterio de libre valoración se mantiene. Sin poder adentrarme en pormenores, considero que una disposición de este tipo no impone una valoración tasada, pues en modo alguno los hechos pasan a quedar fijados en la sentencia *ope legis*. Simplemente –que no es poco– se limita a indicar cuándo la prueba puede considerarse apta para enervar la presunción de inocencia, lo que no equivale a sostener si la prueba es creíble o no (por ejemplo, el juzgador puede considerar que el coimputado dice la verdad pero, aun así, sin elementos de corroboración externos la sentencia tendrá que ser absolutoria).

8. CODA

A lo largo de estas páginas he tratado de analizar algunos de los aspectos y problemas teórico-prácticos que plantea la declaración de los coimputados. Una cuestión de suma importancia que precisaría, como tantas otras en el proceso penal español, de una adecuada regulación, la cual, si bien con certeza no resolvería todos los problemas –pues como toda obra humana estaría condenada a ser imperfecta–, al menos los reduciría y, lo que es más importante, otorgaría una mayor seguridad jurídica a los justiciables.

La brújula que orientase esta regulación no podría ni debería ser otra que la de las garantías procesales y, en particular, la del respeto a la presunción de inocencia. Lo contrario nos conduciría, como a Dante, a esa selva oscura de la que tanto nos costó salir y de la que, llegado el caso, sólo podríamos escapar de nuevo atravesando los sucesivos círculos del infierno.

Precisamente al infierno nos referíamos al inicio, aludiendo a la famosa frase de SARTRE. Permítanme que termine volviendo al filósofo francés y a la pregunta que formulaba en el propio título de este trabajo. Tras este recorrido concluyo que no, que el infierno no son los otros. Y que el coimputado sólo es mitad víctima y mitad cómplice. Como todo el mundo.

En un sentido similar se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La declaración del coimputado...», *op. cit.*, p. 23, cuando señala que el establecimiento de una norma de esta índole, «no sería contraria al principio de libre valoración de la prueba, pues actuaría a modo de presupuesto previo necesario para poder valorar dicha prueba y como contrapeso a la escasa fiabilidad de la misma. El principio de libre valoración [...] no impide el establecimiento de reglas de suficiencia probatoria, mejor dicho de reglas negativas de insuficiencia, que fijen los requisitos objetivos que permiten calificar a una prueba como razonablemente de cargo».

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, núm. 4, 2013.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo?», *La Ley penal*, núm. 94-95, 2012.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «El silencio de los imputados», *Diario La Ley*, núm. 7827, 2012.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, «El testimonio del coimputado», *La Ley*, núm. 2, 2000.
- ALONSO SALGADO, Cristina, *Reflexiones acerca de la oportunidad y la conformidad en el Anteproyecto de LECrim y en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal*, Colex, Madrid, 2022.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, «Alcance constitucional del derecho a guardar silencio en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 49, 2018.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, 2020.
- ASENCIO GALLEGO, José María, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- BEVERE, Antonio, *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Giuffrè editore, Milano, 2001.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo, «Pruebas de referencia y garantías procesales», *Diario La Ley*, núm. 6821, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CAVALLI, Giacomo, *La chiamata in correità*, Giuffrè editore, Milano, 2006.

- DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier, «La «prueba» de la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2022, de 11 de noviembre», *Diario La Ley*, núm. 5710, 2003.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «El valor de la información obtenida mediante delación premiada para acordar medidas cautelares», *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, núm. 76, 2020.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 50, 2018.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, «Procedimiento por colaboración eficaz y proceso penal. Algunas consideraciones sobre una extraña pareja», en ASECIO MELLADO, José María; CASTILLO ALVA, José Luis (Dirs.), *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Ideas Solución editorial, Lima, 2017.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- FLORES PRADA, Ignacio, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998.
- FUENTES SORIANO, Olga, «El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, «El estatus procesal del coimputado», *La Ley penal*, marzo de 2014.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier; ORTEGA LORENTE, José Manuel; CAMARENA GRAU, Salvador, «La fase intermedia en el procedimiento abreviado: su incidencia en el juicio oral, del auto de incoación de procedimiento abreviado al auto de apertura de juicio oral», *Cuadernos digitales de formación. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 32, 2013.

- HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.
- LEAL MEDINA, Julio, «El juicio de credibilidad en las declaraciones testimoniales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea», *Diario La Ley*, núm. 8093, 2013.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en VV. AA., *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- MACCHIA, Alberto, «Libero convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. le regole europee», *Cassazione Penale*, fasc. 6, junio de 2022.
- MAGRO SERVET, Vicente, «Criterios jurisprudenciales de actualidad acerca de la conformidad parcial de algunos acusados en el juicio oral», *Diario La Ley*, núm. 9690, 2020.
- MARTÍNEZ GALINDO, Gema, «Valor probatorio de declaraciones de coimputados», *La Ley Penal*, núm. 7, 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)», *Revista jurídica galega*, núm. 58, 2008.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El derecho a no inculparse*, Civitas, Madrid, 2015.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco, «El valor probatorio de las declaraciones de los imputados», *La Ley*, núm. 3, 1999.
- PICÓ I JUNOY, Joan, «El derecho a la prueba: un valor en expansión», *La Ley Probática*, núm. 8, 2022.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «Silencio y proceso penal», en VV. AA., *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023.

- SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Dudas razonables: la declaración de los coimputados», *Revista xurídica galega*, núm. 50, 2006.
- SÁNZ CASTILLO, Sara, «La conformidad parcial no evita el juicio en el proceso penal: ¿se basará la sentencia en la prueba o en el acuerdo?», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta, *El derecho probatorio en el proceso penal*, Giuffrè, Milano, 2023.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VERRINA, Gabriele Lino, *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Utet, Torino, 2000.

QUESTÕES ANTIGAS E PROBLEMAS ATUAIS: DOS ERROS LÓGICOS–METODOLÓGICOS A UMA NOVA PERSPECTIVA DE ANÁLISE SOBRE O JUÍZO DE IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA NO PROCESSO

*OLD QUESTIONS AND CURRENT PROBLEMS: FROM LOGICAL–
METHODOLOGICAL ERRORS TO A NEW PERSPECTIVE OF ANALYSIS ON
THE IDENTIFICATION JUDGMENTS OF THE CAUSE IN THE PROCESS*

GABRIEL FELIPE ROQUETO RIGUETTI

Advogado em São Paulo e Lisboa
Graduado (2011) e Mestre em Direito Processual Civil (2015) pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador convidado junto à Università degli Studi di Pavia (2013-2024), Itália. Mestre com dupla titulação em Raciocínio Probatório junto à Cátedra de Cultura Jurídica da Universitat de Girona, Espanha, e Università degli Studi di Genova (2018-2019). Doutorando em Direito Processual Civil (2020-2023) pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do Instituto Brasileiro de direito Processual (IBDP).

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: O presente estudo é uma pequena análise sobre o juízo de identificação da causa no âmbito da Teoria Geral do Processo. Embora se trate de resgate de um dos temas mais controversos e antigos do direito processual, buscarei, com base em aportes da filosofia da linguagem, da epistemologia e da lógica, identificar equívocos do uso inconsciente por parte da doutrina clássica de metodologia baseada na lógica

ABSTRACT: The present study is an analysis on the judgment of identification of the cause in the General Theory of the Process. Although it is about rescuing one of the most controversial and ancient themes of procedural law, I will seek, based on contributions from the philosophy of language, epistemology, and logic, to identify mistakes in the unconscious use by the classical procedural doctrine of methodology based on

de primeira ordem, notadamente na teoria dos conjuntos, para fundar o juízo identificativo. Ao demonstrar a inadequação metodológica, tentarei jogar novas luzes sobre os problemas não enfrentados pela perspectiva tradicional e, com isso, retomar o debate com o redirecionamento lógico-metodológico correto.

PALAVRAS-CHAVE: Juízo de identificação. Lógica de primeira ordem. Teoria dos conjuntos. Linguagem natural. Fatores de variabilidade da linguagem.

first-order logic, notably on set theory, to base the identification judgment. By demonstrating the methodological inadequacy, I will try to shed new lights on the problems not faced by the traditional perspective and, with that, start the debate with the correct logical-methodological redirection.

KEYWORDS: Judgment of identification. First-order logic. Set theory. Natural language. Language variability factors.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Novamente a identificação da demanda? A insistência por um velho tema, mas por uma nova perspectiva. 3. Elementos identificadores da demanda: o uso inadequado da técnica comparativa da lógica de primeira ordem e da teoria dos conjuntos. 4. A relação de igualdade: algumas direções iniciais. 5. Características da linguagem natural como premissas fundamentais para um correto juízo de equivalência entre proposições. 6. Síntese conclusiva. 7. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Este será, talvez, o primeiro artigo por mim escrito em primeira pessoa. Desde meus primeiros trabalhos, ainda na graduação, até meus últimos escritos, tenho adotado, na tentativa de distanciamento do objeto de estudo – como indica NORBET ELIAS¹ –, a perspectiva enunciativa da terceira pessoa do singular. Contudo, o desenvolvimento das linhas que se seguem exige um câmbio de postura que se justifica por algumas razões pessoais bastante fortes.

O presente artigo poderia, sem qualquer sombra de dúvida, ser um capítulo introdutório de meu livro publicado em outubro de 2021². Tematicamente, as notas críticas subsequentes se encaixariam com perfeição tanto antes do capítulo 1, chamado a «a modificação da demanda e sua abordagem atual», pois anteciparia o erro metodológico adotado pela doutrina clássica facilitando uma abordagem crítica de suas conclusões, como também poderia estar localizado antes do segundo capítulo, intitulado «a formação da demanda», servindo como premissas teóricas da revisitação ali proposta. Cronologicamente, ademais, meus estudos sobre lógica se iniciaram no segundo semestre de 2020, antes, portanto, de sua publicação, o que me possibilitaria incluí-lo no texto original enviado à editora.

Ocorre que, sendo o livro fruto direto de minhas pesquisas e reflexões desenvolvidas em Pavia, a versão comercial de minha dissertação de mestrado fora prefaciada por Michele Taruffo. Enviei meus escritos ao mestre após conversas em Girona, em meados de 2018. Ele, com o carinho que lhe era peculiar, respondeu-me prontamente

1 *Coinvolgimento e distacco. Saggi di sociologia della conoscenza*, Bologna: Il Mulino, 1988, pp. 89 e ss.

2 *Modificação objetiva da demanda. Estudo sobre a dinâmica dos enunciados de fatos e de direito no processo civil*, São Paulo: Marcial Pons, 2021.

com suas observações críticas, que condicionaram alterações formais e substanciais do texto. Já em fevereiro de 2019, antes de enviar o conteúdo à editora, convidei-o para que escrevesse o prefácio, convite que, para minha alegria, foi rapidamente por ele aceito. Voltei a ajustar problemas formais indicados, o que atrasou o envio para publicação.

Com a pandemia, após muitos entraves imprevisíveis socioculturais, adaptações ao «novo normal digital» e diversas trocas de casas editoriais, o professor Michelino Taruffo nos deixou em dezembro de 2020. Por essa razão, tinha para mim que a inserção de novas linhas ao texto final já prefaciado, sem que houvesse as ponderações críticas, puxões de orelha e novas orientações por parte do mestre, tal como ocorrera anteriormente, não seria academicamente honesto. Assim, os escritos sobre as presentes reflexões ficaram em estado de latência desde então. As ideias maturaram, é bem verdade. Todavia, não havia encontrado uma oportunidade adequada para escrevê-las.

Depois de anos, o prêmio Víctor Fairén Guillén, que serve de homenagem ao grande jurista de Zaragoza, pareceu-me a ocasião ideal. Inicialmente, pelo fato de ser uma chamada de artigos no âmbito da Teoria Geral do Processo, área em que as reflexões lógico-epistemáticas mais têm a contribuir e que Taruffo tanto se empenhou em desenvolver. Ademais, pelo fato de que os debates se darão ao longo das «XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal». Taruffo, indubitavelmente, foi uma jurista com grande atuação tanto na península Ibérica, notadamente na Espanha, país em que passou parte considerável de seus últimos anos, como na América Latina, sendo, pois, um evento bastante representativo também por esse aspecto.

Diante desse cenário, se as presentes reflexões não puderam ser enxertadas em meu livro por ausência de superação de um crivo crítico exercido pelo professor de Pavia, elas poderão agora servir de homenagem àquele que foi meu grande mestre. E isso se dará da maneira que ele mais apreciava: debatendo as ideias em espaços alta-

mente qualificados. Assim que, se antes eu buscava uma posição epistêmica de narrador destacado, agora abandono a impessoalidade fria da terceira pessoa, impregno as linhas a seguir de emoção e carinho, mas mantenho, em respeito à seriedade acadêmica tão valiosa para Taruffo, a tentativa de rigor metodológico e o distanciamento necessário do objeto que agora me proponho a debater, qual seja: o juízo de identidade de causas por uma óptica interdisciplinar.

2. NOVAMENTE A IDENTIFICAÇÃO DA DEMANDA? A INSISTÊNCIA POR UM VELHO TEMA, MAS POR UMA NOVA PERSPECTIVA

No Brasil, muito se tem escrito sobre as inovações trazidas pelo novo código de processo civil, que entrou em vigor na primeira metade do ano de 2016. O frenesi acadêmico referente às modificações relativas ao antigo diploma, porém, iniciou-se muito antes desse período, já se podendo constatar uma enxurrada de artigos, teses, livros e manifestações mesmo à época da tramitação do projeto de lei anos antes. Alguns, inclusive, pautados pela pressa do enfrentamento, após modificações redacionais sofridas ao longo do arco legislativo, perderam seus objetos. Os anseios por novos debates, desse modo, colocaram, pelo menos para grande parte dos estudiosos, o incidente de resoluções de demandas repetitivas, o negócio jurídico processual, a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, temas citados apenas a título exemplificativo, como objetos centrais de suas atenções.

Não obstante o fato de que os novos focos tenham oxigenado as discussões no âmbito das ciências jurídicas, em especial no da processual civil (que, não se ignora, talvez precisasse mesmo desse sopro de vida), a intensa dedicação à inovação relegou a um plano de coadjuvação temas antigos, porém não resolvidos, quer pela doutrina, quer

pela jurisprudência. Talvez, por serem questões que se arrastaram por muito tempo sem resultados satisfatórios ou por não apresentarem um nível mínimo de consenso e, como consequência, terem, quiçá, se tornado enfadonhas, os debatedores do novo texto legal e os acadêmicos as tenham preterido em favor de novas reflexões, as tenham relegado a um plano secundário de importância em troca de novos ares, deixando a mecânica do procedimento legislativo, por inércia, absorver sem muitas modificações tais pontos da sistemática velha, mantendo quase que inalterado o tratamento dado, em forma, mas principalmente em conteúdo, pelo código superado.

Uma das questões referidas – e aqui por mim escolhida como objeto principal – é o nebuloso juízo de identidade de causas, que tem como pressupostos aceitos acriticamente pretensos *elementos identificadores*³, dentre eles a dita ‘*causa de pedir*’⁴. Fonte de muitas controvérsias durante a vigência do código de 1973 (e, de resto, também do de 1939 e de legislações estrangeiras, por razões que serão exploradas adiante e que me dediquei com vagar em minha obra), a sistemática de 2015 repetiu essa última expressão por dez vezes, subordinando ao seu cinzento conteúdo a aplicabilidade dos institutos

3 A palavra «elemento» é bastante sugestiva e, em termos lógicos, como se verá adiante, indica o uso equivocado da metodologia comparativa da teoria de conjuntos.

4 Peço de antemão escusas à comunidade acadêmica jurídica por tentar resgatar um debate talvez mumificado, que, aos olhos de muitos, mais parece uma insistência turrona em tentar soluções para um argumento fadado ao fracasso da discordância. Aproveitando as palavras de meu orientador brasileiro, José Roberto dos Santos Bedaque, em circunstâncias diversas, poderia parecer a «esperança vencendo a experiência». Todavia, já que parte muito mais qualificada da doutrina se encarregará (e já vem se encarregando) das novidades, cabe a esse jovem inexperiente encarar as ruínas empoeiradas do direito processual.

da conexão – e, de consequência, de causas de modificação de competência e das possibilidades de litisconsórcio –, da continência, da assim chamada modificação da demanda, bem como vinculou a ela o sempre polêmico princípio da correlação da sentença e a estipulou como um dos requisitos de aptidão da petição inicial.

É de se ressaltar, todavia, que a absorção da expressão ‘*causa de pedir*’ – e as consequentes subordinações *retro* apontadas –, sem muitos debates sobre a conveniência do uso de algo sem definição minimamente coesa, não se restringe à redação do novo código: ao contrário, o problema de seu uso desmedido, ao que parece, encontra-se no equívoco filosófico cometido pelos processualistas e, em especial, pelos legisladores do processo, em acreditarem que os elementos de um conflito podem ser reduzidos a categorias delimitadas e tecnicamente definíveis em padrões estáticos e meramente processuais. Em outros termos, o código de 2015 apenas seguiu uma constante histórica de utilizar conceitos abertos de natureza pluridisciplinar acreditando que a doutrina e a jurisprudência seriam capazes de, baseados em um raciocínio estritamente processual, preenchê-los de maneira satisfatória por uma perspectiva estritamente técnico-jurídica. Todavia, ao que se nota após uma rápida e superficial análise das experiências nacionais e internacionais, tal confiança sufraga com os primeiros problemas oriundos da prática forense e das constantes divergências teóricas perceptíveis na literatura do direito.

A doutrina, embora tenha sempre se digladiado para definir o conceito de ‘*causa petendi*’, não conseguiu chegar a conclusões minimamente homogêneas⁵. A jurisprudência, por seu turno, apresenta

5 Apenas a título exemplificativo, pelas grandes contribuições e pela qualidade da exposição do arco histórico teórico, podem ser citadas SCHWAB, KARL H., *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, Tomas A. Banzhaf (trad.), Buenos Aires: EJE, 1968, pelos estrangeiros, e CRUZ E TUCCI, JOSÉ

vários julgados de casos aparentemente semelhantes com desfechos, muitas vezes, diametralmente opostos, tudo devido a preenchimentos do conteúdo do termo diversos e contraditórios entre si. Cada operador e pensador do direito, por assim dizer, possui um conceito próprio, inédito e exclusivo do que seriam os *elementos identificadores* da demanda, em especial sobre o que viria a ser a dita ‘*causa petendi*’. Aliás, para ser mais preciso, cada um define casuisticamente seus conteúdos, havendo variabilidade de seus contornos a cada nova manifestação, seja ela teórica doutrinária, seja jurisprudencial ou forense.

A razão para isso, segundo minha análise, é justamente a aceitação de um método comparativo incompatível com a linguagem natural, o que ocasiona uma falta de enfrentamento do arcabouço cultural e das características sociais e epistemológicas que a *representação proposicional do conflito* no processo possui. Pelas abordagens até agora feitas – havendo, claro, exceções⁶ –, os ditos *elementos identificadores*, tomados como sendo definíveis em termos lógico-matemáticos, restam sempre em zonas obscuras por sequer superarem diferenciações básicas entre os planos fenomênico e da linguagem. A crença de tratar-se apenas de uma questão de conceituação jurídica faz com que estudiosos e operadores do direito processual os manipulem de maneira inconsciente, fato que exerce uma enorme influência reflexa nas conclusões díspares a que chegam.

O presente artigo, portanto, buscará resgatar em meio a um mar de novas questões interessantes trazidas pelo novo CPC (de sua parte, já sob a atenção demasiada dos doutrinadores pátrios), por uma pers-

ROGÉRIO, *A causa petendi no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pelos brasileiros.

6 Ver como exceção, por outra perspectiva, mas com uma percepção de dinamicidade daquilo que ele chamou de esquema argumentativo, CABRAL, Antonio do Passo, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, Salvador: Juspodium, 2013.

pectiva diversa e pluridisciplinar, o interesse pela velha temática do juízo de identidade de causas. Buscar-se-á aqui, pois, jogar um pouco de luz sobre questões importantes, porém ignoradas pela doutrina clássica, que, a despeito do grande impacto prático, vêm sendo encaradas mecanicamente por uma metodologia equivocada. Longe da tentativa de exaurir o tema e apresentar uma definição satisfatória e definitiva – que, aliás, foge, e muito, de minha capacidade intelectual –, o escopo precípua deste singelo trabalho é reabrir aquele debate, ainda que tardiamente se tomada a vigência do novo código, por uma óptica diferente, sempre a fim de que se possa colaborar para uma aplicação prática dos institutos processuais – se não de maneira plenamente consensual – mais aderente à realidade e à natureza das coisas como elas são.

Se, por razões ínsitas ao método processual que serão melhor desenvolvidas adiante, é inviável fixar teórica e abstratamente padrões para um pacífico juízo de identidade entre causas, possível será, ao menos, dissipar alguns mal-entendidos que teimosamente são colocados à base do raciocínio geral dos estudos sobre o tema; enganos esses que são postos, muitas vezes não deliberadamente, como premissas das quais todos os trabalhos deverão partir e que são mantidas muito mais por meio de repetições incansáveis de uma estrutura lógica-filosófica-jurídica pré-determinada, aceita acriticamente pela maioria dos autores, e que possui como tendência a desembocadura em debates e objeções muito distantes da realidade e da concretude das coisas. Com grande refinamento no plano abstrato e fortemente etéreos, acabam por confeccionar reducionismos estéreis da complexidade dos conflitos e de suas representações no processo, tal como é o caso da absurda – ademais, falsa –, contraposição entre as ditas teorias da substanciação e individuação/individualização da ação⁷, da

7 Por todos, destaco FAIREN GUILLÉN, Victor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela: Editorial Porto, 1949, pp.

inócua atribuição de caráter rígido e pré-definido da importância dos eventos para a resolução do conflito estabelecida já na inicial pelo autor (fato principal, secundário, constitutivo etc.) engendrado pelo pensamento classificatório tecnicista, mas equivocada, por parte dos doutrinadores. A resistência que muitos pensadores do direito opõem à análise pluridisciplinar, característica muito presente principalmente entre os processualistas, *‘está enraizada em uma espécie de pundonor (espiritualista) deslocado, que os impede de aceitar a representação realista da ação humana, condição primeira de um conhecimento científico do mundo social (...)’*⁸.

Assim sendo, o presente estudo buscará iluminar o tema proposto por um prisma aberto ao franco diálogo com as demais áreas do conhecimento, enfrentando, desta feita, questões antigas e problemas atuais, dando uma nova perspectiva sobre o juízo de identidade de causas no processo.

3. ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA DEMANDA: O USO INADEQUADO DA TÉCNICA COMPARATIVA DA LÓGICA DE PRIMEIRA ORDEM E DA TEORIA DOS CONJUNTOS

Antes de iniciar o presente tópico, peço mais uma vez de antemão escusas aos processualistas, em especial aos brasileiros, por retomar conceitos que foram por muitos, alegre e deliberadamente, esquecidos após o ensino médio, talvez o último momento em que,

21-26.

- 8 A crítica, embora feita por BOURDIEU, Pierre, *Razões Práticas Sobre a Teoria da Ação*, Mariza Corrêa (trad.), Campinas: Papyrus, 2008, p. 11, aos teóricos de outro âmbito do conhecimento que não o jurídico, cabe perfeitamente ao mundo do processo, em especial aos estudiosos da *‘causa de pedir’*, motivo pelo qual se adotou em sua literalidade.

pelo menos no Brasil, temos contato com a matemática e a lógica de primeira ordem depois que elegemos o curso de direito como carreira. Contudo, para o desenvolvimento a contento das ideias que aqui me propus, eles serão fundamentais. De outro lado, para aqueles mais teimosos que, como eu, jamais os olvidaram, minhas sinceras desculpas, todavia, pela repetição de assuntos tão basilares para as ciências lógicas.

Esperando já estar perdoado, creio fundamental começar pelas definições básicas. Embora a palavra «lógica» apareça não raras vezes em obras jurídicas e em julgados, certamente seu conteúdo não é técnico, mas sim preenchido pelo uso comum. Entretanto, não é possível compreender alguns dos aspectos mais interessantes da lógica – e, também, do juízo de identidade – sem que haja um desenvolvimento mínimo da teoria elementar de conjuntos. Este tópico, pois, tem por objetivo precípua fixar as premissas de meu raciocínio apresentando a teoria de conjuntos em sua forma não axiomática, mas com desenvolvimentos suficientes para servir de base para o objetivo principal do artigo, que é a demonstração do uso inadequado e irrefletido da lógica de primeira ordem pelos processualistas para o fim identificativo. Começo, portanto, pelas ideias de pertinência e inclusão lógicas⁹.

As noções de conjunto e pertinência são conceitos primitivos da teoria de conjuntos. Para indicar que um elemento x pertence a um conjunto A , utilizamos a notação

$x \in A$. Assim, a expressão $x \in A$ indica que x é um elemento de A . Por outro lado, para indicar que um objeto x não é um elemento do conjunto A , usamos a notação $x \notin A$. Dito isso, é possível agora

9 Tais conceitos, consciente ou inconscientemente, são utilizados como pressupostos do juízo de continência (art. 56, CPC), conexão e litispendência entre ações. Por todos, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Relação entre demandas*, 2^a ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

estabelecer algumas noções relacionais que podem ocorrer entre dois ou mais conjuntos, quais sejam: a de igualdade (ou identidade)¹⁰ e pertinência. Para indicar que um conjunto A é igual a um conjunto B escrevemos que $A = B$. Em sentido contrário, para dizer que um conjunto A não é igual a B , utilizamos a notação $A \neq B$. Até aqui, mesmo para aqueles que têm ojeriza às ciências duras, não parece que trouxemos nada de novo. Contudo, das obviedades ditas anteriormente, algumas conclusões iniciais podem ser identificadas, conclusões essas que são assumidas e manejadas pelos processualistas clássicos de maneira automática e irrefletida, porém de maneira equivocada.

A primeira delas é que um conjunto é formado por seus elementos e nada mais. Em outros termos, um conjunto A será definido exclusivamente pelos elementos que o compõem, sendo irrelevante outros dados externos para sua identificação. A segunda, que será aqui indicada como um princípio¹¹, é o que em lógica se chama extensionalidade. Segundo o princípio de extensionalidade, dois conjuntos serão iguais se, e somente se, eles possuírem os mesmos elementos. Logo, se $A = \{1, 2, 3, 4, 5\}$ e $B = \{5, 4, 3, 2, 1\}$, então $A = B$. Disso, extrai-se uma terceira conclusão, que em realidade é o conceito de pertencimento: dizemos que um conjunto A será um subconjunto de B se todo elemento de A for também elemento de B . A estará incluído em (pertencerá a) B se os elementos que o compõe forem igualmente elementos de B . Para isso, utilizamos a notação $A \subseteq B$. Assim, se $A = \{1, 3, 5\}$ e $B = \{5, 4, 3, 2, 1\}$, então $A \subseteq B$. De outro lado, para que um

10 Logo adiante, quando formos falar da lógica fregeana, os termos igualdade ou identidade serão determinados por critérios técnicos, podendo-se concluir que seus usos são equivocados para se estabelecer relações entre dois objetos distintos (e, portanto, errôneos para juízos entre demandas diversas, como inadvertidamente ocorre na doutrina processual clássica).

11 Para a lógica de conjunto, a extensionalidade é um axioma.

conjunto A não seja subconjunto de B , suficiente será que exista um único elemento de A que não seja elemento de B . Nesse caso, usamos a notação $A \not\subseteq B$. Destarte, se $A = \{0, 1, 3\}$ e $B = \{5, 4, 3, 2, 1\}$, então $A \not\subseteq B$.

Diante disso, pode-se afirmar que: i) se $A \subseteq B$ e $B \subseteq A$, então todo elemento de A também será elemento de B , e, igualmente, todo elemento de B será elemento de A ; logo, A e B possuem os mesmos elementos e, pelo princípio de extensionalidade, $A = B$; assim, se um conjunto for subconjunto de outro e vice-versa, então eles serão iguais entre si; ii) todo elemento de A será sempre elemento de A , isto é, $A \subseteq A$ para todo conjunto A ; todo conjunto sempre será subconjunto de si mesmo; e iii) se todo elemento de A for elemento de B e todo elemento de B for elemento de C , então todo elemento de A será também elemento de C , pois, se $A \subseteq B$ e $B \subseteq C$, então $A \subseteq C$, sendo tal relação de inclusão transitiva.

Por último, com o intuito de não cansar o leitor com mais notações lógicas, afinal, este é um trabalho de direito e não um curso de lógica formal de primeira ordem, pode-se invocar o princípio da especificação, para o qual dado um conjunto A e uma propriedade de conjuntos P , fica determinado um subconjunto de A (A') formado pelos seus elementos que possuam a propriedade P . Esse conjunto será denotado por: $\{x \in A : x \text{ tem a propriedade } P\}$ ou $\{x \in A : P(x)\}$. Como exemplo, pode-se citar que se $A' = \{x \in \text{números naturais} : x \text{ tem a propriedade } P \text{ de ser menor que } 5\}$ ou então $A' = \{x \in \mathbb{N} : x < 5\}$ então $A' = \{0, 1, 2, 3, 4\}$.

Embora a especificação tenha, em termos gerais, importância marginal para o presente trabalho, fato é que dentro dela há um subconjunto bastante relevante e que, por suas características, salta aos nossos olhos: é a ideia do conjunto vazio, denotado por \emptyset , e a propriedade que o define. Em termos conceituais, o conjunto \emptyset é subconjunto de qualquer outro conjunto, isto é, para todo conjunto

A, tem-se que $\mathcal{A} \dot{\subseteq} A$. A justificativa para isso é simples: para que \mathcal{A} não seja um subconjunto de A , teria necessariamente que existir um elemento de \mathcal{A} que não fosse elemento de A . Todavia, e aqui chamo a atenção do leitor, isso é impossível tendo em vista que \mathcal{A} não possui elementos. E \mathcal{A} não possui elementos porque a propriedade P que o define é a de que x seja diferente do próprio x . Em outros termos, um conjunto A que tome a propriedade dada por $x \neq x$ é um conjunto sem elementos (vazio, pois), vez que impossível em lógica de primeira ordem que um elemento seja diferente dele mesmo. E aqui está o ponto nodal de equívoco do uso de tal lógica no âmbito processual.

O pressuposto básico para um juízo comparativo (de identidade ou pertinência) valendo-se do uso da lógica de primeira ordem é que os elementos de um conjunto sejam definidos ou definíveis em termos absolutos. Matematicamente, seja pela indicação direta ou por definição formular, os elementos de um conjunto A são definidos ou definíveis de forma plena, independentemente do sujeito observador, do contexto em que inserido ou ainda de outras variáveis subjetivas, como a atribuição de pesos em juízos de cópula¹². Desse modo, seja dizendo que o elemento de A é $x = 1$, $x = -1$, ou ainda que x pode ser definido por equações do tipo $a + b + c = x$ ou $ax^2 + bx + c = 0$, em que a , b e c são número reais, conhecidos como coeficientes da equação, fato é que qualquer sujeito que tentar descobrir o conteúdo de x chegará a um mesmo resultado, desde que, claro, respeite as regras algébricas. Logo, dizer que x , elemento de A , é igual a y , elemento de B , não apresenta em tal contexto matemático maiores problemas e as

12 O juízo de cópula é aquele em que se atribui a uma referência uma predicação definida por uma proposição universal. Adjetivos, por exemplo, não designam algo no mundo, mas atribuem a objetos, pessoas e coisas características gerais. O mesmo ocorre com a conceituação ou classificação. Dizer que um «fato» faz parte da causa de pedir (conceito – proposição universal) é uma tentativa de cópula.

comparações são não só possíveis, como também absolutas e plenamente objetivas¹³.

E não é só. A definição em termos matemáticos e absolutos pressupõe uma segunda ideia: a de imutabilidade de conteúdo (conteúdo estático) de x . Ora, se $x = 1$ ou se x for definível pela equação do tipo $ax^2 + bx + c = 0$, pouco importa o momento em que se busca o valor de x ; sua significação será sempre a mesma e sua essência conceitual não se alterará com o tempo (ou com o contexto ou mesmo com os sujeitos cognoscentes). Além disso, como iremos aprofundar adiante, o conteúdo epistêmico para definir x será sempre trivial, nos termos de Frege, ou rígido (com passos formulares definidos e estritos, sem variação de pesos em suas formatações). Tais características parecem estar presentes como pressupostas inconscientes nas teorizações processuais clássicas.

Segundo as lições de Chioventa, «(...) *la citazione scritta, o formale, deve contenere tutte le indicazioni atte a identificare ciò che sarà*

13 Interessante notar que, para os lógicos e epistemólogos, o problema da inadequação de usos de lógicas tradicionais para linguagem natural é argumento corriqueiro. G.B. Keene (The Logic of Natural Language in *Philosophical Quarterly*, vol. 34, n. 135, 1984, pp. 174-175), por exemplo, ao iniciar sua dura síntese crítica ao trabalho de Sommers, afirma que muitos trabalhos foram dedicados à construção dessa elaboração da lógica tradicional, chamada Lógica Formal Tradicional (TFL), que teria grandes vantagens sobre a Lógica de Predicados Moderna (MPL) – Tese de Sommers. O autor aponta que a principal vantagem reivindicada para isso é uma sensibilidade consideravelmente maior do que aquela presente na «*subject-predicate surface structure*» da linguagem natural. Entre os benefícios reivindicados, pois, estão: uma transliteração mais precisa de sentenças envolvendo referência definida e a capacidade de dispensar completamente amplas reflexões sobre as relações de identidade. Justamente o que buscaremos mostrar a seguir.

oggetto della lite introdotta e della senteza»¹⁴. Em outros termos, o autor de uma demanda, já em seu ato introdutório, teria como dever apontar quais seriam os seus *elementos identificadores*, que seriam, ainda segundo a visão tradicional, causa de pedir (CP), pedido (P) e partes (PT)¹⁵. Assim, alguém que pretendesse uma tutela jurisdicional, possuiria o dever de identificar sua demanda (conjunto) A já na petição inicial, descrevendo seus *elementos* CP, P e PT, que a identificariam de pronto. Se uma segunda demanda A' apresentar como *causa petendi* CP', pedido P' e partes PT', e se $CP = CP'$, $P = P'$ e $PT = PT'$, então a demanda A será idêntica à demanda A' por extensionalidade, advindo daí todas as consequências previstas pelos diversos códigos processuais para circunstâncias como essa.

No âmbito da doutrina alemã, a despeito de nomenclatura processual distinta, no que se referente à identificação do denominado «*Streitgegenstand*», há a mesma pressuposição de conceitos lógicos, tal como acontece com a teoria dos «*tria eadem*» e a identificação da demanda. Embora muitos conceitos relativos à individualização do objeto litigioso do processo tenham sido elaborados, cada qual com sua especificidade, praticamente todos colocam o foco das atenções no ato introdutório formulado pelo autor, havendo variações de importância dos ditos *elementos* em cada construção identificativa, que ora predomina os «fatos», ora os pedidos. O objeto litigioso, conforme expus em minha obra, deveria vir delimitado já no primeiro ato do procedimento, isto é, todos os autores tedescos lá analisados bloqueavam o conteúdo da causa (conjunto A) na fase postulatória, devendo

14 Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium», in *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 158.

15 Interessante notar que a doutrina processual se vale, inclusive, da mesma nomenclatura da lógica de conjuntos: *elementos* de identificação da demanda, *identidade* de causas, *continência* entre demandas atc.

os *elementos identificadores* «fatos» (F), a qualificações jurídicas (QJ) e os pedidos (P) aparecem já no ato introdutório do processo, sugerindo serem eles, pois, algo definido, claro e inequívoco, variando tão só em importância dentro da teoria identificativa específica, dando a entender que o «*Streitgegenstand*» teria um caráter estático¹⁶ ao longo de todo o arco procedimental.

Desse modo, a doutrina clássica processual, assumindo a característica de definição absoluta dos elementos identificadores de conjuntos e o caráter estático quanto aos seus conteúdos, leciona que o autor de uma demanda A, ao apresentar sua manifestação inicial, deverá defini-la expondo seus *elementos* CP, P e PT. O réu, ao contestar, poderá adicionar outros *elementos*, que conformarão o conjunto A. A partir de um determinado momento, não mais se aceitará a inserção de novos *elementos* e A permanecerá com seu conteúdo estático até o final do processo. Tal estrutura de racionalidade é corroborada pela ideia de estabilização da demanda, que, no direito brasileiro, em regra, se dá até o despacho saneador (art. 357, II, e § 2º, ambos do CPC¹⁷).

16 Nesse sentido, apenas como exemplo, HABSCHEID, Walter, *Loggetto del Processo nel Diritto Processuale Civile Tedesco*, Angela Loaldi (trad.), in *Rivista di diritto processuale*, 1980, pp. 454 e ss. Para aprofundamentos, com repasse da doutrina italiana e alemã, ver nosso *Modificação objetiva da demanda*, cit., pp. 27-39.

17 Em relação à delimitação consensual das questões de fato e de direito pelas partes via negócio processual, que também pressupõe a ideia de que narrações processuais possuem as mesmas características de elementos da teoria de conjunto, tive a oportunidade, justamente com foco em tais assunções inconscientes de premissas pela doutrina clássica, de tecer críticas mais profundas em: *Delimitação consensual sobre a matéria de fato e de direito: um aporte crítico epistêmico ao negócio jurídico do art. 357, § 2º, do CPC de 2015*, in *Revista de Processo*, v. 47, n. 323, 1, jan. 2022, pp. 17-50.

Todavia, por todos os argumentos que expus em minha obra, a assunção de tais premissas e conceitos são completamente incabíveis¹⁸.

Além disso, outro ponto de equívoco metodológico por parte dos processualistas é a assunção irrefletida do princípio de que jamais x poderá ser diferente dele mesmo, princípio esse válido na lógica de primeira ordem vez que a definição de x é sempre objetiva e absoluta. Tais características definitivas de x somente ocorrem porque estamos usando uma linguagem formal, algo bem distinto do que ocorre no plano do processo. Uma estruturação mais profunda sobre o juízo de igualdade proposicional calcada na lógica moderna de Frege será traçada mais adiante. Contudo, é perfeitamente possível pensar, a título de antecipação conclusiva, em desigualdades entre proposições que tenham enunciações idênticas, tal como ocorre em «Pedro matou João» \neq «Pedro matou João», bastando que as referências A (Pedro) ou B (João) sejam distintas, ou mesmo que a significação verbal da primeira oração seja uma – figurada, por exemplo – e a segunda outra – literal.

Desse modo, para definir o conteúdo de uma proposição, não basta a mera mirada para sua enunciação: fundamental valer-se de suas referências e/ou conteúdos epistêmicos, por exemplo, que estão sempre fora do processo. Quebra-se, portanto, com outro postulado da Teoria de Conjuntos, que, segundo já expusemos parágrafos antes, prediz que um conjunto é formado por seus elementos e nada mais,

18 Victor Faren Guillén (*La transformación de la demanda en el proceso civil*, cit., pp. 22-23) formula a seguinte questão: «¿Es preciso que la demanda contenga una enumeración firmemente substanciada del supuesto de hecho histórico, o simplemente basta para identificarla que se exprese individualizadamente la relación jurídica que se esgrime como existente y desconocida o violada por el demandado?», dando a entender que seria possível, já no ato introdutório, identificar a demanda, incorrendo, pois, nos mesmos erros simplificadores dos elementos.

isto é, que um conjunto *A* será definido exclusivamente pelos elementos que o compõem, sendo irrelevante outros dados externos para sua identificação. Alguém poderia objetar minha linha de raciocínio, contudo, dizendo que jamais se afirmou que a linguagem do processo seria etérea e desvinculada do mundo. Poder-se-ia defender que é algo bastante óbvio que a dita *causa petendi* e o pedido devem sempre ser interpretados levando-se em conta a realidade. Não obstante tal reflexão obstativa aponte para a direção correta, fato é que ela não é totalmente verdadeira e, em termos gerais, apresenta-se insuficiente¹⁹.

Parcialmente verdadeira porque há na doutrina autores importantes que separaram com veemência o plano processual do conflito daquele «sociológico da lide». Calamandrei, por exemplo, em sua clássica polêmica com Carnelutti, ao questionar a estruturação teórica do professor friulano, afirma categoricamente que «*la litis concebida*

19 Embora alguns doutrinadores, como Ricardo de Barros Leonel (*Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*, São Paulo: Método, 2006, p. 100), de forma intuitiva e com simbologia bastante didática, afirme que a interpretação dos *elementos* deva se dar em conjunto, alegando que «*a identificação da demanda deve ser realizada por meio da observação do direito material afirmado pelo autor (in status assertionis), que se traduz, em outros termos, pela pretensão processual, ou pedido, devidamente iluminado pela causa de pedir*», fato é que a construção pouco aporta para soluções dos problemas do juízo identificativo. E a razão disso está justamente, como se verá, na confusão de planos linguagem x referência e suas imbricadas relações. Destaco, ademais, que o mencionado autor põe em destaque que o juízo será «*in status assertionis*», sugerindo ser possível identificar a demanda já com a primeira manifestação do autor. Se sua ideia for que esse juízo é parcial, momentâneo e provisório, então o destaque seria irrelevante, já que o magistrado aperfeiçoaria a identificação da causa também «*in concreto*». Todavia, ao que parece, Leonel concebe que a inicial já traz consigo os *elementos identificadores* e que, para compreendê-los, bastaria olhar para o conjunto de proposições autorais abstratamente concebidas, pois elas já teriam conteúdo determinado.

así no sólo se encuentra separada del proceso, en cuanto existe antes y fuera del mismo, sino que es en absoluto indiferente para el proceso (...)»²⁰. Ora, mas ainda assim, isso não implicaria completa insignificância do plano fenomênico para a definição dos ditos *elementos identificadores* da demanda e, conseqüentemente, da identificação da própria demanda. A continuidade das lições de Calamandrei mostram que sua tese é mais forte do que se imagina e menos flexível do que desejado.

No que tange à parcialidade ou totalidade do processo, por exemplo, Calamandrei alega que a demanda é o ato apresentado pela parte ao julgador e nela estão contidos os termos do problema sobre o qual o juiz deverá se debruçar. Assim, o binômio «processo parcial» e «processo integral», expressões usadas por Carnelutti, seria infundado. Para ele, somente se poderia aceitar a dualidade exposta se houvesse uma relação entre a lide – considerada em seu aspecto sociológico, psicológico ou econômico –, e o próprio processo, relação essa que ele refuta. Permanecendo no campo estritamente processual, toda a matéria passível de julgamento pelo magistrado já estaria na demanda, sendo, pois, todos os processos integrais. De outra sorte, todos processos seriam limitados já que não são capazes de resolver todas as questões de fato ou de direito (infinitos em quantidade potencial) que as partes poderiam ter formulado em suas manifestações propositivas. O que quedasse fora do processo, pois, não teria nenhuma relevância para a esfera jurídica²¹. Calamandrei, pois, ao defender como correta a metodologia da identificação da ação na linha doutrinária de Chiovenda, a qual adjetivou de moderna, por meio dos três *elementos* (causa de pedir, pedido e partes) e sem que se olhe para o

20 El Concepto de «Litis» en el Pensamiento de F. Carnelutti – Litis y Jurisdicción e Litis y Proceso, in Santiago Sentis Melendo (trad.), *Studios Sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 289.

21 *El Concepto di Litis, cit.*, p. 291.

conflito existente fora do processo, dá a entender que seria possível definir os contornos dos conflitos por coordenadas meramente técnico-processuais, visão conflitante e incompatível com a concepção da lógica proposicional (essa sim) moderna.

Destaca-se que a visão de Calamandrei acabou por fortificar uma metodologia de estudo que se tornou predominante, mas que, todavia, não conseguiu e não consegue, ainda hoje, por erros intrínsecos ao método técnico-reduutivo, resolver os problemas práticos e os vários nós teóricos. O erro do professor fiorentino – de resto presente desde os romanos até Chiovenda, das teorias alemãs sobre o objeto litigioso até teses acadêmicas contemporâneas²² – é justamente não diferenciar o plano fenomênico do plano da linguagem. Embora pareça uma afirmativa contraditória com as críticas anteriormente feitas à metodologia de Calamandrei, para quem deve-se separar processo e lide, na realidade a equiparação de fatos a enunciações fáticas é justamente o que possibilita a linha clássica realizar o abandono dessa por aquele sem que haja inconsistências abstratas internas do juízo identificativo. Claro. Se fato for igual a enunciado fático, então, ao formular minha inicial, apresento ao juiz quais são os fatos (ou enunciados fáticos, pois indiferente) que comporiam minha causa de pedir. Feito isso, estabelecido estaria o dito *elemento identificativo* que, somado ao pedido e às partes, identificariam a demanda independentemente do que se quedou fora dela.

22 Por todos, Otávio Augusto DAL MOLIN DOMIT, *Iura novit curia e a causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, e Daniel Menegassi Zotareli, *A regra da correlação à luz do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Embora teses de qualidade acadêmica indiscutível, não se atentam para os complexos e importantes problemas apontados pela filosofia e pela epistemologia no que tange à relação entre mundo e linguagem e seus impactos nos juízos de identidade.

Contudo, ao olhar mais atentamente para a maneira como os autores tratam os ditos ‘*atos*’, algo bastante substancial vem à luz. Não obstante a vaga citação aos acontecimentos da vida, a literatura jurídica pouco se questiona sobre o que seriam os tais ‘*atos*’ no processo. Sem qualquer preocupação com a natureza dos ditos ‘*atos processuais*’, parte-se logo, direto e sem maiores indagações, para suas classificações (em constitutivos, principais, secundários, como componente da causa ativa, passiva, remota, mediata, imediata, positiva ou negativa etc.²³), para suas funções (ou ausência delas) na identificação da ‘*causa de pedir*’ (e, pela lógica adotada, consequencialmente, da individualização da demanda), sem que, com isso, enfrentem as características das descrições dos episódios conflitivos feitas pelas partes, pelos juízes ou pelos demais sujeitos processuais. O questionamento filosófico, em outros termos, sobre o que seriam ‘*os atos processuais*’ praticamente inexistente no âmbito doutrinário/jurisprudencial clássico do processo²⁴. Tudo isso, claro, pela pressuposição de que

23 Ou, em tentativas mais modernas, com percepção tangencial ao problema da linguagem e referência, mas ainda com os problemas simplificativos clássicos, em fato concretizador e instrumental da causa petendi (Lara LEITE, Clarisse FRECHIANI, *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*, tese de livre-docência apresentada junto a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2022 pp. 122-140). Destaco que a autora, embora dedique um tópico para diferenciar fato de enunciado fático (item 4, capítulo II, pp. 19-24), toda a problemática filosófica dessa relação passa despercebida por ela, desaguando, na sequência, nas classificações processuais dos «fatos» e na simplificação aqui combatida, que tem como pressuposto, tal como ocorre na doutrina clássica, o caráter estático e objetivo dos ditos «fatos» já com as manifestações iniciais das partes (capítulo III).

24 A título de exemplo, é possível notar que a doutrina insiste em adotar a perspectiva aqui tida como clássica para abordar o assunto, valendo-se da artificial definição técnico-processual da expressão para adentrar em estereis embates teóricos. Nesse sentido, em artigo escrito já na vigência do có-

seriam *elementos identificativos* nos termos da linguagem formal e da lógica de primeira ordem.

Todavia, fatos e enunciações fáticas são coisas muito distintas. Importante destacar o fenômeno denominado por Susan Haack como *pluralidade de descrições verdadeiras*²⁵. A título introdutivo, basta ressaltar uma das várias faces do dito fenômeno, qual seja: a concreta possibilidade de infinitas formulações enunciativas verdadeiras, variáveis e diferentes em conteúdo entre si, sobre um mesmo acontecimento. Embora pareça um mero jogo de palavras, o que se tem é uma indefinição extremamente ampla se se adota o fato ou uma de suas enunciações como «elemento de identificação da demanda». Em um acidente de carro, por exemplo, em que se imputa responsabilidade ao motorista por dirigir em alta velocidade e, devido à falta de

digo de processo de 2015, sem abordar o que seriam os «fatos processuais», Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega (*Ainda há (muito) o que falar sobre causa de pedir*, acessível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_23&shop_detail=506) mantêm a metodologia classificatória da causa de pedir (remota e próxima) para desaguar no infrutífero debate da individuação/substanciação da demanda, sem, contudo, perquirirem o que de fato seriam os tais '*fatos processuais*'. Por outro lado, embora não se possa tratá-los como doutrinadores processuais clássicos (sendo tal expressão tida como sinônimo de 'processualista stricto sensu' e contraposta ao termo «processual-filosófico», que adota a perspectiva epistemológica para os problemas processuais), como símbolos da vertente crítica excepcional, apenas a título exemplificativo, pela profundidade e qualidade das exposições de ideias, por todos: MICHELE TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: LA-TERZA, 2009, pp. 36 e ss; ID., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Sui Confini*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 240 e ss; igualmente, em língua espanhola, Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho: Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 45 e ss.

- 25 *Manifesto of a passionate moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-Londres, 1998, p. 157; no mesmo sentido, TARUFFO, *La semplice verità*, cit. p. 197.

atenção, ter atropelado um transeunte, o elemento identificador da demanda será o evento em si, entendido como algo pertencente ao plano fenomênico, ou a narração formulada pelo autor em sua petição inicial? Se a resposta for o fato em si, então qualquer narração que o tenha como referência poderá ser, a qualquer momento, trazida ao processo, inclusive enunciações que contenham informações jamais aportada aos autos. Em outros termos, tomando o exemplo do acidente, poderá o autor, em sede de recurso, alegar que o motorista estava bêbado, que o automóvel não passava por revisão há anos, dentre tantas outras, ainda que nada disso constasse em seu ato postulatório, vez que todas as enunciações possuem a mesma referência fenomênica. De outra sorte, se o *elemento identificador* for a enunciação em si, então o autor terá que praticamente reproduzir suas narrações em termos estritos ao longo de todo arco procedimental, haja vista que qualquer alteração de conteúdo redacional (enunciativa) causaria a modificação narrativa e, com isso, do *elemento* em si. Logo, nota-se um espaço identificativo da total liberdade enunciativa a uma quase que completa proibição de alteração da redação²⁶.

26 As observações não se limitam ao instituto da modificação da demanda. Para efeitos preclusivos da coisa julgada, por exemplo, se o *elemento identificador* for a narração, então praticamente todas as demais possíveis enunciações estariam fora dos efeitos da preclusão. Por outro lado, se o fato em si é o que se toma como elemento, então praticamente tudo estaria precluso, inclusive facetas desconhecidas e, por isso, impossibilitadas de serem narradas pelos sujeitos na demanda original. Para uma análise crítica mais aprofundada, notadamente sobre o *background* fático envolvendo conceitos de narratologia e posições epistêmicas enunciativas, ver o item 2.4 e seus subitens do nosso *Modificação objetiva da demanda*. Ademais, em temas como o de fatos notórios e a necessidade de prova, seria o fato que deve ser dotado de notoriedade ou a enunciação fática é que deve ser notória? Se a resposta for a primeira, então o que se teria seria *knowledge of things* e sua notoriedade se daria por *acquaintance*, dispensando-se provas e tendo um âmbito de notoriedade claramente definido ou definível. Todavia, se a

Logo, entender fatos ou enunciados fáticos indistintamente como *elementos de identificação*, como se seus conteúdos pudessem ser definidos em termos estáticos, rígidos e claros pelas próprias redações elaboradas pelas partes em suas manifestações introdutórias, acaba por desaguar, valendo-me das palavras de Quine²⁷, em uma comparação de significações linguísticas sem significação alguma e, agora com minhas próprias palavras, em teorias abstratas de aplicabilidade bastante subjetiva e de utilidade controversa.

No tópico seguinte, buscarei trazer algumas reflexões iniciais, porém não exauriente, sobre a aplicação de lógicas heterodoxas para um juízo de equivalência no processo. Pretendo, com isso, não encerrar problemas, mas sim abrir um novo caminho e quebrar com a metodologia dominante para que os sistemas processuais possam se estruturar, em alguma medida, de maneira mais consistente e objetiva.

notoriedade for da enunciação, alguns problemas ulteriores surgem. O primeiro deles é definir de qual enunciação estamos falando, já que infinitas são as possibilidades de narrar um mesmo fato. Definida a enunciação notória, então o que se teria seria um *knowledge of truths*, para o qual exige-se notoriedade por descrição (*knowledge by description*) e, portanto, provas que corroborem a proposição específica. Surge então a necessidade de se estabelecer um standard de notoriedade somado a um standard de prova. Mais que isso, o conjunto de inferências corroborativas deverá também ser notório. Para uma visão dos conceitos de conhecimento de coisas e conhecimento de verdades, bem como a maneira de conhecer por familiaridade e por descrições, ver Russell, Bertrand, *Os Problemas da filosofia*, Jaimir Conte (trad.), Florianópolis, 2005. Enfim, tais exemplos, embora não exaustivos, servem para demonstrar que a equiparação entre fato e enunciado fático não só não resolve problemas, como os aprofunda. Adiante, inclusive, vamos ver que sequer a dualidade referência x linguagem é suficiente para se estabelecer um juízo de igualdade aceitável, necessitando recorrer ao *Sinn*, na linguagem de Frege.

27 *Palabra y objeto*, Barcelona: Editorial Labor, 1968, p. 11.

4. A RELAÇÃO DE IGUALDADE: ALGUMAS DIREÇÕES INICIAIS

É possível iniciar o estudo sobre igualdade, tal como faz Gottlob Frege²⁸, formulando as seguintes perguntas: a igualdade é uma relação? Se positiva a resposta, ela se daria entre objetos, entre nomes e nomes ou ainda entre nomes e objetos? Se nenhuma das opções anteriores, então quais seriam os polos da relação? Para responder a tais questionamentos, o filósofo e lógico alemão se vale das seguintes igualdades matemáticas elementares: $a = a$ e $a = b$. Claramente, ambas as enunciações são distintas e possuem conteúdos epistêmicos também diferentes. Para a primeira, a relação de igualdade se justifica *a priori*²⁹, sendo ela, pois, uma relação trivial, ao passo que a segunda não se justifica sem inferências ulteriores, o que possibilita a ampliação do conhecimento, exigindo a verdade como condição para uma justificação posterior válida.

Se a relação que se dá em $a = b$ tiver como extremos aquilo a que os nomes «a» e «b» se referem, então a igualdade seria uma relação entre objetos, pessoas ou estado de coisas. Todavia, se $a = b$ for verdadeira, então a igualdade é estabelecida entre algo consigo mesmo e nunca entre duas coisas distintas. Em outros termos, se a relação de igualdade se der entre a referência do sinal «a» e aquela do sinal

28 Sobre sentido y referência, in ULISES MOULINE (trad.), *Estudios sobre semantica*, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1973, p. 49.

29 A ideia de conhecimento proposicional analítico é de KANT (Fernando Costa Mattos (trad.), *Crítica da razão pura*, Petrópolis: Ed. Vozes, 2015), para quem uma proposição é conhecível a priori se, e somente se, for necessária e, portanto, para se atribuir a ela o valor de verdade ou de falsidade independeria de comprovação experimental. Para críticas a essa visão, ver: Kripke, Saul, *Naming and necessity*, Cambridge: Harvard University Press, 2001. No caso, por se tratar de uma linguagem formal, a sempre será igual a ela mesma, tal como dissemos anteriormente.

«b», então a igualdade se daria entre o objeto de referência de «a» e ele mesmo, que é exatamente o objeto referido por «b». Se ao afirmar que Edson Arantes do Nascimento = Pelé, eu estiver considerando que a relação de igualdade se dá entre a pessoa referida pelo nome «Edson Arantes do Nascimento» e aquela pessoa referenciada pelo nome «Pelé», então o que eu estaria a dizer é que a relação se estabelece entre o indivíduo e ele mesmo, não implicando absolutamente nenhuma expansão cognitiva. Logo, nenhuma diferença haveria entre $a = a$ e $a = b$ ³⁰. Todavia, a primeira parece muito mais evidente que a segunda (que, como quer Frege, não parece trivial), o que poderia indicar que a relação de igualdade não está propriamente na referência das expressões.

De outro lado, se o que se quer indicar como sendo igual for o fato de que os nomes «a» e «b» referenciam o mesmo objeto, pessoa ou estado de coisas, então tal relação se daria entre os nomes «a» e «b» e suas designações³¹. Todavia, conforme afirma o próprio Frege,

30 Logo, se as proposições processuais referenciam um único objeto, pessoa ou estado de coisas (R), pouco importaria os demais «elementos», já que R. seria o suporte fenomênico da demanda A e sua sucessora A'. A modificação da demanda, portanto, dar-se-ia apenas com troca referencial. Para as dificuldades de tal opção, ver nosso *Modificação objetiva da demanda*, notadamente o item 2.4.1.2. que trata sobre o fato e sua complexidade.

31 Na versão em português (Frege, Gottlob, Sobre o sentido e a referência, in Paulo Alcoforado (trad.), *Lógica e filosofia da linguagem*, 2ª ed., São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009, p. 129-158), definiu-se tal relação como sendo asserida. O tradutor optou por traduzir o verbo behaupten e o substantivo Behauptung, respectivamente, por 'asserir' e 'asserção'. Destaca, em nota, que asserir é o ato pelo qual manifestamos, publica e exteriormente, a verdade de um juízo. Já a asserção é o conteúdo relativo a esse ato de asserir. Ressalta ainda que nas linguagens naturais, ao contrário, não se utilizam um sinal para indicar que um juízo é verdadeiro ou que foi asserido. Cumpre também dizer que associar a uma proposição

tal conexão entre símbolos e coisas é arbitrária, já que «ninguém pode ser impedido de empregar qualquer objeto ou evento arbitrariamente produzido como um sinal para qualquer coisa»³². Não é equivocado, em certo contexto de futebol entre amigos, usar a palavra «Pelé» para designar o melhor jogador da partida. Suponhamos que Rafael tenha sido o craque do jogo. Assim, não há nenhum impedimento para se estabelecer a relação «Rafael = Pelé». De modo arbitrário, fixou-se que o nome «Pelé» designaria o melhor jogador, que, no caso, foi a mesma pessoa que, arbitrariamente, os pais de Rafael estabeleceram como aquela que deveria ser designada pelo nome «Rafael». Os signos pertencem ao plano da linguagem e, como tal, podem ser manejados de maneira bastante flexível dentro de seus contextos. Os sentidos figurados são os exemplos mais contundentes disso. Os neologismos, ademais, também configuram situações em que o narrador fixa relações entre nomes e objetos de maneira discricionária. Logo, se a relação de igualdade for entre os signos pelo simples fato de designarem a mesma coisa, estabelecer a relação de igualdade passa a ser bastante simplória em termos epistêmicos, podendo-se igualar qualquer coisa discricionariamente, havendo pouca diferença entre $a = a$ e $a = b$, o que nos parece, tal como dito no parágrafo anterior, equivocado.

Entretanto, se os nomes «a» e «b» designarem o mesmo objeto, mas o fizerem de modos diversos, então a relação de igualdade entre esses modos se apresenta substancialmente mais significativa em termos epistêmicos. Se a, b, c, em exemplo adaptado de Frege, forem

a expressão 'é verdade que ...' tampouco forneceria força assertiva a um pensamento. O que imprime asserção a um conteúdo asserível é um certo modo de expressá-lo, é uma certa maneira de proferi-lo, é o contexto de seriedade e compenetração que o envolve (p. 130). Tal expressão não consta na tradução espanhola mencionada alhures.

32 *Sobre o sentido e a referência*, cit., p. 130.

linhas que ligam os vértices de um triângulo equilátero aos pontos médios dos lados opostos, então o ponto de interseção de a e b será o mesmo que o ponto de interseção de b e c. Desse modo, teremos diferentes designações para o mesmo ponto e os nomes «ponto de interseção de a e b» e «ponto de interseção de b e c» terão, além da mesma referência, modos pelos quais esses pontos são apresentados³³. O modo como a primeira expressão referencia o ponto O dentro do triângulo será distinta da forma como a segunda frase referencia o mesmo ponto. Nota-se que, ao me referir ao incentro de tal triângulo ou ao ponto de interseção das suas bissetrizes, também estou referenciando o mesmo ponto O anterior, só que formulando expressões que exigem cargas epistêmicas diversas para que a igualdade seja estabelecida com sucesso. Assim, estipular a relação de igualdade entre tais métodos, cargas de conhecimento e significações, pois, parece ser o caminho correto de interpretação da relação de nossa análise.

Frege, então, ao estruturar sua teoria, acaba por desvelar algo bastante interessante: é possível pensar que exista algo além do mero ato linguístico de designar objetos e os objetos em si – os quais ele chamou de referência (*Bedeutung*). Esse algo a mais, ainda segundo ele, é o sentido (*Sinn*), que pode ser extraído justamente pelo modo de apresentação do objeto pelos sinais referenciadores³⁴. Muito embo-

33 Idem, pp. 130-131.

34 Nota-se que usamos até agora os termos nome, sinal, expressão como sinônimos. Na versão para o português de «Sobre o sentido e a referência» (in *Lógica e filosofia da linguagem*, Paulo Alcoforado (trad.), 2ª ed., São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009 p.130), o tradutor, em nota, observa que um nome próprio (*Eigennamen*), em termos fregeanos, é um símbolo e, como tal, tem condições restritas de significado. Segundo ele, um nome próprio seria uma expressão saturada que deve designar ou se referir a um objeto, pessoa ou estado de coisas determinados. Dada a diferença radical entre objeto e conceito, um nome próprio não pode designar um

ra Frege esteja tratando apenas de nomes ou expressões com funções específicas de referenciar pessoas e coisas, fato é que a ideia de *Sinn* pode ser estendida às demais estruturas linguísticas completas, formando a base teórica para a ideia de proposições³⁵. Antes de prosseguir no estudo das proposições, pretendo aclarar apenas algo sobre o qual, a despeito de já estar presente no presente trabalho, ainda não ter nenhum esclarecimento teórico destinado a respeito. É factível que usemos os nomes para fazer menção não às referências do plano fenomênico, mas sim para designar palavras. Em lógica, quando isso acontece, usa-se aspas para denotar o uso não tradicional dos nomes e o fato de que se está referenciando de forma horizontal. Assim, *a* e «*a*» possuem referências distintas, não obstante seus nomes contenham o mesmo *type*. Não cabe aqui entrar em debates sobre a explicação da referência horizontal, debate bastante intenso no âmbito da filosofia da linguagem, mas com pouca relevância para o objeto central deste

conceito e assim não pode exercer a função de predicado. As expressões que a seguir, na acepção fregeana, seriam exemplos de nomes próprios: «1) 'Aristóteles'; 2) 'Ulisses'; 3) numerais- como '2'; 4) demonstrativos singulares- como 'este'; 5) denominações de objetos únicos – como 'Vênus'; 6) descrições definidas- v. g., 'o discípulo de Platão e o mestre de Alexandre Magno'; 7) 'Estrela da Manhã'; 8) 'quem descobriu a forma elíptica das órbitas planetárias'; 9) proposições, enquanto expressões saturadas que designam valores de verdade. Por esses exemplos pode-se observar que nem tudo o que Frege denomina de 'nome próprio' coincide com o uso ordinário desta expressão. Esses exemplos nos permitem induzir uma classificação para os nomes próprios: i) nomes simples e ii) nomes complexos ou nomes descritivos ou descrições».

- 35 Não ignoro, por exemplo, a refutação de Quine (*Filosofia de la lógica*, Manuel Sacristán (trad.), 3ª Ed., Madrid: Alianza Universidad, 1981, pp. 21-24) quanto ao conceito de proposição. Embora haja uma série de fatores a serem ali considerados, para o presente artigo, creio que, ainda que me valha da expressão, nenhum prejuízo acarretará à ideia central que me propus a enfrentar. Isso pelo fato de que Quine também acredita que a igualdade somente é estabelecida levando em consideração referência, linguagem e cargas epistêmicas.

artigo³⁶. Para o presente trabalho, destaco apenas a ideia de possibilidade de referenciação em planos iguais (horizontal), fenômeno que ocorre com bastante frequência no âmbito processual quando fazemos designações de textos legais ou de decisões judiciais³⁷, por exemplo, e sua definição pode ser dada contextualmente e por consenso³⁸.

Feita a ressalva anterior, possível agora retomar o raciocínio precedente. Para se estabelecer uma relação entre nome e sentido, fundamental que conheçamos a referência³⁹. É a referência que irá atribuir sentido a um determinado sinal. Ao se afirmar que «Napoleão foi imperador da França», somente se poderá atribuir valor de

-
- 36 Apenas para não deixar o leitor sem qualquer menção, parte dos filósofos defendem que ao se referencial horizontalmente com a palavra «Taruffo», haveria o surgimento de um novo nome próprio, qual seja, ««Taruffo»», que teria como referência a própria palavra, que por sua vez seria um novo nome próprio «««Taruffo»»» e assim infinitamente. SEARLE (*Os actos de fala*, Carlos Vogt (trad.), Coimbra: Almedina, 1981, pp. 99-103), porém, faz duras críticas à ideia. Para ele, o espiral infinito dependeria da criação de novas regras convencionais linguísticas para o uso das aspas, contrariando convenções existente incompatíveis com ela. Creio que a crítica tenha razão de ser. Todavia, as razões ficarão para outra oportunidade.
- 37 Lembrando que para a doutrina clássica, o «direito» forma parte do *elemento de identificação* da demanda.
- 38 Pode o STJ, hipoteticamente, definir que o significado da palavra automóvel será «entidade com rodas que transporta pessoas», excluindo-se, em certa norma proibitiva, a bicicleta, ainda que ela se enquadre no conceito estabelecido (o exemplo é adaptado de Laurence Horn, *Vehicles of meaning: unconventional semantics and unbearable interpretation in Washington University Law Quarterly*, n. 73, 1995, pp. 1145-1152). Isso é factível porque, como já dissemos, o plano da linguagem pode ser estipulado de forma flexível e discricionária.
- 39 Aqui, agora com linguagem lógica, expomos as justificações para o abandono da construção separatista de Calamandrei.

verdade a tal afirmação se, e somente se, a palavra «Napoleão» estiver referenciando um determinado indivíduo de sobrenome Bonaparte, que foi imperador dos franceses com o título de Napoleão I do ano de 1804 ao ano de 1814 e brevemente em 1815 durante os Cem Dias. E, a partir daí, se poderá extrair a significação (*Sinn*) de Napoleão, que será S1, bem como se aferir a igualdade Napoleão = a Imperador da França. Contudo, caso o mesmo nome próprio esteja designando uma certa pessoa que atuou como Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil durante o período de 23 de maio de 2007 a 20 de dezembro de 2020, de sobrenomes Nunes Maia Filho, exatamente por termos outra referência é que o sentido da expressão será S2, sendo que $S1 \neq S2$, e a frase «Napoleão foi imperador da França» falsa (Napoleão \neq imperador da França).

Do que foi dito até aqui, podemos extrair uma conclusão importante, ainda que não satisfatória e de caráter embrionário. A relação de igualdade em lógicas proposicionais não comporta indiferença em relação aos planos da referência, da linguagem e da significação. Ao contrário, ela pressupõe a ideia de que tais níveis se relacionam e somente de tal complexa relação é que se pode extrair juízos de equivalências. Contudo, como já dito anteriormente, isso não é simples como comprar elementos de conjuntos *A* e *B*. Uma mesma referência, a título exemplificativo, poderá ter inúmeros nomes, mas que, da relação entre eles, possa-se extrair um mesmo sentido. Basta pensar, por exemplo, nas frases «Ceci n'est pas une pipe» e «Isto não é um cachimbo». Se os pronomes indicativos (que, em regra, possuem a mesma função dos nomes próprios no que tange ao ato de referenciar) «Ceci» e «Isto» tiverem como referência a mesma imagem de René Magritte, então os significados S1 (em francês) e S2 (em português) serão iguais ($S1 = S2$). Em outras palavras, vários sinais poderão designar a mesma referência e, daí, se extrair o mesmo sentido, embora os métodos para se chegar a ele sejam epistemicamente distintos. Surge aqui algo além das referências, nomes e sentidos: as cargas epis-

têmicas. Para aclarar um pouco mais o que quero dizer, comecemos pelas expressões mais simples e objetivas das linguagens.

É de conhecimento geral que $1 + 1 = 2$. Entretanto, também é possível estabelecer relações de igualdades com o numeral 2 das seguintes maneiras: $3 - 1 = 2$, $6/3 = 2$, dentre infinitas outras. Todas elas possuem uma mesma referência, qual seja, o número 2. Todavia, todas elas são descritas utilizando-se nomes ou expressões referenciadoras distintas entre si (expressão de soma, de divisão, de subtração, respectivamente). Contudo, ao se questionar quais seriam as raízes quadradas de 4, isto é, quais as variáveis para x a fim de que x satisfaça a equação $x = \sqrt{4}$, as respostas corretas seriam apenas 2 e -2, e não $1 + 1$, $3 - 1$ ou $6/3$, ainda que elas referenciem o mesmo número positivo 2 e possuam o mesmo sentido. Segundo a análise de Frege, isso se dá porque «*las diferentes expresiones corresponden a diversas consideraciones y aspectos, pero, no obstante, siempre a la misma cosa*»⁴⁰.

No que tange às funções, e aqui me valho novamente de um exemplo fregeano, podemos pensar em algo do tipo « $2 \cdot x^3 + x$ ». Tal fórmula alude apenas indeterminadamente a uma referência. Para sua definição, fundamental que se apontem as variáveis de x , que em álgebra chamamos argumento, para que a referência e o sentido das expressões sejam revelados de forma objetiva. Logo, em:

$$\text{«}2 \cdot 1^3 + 1\text{»}$$

$$\text{«}2 \cdot 4^3 + 4\text{»}$$

$$\text{«}2 \cdot 5^3 + 5\text{»}$$

teremos a mesma função (fórmula), mas com referências e sentidos distintos devido à variação de argumento. Por outro lado, se

40 Función y concepto, in *Estudios sobre semantica*, Ulises Mouline (trad.), 2ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1973, p. 21.

assumimos outra função como $y = x^2 - 4x$, então temos que y terá o valor da ordenada, x o valor da abscissa e, com a variação de argumentos, teremos uma parábola $P1$. Por outro lado, se assumimos a função $y = x(x - 4)$, y também terá o valor da ordenada, x igualmente o da abscissa e uma, variando-se o argumento x , haverá uma parábola $P2$ em que $P1 = P2$. Poderíamos, pois, dizer que:

$$x^2 - 4x = x(x - 4)$$

que, embora seja uma igualdade verdadeira, o é apenas em partes. Evidentemente que estabelecemos uma igualdade de valores das funções, já que referenciam a mesma parábola. Há, como dito, uma igualdade de referência. Contudo, como aponta Frege, não igualamos uma função à outra. Ademais, não há, como é evidente, igualdade de nomes. Isso significa concluir que, ao estabelecermos uma igualdade, não estamos a fixar, muitas vezes, uma coincidência completa, mas apenas uma concordância parcial, uma equivalência, que pode ser apenas entre referências, apenas entre nomes, entre referências e sentidos etc. Se isso se dá no âmbito algébrico, em que a relação nome e referência é objetiva e absoluta, com maior razão ainda deve ser levado em consideração para as linguagens naturais.

Dizer que a «estrela brilhante da tarde é um planeta que possui uma órbita menor do que a Terra» não é igual a dizer que «o astro da manhã possui uma órbita menor do que a Terra». Isso se dá pelo fato de que, para afirmar que Hesperus é Phosphorus, fundamental que tenhamos carga epistêmica suficiente para conhecer igualdade de referência e, diante disso, poder eliminar (ou considerar irrelevante) uma suposta contradição entre os complementos nominais «da tarde» e «da manhã», os quais, inicial e erroneamente, indicavam serem corpos distintos. A igualdade somente pôde ser estabelecida com o avanço do estado de corroboração epistêmica das proposições (no caso, feito pela astronomia). Isso aponta para

algo que nos interessa bastante e que tratei mais atentamente em meu livro: além de uma imbricada influência recíproca dos planos da referência e da linguagem para fixar as significações, muitas vezes uma igualdade somente é possível de ser identificada se se detém uma carga epistêmica suficiente em relação às verdades proposicionais. Logo, algo que inicialmente parecia distinto, pôde, em algum momento, revelar-se equivalente. Tal carga epistêmica dinâmica, como já dissemos, não ocorre com a linguagem formal (que apresenta conteúdo epistêmico estático de x). A ideia, pois, de determinar se uma demanda A é ou não igual a B «*in status assertionis*» e já na fase postulatória, na qual ainda pouca ou nenhuma prova fora produzida, tal como propõe a doutrina, pode ser, e em regra é, uma tentativa de se equiparar enunciados desconhecidos, correndo-se alto risco de ser um juízo «no escuro».

Destarte, nota-se que, ao tratar de juízos de igualdade proposicionais, o sujeito cognoscente deverá justificar *a posteriori* e *analiticamente* – em contraposição ao juízo sintético formal⁴¹ – como se deu a rede de relações entre planos da referência, da linguagem e da significação ante o status epistêmico disponível, algo muito mais complexo que a simples estrutura tautológica e, por que não, mágica do argumento corriqueiro que diz que uma demanda é igual a outra já que, escudada na escura expressão «*causa petendi*», um fato não é novo porque a compõe e, sendo ela um elemento identificador, identificadas estão as demandas, ou, de outra sorte, subjetivamente rejeitando a inserção do «fato», vale-se da mesma estrutura com a mesma expressão da «*causa de pedir*», mas agora com sinais trocados.

41 Termos de Kant (*Crítica da razão pura*, cit., notadamente capítulo IV)

5. CARACTERÍSTICAS DA LINGUAGEM NATURAL COMO PREMISSAS FUNDAMENTAIS PARA UM CORRETO JUÍZO DE EQUIVALÊNCIA ENTRE PROPOSIÇÕES

No presente tópico, buscarei enfrentar apenas em parte alguns dos fatores linguísticos que, a despeito de há muitos anos serem objeto de análise por parte dos filósofos da linguagem, passam despercebidos por muitos processualistas, notadamente quando colocam de forma simplificada sob termos comuns como «fatos» e «causa de pedir», dentre outros, a referência, a linguagem e o significado, deixando de lado todas as imbricadas e complexas relações existente entre eles, resumindo equivocadamente anos de reflexões filosóficas em uma imagem distorcida de um suposto *elemento identificativo*.

Sobre o ponto, vale a pena abrir um parêntese. É notória a existência de divergências interpretativas no âmbito do direito posto. Uma breve passada de olhos nos diversos julgados dos tribunais seria capaz de demonstrar tais controvérsias sobre os possíveis significados das leis, sobre os admissíveis conteúdos de um determinado conceito jurídico (e aqui, como expoente de peso, a chamada '*causa petendi*'), sobre uma plausível enquadramento evento-norma. Sobre isso, aliás, muita coisa de qualidade fora escrita na esfera da doutrina do direito, motivo pelo qual me limitarei a fazer remissões indicativas⁴². Ocorre, porém, que poucos autores se ocuparam das diversas interpretações possíveis que os *sujeitos sociais* fazem dos acontecimentos da vida, fato anterior ao momento processual e, até mesmo, anterior ao litígio. Todavia, a despeito da falta de interesse pelo tema por parte da maioria dos doutrinadores, a maneira como cada um traduz para si os episódios da vida, pelo menos para quem é escreve, é fundamental para a

42 Apenas como exemplo, TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980.

formação do chamado *litígio real* e, conseqüentemente, da representatividade processual desse mesmo conflito (*litígio processado*⁴³ ou *representado*). Crê-se que a divergência incompatível, total ou parcial, entre as interpretações dos fatos direciona os interesses dos sujeitos que, estando eles em rota de colisão diante de um bem escasso incapaz da satisfação simultânea das necessidades, nos casos cíveis, geram a própria crise social⁴⁴. A despeito da importância do argumento, maiores digressões sobre ele fugiriam do escopo do trabalho.

Outros pontos a serem destacados, relacionados às observações acima traçadas, referem-se a duas características das narrações em geral, processuais ou não. São elas sempre *necessárias* e, concomitantemente, *perigosas*⁴⁵. Necessárias pelo simples fato de que são por

43 Os termos litígio processado e litígio real são usados na acepção cunhada por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O direito dos oprimidos*, São Paulo, 2014, pp. 120 e ss.. O litígio processado nada mais é do que a representação, por exigência intrínseca do método de resolução de conflito, do litígio real. Ambos são importantes em termos de juízo, distanciando-se, pois, das ideias formalistas de Calamandrei e suas críticas a Carnelutti.

44 Importante destacar que, embora não haja espaço e tampouco seja o objeto principal do texto, as ideias concebidas aqui são complementares ao raciocínio de Francesco Carnelutti. Enquanto define os conceitos como «*la nozione fondamentale per lo studio del diritto e la nozione di interesse. Questa e a sua volta strettamente legata alla nozione di bisogno; interesse è appunto un rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a soddisfarlo (...) I mezzi per la soddisfazione dei bisogni dell'uomo sono i beni. Se interesse e la situazione di un uomo favorevole al soddisfacimento di un bisogno, questa situazione si verifica dunque rispetto a un bene: uomo e bene sono i due termini del rapporto, che noi chiamiamo interesse*» (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1931, v. I, p. 3), minhas divagações buscam referências externas ao direito para a formação dos conceitos por ele apontado. Em outros termos, busca-se enfrentar problemas anteriores, mas compatíveis ao que fora escrito.

45 Com o intuito de não fadigar demais o leitor, não me atarei tanto ao argumento. Todavia, para aprofundamentos, faz-se remissão a WILLIAM

meio delas, principalmente, que as informações sobre ‘pedaços’ da realidade, organizadas e estruturadas pelo narrador, formam um conjunto capaz de dar a seus destinatários uma noção dos eventos reais ou fictícios. Em outros termos, é por meio das narrações que alguém (narrador) transmite informações a outrem (destinatário) sobre determinado(s) acontecimento(s). Nas palavras de Taruffo, «*ellas proveen una ‘heurística’, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió*»⁴⁶. A (re)construção da percepção do objeto (real ou imaginário) se dá, portanto, por meio de formulações de enunciados narrativos. Além disso, as narrações são perigosas devido à *vagueza* e à *variabilidadade* que apresentam em sua formulação e interpretação de seus conteúdos. Diversamente das linguagens formais, em que a definição do elemento $x \in A$ se dá pela mera observação de regras algébricas e da operatividade da função, aqui, nas linguagens naturais, o narrador, a depender do seu interesse epistêmico, de seu ponto de vista, de sua (condição de) interpretação do fenômeno, de seus objetivos ao traçar as narrações, do momento e do contexto em que são formuladas, de sua capacidade técnica, manipulam e delimitam, consciente ou inconscientemente, o conteúdo informativo dos enunciados. Desse modo, as narrações sobre um mesmo fato podem ser – e em regra são – diferentes entre si.

Como disse de maneira mais aprofundada em minha dissertação de mestrado, no âmbito processual, tais características são bastante relevantes. Isso porque as narrações feitas pelas partes são neces-

TWINING, *Rethinking Evidence*, Exploratory Essays, Cambridge, 2006, pp. 336 e ss.

46 *Narrativas Judiciales*, in *Revista de derecho*, 2007, p. 235. No mesmo sentido, exaltando o mesmo aspecto, Arthur Kaufmann, *Diritto e linguaggio*, in *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di Marino, Milano, 2003, pp. 175, 177 e 178

sárias não só por haver exigências legais nesse sentido (CPC art. 319, III, antigo 282, III), mas sim pela simples razão de que será por meio delas que as partes trarão ao julgador, terceiro alheio aos acontecimentos, elementos informativos que formarão a representação processual inicial do conflito. As narrações dos sujeitos, portanto, serão os primeiros veículos pelos quais os dados percebidos referentes aos eventos que geraram o litígio entrarão no processo⁴⁷. Formarão, como se pode inferir do que fora dito, o primeiro conjunto de informações trazido ao magistrado sobre o conflito que ele deverá resolver por meio do método estatal de resolução de controvérsias. Ademais, as narrativas processuais são, como quaisquer outras, também *perigosas*, pois se consubstanciam em frutos de uma atividade dirigida de narradores interessados em defender os seus próprios pontos de vistas. Os diversos atos de fala que compõem a narração inicial e de defesa, desse modo, além de todos os demais executados ao longo do arco procedimental, são confeccionadas por sujeitos parciais que visam a convencer um terceiro. Logo, a representação conflitual formulada pelas partes é, ainda com mais intensidade, *incompleta, variável e resultado da interpretação divergente, em parte ou em sua integralidade, dos envolvidos sobre os acontecimentos*. Ao encarar os ‘*factos*’ apresentados no processo, pois, deve-se levar em conta não se tratar de fatos no sentido estrito do termo, ou seja, como fenômenos naturalísticos, tampouco se referem a elementos pré-definidos, claramente delimitados e

47 A palavra ‘dados’ foi aqui usada como sinônimo de ‘informações’. Isso significa que elas são suposições e narrações feitas pelos sujeitos, podendo ou não se confirmarem. Em outros termos, os ‘dados’ veiculados pelas partes podem ser verdadeiros ou falsos. A representação conflitual feita pelos agentes narradores pode ou não ter um conteúdo aderente à realidade. Sobre o assunto, maiores e mais profundas reflexões foram traçadas em nossos *Modificação objetiva da demanda*, cit, pp. 69-90; IDEM, *Processo e Verdade: Brevíssimas Considerações Sobre Funções e Conceitos*, in *Revista de Processo*, vol. 40, n. 250, dezembro 2015, pp. 61-90.

com contornos rígidos, unitários e pré-estabelecidos, mas sim de narrações, histórias, que, como dito, são *incompletas, variáveis, parciais, frutos de interpretações diversas e do direcionamento dado pelo narrador*.

Fazendo uma pequena síntese dos pontos do que fora até agora exposto neste tópico, algumas conclusões parciais, porém importantes, ainda que não desenvolvidas aqui a contento, parecem vir à luz: a *necessidade*, mais que um reflexo de disposições normativas, é uma característica presente no âmbito processual pela sua própria estrutura dialética. Os enunciados ali presentes, por características intrínsecas ao método enunciativo, são dados à *vagueza* e à *variabilidade*, tudo condicionado aos interesses e posições epistêmicas de quem os formula. Logo, os '*atos processuais*' não possuem caráter analiticamente definido e rígido, tampouco apresentam contornos precisos, homogêneos e estáticos, o que os impossibilita de serem tomados como *elementos identificadores* e inviabiliza, como consequência, o uso da lógica de primeira ordem, especificamente da teoria de conjuntos, para aplicação juízos identificativos. Além de uma confecção sujeita à mutabilidade, como expus à exaustão em minha obra, também a interpretação feita por seu destinatário das informações contidas nos enunciados das partes varia a depender da capacidade e posições epistêmicas do receptor, bem como de suas condições contextuais interpretativas (razões que, se somadas, ao menos aos olhos de quem escreve, serão as reais causadoras de tantos debates inconclusivos sobre um definitivo conteúdo abstrato da chamada *causa petendi*)⁴⁸.

48 Se um fato comporta infinitas narrações verdadeiras e diversas interpretações válidas e, por consequência, inúmeras narrações por parte dos variados sujeitos, quer interessados ou mesmo destacados, bastante problemático será tentar enquadrar os infinitos possíveis enunciados em molduras abstratas e hipotéticas com limites rígidos, homogêneos e cartesianos, como, por exemplo, tenta fazer grande parte da doutrina ao supostamente definir quais eventos (e suas classificações) comporiam a '*causa petendi*'

Uma análise mais profunda e um enfrentamento mais completo dos fatores causadores de vagueza e variabilidade da representação do conflito no processo pode ser encontrada em meu *Modificação objetiva da demanda*, cit., pp. 69-105, motivo pelo qual não dedicarei linhas adicionais neste artigo. Ademais, para uma abordagem pela óptica da psicologia do testemunho, com inúmeros experimentos e dados corroborativos, notadamente quanto aos chamados *fatores dos sujeitos* (de cunho subjetivo) e *fatores dos eventos* (de caráter objetivo) e seus impactos na codificação e interpretação das informações pelos sentidos, responsáveis por impactar diretamente a formação da memória e posteriormente da dita ‘*causa petendi*’, ver, por todos, Manzanero (*Psicología del Testimonio, Una Aplicación de los Estudios sobre la Memoria*, Madrid: Piramide, 2017) e Mazzoni (*Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, José Manuel Revuelta (trad.), Madrid: Trotta, 2010). Para o presente artigo, pretendo trazer alguns aportes da filosofia da linguagem, especialmente sobre atos de fala, que, além de não terem sido tratados autonomamente em meu livro, poderão, somados às observações que fiz alhures e à abordagem psicológica, apontar para a insuficiência e equívocos da abordagem estática tradicional processual. Passemos a tais conceitos.

A linguagem natural, embora careça da precisão e da estabilidade de sua análoga formal, o que torna inadequado o uso de algumas lógicas ortodoxas para resolução de seus problemas, é, sem dúvida alguma, uma ferramenta necessária à comunicação humana e, por que não, fundamental para a vida em sociedade. Não obstante tal

nas mais variadas ações, já existentes ou hipotéticas. Nota-se que, para alguns, de maneira intuitiva, embora ainda que de forma incipiente e incorrendo nos equívocos lógicos apontados, o suposto elemento identificador da demanda deve ser definido em concreto, nunca em abstrato. Por todos, Lucon, *Relação entre demandas*, cit., em especial itens 11, 17, 18, 19, 20 e 21 do capítulo II.

ferramenta comunicacional seja rica e bastante complexa, em muitos casos e por algumas razões que pretendo expor adiante, ela não funciona bem ou funciona de maneira insuficiente⁴⁹.

Para enfrentar alguns problemas da linguagem natural, seguindo a proposta de Carrió⁵⁰, quero começar com algumas perguntas fundamentais. Uma delas pode ser assim formulada: qual a força que um certo ato de fala possui? E, ligada a ela, podemos sugerir outra dúvida: definida sua força, o que ele quer dizer? Qual seu significado? Claramente os limites temáticos, de tempo e de espaço me impedirão de desenvolver linhas minimamente satisfatórias sobre a teoria dos atos de fala, condenando-me a apontamento telegráficos apenas. Desse modo, remeto o leitor a Searle⁵¹ e, no âmbito do direito, ao próprio Carrió para aprofundamentos. Todavia, para o primeiro questionamento, valer-me-ei do exemplo de Searle:

- I. João fuma muito;
- II. João fuma muito?
- III. Fuma muito, João!
- IV. Oxalá João fumasse muito.

Sobre as frases anteriores, pode-se afirmar sem qualquer questionamento que um potencial enunciador, ao formulá-las, valeu-se da

49 Para uma discussão da comunicação no âmbito do processo, com aportes de tradutologia, antropologia e filosofia da linguagem, ver meu: A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 73, enero/junio 2021, pp. 95-136.

50 *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, pp. 17-18.

51 *Os actos de fala*, cit., *passim*.

língua portuguesa. A despeito dessa afirmação óbvia, o enunciador não só enfileira palavras aleatoriamente; ao contrário, seguindo regras gramaticais e semânticas, estrutura-as de uma forma que, em conjunto, possam veicular informações com significação. Ao proferir a frase I, o enunciador faz o que em filosofia da linguagem chama de asserção; em II, tem-se uma pergunta; em III, exprime-se uma ordem; já em IV, veicula-se um desejo. Todavia, proferindo uma das quatro frases, o enunciador executa outros atos comuns a todos eles. O primeiro deles é enunciar palavras em sequência. No segundo, dependente do primeiro, o falante busca isolar um objeto específico no mundo – no caso João – e a ele predicar a expressão «fuma muito». Embora nos quatro exemplos a referência (João) e a predicação («fuma muito») sejam iguais, em cada um deles o sujeito falante pratica um ato ulterior que os diferencia dos demais: no primeiro afirma, ao passo que no segundo pergunta, no terceiro ordena e no quarto deseja. Tais atos, tidos por AUSTIN⁵² como atos ilocucionais (as vezes traduzidos como ilocutórios ou ilocucionários), são atos completos que exprimem a intencionalidade do indivíduo falante.

Em síntese conceitual, portanto, temos que o sujeito, ao proferir qualquer uma das frases acima expostas, acaba por:

- a) Enunciar palavras = executar atos de enunciação;
- b) Referir e predicar = executar atos proposicionais;
- c) Afirmar, perguntar, ordenar, prometer, desejar = executar atos ilocucionais/ilocutórios.

Em termos quotidianos, quando alguém fala, dificilmente se poderá verificar uma divisão clara no tempo da execução de tais atos. Diferentemente de um sujeito que dança, canta e observa, atos visi-

52 *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 1962

velmente autônomos e facilmente fracionáveis, o indivíduo que emite uma das quatro frases acima executa seus atos proposicionais, ilocucionais e de enunciação simultaneamente. Entretanto, SEARLE, ao propor a diversificação de atos, acaba por chamar a atenção para um algo que terá bastante relevância adiante, que é o fato de ser possível, como «já vimos, que o mesmo acto proposicional pode ser comum a diferentes actos ilocucionais, e é óbvio que se pode executar um acto de enunciação sem executar nenhum acto proposicional ou ilocucional (podem-se emitir palavras sem dizer nada)»⁵³. Além disso, diferentes atos enunciativos efetuados por um ou mais falantes podem representar um mesmo ato ilocucional e/ou proposicional. Basta pensar, por exemplo, em duas enunciações distintas como «o carro estava acima da velocidade permitida» e «o carro trafegava a 100km/h ao passo que o limite permitido era de 80km/h». Tem-se, pois, enunciados distintos, com estruturas frasais diversas, mas com a mesma referência e a mesma intencionalidade descritiva de seu formulador⁵⁴.

Logo, se buscamos estabelecer uma relação de equivalência entre conjuntos proposicionais de um ou mais processos, não bastará a mera simplificação de atos comunicacionais como *elementos identificadores*. Para um juízo de igualdade minimamente suficiente, fundamental iniciarmos decompondo a expressão «fatos» – corriqueira no processo – em suas várias dimensões, quais sejam, referência, enunciação, significado e ato ilocucional e, diante disso, avaliar como se dão as diversas relações entre elas. SEARLE, em nota, destaca que «(...) a identidade da expressão predicada não é uma condição necessária para a identidade da predicação. Expressões diferentes mas sinônimas podem ser usadas para fazer a mesma predicação, por ex., ‘é um fumador

53 No mesmo sentido, com outros exemplos, LACKEY, 2008: p. 26.

54 Os *actos de fala*, cit, p. 36.

habitual' e 'fuma habitualmente'»⁵⁵. Diante de tal cenário, poderíamos nos perguntar: o que compõe, se tomado um ato de fala completo, a dita causa de pedir? Mantendo-se a referência, mas alterando o ato enunciativo, tem-se necessariamente uma troca de significação? Qual o papel da intencionalidade do sujeito falante para a causa? Durante o arco procedimental, claramente podemos encontrar os mais diversos atos de fala, desde perguntas a asserções, passando por ordens, instruções, expressões de desejo, recomendações, aceitações, vereditos e, por que não, elogios, conselhos, súplica, promessa⁵⁶. Todos eles comporão o elemento de identificação ou apenas aqueles descritivos?

Para que se identifique, contudo, qual o ato ilocucional executado por alguém, não bastam as regras gramaticais e a simples análise dos atos enunciativos. É possível encontrarmos, por exemplo, uma serie de atos de fala com estruturas descritivas, mas que, em realidade, estão a expressar um desejo. Em algumas regiões da Itália, não são raros atos enunciativos que usem o pretérito imperfeito, que normalmente serve para asserir, para exteriorizar um desejo, via de regra veiculado pelo tempo «condizionale». Assim, quando Giuseppe enuncia a Anna, vendedora de passagens de trem, «Volevo un biglietto per Roma», claro está que o agente falante não descreve um estado de ânimo seu que não existe mais, mas sim que está a expressar uma vontade de adquirir uma passagem de trem para Roma. E isso não é irrelevante. Para que se possa extrair a significação de atos de fala em que o sujeito tem a intenção de descrever algo, esse algo é preponderante para a atividade de significação. Conforme afirma Austin,

55 IDEM, p. 38.

56 A diversidade de possibilidades linguísticas é tamanha, que Carrió afirma que: «No se si la lista de tipos de actos que se pueden hacer con palabras es infinita, pero sí que es enormemente más larga que esta tediosa enumeración» (*Notas sobre derecho y lenguaje*, cit. p. 18).

alguém que descreve alguma coisa acaba por direcionar e conformar suas palavras ao mundo. A referência é fundamental e, quando busco descrevê-la, procuro palavras que se adequem àquela realidade. De outra sorte, ao expressar um desejo, faço justamente o contrário: intento conformar o mundo às minhas palavras, isto é, procuro modificar o plano fenomênico de acordo com as enunciações que formulei⁵⁷. Para Carrió⁵⁸, compreender corretamente um ato ilocucional depende fundamentalmente de um complexo sistema implícito de regras que é capaz de relacionar expressões com situações sociais ou interindividuais específicas. O sistema de regras e o contexto, portanto, é que possibilitarão definir as intenções. Logo, os critérios são claramente variáveis, flexíveis e interpretativos – algo bastante distinto da rigidez da figura do *elemento identificador* da demanda clássica – e terão papel fundamental para compreensão dos limites ilocucionais do conjunto de atos de fala processual.

Além de identificar o ato ilocucional em si, fundamental definir o conteúdo do ato de fala completo, isto é, o que o agente quis dizer com o que disse. Mais uma vez aqui fatores variáveis entram em jogo. Não terei tempo nem espaço para discutir todos eles, mas chamo atenção para o fenômeno das significações emotivas das palavras. Muitos termos e expressões possuem conteúdos bastante vagos, o que possibilita que sujeitos do discurso os preencham subjetivamente com variados significados. Palavras como liberdade, democracia e, no âmbito do processo, adversarial, autoritário, liberal, inquisitivo, dispositivo – em especial

57 Embora possa parecer etéreo demais, as reflexões podem claramente se aplicar a, por exemplo, diferenciação entre as tutelas meramente declaratórias e as tutelas constitutivas. As forças ilocucionais de cada uma possuem sua razão de ser justamente na direção entre palavra-mundo e mundo-palavra, nos termos de Austin (*How to Do Things with Words*, cit, passim).

58 Notas sobre sentido e linguagem, cit. p. 22.

quando ligados à palavra princípio, expressão também vaga e de conteúdo flexível⁵⁹ – podem assumir diversos significados em diferentes contextos. Mas não é só. Podem, inclusive, serem fontes de discordâncias ainda que se trate da mesma enunciação, bastando emissor e receptor lê-las e interpretá-las distintamente. Há, pois, um descompasso entre o ato ilocucionário e o ato perlocucionário. Muitos são os problemas discutidos pela filosofia da linguagem quanto ao mencionado descompasso. Contudo, para o que aqui nos interessa, ficam as perguntas: a dita causa de pedir seria formada pelo ato ilocucionário, pelo ato perlocucionário ou por uma suficiência mínima de confluência entre ambos? Se a resposta for essa última, então qual seria o standard mínimo de suficiência para dizer que o juízo de cópula (ato – conceito de causa de pedir) estaria aperfeiçoado? Todavia, se a resposta for tão somente o segundo (perlocucionário), a causa de pedir será o que o juiz disser que é, sendo as narrativas autorais e de defesa apenas sugestões para que o magistrado a defina. Contudo, se assim for, então praticamente todo o sistema de preclusões estará invertido, já que impõe às partes, como já dito, a obrigação de apresentar os *elementos identificadores* da causa até o despacho saneador.

Nota-se, diante de mais isso que foi dito, que a ideia de aplicação da teoria de conjuntos para um juízo de identificação da demanda é mais do confuso: ele é equivocado.

59 Barbosa Moreira assim alerta: *Cumprer recordar que também a doutrina dos países de civil law costuma aludir, neste contexto, ao ‘princípio inquisitivo’ (ou ‘inquisitório’) e ao ‘princípio dispositivo’. Na verdade, semelhantes locuções vêm-se utilizadas, de forma bastante equivocada, a propósito de questões heterogêneas, como a iniciativa de instauração do feito, a delimitação do objeto do julgamento, a possibilidade de dar-lhe fim mediante ato unilateral ou bilateral de composição do litígio, a abrangência do efeito devolutivo dos recursos...»* (O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, in *Temas de direito processual*: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42).

Ademais, para identificar seus conteúdos, cada força ilocucionária pode apresentar peculiaridades. Alguém poderia perguntar «Você sabe que horas são?» e o interlocutor responderia «Sim, claro que sei». Nota-se que a resposta é compatível com a pergunta em termos formais, mas não satisfaz o *desideratum* do emissor da pergunta. Para conseguir estabelecer uma suficiência entre demanda e resposta, fundamental delimitar com alguma razoabilidade a pressuposição da pergunta (que deve ser verdadeira) e o próprio *desideratum*. Tratei com vagar sobre eles em meu livro «*Modificação objetiva da demanda*», aplicando tais conceitos ao processo. Contudo, para o que aqui interessa, importante destacar que para atos ilocutórios descritivos, os fatores que determinam o seu conteúdo são outros completamente distintos. Inexiste, por exemplo, *desideratum* ambivalente. Logo, para cada ato ilocucionário, necessário será um juízo específico para determinação de seu conteúdo, cada qual com seus fatores internos fundamentais.

Por último, para encerrar o presente tópico, gostaria de mencionar um problema ulterior da linguagem natural relacionado à intencionalidade comunicativa e ao contexto social interpretativo. Para não ser acusado de lógico inveterado (e aí está a razão para deixar tal tema por último⁶⁰), valer-me-ei, neste momento, da Antropologia, área do conhecimento em que a separação entre linguagem e refe-

60 Há uma outra de cunho pessoal. Na primeira reunião que fiz com Taruffo após passar meses lendo os clássicos sobre identificação da demanda, ele me perguntou o que, depois de tanta leitura, seriam os «fatos no processo». Comecei, como todos os outros, a classificar os ditos «fatos». Então, com a calma que um mestre tem que ter, levantou-se de sua cadeira, buscou um texto, salvo engano das Federal Rules, e leu dois dispositivos. Um fazia uma exigência de uma narração mais densa. O outro autorizava uma descrição autoral mais abstrata. Depois disso, repetiu a pergunta: «o que são os fatos no processo?». A partir daí, o rumo de minhas pesquisas mudou por completo em definitivo.

rência também é bastante explorada. Para tanto, tomarei emprestado um exemplo bastante simbólico e didático dado por Gilbert Ryle para, tal como muitos autores fizeram anteriormente, poder-se chegar ao que ele chamou de *'thin description'* e *'thick description'*⁶¹. Segundo suas conclusões, um observador pode interpretar – e posteriormente narrar – um mesmo fato, a grosso modo, levando em consideração pressupostos e significados nele contidos (ou seja, interpretar e narrar o acontecimento de maneira densa) ou apenas compreender e descrever o evento de maneira predominantemente descritiva, ignorando durante o processo interpretativo, de propósito ou por incapacidade de compreensão, os valores ali envolvidos (isto é, conceber e narrar o que aconteceu de maneira superficial, 'rarefeita').

O exemplo esmiuçado pelo citado autor, e aqui adaptado a título de clareamento de ideias, embora de caráter simples, mas bastante representativo, é a contração rápida de uma pálpebra. Ryle convida o leitor a imaginar dois garotos que contraem o olho direito um para outro. Em um primeiro caso, o ato se dá de maneira involuntária, ao passo que o outro acontece como uma piscadela em sinal de compreensão. Em ambas as situações, pontua o autor, o movimento (evento naturalístico) é o mesmo: o mero fechamento da pálpebra direita. Observações simplesmente 'fotográficas' dos acontecimentos não conseguiriam diferenciar uma situação da outra⁶². Todavia, a diferença entre um simplório 'tic' e uma piscadela é abissal. Nesta o garoto se

61 *Collected Papers, Collected Essays 1929-1968*, v. II, Londres/Nova York: Routledge, 2009, p. 489.

62 As observações podem ser encontradas em Clifford Geertz (*Interpretazione di culture*, Elenorona Bona (trad.), Bologna: Il mulino, 1998, p. 12), que afirma «*I due movimenti sono come tali identici: un'osservazione di tipo meramente 'fotografico', 'fenomenico', non è sufficiente per distinguere un tic da un ammiccamento, e neanche per valutare se entrambi o uno dei due siano tic o ammiccamento*».

comunica de forma precisa, com características específicas, quais sejam: a) o faz intencionalmente; b) com um destinatário determinado para sua mensagem; c) transmitindo um certo conteúdo por meio do gesto; e d) segundo um código socialmente estabelecido. Uma piscadela, segundo GEERTZ, é uma migalha de comportamento, um grão de cultura, um gesto comunicativo⁶³.

Em continuação, Ryle introduz um terceiro sujeito que, produzindo o mesmo evento naturalístico, comprime sua pálpebra imitando o segundo garoto, mas em sinal de galhofa, parodiando a atitude do colega. Embora se possa notar o mesmo movimento, a mensagem desse terceiro garoto não se consubstancia em entendimento, mas em ridicularizarão. Há, outrossim, pressupostos valorativos, códigos comuns socialmente pré-estabelecidos, fundamentais para compreender o ato de brincadeira em sua inteireza. Tanto o destinatário da mensagem, quanto um suposto terceiro agente interpretante, precisam, sob pena de equívoco, ter em mente a significação destes *valores contextuais*. Sem eles, como resta evidente, o sujeito interpretante intercambiaria a piscada irônica, a piscadela de compreensão e o ‘tic’ sem a devida e necessária percepção do equívoco⁶⁴.

O importante a ser extraído do que fora dito é que alguém que realiza uma atividade interpretativa, para que consiga confeccionar uma representação dos eventos de maneira densa e possa produzir uma *‘thick description’* sobre eles (compressão da pálpebra como pa-

63 Idem, pp. 12-13.

64 Trazendo para um contexto nacional, poder-se-ia pensar que se Maria desconhecesse o código valorativo existente por trás do pisão de Leonardo, ou se o próprio Leonardo ignorasse a significação pressuposta do beliscão de Maria em resposta, os equívocos interpretativos desaguiariam em um conflito entre eles ao invés do nascimento de Leonardinho, evitando-se com isso toda trama de Memórias de um Sargento de Milícias.

ródia, ironia ou compreensão comunicativa), deverá incondicionalmente conhecer os *pressupostos valorativos contextuais* dos fatos. Caso contrário, conseguirá apenas gerar uma representatividade, em regra estéril, de caráter ‘thin’. Mais uma vez o contexto epistêmico condiciona a significação, que, sem ela, jamais se poderia estabelecer quaisquer juízos, em especial de igualdade proposicional (no caso, gestual).

Parece intuitivo que a ausência de alguns desses elementos valorativos pressupostos podem impactar fortemente o conteúdo da chamada ‘*causa de pedir*’ no âmbito processual. Em outras palavras, para que se consiga atribuir significados a um determinado objeto, fundamental que, em momento anterior, o sujeito cognoscente tenha tomado contato com conteúdos associativos válidos e pré-estabelecidos em determinado *contexto*. Para se descrever, por exemplo, a cultura berbera, hebraica ou francesa, deve o narrador, antes de tudo, conhecer tais povos, além de, se quiser realizar uma atividade aceitável, se expressar nos termos interpretativos em que os berberos, os hebreus e os franceses enxergam o mundo em que vivem⁶⁵. Para dizer que «Ceci n’est pas une pipe» = «Isto não é um cachimbo», imprescindível falar francês e português. Valer-se da lógica de conjuntos, pois, em nada ajudaria para fixar tal relação.

Desse modo, com apontamentos meramente telegráficos, bastante sintéticos e sem qualquer pretensão de exaurimento de temas tão complexos, viu-se que o conjunto de atos ilocucionários de um processo, justamente por ser composto por linguagem natural, não possui caráter analiticamente definido, rígido e estático, tampouco apresenta contornos precisos, homogêneos e objetivos, o que os impossibilita de serem as proposições tomadas como *elementos identifi-*

65 IDEM, p. 23. Em continuidade, afirma: «*Devono essere espresse nei termini delle interpretazioni a cui persone di una particolare categoria sottopongono la loro esperienza, poiché questo è ciò di cui dichiarano di essere le descrizioni*».

cadores e inviabiliza, como consequência, o uso da lógica de primeira ordem, especificamente da teoria de conjuntos, para aplicação juízos identificativos.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

À guisa de síntese conclusiva, podemos indicar que:

- 1) A doutrina processual, ao tratar do juízo identificativo, parte de uma simplificação bastante problemática entre linguagem e referência. Em outros termos, embora haja poucas obras em que o autor separe os fatos dos enunciados sobre os fatos, tal constatação distintiva se dá apenas a título de menção, desconsiderando, portanto, todo o complexo e profundo debate existente no âmbito da filosofia da linguagem, da epistemologia e da lógica sobre a imbricada relação entre eles;
- 2) De tal simplificação retro mencionada, a doutrina clássica acaba por concluir que as enunciações feitas pelas partes na fase postulatória do processo seriam *elementos identificadores* da demanda ou, na construção alemã, do objeto litigioso do processo. Alguns doutrinadores de relevo, como Chiovenda, por exemplo, afirmam que é dever do autor em uma demanda, já em seu ato introdutório, apontar quais seriam os seus *elementos identificadores*, que seriam, ainda segundo a visão tradicional que predomina até os dias atuais, causa de pedir (CP), pedido (P) e partes (PT);
- 3) Tal visão pressupõe que o conteúdo das manifestações das partes – e dos demais sujeitos do processo – tenham caráter rígido, estático e pré-definido, caráter esse que evolui desde a importância dos eventos para a resolução do conflito estabelecida já na inicial pelo autor (fato principal, secundário, constitutivo etc.) engendrado pelo pensamento classificatório tecnicista, até

- o conteúdo epistêmico e de significação das proposições processuais.
- 4) A construção teórica processual simplificada induz os processualistas a, para exercer um juízo de identidade, valer-se, muitas vezes inconscientemente, de uma lógica de primeira ordem, notadamente a Teoria de Conjuntos, para a qual um conjunto A (demanda), formado apenas por seus elementos (CP, P e PT), será igual ao conjunto B se, e somente se, os elementos de A forem iguais aos de B (CP', P' e PT'). Logo, $A = B$ se, e somente se, $CP = CP'$, $P = P'$ e $PT = PT'$. Ocorre que, embora tal lógica seja bastante intuitiva e operativa, ela pressupõe que os elementos de um conjunto sejam definidos ou definíveis em termos absolutos, não contextuais e de maneira objetiva, sendo válida, portanto, apenas para as linguagens formais;
 - 5) O processo, ao contrário disso, tem como ferramenta comunicativa a linguagem natural, que, por suas características de variabilidade, vagueza e dinamicidade do conteúdo epistêmico, exige que se aplique a lógica proposicional para se estabelecer um juízo correto de igualdade entre conjuntos enunciativos. Tal lógica parte de pressupostos bastante distintos da Teoria de Conjunto, pressupostos esses que envolve a relação imbricada entre referência, linguagem e significação, sempre levando em conta a carga epistêmica que isso envolve;

Desse modo, longe da tentativa de encerrar problemas, tentei redirecionar o debate valendo-me da epistemologia, da lógica proposicional e da filosofia da linguagem. A ideia aqui, pois, não foi apontar para um ponto de chegada, mas sim intentei indicar qual deve ser o início de um caminho que, embora pareça mais complexo e exija uma abertura de diálogo franco com outros campos do conhecimento, como sempre nos estimulou Taruffo, parece ser bem mais frutífero que aquele das simplificações técnico-processuais de elementos ex-

trajurídicos. Logo, convido os leitores a enfrentar questões antigas e problemas atuais do processo, dando uma nova perspectiva sobre o juízo de identidade de causas no processo.

7. BIBLIOGRAFIA

AUSTIN, JOHN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 1962

Barbosa Moreira, José Carlos, O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, in *Temas de direito processual*: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 39-54.

BOURDIEU, PIERRE, *Razões Práticas Sobre a Teoria da Ação*, Mariza Corrêa (trad.), Campinas: Papyrus, 2008.

CABRAL, ANTONIO DO PASSO, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, Salvador: Juspodium, 2013.

CALAMANDREI, PIERO, *Studios Sobre el Proceso Civil*, Sentís Melendo (trad.), Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1931, v. I.

CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, pp. 17-18.

CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, Milano: Giuffrè, v. I, 1993.

CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO, *A causa petendi no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *O direito dos oprimidos*, São Paulo: Cortez, 2014.

- DOMIT, OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN, *Iura novit curia e a causa de pedir. O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ELIAS, NORBERT, *Coinvolgimento e distacco. Saggi di sociologia della conoscenza*, Bologna: Il Mulino, 1988.
- FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela: Librería Porto, 1949.
- FREGE, GOTTLOB, *Estudios sobre semantica*, Ulises Mouline (trad.), 2ª Ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1973.
- FREGE, GOTTLOB, *Lógica e filosofia da linguagem*, Paulo Alcoforado (trad.), 2ª ed., São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los Hechos en el Derecho: Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- HABSCHEID, WALTER, *Loggetto del Processo nel Diritto Processuale Civile Tedesco*, Angela Loaldi (trad.), in *Rivista di diritto processuale*, 1980, pp. 454 e ss.
- HAACK, SUSAN, *Manifesto of a passionate moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-Londres, 1998.
- HORN, LAURENCE, *Vehicles of meaning: unconventional semantics and unbearable interpretation in Washington University Law Quarterly*, n. 73, 1995, pp. 1145-1152.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica da razão pura*, Fernando Costa Mattos (trad.), Petrópolis: Ed. Vozes, 2015.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di Marino, Milano, 2003,
- KEENE, G.B., *The Logic of Natural Language in Philosophical Quarterly*, vol. 34, n. 135, 1984, pp. 174-175.

- KRIPKE, SAUL, *Naming and necessity*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- LARA LEITE, CLARISSE FRECHIANI, *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*, tese de livre-docência apresentada junto a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2022.
- LEONEL, RICARDO DE BARROS, *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente*, São Paulo: Método, 2006.
- LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS, *Relação entre demandas*, 2ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- MAIA NUNES, JORGE AMAURY; PUPE DA NÓBREGA, GUILHERME, *Ainda há (muito) o que falar sobre causa de pedir*, disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_23&shop_detail=506
- QUINE, WILLIARD, *Filosofia de la lógica*, Manuel Sacristán (trad.), 3ª Ed., Madrid: Alianza Universidad, 1981
- QUINE, WILLIARD, *Palabra y objeto*, Manuel Sacristán (trad.), Barcelona: Editorial Labor, 1968.
- RIGUETTI, GABRIEL, A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 73, enero/junio 2021, pp. 95-136
- RIGUETTI, GABRIEL, Delimitação consensual sobre a matéria de fato e de direito: um aporte crítico epistêmico ao negócio jurídico do art. 357, § 2º, do CPC de 2015, in *Revista de Processo*, v. 47, n. 323, 1, jan. 2022, pp. 17 e ss..
- RIGUETTI, GABRIEL, *Modificação objetiva da demanda. Estudo sobre a dinâmica dos enunciados de fatos e de direito no processo civil*, São Paulo: Marcial Pons, 2021.

- RIGUETTI, GABRIEL, *Processo e Verdade: Brevíssimas Considerações Sobre Funções e Conceitos*, in *Revista de Processo*, vol. 40, n. 250, dezembro 2015, pp. 61-90.
- RUSSELL, BETRAND, *Os Problemas da filosofia*, Jaimir Conte (trad.), Florianópolis, 2005.
- RYLE, GILBERT, *Collected Papers, Collected Essays 1929-1968*, v. II, Londres/ Nova York: Routledge, 2009, p. 489.
- SEARLE, John, *Os actos de fala*, Carlos Vogt (trad.), Coimbra: Almedina, 1981.
- SCHWAB, KARL H., *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, Tomas A. Banzhaf (trad.), Buenos Aires: EJEA, 1968.
- Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza, 2009.
- TARUFFO, MICHELE, *Sui Confini*, Bologna: Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, MICHELE, *Narrativas Judiciales*, in *Revista de derecho*, vol. XX, n. 1, julho 2007, pp. 231-270.
- TWINING, WILLIAM, *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ZOTARELI, DANIEL MENEGASSI, *A regra da correlação à luz do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DA LIBERDADE DO DISSENSO À VIRTUOSIDADE DO CONSENSO: A CONTRATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL CONSENSUAL

*FROM THE FREEDOM OF DISSENT TO THE VIRTUE OF CONSENSUS:
THE CONTRACTUALIZATION OF THE MEANING OF LAW IN THE
FORMATION OF CONSENSUAL JUDICIAL PRECEDENT*

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

Servidor Público no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,
no cargo de Assessor da Terceira Vice-Presidência

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de refletir sobre a construção de técnica processual que permita, efetivamente, a participação da comunidade jurídica na formação do precedente judicial. Pretende-se, nessa medida, investigar a possibilidade jurídica de se realizar negócio jurídico processual para delimitação consensual das questões exclusivamente de direito em sede dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais, sistematizando, os requisitos, os limites e os legitimados representativos dessa negociação processual. Argumenta-se que esse tipo de negociação processual tem a potencialidade de democratizar e de tornar acessíveis os processos decisórios relativos à atribuição de sentido

ABSTRACT: This article aims to reflect on the construction of procedural techniques that effectively allow the participation of the legal community in the formation of judicial precedents. In this regard, it intends to investigate the legal possibility of entering into procedural legal agreements to achieve a consensual delimitation of exclusively legal issues within concentrated procedures for the formation of judicial precedents, systematizing the requirements, limits, and legitimate representatives of such procedural negotiations. It is argued that this type of procedural negotiation has the potential to democratize and make accessible the decision-making processes concerning the interpretation of the law, that is, the procedures

ao direito, ou seja, os procedimentos de formação de precedente judicial. A linguagem e a comunicação se revelam fontes primárias da integração social, por meio das quais os indivíduos alcançam entendimento mútuo e formam consenso sobre a regulamentação normativa – no particular, de decisões jurisdicionais sobre o sentido do direito, ou seja, de precedentes judiciais. Ao final, pôde-se concluir ser possível, à vista do direito positivo brasileiro, a realização de negócio jurídico processual para delimitação das questões de direito subjacentes à formação do entendimento jurisprudencial, indicando a transição do precedente exclusivamente judicial para o precedente consensual.

PALAVRAS-CHAVE: Incerteza do Direito. Precedente Consensual. Agir comunicativo. Sociedade Aberta dos Intérpretes. Representatividade Adequada. Contratualização do Sentido do Direito.

for the formation of judicial precedents. Language and communication are revealed as primary sources of social integration, through which individuals achieve mutual understanding and consensus regarding normative regulation—particularly judicial decisions on the interpretation of the law, or judicial precedents. In conclusion, it was possible to ascertain that, according to Brazilian positive law, procedural legal agreements can be made to delimit legal issues underlying the formation of jurisprudential understanding, indicating a transition from exclusively judicial precedents to consensual precedents.

KEYWORDS: Legal Uncertainty. Consensual Precedent. Communicative Action. Open Society of Interpreters. Adequate Representation. Contractualization of the Meaning of Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da incerteza do direito ao precedente judicial: a realização de escolhas jurisdicionais quanto ao sentido adequado do direito. 3. Compartilhamento do ato de escolha quanto ao sentido do direito: consensualidade, cooperação, autonomia negocial coletiva e *iura novit curia*. 4. A construção de técnicas processuais: efetivação da participação e da representatividade adequada na função de atribuir sentido ao direito. 4.1. Contratualização do sentido do direito: análise em perspectiva comparada e brasileira quanto aos «acordos de direito aplicável». 4.2. O sentido do direito como objeto de contratualização: é possível negociar e contratar o conteúdo semântico dos textos normativos? 4.3. Limites na contratação do sentido do direito: hipóteses absurdas, preservação do valor da justiça, indisponibilidade e inderrogabilidade dos direitos e proibição de cooptação da jurisdição. 4.4. Legitimados para a contratação: *amici curiae* como fator de democratização das decisões judiciais e representação adequada da comunidade jurídica. 4.5. Aspectos procedimentais da contratualização: análise do faseamento procedimental e da ininterrupta fiscalização e homologação pela jurisdição. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

«A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)»

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997, p. 30-31..

1. INTRODUÇÃO

O direito é incerto. A linguagem jurídica é composta de textura aberta, o que implica a existência de uma *nova forma de conflito*, qual seja, aquele por meio do qual se disputa a interpretação e o sentido mais adequados dos textos normativos. Diante da equivocidade da linguagem jurídica, a jurisdição foi incumbida da função de editar precedentes judiciais formalmente vinculantes, por meio dos quais são realizadas escolhas quanto ao sentido mais adequado para o direito.

Todavia, em uma sociedade democrática, pluralista e aberta aos diversos intérpretes, não se pode admitir que a opção quanto ao sentido do direito se apresente arbitrária e incontrolavelmente discricionária e nem mesmo possa ser indesejada pelo consenso manifestado pela comunidade jurídica. Por esse motivo, a comunidade jurídica, enquanto legítima intérprete dos textos normativos, também deve participar, ainda que por representação, do processo de adscrição de sentido ao direito.

Nesse sentido, a realização de negócio jurídico processual para delimitação consensual das questões exclusivamente de direito em sede dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais se apresenta como alternativa capaz de democratizar e de tornar acessíveis os processos decisórios relativos à atribuição de sentido ao direito, compartilhando com a comunidade jurídica a realização da escolha jurídico-semântica.

Logo, esquadrinhado o problema, ao direito processual e aos seus estudiosos incumbe refletir e construir técnica processual que permita, com eficácia, a participação da comunidade jurídica na formação do precedente judicial. Supõe-se a possibilidade dos *amici curiae* se sub-rogarem na qualidade de representantes adequados da comunidade jurídica e, nessa condição, realizarem entre si negócio jurídico processual para delimitação consensual das questões de direito afetas à formação do precedente judicial, vinculando a jurisdição. O precedente judicial abandona sua matriz exclusivamente jurisdicional, para se tornar um precedente consensual.

A realização desse tipo de negociação processual tem como finalidade precípua e incondicional democratizar a atribuição de sentido ao direito mediante a obtenção de consensos, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, os processos decisórios devem estar acessíveis e ser compartilhados com a comunidade jurídica.

O artigo estrutura-se da seguinte forma: no segundo capítulo, demonstra-se a transição que ocorre entre a incerteza do direito e o

precedente judicial; o terceiro demonstra os fundamentos que justificam o compartilhamento do ato de escolha quanto ao sentido do direito; no quarto capítulo apresenta-se a construção da técnica processual que irá permitir a participação e a representatividade adequada na edição do precedente judicial, abordando questões referentes aos «acordos de direito aplicável», à possibilidade de negociar e de contratar o conteúdo semântico dos textos normativos, aos limites, aos legitimados e aos requisitos para a contratação do sentido do direito; em sede de conclusão almeja-se estabelecer as relações existentes entre as temáticas abordadas ao longo do estudo.

2. DA INCERTEZA DO DIREITO AO PRECEDENTE JUDICIAL: A REALIZAÇÃO DE ESCOLHAS JURISDICIONAIS QUANTO AO SENTIDO ADEQUADO DO DIREITO.

Os textos normativos dão ensejo a diversos conflitos interpretativos e, por isso, carecem de interpretação e de concretização¹. Em virtude da textura aberta da linguagem jurídica e da plurissignificação dos textos normativos, reconhece-se que o direito é constituído de

1 Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria afirmam, nesse sentido, que: «[...] il diritto è il luogo del disaccordo, del conflitto e della contrapposizione. In un certo senso si può anche affermare che il diritto stesso alimenti la conflittualità della vita sociale, poichè lo scontro delle opinioni e degli interessi è tanto più intenso ed esteso quanto maggiori sono le possibilità di comunicazione dei contendenti. Questo spazio comunicativo aperto è un'arena in cui i contendenti possono trovarsi faccia a faccia. Neppure bisogna credere che almeno le regole giuridiche siano preservate dalla conflittualità, perchè c'è disaccordo teoretico sulla loro individuazione e c'è disaccordo empirico sulla loro applicazione ai casi concreti [Dworkin, pp. 9-20].» VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 67-68.

vaguezas, de ambiguidades e de incertezas semânticas. Tal circunstância, inerente à ciência jurídica, implica a existência de múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao intérprete do direito, permitindo a disputa social pelo significado mais adequado a ser atribuído a determinado texto normativo.

O direito da atualidade se apresenta incerto², inerente à retórica³, composto por disposições linguísticas dúcteis⁴ e impossível de ser

2 Paolo Grossi assinala que as transformações ocorridas no modo de compreender e de se desenvolver o direito «[...] ha il proposito di delineare il trapasso da um'età di certezze, la modernità, a um'età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici.» GROSSI, Paolo. *Sulla odierna «incertezza» del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 933.

3 Segundo Chaïm Perelman, «O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente foi aceito. [...] Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis. Toda vez que deve arbitrar conflitos de opiniões, de interpretações, de interesses e de valores, o juiz procura soluções que sejam, a um só tempo, conformes ao direito e aceitáveis.» PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 554.

4 Gustavo Zagrebelsky assim se manifesta: «Se volessimo, in una parola del tutto approssimativa, indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l'immagine della mitezza. La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e intergrazione e, al contempo, non incompatibile, con la sua base materiale pluralista, richiede

maquinalmente calculado⁵, motivo pelo qual se pode concluir pela existência de um estímulo, dado pelo próprio ordenamento jurídico, à *liberdade do dissenso interpretativo*, próprio de sociedades plurais e democráticas.

Dada a equivocidade da linguagem jurídica e, consequentemente, a abertura do sistema jurídico para a multiplicidade de soluções possíveis, é necessário que os intérpretes do direito, se valendo dos seus respectivos horizontes hermenêuticos e de métodos interpretativos variados, realizem escolhas jurídico-semânticas dentre uma miríade de significados possíveis, ou seja, *escolhas quanto ao sentido mais adequado do direito*⁶.

che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere. Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto procedurale). Queste sono, alla fine, le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa.» ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 11.

- 5 Segundo Natalino Irti, «Questo calarsi e realizzarsi dei valori – che non può certo dirsi, al modo antico, ‘applicazione’ di una fattispecie astratta – è del tutto incalcolabile, sfugge a qualsiasi previsione e anticipazione. Un’oscura incognita irrompe nel calcolo degli individui e delle imprese. Applicando categorie weberiane, potrebbe forse concludersi che la crisi della fattispecie determina il passaggio o regresso dalla razionalità formale alla razionalità materiale – cioè, alla decisione giudiziale secondo ‘norme di dignità qualitativa diversa dalle generalizzazioni logiche di interpretazioni astratte’ –; o addirittura all’irrazionalità materiale; e dunque permette un minor grado o nessun grado di calcolabilità giuridica.» IRTI, Natalino. *Un diritto incalcolabile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 36-37.
- 6 Conforme explica Michele Taruffo: «Per un verso, la teoria analitica dell’interpretazione muove dalla premessa fondamentale per cui interpretare un enunciato normativo non significa descrivere ciò che esso significa ma

As escolhas fundadas em razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas não podem ficar limitadas apenas à resolução de um caso concreto. Essas escolhas semanticamente qualificadas devem ser, por questão de justiça e de segurança jurídica, dispersadas para todo o ordenamento jurídico e utilizadas como parâmetro para resolução de outros casos que possuam características fático-jurídicas similares⁷. Por esse motivo, é que, também nos países de *civil law*, passa a ser cada vez mais comum a instituição de um sistema de precedentes judiciais, capaz de propiciar que o sentido do

ascrivere ad esso un significato. Questo dunque non è mai 'dato' neppure implicitamente nella norma, ma è creato dall'interprete, che lo sceglie tra più significati possibili dello stesso enunciato in base a decisioni e a direttive d'interpretazione. Se ciò vale in generale, vale anche per il giudice, il quale interpretando la norma per applicarla al caso concreto non ne 'trova' un significato preesistente ma lo determina in funzione della decisione. L'attività decisoria non è dunque dichiarativa ma creativa di diritto, in quanto 'crea' e 'sceglie' il significato che alla norma viene di volta in volta attribuito.» TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 75.

- 7 Em outra oportunidade já se pôde reconhecer «[...] que a jurisdição, além de ser fator essencial à efetivação dos direitos, é alocada no quadro de fonte primária do direito, o que intensifica sobremaneira o seu caráter reconstitutivo e semanticamente enriquecedor, outrora jungido simplesmente à edição da norma reguladora do caso concreto. A prestação jurisdicional, nesse aspecto, é direcionada à composição e à integração do ordenamento jurídico, por meio da explicitação de razões relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas. A jurisdição exercida na formação de precedentes avigora-se como técnica de tutela não só de direitos subjetivos, discutido entre partes, mas também e especialmente, revela-se técnica de proteção e de conformação do próprio ordenamento jurídico, considerado em sua integridade, predispondo-se ao alcance de níveis cada vez mais elevados de unidade e de coerência». FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. Tirant lo Blanch, 2021, p. 169.

direito seja irradiado para outras instâncias jurisdicionais e aplicado em casos concretos similares⁸.

Logo, pode-se afirmar que as razões jurídicas contidas no precedente judicial representam a *escolha realizada pela jurisdição quanto ao sentido adequado do direito*, dentre as diversas variantes semânticas existentes⁹. Por essa razão, reconhece-se que a jurisdição passa a exercer, em colaboração com a legislação, a *tutoria do ordenamento jurídico*, por intermédio de pronunciamentos jurisdicionais altamente qualificados¹⁰.

-
- 8 Para caracterização do estado da arte quanto ao sistema de precedentes judiciais vigente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as justificativas para tal escolha política, confira, com especial destaque: MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103-116; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-41; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 332-339.
- 9 A jurisdição passa, portanto, a cumprir o relevante múnus de *tutora do ordenamento jurídico*, na medida em que, conforme já se pôde ressaltar, «O precedente judicial passa, então, a atuar mediante nomofilaquia e, nessa medida, a exercer a função de tutor do ordenamento jurídico, prestando tutela jurisdicional ao significado extraível dos textos normativos. A nomofilaquia conferida pelo precedente judicial decorre da irreversível pluralidade semântica da linguagem jurídica, exigindo que os órgãos colegiados do Poder Judiciário, especialmente os Tribunais Superiores, realizem, mediante procedimento argumentativo intersubjetivamente controlável, a interpretação dos textos normativos, conferindo-lhes sentido axiológica e juridicamente adequado.» FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial*: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 152.
- 10 Nesse sentido, implica reconhecer que «a jurisdição deixa o lugar que sempre lhe foi relegado, de tutela da lei, para ser promovida ao posto de tutora do ordenamento jurídico, no qual exerce a função de outorga de sentido

Constata-se, portanto, que, em virtude da ductibilidade e da incalculável incerteza quanto ao conteúdo jurídico-semântico dos textos normativos, faz-se necessária a realização de escolhas quanto ao sentido mais adequado do direito, o que se dá por meio do processo jurisdicional e da edição do precedente judicial. A tutela jurisdicional prestada mediante precedente tem a finalidade de permitir a progressiva diminuição da incerteza do direito, bem como promover o enriquecimento hermenêutico do ordenamento jurídico, agregando parcelas de significados originariamente novas¹¹.

3. COMPARTILHAMENTO DO ATO DE ESCOLHA QUANTO AO SENTIDO DO DIREITO: CONSENSUALIDADE, COOPERAÇÃO, AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E *IURA NOVIT CURIA*

Conquanto as escolhas jurídico-semânticas sejam realizadas a partir do horizonte hermenêutico do intérprete, não se pode admitir, em uma sociedade democrática, pluralista e aberta aos diversos intérpretes, que a opção quanto ao sentido do direito se apresente, sob qualquer prisma, arbitrária, subjetiva ou autoritária e, nem mesmo, que essa escolha seja realizada em desconformidade com o *consenso* explícito e autonomamente alcançado pela comunidade jurídica¹².

ao direito, o qual opera mediante a reconstrução dos significados contidos nos textos normativos e a conjugação com categorias fáticas minimamente abrangentes». FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. São Paulo: Tirant loBlanch, 2021, p. 197/198.

11 FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 196/197.

12 A designação da expressão «comunidade jurídica» indica duas perspectivas distintas, mas complementares: *i.* quer, primeiramente, indicar a exis-

Trata-se, portanto, de impedir que o precedente judicial seja pautado por escolhas semânticas antidemocráticas e, igualmente, de impedir a realização de escolhas expressamente não desejadas pela comunidade jurídica. Na primeira hipótese, ao se rejeitar o autorita-

tência de um espaço comunicativo, no qual os consensos minimamente estáveis são produzidos, desenvolvidos e reiterados no desenrolar das gerações dos juristas; ii. a expressão também compreende, além disso, o trabalho hermenêutico desenvolvido por todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo de concretização do direito, o que acaba por englobar as figuras do pesquisador, do legislador, do administrador, do doutrinador e do julgador. Nesse sentido, Peter Hårbele, ao discorrer sobre a interpretação pluralista da Constituição, considera a abertura do processo de interpretação, afastando qualquer forma de submissão ou sub-representação. Ao contrário, a interpretação é realizada pela sociedade aberta de intérpretes, que é composta, de acordo com o catálogo sistemático elaborado pelo autor: pelas funções estatais de jurisdição, de legislação e de administração; pelos participantes do processo de decisão, abarcando as partes processuais, outros participantes do processo, associações e partidos políticos, grupos de pressão organizados; pela opinião pública democrática e pluralista e pelo processo político como grandes estimuladores, integrado por imprensa, rádio, televisão, jornalismo profissional, expectativas dos leitores, iniciativas dos cidadãos, as associações, partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, pedagogos e associações de pais; pela doutrina constitucional. A partir da abertura à interpretação da Constituição, se faz necessário formular um conceito mais amplo de hermenêutica: «Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.» HÅRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «precedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997, p. 20-23 e p. 15, respectivamente.

rismo semântico, implementa-se a prática de verdadeiro intercuro linguístico, por meio do qual a comunidade jurídica é convocada a participar das deliberações públicas e estimulada a construir consensos semânticos válidos e racionais. Na segunda hipótese, ao se repudiar sentidos indesejados pela comunidade jurídica, autoriza-se a vinculação da atividade jurisdicional, em *graus ideais*, ao consenso expressado pela comunidade jurídica, de modo que as várias opções de sentido sejam obrigatoriamente levadas em consideração para a adequada construção do significado do direito.

É imperativo que se reconheça à comunidade jurídica poderes suficientemente capazes de vincular – em nível otimizado de utilidade, de adequação, de razoabilidade e de proporcionalidade – a atividade jurisdicional, bem como que se permita que os destinatários do texto judicial participem ativamente da escolha quanto ao sentido outorgável ao direito, quando da confecção do precedente judicial, ainda que essa participação se dê por representação. A necessidade de ampliação da intervenção dos integrantes da comunidade jurídica se deve ao reconhecimento de que a atribuição de sentido aos textos normativos não se trata de um trabalho possível de ser realizado individualmente, mas, antes, decorre da cooperação de todos os sujeitos que integram a comunidade jurídica¹³.

13 De acordo com Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, «La dialogicità deve muoversi alla ricerca di una comune misura intersoggettiva di razionalità, che tenga conto delle differenze e delle situazioni particolari. La razionalità non è più, infatti, appannaggio di un singolo soggetto individuale – il solo legislatore, il solo giudice – ma configura un lavoro articolato, che ha bisogno della collaborazione di una pluralità di soggetti, e che giustamente, per vedere riconosciute le proprie buone ragioni, non può più riferirsi ad un'unica, esclusiva ragione, capace di dar conto di tutto.» Em outra oportunidade, os referidos autores assim pontuam: «Per la filosofia ermeneutica il discorso non serve soltanto a comunicare le intenzioni dei partecipanti, ma soprattutto a tessere una forma di vita comune. [...] La determinatezza

A obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido dado ao direito se funda em quatro pilares interdependentes, que ingressam na compreensão do direito processual civil moderno: *i.* a inserção da *consensualidade* na construção das decisões jurisdicionais; *ii.* a expressa adoção do *princípio da cooperação* como modelo processual, a irradiar efeitos extraprocessuais e alcançar sujeitos outros que não somente as partes e o juiz; *iii.* o reconhecimento do poder jurígeno da *autonomia negocial coletiva*, manifestada pela comunidade jurídica; *iv.* a severa mitigação e ressignificação da máxima *iura novit curia*.

O primeiro pilar que sustenta a obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido adscrito ao direito se trata da inserção da *consensualidade* na construção das decisões jurisdicionais. A consensualidade não afeta apenas a estruturação do direito processual civil, mas, ao contrário, alcança todo o sistema jurídico, a fim de determinar a conformidade, o acordo ou a concordância de ideias e de opiniões na formação do direito, na sua interpretação e aplicação aos casos concretos, dentro ou fora do sistema de justiça. A ideia de consensualidade pressupõe, portanto, a comunicação, a linguagem e o diálogo como instrumentos imprescindíveis para que os indivíduos possam alcançar graus ideais de harmonia e de conciliação, viabilizando a construção de decisões coletivas que abarquem e beneficiem a todos¹⁴. No atual paradigma, a concepção do direito se

del significato sarà, invece, il risultato dell'interazione comunicativa e degli atti partecipativi. Infatti – come abbiamo visto – il diritto, in quanto la 'cosa' di cui il testo legale parla, è segnato dall'indeterminatezza.» VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 194 e p. 452, respectivamente.

14 Ao propor a teoria do agir comunicativo, Jürgen Habermas apresenta uma proposta de democracia que trabalha o pluralismo social e viabiliza a

revela, assim, menos autoritária e mais democrática, de menor obediência estrita a textos normativos abstratos e de maior reconhecimento e aceitabilidade jurídico-argumentativos¹⁵.

Esse ideário de conciliação e de concordância racional entre os indivíduos¹⁶ também passa a permear o direito processual civil, esti-

construção de decisões coletivas por meio da linguagem e do diálogo. De acordo com o referido autor, «Somente o modelo comunicativo de ação pressupõe a linguagem como um médium de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações.» HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 183-184.

15 Jürgen Habermas argumenta que «[...] o agir comunicativo não constitui apenas um processo de entendimento e que os atores, ao mesmo tempo que se entendem sobre algo no mundo, tomam parte em interações que lhes permitem formar, confirmar ou renovar sua própria identidade e sua pertença a grupos sociais. As ações comunicativas não constituem apenas processos de interpretação em que um saber cultural é submetido a um 'teste no mundo'; elas significam também processos de socialização e de integração social. E neste caso o mundo da vida é 'testado' de um modo inteiramente diferente: pois os testes não se medem imediatamente por pretensões de validade criticáveis, ou seja, segundo critérios de racionalidade, mas segundo critérios de solidariedade entre os membros e segundo o critério da identidade do indivíduo socializado.» HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 255.

16 De acordo com Marcus Vinícius Mendes do Valle, «Pela interconexão entre os conteúdos e estudos trazidos a exame neste trabalho, mostra-se, portanto, possível confirmar a hipótese estudada de que na contemporaneidade, vem ocorrendo a reconstrução da dogmática jurídica à luz da consensualidade, em bases hermenêuticas jurídico-concretistas e principiológicas, expressas por uma participação cooperativa das pessoas, na superação de

mulando os indivíduos a participarem ativamente de todas as fases que integram o procedimento, construindo consensos com os demais integrantes da relação jurídico-processual e influenciando diretamente o julgador na construção da norma que irá solucionar, concretamente, determinada controvérsia, efetivando a democracia deliberativa também no ambiente do processo jurisdicional¹⁷.

Ademais, importante ressaltar que o Código de Processo Civil brasileiro, ao mesmo tempo em que assegura o acesso ao sistema de justiça, também elenca como norma fundamental a solução consensual dos conflitos¹⁸. Importante perceber que a «solução consensu-

conflitos e na identificação de soluções jurídicas melhor alinhadas às necessidades da vida, em uma sociedade complexa, pluralista, multifacetária e globalizada.» VALLE, Marcus Vinícius Mendes do. *Hermenêutica, direito e consensualidade: principiologia e reconstrução da dogmática jurídica à luz da consensualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022, p. 251.

- 17 Érico Andrade faz as seguintes observações: «Por conseguinte, a jurisdição, como integrante do organismo estatal como um todo, permeado pelo direito público, se impregna das novas possibilidades que gravitam na base desse conjunto, como a necessidade de maior abertura para a consensualidade e atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade. Atualmente, o Estado e o direito público têm sido invadidos pela ideia da consensualidade: revê-se a atuação imperativa do poder público, a fim de buscar maior consenso com os cidadãos, inclusive como técnica para alcançar enquadramento mais democrático da atuação estatal, não mais permeada pela perspectiva democrática apenas para a escolha dos ocupantes do poder estatal, mas sim em busca da evolução para a democracia administrativa.» ANDRADE, Érico. A «contratualização do processo». In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48-49.
- 18 Dispõe o Código de Processo Civil: «Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.» BRASIL. *Código*

al dos conflitos» não exclui, todavia, os *conflitos semânticos*, os quais possuem igual relevância jurídica e dispõem de técnicas processuais específicas para sua resolução, quais sejam, os procedimentos de formação de precedentes judiciais. O paradigma da consensualidade também alcança esses conflitos semânticos, reclamando a participação de todos os interessados na construção das decisões judiciais, a fim de legitimar o exercício do poder¹⁹ e de permitir a autogestão negociada da função normativa²⁰.

de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

19 Manuel Atienza, ao traçar paralelo entre a força e o consenso, elucida que para que o direito «[...] seja eficaz é necessário também uma consciência, mais ou menos generalizada, de que o poder que se exerce é um poder legítimo, de que existe uma justificação para obedecer aos comandos da autoridade. Se assim não fosse, o exercício do poder resultaria extremamente difícil e, a longo prazo, impossível de manter.» ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 115.

20 A expressão é utilizada por Fabio Ciaramelli, ao discorrer sobre o pluralismo jurídico e as formas descentralizadas de produção de consenso: «Nel dispositivo concettuale della democrazia il fondamento dell'obbedienza alle leggi si radica nell'istituzionalizzazione del modo di produzione normativa. A questo livello di profondità, la legittimazione democratica e l'immaginario giuridico si sovrappongono. Senza l'auto-limitazione giuridica dell'istituzione sociale non sarebbe effettivamente possibile la tutela di tutti i consociati, i quali, viceversa, dall'istituzionalizzazione del diritto ricevono garanzie che rendono possibile la loro partecipazione attiva all'autodeterminazione della società. Sono proprio queste caratteristiche della legittimazione democratica, concettualizzate nella filosofia moderna, che stanno venendo meno nella fase attuale. In luogo di un controllo sociale centralizzato e gerarchizzato, espletato essenzialmente dalla legislazione statale, ci si orienta sempre più verso un'autogestione diffusa e negoziata della

O segundo pilar que concede suporte teórico à obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido dado ao direito se refere à introdução do *modelo cooperativo de processo*, se afastando, portanto, dos extremismos dos sistemas adversarial e inquisitivo. O modelo cooperativo de processo, estatuído enquanto norma fundamental, determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, por meio da lógica argumentativa²¹, instituindo verdadeira e legítima comunidade de trabalho²². Em decorrência do princípio da cooperação, tanto o procedimento instaurado, quanto o provimento jurisdicional obtido ao final das etapas

funzione normativa.» CIARAMELLI, Fabio. *Consenso sociale e legittimazione giuridica*: lezioni di filosofia del diritto, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 207.

- 21 Para Daniel Mitidiero, no modelo cooperativo de processo, «Indivíduo, sociedade civil e estado acabam por ocupar assim posições coordenadas – o que dá lugar a uma *relação de cooperação*. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica *argumentativa*. O *contraditório* recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes [...]» MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 102.
- 22 Dierle Nunes aponta que «O estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade.» O autor ressalta, ainda, que, «Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.» NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212 e p. 215, respectivamente.

procedimentais, devem espelhar a atuação realizada pelas partes e pelo juiz²³.

Desvanece-se, desse modo, o protagonismo de quaisquer dos sujeitos processuais²⁴, que passam a integrar uma genuína comunidade de trabalho e, a partir desta empresa comum, desempenham suas atividades processuais em prol do melhor rendimento do processo e da obtenção da mais efetiva e justa decisão de mérito. Dessa forma, as questões de direito relevantes para a formação do precedente judicial deverão ser previamente submetidas ao escrutínio da comunidade jurídica, que poderá apresentar manifestações capazes de influenciar o órgão julgador, colaborando com a construção do provimento jurisdicional. Em outras palavras implica reconhecer que os representantes adequados da comunidade jurídica devem cooperar para obtenção do sentido mais adequado a ser atribuído ao direito, especialmente no âmbito da formação dos precedentes judiciais, tendo-se em vista

23 Conforme destacado por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, «O Estado desempenha a função jurisdicional em cooperação com uma ou com ambas as partes envolvidas no conflito, segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo.» CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 14/15.

24 Segundo Marcelo Veiga Franco, «[...] está superada a ideia de órgão julgador como o único centro decisório (unicentrismo), já que, com base no princípio da cooperação processual e na tridimensionalidade do contraditório, também as partes possuem a prerrogativa de influir nos resultados advindos do exercício da função jurisdicional (poli-centrismo).» FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo*. Revista de Processo online, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.

que a escolha jurídico-semântico irá se espalhar, munida de eficácia vinculante, por todo o ordenamento jurídico.

O terceiro pilar que concorre para justificar a obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica na formação do precedente judicial diz respeito ao reconhecimento do poder jurígeno da *autonomia negocial coletiva*, por meio da negociação de interesses coletivos. O direito processual civil é condicionado pela autonomia negocial na medida em que o ordenamento jurídico reconhece e valida o poder jurígeno da manifestação de vontade das partes²⁵.

Em plena compatibilidade com o modelo do justo processo²⁶, a autonomia negocial passa a conformar a estrutura do processo, de modo a autorizar que as partes, por meio da manifestação de sua vontade e observados alguns requisitos, estipulem mudanças no procedimento e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades

25 Conforme explica Pietro Perlingieri, a autonomia negocial pode ser descrita como: «Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios.» PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

26 Remo Caponi afirma que: «Un'ultima osservazione: dalla previsione costituzionale del giusto processo 'regolato dalla legge' (art. 111 Cost.) non si può desumere in apicibus una indicazione contraria ad una equilibrata estensione dell'incidenza dall'autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l'efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.» CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, Referência: v. 62, n. 3, p. 99–119, sett., 2008, p. 117.

e deveres processuais, antes ou durante o processo²⁷. A autonomia negocial passa, assim, a ser concebida como fator de produção do direito, na medida em que pressupõe o alcance de níveis otimizados de consenso quanto à estruturação e à forma do processo e do provimento, na medida em que se pressupõe que as partes são as melhores gestoras da relação jurídica processual da qual fazem parte²⁸.

A autonomia negocial não se restringe, no entanto, a manifestações de sujeitos individualmente considerados e nem mesmo se resume a interesses meramente particulares. Ao contrário, atualmente se reconhece a capacidade da autonomia negocial de também regular interesses afetos à toda comunidade, considerados em perspectiva coletiva, plural e socialmente difundida²⁹. Por meio da autonomia ne-

27 Dispõe o Código de Processo Civil: «Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.» BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

28 Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto, a autonomia privada «[...] permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores.» AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*. Revista de informação legislativa. referência: v. 26, n. 102, p. 207–230, abr./jun., 1989, p. 213.

29 Pietro Perlingieri assim descreve a face coletiva da autonomia negocial: «A autonomia coletiva designa, inversamente, o poder mais específico recon-

gocial coletiva se torna possível, portanto, a participação da comunidade jurídica na formação e na construção do sentido adequado a ser atribuído ao direito, na medida em que se reconhece poder jurígeno das manifestações de todos os integrantes da sociedade³⁰, ainda que essa participação e manifestação se deem por representação. Nesse sentido, por intermédio da autonomia negocial coletiva, todos os integrantes da comunidade jurídica podem atuar, mediante adequada representação, na construção de decisões coletivas e participativas³¹, inclusive da construção do precedente judicial.

hecido ou atribuído aos entes ditos exponenciais de regular interesses das categorias profissionais ou sociais que eles representam. [...] Portanto, para a distinção entre autonomia 'individual' e 'coletiva', o que importa não é a estrutura do sujeito agente (indivíduo ou ente), mas sim o tipo de interesse a ser regulado. Assim, enquanto a autonomia coletiva, por sua natureza intrínseca, certamente não compete ao sujeito-indivíduo, a autonomia chamada individual deve ser conhecida não apenas a este último, mas também ao sujeito-ente, o qual a exerce em razão do tipo de interesse a ser regulado.» PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422-423.

30 Em outra oportunidade, Pietro Perlingieri menciona que, «Nesta perspectiva, deve ser conduzido o exame paralelo entre autonomia privada e autonomia coletiva. A auto-regulamentação, que em uma visão individualista tinha sido atribuída ao sujeito como tal, ao poder da vontade individual, refere-se ao poder do grupo (não somente sindical, como frequentemente se crê) organizado como instrumento, como formação social, para tornar possível a participação de todos na vida do país e favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa.» PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 281.

31 Segundo explicitado por Dorothee Susanne Rudiger Verona, «Pluralismo significa o reconhecimento às partes sociais um direito de tutela dos próprios interesses conflitantes, compostos, não por um ato de autoridade, mas sim, 'como encontro dos interesses e das vontades das partes coletivas'. O pluralismo justifica, portanto, a criação de um ordenamento intersindical não reconduzível somente às normas jurídicas do Estado'». Em outra

O quarto pilar que justifica a obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido do direito se relaciona à mitigação da máxima *iura novit curia*, que, na atualidade, deve ser compreendida como garantia de prestação de tutela jurisdicional adequada aos direitos e não como absolutismo jurídico.

Num modelo de processo que se funda em bases cooperativas, não se pode admitir que o órgão julgador detenha ampla e irrestrita liberdade para significar o direito. Contrariamente à visão do absolutismo jurídico-semântico, constata-se que, no modelo do justo processo, a máxima *iura novit curia* foi ressignificada, funcionando, em verdade, como uma garantia de prestação de tutela jurisdicional adequada aos direitos e não como instrumento de opressão semântica.

A derrogação do monopólio da jurisdição quanto aos significados do direito, bem como a absoluta inaplicabilidade do brocardo *in claris cessat interpretatio*³², licencia às partes para que possam atuar

passagem, a mencionada autora argumenta que a «Autonomia privada coletiva significa o poder, reconhecido aos grupos sociais, de regerem seus interesses coletivos. Esse ‘poder é vinculado à realização dos interesses do grupo, apesar de estar relacionado à natureza desses interesses, coletivos, mas ainda privados, a atividade externa do grupo acaba sendo livre tendo como único limite o respeito dos interesses verdadeiramente públicos’. O interesse coletivo é indivisível. Pertence a uma pluralidade de pessoas e é idôneo de satisfazer as necessidades não dos indivíduos, mas do grupo como um todo. Por ser interesse de uma coletividade organizada, implica, portanto, na subordinação dos interesses individuais dos membros da coletividade.» VERONA, Dorothee Susanne Rudiger. *A Teoria da autonomia privada coletiva: do direito sindical ao direito dos grupos intermediários*. Revista dos tribunais, v. 85, n. 727, p. 17–28, maio, 1996, p. 18 e p. 20, respectivamente.

- 32 O significado da expressão é ofertado por Carlos Maximiliano, ao apontar as seguintes críticas: «*Disposições claras não comportam interpretação – verdade axiomática, dominadora absoluta dos pretórios há meio século;*

nos espaços de incerteza quanto ao sentido atribuível às questões de direito relevantes para a formação do precedente judicial. Os poderes do juiz quanto às questões de direito se encontram limitados pela vontade dos sujeitos processuais, que passam a também participar da delimitação das questões de direito, apresentando os significados que entendem mais adequados à constituição do precedente judicial.

São essas – a consensualidade, o princípio da cooperação, a autonomia negocial coletiva e a ressignificação da máxima *iura novit curia* –, as bases jurídicas capazes de fundamentar a obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido dado ao direito. Dessa forma, deve ser buscada, no âmbito de um processo jurisdicional verdadeiramente cooperativo, a *virtuosidade do consenso interpretativo*, presente nas sociedades plurais e democráticas.

A partir dos mencionados referenciais teóricos, faz-se necessário repensar e reconstruir as técnicas processuais já existentes no di-

afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes na atualidade.» Para o autor, «A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto. Não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermeneuta precisamente adaptar o texto rígido aos factos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevistos. Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elastério, alcance, ductibilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém, contínuas, da evolução.» MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 46 e p. 49, respectivamente.

reito positivado, com a finalidade de permitir que, nos procedimentos de formação de precedentes judiciais seja autorizado que os diversos sujeitos processuais exerçam determinado *grau ideal de vinculação da atividade jurisdicional quanto à qualificação jurídica dos conflitos*. A jurisdição, afinal, não é a única semanticista do direito, mas também deve interagir, em regime de cooperação, com os demais intérpretes, aplicadores do direito e integrantes da sociedade. No Estado Democrático de Direito, além disso, os processos decisórios devem estar acessíveis e ser compartilhados com a comunidade jurídica, inclusive os processos jurisdicionais de aperfeiçoamento semântico do direito, aqui compreendidos como os procedimentos de formação de precedentes judiciais.

A proposta ora apresentada encaminha-se, portanto, em dois sentidos paralelos e comunicantes: *i*. primeiramente, tornar o sistema de formação de precedentes acessível à comunidade jurídica, ambiente no qual ela teria oportunidade de manifestação e do efetivo exercício de influência, ainda que por representação; *ii*. secundariamente, outorgar poder normativo à vontade manifestada pela comunidade jurídica, ou seja, de certificar e de validar o poder jurígeno do consenso alcançado quanto ao sentido a ser adscrito ao direito, manifestado por meio da autonomia negocial coletiva.

A consecução da proposta e de seus objetivos acima apontados perpassa pela utilização de técnica processual similar, já prevista no próprio direito positivo brasileiro, qual seja, a realização de *convenção processual atípica para delimitação consensual das questões de direito em sede da formação do precedente judicial*³³, conforme autorização contida

33 Antonio do Passo Cabral, sob outro enfoque, averiguou, em interessantíssimo estudo, a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, para modificação do procedimento. No mencionado estudo, o referido autor, admitindo a pos-

no artigo 190 e no §2º do artigo 357, ambos do Código de Processo Civil³⁴.

sibilidade de negociação, ressalta que «Não cabe uma euforia que admite qualquer tipo de autocomposição sobre o processo ou a conclusão exagerada de que, pelo interesse público, presente nos incidentes, nenhuma oportunidade haveria para o autorregramento formal das partes. Nesse quadro, o espaço permitido à negociação deve ser buscado no desenho legislativo de tais procedimentos, no tipo de negociação jurídico processual e no objeto que as partes pretendem regular.» CABRAL, Antonio do Passo. *Autocomposição e litigância de massa: negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos*. Revista de processo, v. 47, n. 325, p. 479–498, mar., 2022, p. 494.

- 34 Dispõe o Código de Processo Civil: «Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.» «Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. §1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. §2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.» BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www>

4. A CONSTRUÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS: EFETIVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO E DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA FUNÇÃO DE ATRIBUIR SENTIDO AO DIREITO

Reflexionar a interpretação que se faz sobre o direito a partir da consensualidade, implica, necessariamente, reconhecer a existência de dissenso interpretativo no âmbito de sociedades que albergam valores plurais e se fundam em matriz democrática. A partir desse pressuposto – qual seja, da existência de constante *luta pela significação do direito* ou, ainda, da constante *pulsão por significação do direito* –, a comunidade jurídica utiliza deve construir consensos minimamente estáveis e compartilháveis entre os atores comunicativos, instituindo bases efetivas e de maior legitimação da regulação normativa a ser alcançada.

No processo comunicativo, os representantes adequados da comunidade jurídica, em igualdade de condições e sem coações, devem ter oportunidade de falar, de ouvir, de argumentar racionalmente, de entender, de propor, de negociar, de aceitar e de acordar, tudo dialeticamente desenvolvido para tentar alcançar um consenso que seja minimamente consentido e compartilhado. É preciso insistir: a partir do agir comunicativo se mostra possível construir base racional fundada no entendimento coletivo, visando o encontro de consensos mínimos sobre o significado do direito, os quais, posteriormente, deverão exercer certo grau de vinculação ideal quanto à atividade jurisdicional de conjuração dos precedentes judiciais.

A negociação processual para delimitação consensual das questões de direito subjacentes à formação do precedente judicial se apresenta, portanto, como mecanismo adequado para que a comunidade jurídica,

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

por meio de seus representantes adequados, possa dialogar sobre o sentido apropriado do direito e construir consensos interpretativos a partir do natural dissenso semântico que emana dos textos normativos. Em outras palavras, implica reconhecer que, a partir do agir comunicativo, esse tipo de convenção processual irá representar o fórum propício para o intercâmbio linguístico, tornando possível o mútuo entendimento e a cooperação entre os representantes da comunidade jurídica.

A plena inserção das garantias constitucionais nos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais, acompanhado da outorga de poderes adequados aos sujeitos processuais para a negociação processual, tem as funções de, conforme já anteriormente ressaltado: *i.* por um lado, obstar que a outorga de sentido ao direito seja realizada de forma solipsista e sem a efetiva participação da comunidade jurídica; *ii.* por outro lado, promover a construção semântica do direito de forma plural e democrática, com a consideração de todas as nuances social, política, cultural, axiológica e jurídica, que somente poderão ser narradas pelos atores, praticantes e viventes da-quele recorte da realidade.

Constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona a possibilidade de realização de negócio jurídico processual quanto à delimitação consensual das questões de direito subjacentes à formação da tese jurídica contida no precedente judicial, por meio da atuação de representantes adequados da comunidade jurídica. O fundamento jurídico-positivo para tal assertiva se encontra centrado no regime democrático de direito (artigo 1º da CR-88) e no compromisso estatal de promover a solução consensual dos conflitos (§2º do artigo 3º do CPC-15), bem como na abertura para a realização de negócios processuais atípicos (artigo 190 do CPC-15) e na existência de negócio processual típico análogo (§2º do artigo 357 do CPC-15), com a ampla possibilidade de serem atribuídos poderes aos *amici curiae* para realização, entre si, dessa modalidade de negociação processual (§2º do artigo 138 do CPC-15). Além disso, os fundamentos jurídico-teóricos que sustentam

a referida convenção processual centram-se na obtenção de consensos entre os representantes da comunidade jurídica por meio do agir comunicativo³⁵, bem como na sociedade aberta dos intérpretes do direito³⁶.

Realizadas essas considerações, se apresenta oportuno apresentar as justificativas de ordem procedimental que atestam a viabilidade científico-jurídica desse tipo de negociação processual, frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Importante, registrar que os fundamentos adiante apresentados não possuem a finalidade de exaurir a temática, constituindo ponto de partida para a realização de outros estudos e aprofundamentos. Os argumentos formulados têm o intuito, portanto, de demonstrar, sumariamente: *i.* a receptividade sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro quanto a esse tipo de negociação processual; *ii.* o objeto, os limites, os requisitos e os legitimados para realização desse negócio jurídico processual; *iii.* a finalidade desse tipo de negociação processual, democratizando a atribuição de sentido ao direito.

4.1. *Contratualização do sentido do direito: análise em perspectiva comparada e brasileira quanto aos «acordos de direito aplicável»*

Atualmente, é possível identificar a tendência de se conferir poder às partes para que realizem ajustes quanto à qualificação jurídica

35 Confira, nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012; HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

36 Vide, sobre a temática: HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

dos fatos, ou seja, para que possam estipular *acordos quanto ao direito aplicável*, vinculando o juiz quanto a balizas jurídico-semânticas previamente estabelecidas. Essa modalidade de negociação se refere, portanto, às questões de direito relevantes para a prolação da decisão judiciais, a fim de especificar quais seriam os estatutos e os respectivos sentidos possíveis e mais adequados para a resolução da controvérsia instaurada, bem como quais seriam aqueles significados impossíveis e inadequados para a resolução daquela determinada *fattispecie*³⁷.

Sob a perspectiva do direito comparado, destaca-se a outorga de poderes às partes para estipularem acordos que especificam o direito aplicável ao caso, bem como a interpretação que deve ser dada àquele determinado conjunto de textos normativos: *i.* o ordenamento jurídico francês autoriza que as partes vinculem o juiz à denominação e aos dispositivos legais estabelecidos no acordo, relativamente aos direitos disponíveis, limitando o debate dos sujeitos processuais e a qualificação jurídica dada pelo juiz a determinados pontos devidamente delimitados³⁸; o *Model European Rules of Civil Procedure*,

37 Sobre o tema, na perspectiva do processo individual, confira o seguinte texto, a partir do qual se origina boa parte das ideias apresentadas nesse capítulo: FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Autogestão normativa no processo civil brasileiro*: limites e possibilidades da contratualização do sentido do direito por meio de «acordos de direito aplicável». *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1028, p. 265–306, jun., 2021.

38 Conforme expressa disposição contida no *Code de procédure civile*: «Article 12. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de

elaborado pelo *European Law Institute* – ELI – em pareceria com o *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT –, expressamente consagra disposição que autoriza às partes definirem as questões jurídicas que irão fundamentar o debate judicial³⁹; iii. a tradição jurídica italiana consolidou a possibilidade de realização de negócio jurídico atípico, denominado *negozio di accertamento*, por meio do qual as partes delimitam o conteúdo semântico e interpretativo de negócio jurídico anterior, especificando quais são os sentidos possíveis e também quais são as interpretações inadmissíveis referentemente às cláusulas contratuais realizadas e que comportam dúvidas quanto aos seus exatos limites obrigacionais⁴⁰.

statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.» FRANÇA. Code de procédure civile. Paris: Congrès Français, 1976. Disponível: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

- 39 Conforme expressa previsão regulamentar: «Rule 26. Applicable law. (1) While taking account of any applicable special provisions, the parties may present legal arguments supporting their claim or defence. (2) The court must determine the correct legal basis for its decision. This includes matters determined on the basis of foreign law. It may only do so having provided the parties a reasonable opportunity to present their arguments on the applicable law. (3) Where parties are free to dispose of their rights, they may agree on the legal basis of the claim or on specific issues in the claim. Such an agreement must be explicit and must, even if it was made before commencement of the proceedings, be set out in the pleadings. The agreement binds the court.» ELI-UNIDROIT. *Model european rules of civil procedure: from transnational principles to european rules of civil procedure*. 2020. Disponível: <<https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- 40 Stefano D'Andrea elucida que «La 'fattispecie atipica' del negozio di accertamento contiene, tra i suoi elementi, una *decisione* volta a porre fine ad una situazione di incertezza. La fattispecie contiene anche una *dichiarazione di scienza* – un giudizio – che ha ad oggetto il mondo delle situazioni

Noutra perspectiva, reconhece-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação do Código de Processo Civil vigente, bem como da existência de outros dispositivos recentemente incluídos na legislação extravagante, passou a permitir, com maior ênfase, que as partes estipulem negócios jurídicos por meio dos quais especificam o direito aplicável ao caso, bem como delineiam a interpretação que deve ser atribuída à base jurídica de seus arrazoados⁴¹.

O ordenamento jurídico brasileiro contém instrumentos jurídicos que permitem que os indivíduos e também a própria Administração Pública, nos limites da disponibilidade e da derogabilidade dos direitos: *i.* pactuem regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei⁴²; *ii.* cele-

giuridiche soggettive, una dichiarazione che assevera l'esistenza e la consistenza, o l'inesistenza, di una situazione giuridica soggettiva. Il negozio di accertamento, infatti, è il negozio con il quale le parti pongono fine ad una situazione di incertezza, per mezzo di una *decisione conforme al giudizio* sulla situazione giuridica.» D'ANDREA, Stefano. *Sul problema del negozio atipico di accertamento*. Rivista di diritto civile. Imprinta: Padova, A. Milani, v. 46, n. 1, p. 31-62, genn.-febr., 2000, p. 35.

41 Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral esclarece que «A tradição do direito brasileiro parece aceitar que exista um interesse legítimo para as pessoas em buscar certificar esses efeitos, e de alguma forma, obter maior certeza na sua esfera jurídica. [...] Mas o ordenamento jurídico deve colocar à disposição dos indivíduos diversos instrumentos para atribuir-lhes segurança de orientação, não apenas reativos e litigiosos, como é a tutela jurisdicional declaratória, mas também preventivos, numa perspectiva *ex ante*, e cooperativos/consensuais, e aí entra em cena o negócio jurídico como mecanismo adequado.» CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação: introdução, objeto e limites*. Revista de direito civil contemporâneo, v. 8, n. 29, p. 89–145, out./dez., 2021, p. 112-113.

42 De acordo com a previsão contida no Código Civil, com inclusão realizada pela Lei de Liberdade Econômica de 2019: «Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua

brem compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público⁴³; *iii*. delimitem consensualmente as ques-

celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; [...] V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. [...] §2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.» BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

- 43 Segundo prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: «Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.» BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

O dispositivo acima mencionado foi devidamente regulamentado pelo Decreto de nº 9.830/2019: «Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições: I - após oitiva do órgão jurídico; II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e III - presença de razões de relevante interesse geral. [...] §2º O compromisso: I - buscará solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - não poderá conferir

tões de fato e de direito relevantes para a decisão do mérito, vinculando as partes e o juiz, caso seja judicialmente homologada⁴⁴.

Especificamente quanto à negociação para delimitação consensual das questões de direito, importante registrar que, na fase de saneamento e de organização do processo, o juiz deverá delimitar as

desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral; e III - preverá: a) as obrigações das partes; b) o prazo e o modo para seu cumprimento; c) a forma de fiscalização quanto a sua observância; d) os fundamentos de fato e de direito; e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.» BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

- 44 Dispõe o Código de Processo Civil: «Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. §1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. §2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.» BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, bem como deverá delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito. As próprias partes, no entanto, poderão apresentar ao juiz, para homologação, negócio jurídico processual com a delimitação consensual das questões de fato e de direito, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz, o que poderá ocorrer, inclusive, em sede de audiência para a realização do saneamento cooperativo, oportunidade em que as partes poderão integrar ou esclarecer suas alegações.

Constata-se, portanto, que os «acordos de direito aplicável» – assim genericamente denominados aquele tipo de negociação processual que tem por objeto delimitar os sentidos possíveis e impossíveis do direito aplicável à determinada relação jurídica – cumprem duas funções distintas, mas complementares⁴⁵: *i.* permite-se a abertura de sistemas jurídicos, estrangeiros e nacional, para que seja autorizada a vinculação do ofício do juiz a certas balizas semânticas previamente estabelecidas pelas partes; *ii.* admite-se a possibilidade de gerenciamento da decisão judicial, que deverá ser proferida em consonância com os marcadores semântico-normativos indicados pelas partes.

4.2. *O sentido do direito como objeto de contratualização: é possível negociar e contratar o conteúdo semântico dos textos normativos?*

Nos espaços das incertezas quanto ao sentido do direito, se mostra possível a atuação da comunidade jurídica para preencher, por

45 Sobre as referidas conclusões, vide: FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Autogestão normativa no processo civil brasileiro: limites e possibilidades da contratualização do sentido do direito por meio de «acordos de direito aplicável»*. Revista dos Tribunais, v. 110, n. 1028, p. 265–306, jun., 2021.

meio da obtenção de consensos semânticos, as vaguezas de sentido, para esclarecer as ambiguidades e os conflitos entre as leis e para delimitar as possibilidades e as impossibilidades de sentido a ser outorgado ao direito.

A permissão para atuação das partes nesses ambientes se dá a partir da constatação de ser impossível o resgate fundante ou correto de um texto jurídico, bem como da percepção de que existem múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem aos diversos intérpretes dos textos normativos. O direito não comporta soluções apriorísticas e nem mesmo pode ser compreendido como coisa simplesmente posta. Ao contrário, os textos das normas dão ensejo a diversos *conflitos argumentativos* quanto à prevalência dos significados e, por isso mesmo, devem ser trabalhos a partir da interpretação e da concretização, sempre na busca por razoabilidade e por aceitabilidade jurídico-argumentativas.

Desse modo, naqueles ambientes em que o direito descortina uma variedade de significados, deve ser permitido e estimulado que a comunidade jurídica, a partir de bases consensuais e cooperativas, delimite quais serão os sentidos a serem aquilatados ao direito, permitindo que a edição do precedente judicial ocorra de forma adequada e em consonância com os valores identificados e que foram passíveis de consenso entre aqueles que representam a comunidade jurídica⁴⁶.

46 A ideia de contratualizar o sentido do direito não representa, necessariamente, uma novidade no sistema jurídico. Hermes Zaneti Júnior, Francisco Martinez Berdeal e Daniela Bermudes Lino, ao tratarem da possibilidade de autocomposição em sede de controle de constitucionalidade, argumentam que o conflito que surge das interpretações distintas pode ser objeto de autocomposição. Segundo os autores, «O acordo não significa barganha, a tutela adequada é resultado de uma atividade colaborativa na identificação dos fatos constitucionais e das questões jurídicas relevantes. Por isso, observando-se em quaisquer ações de controle de constitucionalidade que a

Nos espaços de incerteza semântica se revela juridicamente possível que os representantes adequados da comunidade jurídica contratualizem o sentido do direito, participando ativamente da escolha quanto ao significado mais adequado para a composição da *ratio decidendi*, bem como vinculando a atividade dos juízes dos Tribunais à determinada base jurídica.

Não se trata, no entanto, de contratualizar o sentido do direito em acepção liberalista e desmedida. Trata-se, ao contrário, de reconhecer que as margens de incerteza do direito permitem que a comunidade jurídica indique os parâmetros a partir dos quais deverá ser realizada a escolha final quanto ao sentido do direito, observado o grau de disponibilidade e de derogabilidade dos direitos tutelados

imposição de uma decisão pela via jurisdicional não é o meio mais idôneo para solução da controvérsia a respeito de determinados atos normativos, é cabível a realização de autocomposição, com fundamento no estímulo à solução consensual que deve ser observado também no controle de constitucionalidade. [...] A solução da controvérsia constitucional por meio de acordo favorece os seguintes objetivos: (1) definição de questões complexas em tempo razoável; (2) solução plural e detalhada, permitindo estabelecimento de cronograma e de regras para implementação e cumprimento da decisão; (3) flexibilidade do acordo e possibilidade de revisão e adequação de seus termos de forma mais célere e eficaz, surgindo fatos constitucionais novos que sejam relevantes; (4) consensualidade da solução, que faz com que os interessados aceitem e cumpram de forma mais expedita as determinações; (5) conter cláusulas que representem o entendimento comum das partes e do juízo sobre a interpretação conforme à Constituição, portanto, uma interpretação adequada a solução do conflito acerca da constitucionalidade da norma e sua interpretação.» ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; e LINO, Daniela Bermudes. Auto-composição em Controle de Constitucionalidade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multipartas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 1247-1248.

pela jurisdição. Isto porque os sujeitos processuais somente podem delimitar os sentidos possíveis e impossíveis do direito a partir dos referenciais textuais normativos contidos no ordenamento jurídico⁴⁷ – quais sejam, as regras de direito, os princípios jurídicos, a legislação positivada e os precedentes judiciais –, os quais representam o ponto de partida para a referida contratualização. Em outras palavras, não se admite o derruimento do ordenamento jurídico em favor da edição de sentidos jurídicos descolados da historicidade inerente ao direito⁴⁸.

47 Segundo Friedrich Müller, «O *texto da norma* não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente.» O mencionado autor ressalta, em outra passagem, que «O que se pode ler nos códigos (e nas constituições), são somente os *textos de norma* – dito de outro modo, textos que ainda devem, pela concretização [*Rechtsarbeit*], ser transformados em normas jurídicas. O direito normativo encontra-se nos textos dos julgamentos e não naquilo que produz o poder legislativo. Esses textos de norma são somente um *ponto de partida* da concretização e, por terem sido criados por um poder democrático, também um *limite* para um ato de concretização legal e legítimo. Mas eles ainda não são já as próprias normas.» MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120 e p. 276-277, respectivamente.

48 As lições de Gustavo Zagrebelsky se mostram extremamente precisas nesse sentido e merecem integral reprodução: «La nozione di dogma, che evoca la forza e la garanzia di un'autorità pre-posta, è incompatibile con lo Stato costituzionale, cioè con lo Stato che si costruisce dal basso, e dal basso trae la forza della sua autorità attraverso dialogo e compromesso. Tuttavia, è pur vero che anche lo Stato costituzionale ha necessità di concetti giuridici concretizzati e riconoscibili a priori, rispetto all'insorgere delle controversie da regolare giuridicamente, senza di che il diritto stesso si perderebbe nella disputa e nel conflitto permanenti; fallirebbe cioè rispetto al suo compito primario che è quello, come è stato detto, di 'infrastruttura sociale'. Ogni struttura sociale, ch'essa abbia natura religiosa o politica, ha necessità di infrastrutture di pensiero consolidate e condivise, per ragioni

A atividade de contratualização do sentido do direito deve ser operada dentro dos limites já ofertados pelo sistema jurídico-positivo, com observância dos núcleos mínimos de significação⁴⁹, sob pena de derruir o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a própria pacificação e coesão social que dele decorrem. O que se propõe, portanto, é a obtenção de consensos interpretativos, alcançáveis por meio da interação comunicativa aberta entre os sujeitos processuais, própria de uma verdadeira e genuína comunidade jurídica de trabalho, a fim de explorarem, em regime de cooperação, o sentido mais apropriado para a construção de um precedente consensual, alcançando o *estado cognitivo comunitário*⁵⁰.

di unità di contesto comunicativo e d'appartenenza, e quindi per ragioni di autoidentificabilità del gruppo sociale, prima ancora che per ragioni di conformità dell'agire individuale e collettivo. Se, a questo riguardo, si vuol parlare di 'dogmi giuridici', lo si faccia, ma a condizione di non fondarli più autoritariamente sulla sovranità dello Stato, ma sull'autonomia autoregolativa della società pluralista che è l'essenza dello Stato costituzionale.» ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 203-204.

49 Segundo Humberto Ávila, deve ser adotada «[...] uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo, estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar.» ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 269.

50 A expressão é de autoria de Fernanda Costa Vogt, para quem: «Essa ideia se coaduna com um verdadeiro *estado cognitivo comunitário*, importante estado de coisas a moldar a cognição judicial, derivado do princípio da cooperação (art. 6º do CPC). Assim, se partes e juiz atuam em uma comunidade de trabalho (no alemão, *Arbeitsgemeinschaft*), não só as tarefas do processo, mas também o conhecimento, em vez de solitário, será intersubjetivamente construído, em um verdadeiro *compartilhamento cognitivo* entre juiz, partes e, ainda, eventuais terceiros, que reciprocamente se influenciam, ainda

Constata-se, portanto, que o objeto da convenção processual para delimitação consensual das questões de direito em sede dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais diz respeito ao *espaço de incerteza semântica do direito*, ambiente no qual a comunidade jurídica, por meio de seus representantes adequados, pode delimitar os sentidos do direito, autorizando a vinculação do exercício da jurisdição a certas balizas previamente estabelecidas, que deverá ser exercido em consonância com os marcadores semântico-normativos indicados.

4.3. *Limites na contratação do sentido do direito: hipóteses absurdas, preservação do valor da justiça, indisponibilidade e inderrogabilidade dos direitos e proibição de cooptação da jurisdição*

Diante da ampla aplicabilidade e da larga abrangência dessa negociação – decorrentes de sua atipicidade negocial e da generalidade de seu objeto –, se mostra necessário o estabelecimento de alguns limites, especialmente para que seja viabilizada a sua correta realização entre os representantes adequados da comunidade jurídica e posterior homologação judicial.

O primeiro limite imposto à realização de acordos de direito aplicável se refere à impossibilidade de contratualização do absurdo,

que os terceiros, por vezes, compartilhem essa atividade de maneira pontual, relativa a apenas algumas discussões no processo.» A mencionada autora ainda afirma que, «No contexto desse estado cognitivo comunitário, a relação processual pressupõe a interação entre sujeitos, tornando-se impossível ao juiz conhecer e interpretar fatos e direito de maneira isolada do discurso dos demais sujeitos do processo.» VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 69 e p. 70, respectivamente.

ou seja, de impedir que o sentido atribuído ao direito se encontra completamente fora das margens da razoabilidade e da proporcionalidade ou mesmo que represente radical rompimento com a tradição jurídica brasileira construída sobre o direito, sem qualquer respaldo doutrinário, jurisprudencial ou consuetudinário. O referido requisito deverá ser observado pelos representantes da comunidade jurídica quando da delimitação consensual das questões de direito e posteriormente poderá ser sindicado pelo juiz, a fim de homologá-lo ou não, oportunidade em que irá constatar se o negócio realizado representa anomalia jurídica, o que implicaria julgamento com base em quimera jurídica. Trata-se, no particular, de averiguar a licitude e a possibilidade jurídicas do objeto contratado, enquanto requisito de validade de qualquer negócio jurídico⁵¹.

O segundo limite imposto aos acordos de direito aplicável diz respeito à intangibilidade do valor da justiça na prestação da tutela jurisdicional⁵². Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro incor-

51 Assim dispõe o Código Civil: «Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.» BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

52 Segundo Joan Picó i Junoy, «Esta formulación del proceso civil [idea socializadora del proceso] encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo 1º de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la 'justicia', que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La 'justicia', como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el

porou o valor do justo como essencial à organização da sociedade brasileira⁵³. Além da Constituição Federal elencar a justiça como valor supremo e como objetivo fundamental da sociedade republicana brasileira⁵⁴, o Código de Processo Civil também prevê que o objetivo

resultado del proceso sea 'justo', el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin.» PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, v. 3, n. 4, p. 253–270, 2004, p. 254.

53 De acordo com Luis Alberto Reichelt, «[...] a introdução e a definição do significado do direito ao processo justo na realidade processual civil brasileira resultam da fusão, ao longo do tempo, de elementos e influências oriundas de diversas tradições, as quais se sedimentaram e se agruparam dialeticamente, ensejando o surgimento de uma síntese projetada sob o céu da cultura dos direitos fundamentais. [...] Tudo isso evidencia, por fim, que é possível afirmar que o direito ao processo justo é, em si, um direito dotado de fundamentalidade material, sendo digna de reconhecimento a sua importância como resultado de uma construção histórico-cultural no contexto da realidade jurídica brasileira.» REICHELT, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural*. Revista de Processo *online*, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018, p. 09.

54 Confira os seguintes dispositivos constitucionais, os quais permitem a formulação dessa afirmativa: «Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.» «Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;» «Art. 5º Todos são iguais perante a lei,

do processo é a obtenção de decisões de mérito justas e efetivas, mediante a cooperação de todos os sujeitos processuais⁵⁵.

O valor da justiça passa, portanto, a condicionar a compreensão e a estruturação do processo, bem como a própria prestação da tutela jurisdicional, motivo pelo qual não pode ser suplantado pelas negociações realizadas entre privados. Assim, os acordos que ofendam a prestação de tutela jurisdicional justa – ou seja, acordos que violem ou restrinjam os valores constitucionais de liberdade, de segurança, de bem-estar, de desenvolvimento, de igualdade, de fraternidade, do pluralismo e da erradicação dos preconceitos – devem ser rechaçados pelos Tribunais ou pelas Cortes de Vértice. Insista-se: o valor da justiça não pode ser atacado por qualquer tipo de convenção processual, sob pena de desvirtuamento da função estatal de prestação de tutela aos direitos.

O terceiro limite imposto aos representantes da comunidade jurídica quando da realização dos acordos de direito aplicável diz respeito à disponibilidade e à derogabilidade das questões de direito

sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;» BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

- 55 Assim dispõe o Código de Processo Civil: «Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.» BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.

afetas à relação jurídica deduzida em juízo. Isto porque, tratando-se de direitos que, por expressa afetação do ordenamento jurídico, possuam os atributos de indisponíveis ou de inderrogáveis, não será admissível, em nenhuma hipótese, a realização de acordos que restrinjam, limitam ou mesmo reduzam o seu conteúdo nuclear, que sempre permanecerá inatacável pela disposição de vontade das partes. Nessas situações, o juiz deverá interpretar e aplicar os direitos que ostentem conteúdo indisponível e inderrogável independentemente do acordo realizado entre as partes, que, nessas circunstâncias, não alcançará a chancela homologatória do Estado.

O quarto limite que se apresenta à negociação processual para delimitação das questões de direito em sede de precedente judicial diz respeito à impossibilidade de interesses escusos alienarem a atividade jurisdicional de prestação de tutela adequada aos direitos. Desse modo, o consenso obtido pelos legitimados não poderá, em nenhuma hipótese, cooptar a função jurisdicional de qualificar juridicamente as hipóteses fático-jurídicas subjacentes aos procedimentos de formação de precedentes judiciais, seja quanto às deturpadas finalidades dos *repeat players*⁵⁶, seja para atender interesses particularistas dos *amici*

56 De acordo com Marc Galanter, os *repeat players* interagem com a litigância de forma diferente comparativamente ao litigante denominado *one-shooter*, o que afeta substancialmente a forma de acesso ao sistema de justiça, tendo em vista variedade de vantagens decorrentes de sua habitualidade e contínua presença nesse ambiente institucional. De acordo com o referido autor, «Em razão de diferenças em seus tamanhos, no estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm muitas oportunidades para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para apresentar (ou se defender de) reclamações, enquanto outros fazem isso apenas raramente. Podemos dividir esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente (participantes eventuais ou PEs) e aqueles jogadores habituais (JHs), que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo. [...] Permitam-nos refinar essa noção de JH em um «tipo ideal»

*curiae*⁵⁷, seja, ainda, para restringir a função estatal de prestar tutela justa e adequada aos direitos⁵⁸.

(se assim se preferir): uma unidade que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre pouco riscos com o resultado de qualquer caso e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo. [...] Um PE, por outro lado, é uma unidade cujas demandas são muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo de resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente» GALANTER, Marc. *Por que «quem tem» sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 46/48.

57 Cassio Scarpinella Bueno afirma que «Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*.» BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147.

58 A advertência feita por Luigi Ferrajoli – conquanto deva ser compreendida com certa obtemperação e a partir do contexto para a qual a foi escrita – é pertinente ao tema apresentado: «[...] a jurisdição se liga, assim como a legislação, à vontade popular: porque é aplicação daquela vontade política que se manifestou tanto nas leis como nas normas constitucionais sobre os direitos fundamentais, estipuladas umas e outras sob o véu de ignorância, que por isso se manifesta por meio de regras gerais e abstratas. Isso seria suficiente para explicar o caráter não consensual, nem representativo, da legitimação dos juízes e para fundamentar os requisitos de imparcialidade, de terceiridade e de independência perante todo poder, incluídos perante os poderes representativos da maioria. Exatamente por residir na garantia da aferição imparcial da verdade, a legitimidade do juízo não pode depender do consenso da maioria. Nenhuma maioria, nem mesmo a unanimidade dos consensos ou dos dissensos, pode tornar verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro. Consensos ou dissensos nada acrescentam à falsidade ou à verdade de uma motivação.» FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição e consenso*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, 2007. Referência: v. 4, n. 16, p. 151–164, out./dez., 2010, p. 03.

Conforme observado, a contratação quanto ao sentido do direito, por meio do estabelecimento de marcadores jurídico-semânticos, não pode ser realizada de forma desmedida e ilimitada, sob pena de se permitir que o ordenamento jurídico seja derruído por contratações absurdas, injustas ou contrárias à proteção essencial dada pelos direitos, bem como liberalizar a cooptação da função jurisdicional a fim que se atendesse a interesses escusos, injurídicos e ilegítimos. Em suma, a contratação do sentido do direito se mostra juridicamente possível, mas deve ser adequadamente utilizada a partir de certas delimitações e de balizas previamente definidas.

4.4. *Legitimados para a contratação: amici curiae como fator de democratização das decisões judiciais e representação adequada da comunidade jurídica.*

O *amicus curiae* – pessoa física ou jurídica que se apresenta como «amigo da Corte» – exerce a função de apresentar ao Tribunal, em regime de cooperação, argumentos para a resolução de determinada questão jurídica, discutida em processo jurisdicional do qual não faz parte inicialmente. A participação do *amicus curiae* tem, portanto, a relevantíssima finalidade de auxiliar os Tribunais, apresentando não só argumentos de natureza técnica e jurídica, mas também fundamentos e informações de conteúdo político, axiológico e sociológico, explicitando as aspirações⁵⁹ e os consensos⁶⁰ expressados pela comunidade jurídica.

59 Conforme argumenta Felipe Bauer Bronstrup, «En términos generales, la figura del *amicus curiae* busca posibilitar que terceros, ajenos a una determinada demanda – es decir, que no figuran como partes –, puedan postular su ingreso en la misma, contribuyendo con argumentos técnicos y científicos de las más distintas áreas del conocimiento. Ello servirá de complemento para la argumentación de las partes y ayudará en la obtención

Constata-se que a atuação dos *amici curiae* perante processos que possuem espectro transcendental aos interesses individuais das partes – tais como os processos de controle concentrado de constitucionalidade, as ações coletivas e, especialmente, os procedimentos de formação de precedentes judiciais – representa importante fator de democratização das decisões jurisdicionais e, igualmente, de representação da pluralidade dos interesses da comunidade jurídica.

A legislação processual civil prevê a possibilidade de intervenção atípica do *amicus curiae*, permitindo que qualquer pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, desde que tenha interesse no debate de determinada questão⁶¹,

de una decisión más justa, mejor fundamentada técnicamente y más adecuada a las necesidades y aspiraciones de la población.» BRONSTRUP, Felipe Bauer. *El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española*. Revista española de derecho constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. v. 36, n. 108, p. 181–199, sept./dic., 2016, p. 185.

60 Segundo Victor Bazán, «En definitiva, el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate jurisdiccional constitucional – ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de trascendencia social por medio de argumentos públicamente analizados –, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.» BAZÁN, Victor. *Amicus curiae, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC. Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Fórum. v. 8, n. 28, p. 173–201, jan./abr., 2014, p. 199.

61 Cassio Scarpinella Bueno, ao discorrer sobre o interesse do *amicus curiae*, elucida se tratar de *interesse institucional*, nos seguintes termos: «O *interesse institucional*, contudo, é *interesse jurídico*, especialmente qualificado, porque transcende o *interesse individual* das partes. E é *jurídico* no sentido de estar previsto pelo sistema, a ele pertencer, e merecedor, por isso mesmo, de especial proteção ou salvaguarda. Trata-se, inequivocamente, de

participe do processo, oferecendo razões, informações e opiniões para a justa construção da decisão judicial, o que inclui a edição do precedente judicial em razão de seu caráter de fonte primária do direito⁶².

Conforme regramento genérico ofertado pela legislação processual brasileira, para a admissão da intervenção dos *amici curiae* nos procedimentos de formação concentrada de precedente judicial, se faz necessário perquirir: *i.* a existência de algum tipo relevante de interesse público, o que, em sede de formação de precedente judicial se deve ter por *presumida* diante da ampla dispersão da tese jurídica ao

‘direito’ porque digno de tutela no plano material e, no que nos interessa mais de perto em função do objeto do presente trabalho, também no plano *processual*.» O referido autor acrescenta que «O *interesse institucional* também é interesse *público*. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcendente o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O *interesse institucional* é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente.» BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 502 e p. 503, respectivamente.

- 62 Antonio do Passo Cabral, antes mesmo da entrada em vigor da atual legislação processual civil, já argumentava que «[...] o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam.» CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial*. Revista de processo, v. 29, n. 117, p. 9–41, set./out., 2004, p. 12.

ordenamento jurídico⁶³; ii. a representatividade desses sujeitos processuais, os quais deverão ostentar os interesses plurais e irradiados da sociedade, em perspectiva institucional⁶⁴; iii. a contribuição que

63 Para Antonio do Passo Cabral deve ser consagrada a extensão do campo de aplicação do instituto do *amicus curiae*, na medida em que «A atividade jurisdicional deve, dessarte, interagir com a realidade social, já que o sistema jurídico, desde a Constituição até a normativa infraconstitucional, é uma ordem aberta. E, não apenas em sede de processos constitucionais, mas toda vez que estiver em jogo um relevante interesse público, a decisão concerne a toda a coletividade, na medida em que os destinatários da prestação jurisdicional ‘não são apenas as partes e os órgãos jurisdicionais de impugnação, mas a opinião pública’. Nesses casos, a atividade jurisdicional afeta toda a sociedade e ademais, pelo processo, o Estado realiza objetivos que são próprios e que suplantam os interesses das partes.» CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial*. Revista de processo, v. 29, n. 117, p. 9–41, set./out., 2004, p. 30.

64 Conforme explica Cassio Scarpinella Bueno, «[...] terá ‘representatividade adequada’ toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico interesse institucional na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional.» BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147. Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em relevante *leading case*, «O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do ‘amicus curiae’, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do ‘amicus curiae’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabili-

poderá ser ofertada em prol do aprimoramento da tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial, tornando democráticas as escolhas de sentido do direito⁶⁵.

Observa-se, assim, que os *amici curiae* possuem o potencial de suprir o déficit de representação nos procedimentos de formação de precedentes judiciais, na medida em que tais sujeitos processuais fornecem à Corte elementos informativos que irão dimensionar a realidade vivenciada pelos grupos representados e sob os quais incidirá a orientação jurisprudencial. Esse aporte de informações, no entan-

zadora da intervenção do ‘*amicus curiae*’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.» BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Eletrônico Ação Direta de Inconstitucional nº ADI 2321, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de junho de 2005. DJe. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94140/false>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

- 65 Para Victor Bazán, «Los *amici curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en las que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. Es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero interés de las partes.» BAZÁN, Victor. *Amicus curiae, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC. Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Fórum. v. 8, n. 28, p. 173–201, jan./abr., 2014, p. 194.

to, não é realizado de forma neutra, mas sim de modo intencional, ideológico e estrategicamente direcionado à defesa dos interesses do grupo representado pelo *amicus curiae*, apresentando, sob essa ótica, qual seria o sentido do direito mais adequado aos interesses do grupo representado.

Todavia, a representatividade adequada exige não só que o *amicus curiae* tenha capacidade de proteger de modo adequado os interesses da classe representada, mas também que o próprio grupo dos *amici curiae*, admitidos pelo Tribunal, seja capaz de demonstrar que todos os interesses, de todos os grupos e de todas as classes, se encontram presentes e devidamente representados e, dessa forma, possam, de modo igualitário, apresentar os sentidos que intentam adscrever ao direito e conformar o precedente judicial⁶⁶. Em outras palavras, a representatividade deve ser verificada e fiscalizada em dois vetores distintos, mas complementares: *i.* o *amicus curiae* – no singular – deve possuir capacidade para representar adequadamente os interesses daquele grupo específico; *ii.* os *amici curiae* admitidos – no plural – devem, quando considerados conjuntamente, ser capazes de representar a completude pluralista de toda a sociedade e de todos os interesses

66 Nesse sentido, Eduardo Oteiza e Francisco Verbic destacam dois aspectos essenciais que exigem a representatividade adequada: «[...] (i) en términos constitucionales, por adquirir un carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el debate y (ii) en términos pragmáticos, porque si tal requisito se encuentra ausente el conflicto en su totalidad ya que no podrá ser oponible a los miembros del grupo defectuosamente representados. Tan relevante es la exigencia de adecuada representación que en años recientes se ha extendido desde el campo de las *class actions* hacia otras formas de tratamiento agregado de causas.» OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*. Revista de proceso, v. 35, n. 185, p. 283–308, jul., 2010, p. 293.

envolvidos na formação daquele precedente, evitando-se a sub-representação ou mesmo a não-representação.

Por fim, importante ressaltar que somente mediante representatividade adequada, estimulada e controlada pelo Tribunal, é possível legitimar o sentido adscrito ao direito e autorizar a sua aplicação àqueles sujeitos que não participaram diretamente na formação da tese jurídica. Somente dessa forma, ou seja, com ampla e irrestrita representatividade adequada, estará respeitado o devido processo legal e legitimada a tutela jurisdicional⁶⁷, que, no recorte apresentado, é prestada mediante precedente judicial em favor do ordenamento jurídico.

Em decorrência da representatividade adequada trajada pelos *amici curiae* e da democratização promovida a partir de sua atuação, deve ser reconhecida e estendida a possibilidade desses sujeitos processuais de realizarem, entre si, negociação processual para delimitação consensual das questões de direito, em sede dos procedimentos de formação de precedentes judiciais. Em outras palavras, pode-se

67 Claudio Meneses Pacheco, sob a ótica das ações coletivas, relaciona a representatividade adequada com a legitimação ativa, o devido processo legal e a tutela jurisdicional efetiva aos direitos supraindividuais, nos seguintes termos: «En este entendido, pensamos que la representativdad adecuada es una noción que cabe vincular con la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Con el debido proceso, pues constituye una medida de resguardo para la protección de los derechos e intereses de todos los miembros de la colectividad: tanto de los que están interviniendo en las causas, con participaciones más o menos importantes (demandante principal o tercero coadyuvante, por ejemplo); como de aquellos que se hallan complementemente ajenos al devenir de la causa (los ausentes). Con la tutela jurisdiccional efectiva, ya que la presencia de un actor con adecuada representatividad es señal de seriedad para el debate y de eficiencia del proceso.» PACHECO, Claudio Meneses. *Notas sobre la «representatividad adecuada» en los procesos colectivos*. Revista de processo. Referência: v. 34, n. 175, p. 244–277, set., 2009, p. 262.

afirmar que, por se tratar de procedimentos jurisdicionais de natureza objetiva, os sujeitos processuais admitidos na condição de *amici curiae* se apresentam legitimados para realização dessa negociação processual, na medida em que representam os interesses plurais da comunidade jurídica quanto à formação do precedente judicial e à outorga de sentido adequado ao direito.

A esses sujeitos processuais incumbe alcançarem, entre si, por meio da linguagem e do diálogo, para fins de elaboração e de constituição do instrumento contratual, *consenso ideal* quanto às questões de direito subjacentes à formação do precedente judicial. Para que isso seja possível, é imprescindível que a admissão dos *amici curiae* leve em consideração a divergência de entendimentos e a diferença de posicionamentos, bem como a representatividade adequada dos diversos grupos que convergem ao entorno daquela determinada questão de direito, a fim de se permitir o encontro de opiniões distintas e dissonantes, evitando-se, portanto, a sub-representação ou mesmo a realização de manobras tendenciosas à cooptação da atividade jurisdicional.

Oportuno registrar que, após a admissão dos *amici curiae*, observada a representatividade adequada, caso não seja possível encontrar consensos é sinal de que a questão de direito se encontra extremamente controvertida junto à própria comunidade jurídica, o que atrairia a solução integralmente adjudicatória por intermédio da jurisdição no exercício da escolha quanto ao sentido adequado do direito.

4.5. *Aspectos procedimentais da contratualização: análise do faseamento procedimental e da ininterrupta fiscalização e homologação pela jurisdição*

A realização de acordos de direito aplicável em sede dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais engloba o cumprimento de determinadas etapas procedimentais, que compreendem: *i.* a admissão dos *amici curiae*; *ii.* a apresentação do acordo de

direito aplicável; *iii.* a homologação judicial dessa convenção processual.

A primeira etapa – relativa à admissão dos *amici curiae* – tem a função de permitir que os Tribunais, mediante atuação monocrática e irrecorrível, solicitem ou admitam a intervenção dos *amici curiae*, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema, o objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. Nessa oportunidade, e ao longo de todo o curso do procedimento⁶⁸, deverá ser aferida a representatividade adequada dos *amici curiae*, priorizando-se a pluralidade de visões e de entendimentos sobre aquela determinada questão de direito, a fim de que todos os setores da sociedade se façam representados, bem como se estimule a existência de divergência em relação à melhor atribuição de sentido ao direito⁶⁹. A partir do dis-

68 Para Eduardo Oteiza e Francisco Verbic, é necessário realizar o controle da representatividade adequada durante todo o processo em que se discute interesses coletivos, obrigação que pode ser transposta aos procedimentos de formação dos precedentes judiciais, nos seguintes termos: «En efecto, el requisito de la representativad adecuada es tan relevante para el sistema que ese primer juzgamiento no causa estado. De allí que el magistrado debe controlar a lo largo de todo el proceso que los representantes de la clase y sus abogados mantengan incólume su calidad. Este no es un tema menor, puesto que – en la gran mayoría de los casos – los momentos en que se torna más exigible el mentado control se presentan una vez que la causa ya está tramitando. Nos referimos en especial a los momentos en que las partes comienzan con negociaciones para llegar a un acuerdo transaccional (esto es, cuando las ‘tentaciones’ a fin de cerrar el caso se incrementan para los abogados y los representantes de la clase).» OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*. Revista de processo, v. 35, n. 185, p. 283–308, jul., 2010, p. 298.

69 Oportunas as considerações formuladas por Edilson Vitorelli, ao discorrer sobre a participação e a representação em ações coletivas, inteiramente aplicáveis à problemática ora proposta: «[...] uma teoria geral dos proces-

senso manifestado pelos *amici curiae* é que se poderá obter consensos minimamente estáveis e compartilháveis.

Ainda nessa etapa, o relator deverá definir os poderes conferidos aos *amici curiae*, devendo, se for o caso, fazer restrição expressa e fundamentada quanto à impossibilidade desse tipo de negociação, presumindo-se autorizadas no caso de a decisão ser silente quanto ao tema, tendo em vista o disposto no §2º do artigo 138, no artigo 190 e no §2º do artigo 357, todos do CPC-15. Dessa forma, o relator deverá, a partir das circunstâncias concretamente verificáveis em determinado processo de formação de precedente judicial, estabelecer e calibrar, casuisticamente, o regime de participação dos *amici curiae* admitidos⁷⁰.

... sos representativos considera compatível com a Constituição um processo em que a representação não seja um mecanismo de exclusão dos representados, mas proporcione a obtenção de tutela efetiva dos direitos materiais violados, restringindo a participação apenas na medida necessária para tanto. Cabe ao representante promover momentos de participação no decorrer da atividade representativa, nos quais os representados são chamados a avaliar prospectiva e retrospectivamente as ações do representante em relação ao processo, bem como debater entre si e com ele os resultados e objetivos desejáveis. Nesses momentos, o representante deve buscar apreender os interesses e opiniões dos representados, confrontando-os com suas próprias ações e formulando justificativas, para si e para o público, relativamente às situações em que sua conduta diverge das expectativas de seus constituintes.» VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 266.

- 70 De acordo com Sofia Temer, «A opção da legislação processual é muito relevante, porque corrobora a função do magistrado, em conjunto com os demais sujeitos, de interferir na estruturação subjetiva do processo, não apenas na definição casuística a respeito do cabimento da intervenção do *amicus*, mas também no estabelecimento do regime de participação. [...] O art. 138, §2º, do CPC, é, portanto, essencial, porque autoriza o emprego

A segunda etapa – referente à apresentação do instrumento contratual do negócio jurídico processual realizado – possui a finalidade de permitir que os *amici curiae* admitidos no processo de formação do precedente possam, em momento oportuno, dispor de espaço procedimental e de tempo processual para dialogarem entre si, expondo os pontos de dissensos e arregimentando consensos estáveis e compartilháveis sobre aquela determinada questão de direito, a fim de instrumentalizarem o diálogo em forma de convenção processual, a ser apresentada para homologação.

Obtido consenso, ainda que mínimo, sobre algum aspecto sobre a compreensão da questão de direito, os *amici curiae* deverão, em momento anterior à estabilização da questão de direito⁷¹, apresen-

de técnicas especiais para calibrar o regime de atuação, visando a atingir a finalidade de participação (seja qual for, considerando a diversidade de escopos e interesses). Reforça, portanto, o que já defendemos quanto à definição em concreto do regime aplicável aos sujeitos processuais, em atenção às finalidades pretendidas pela atuação.» TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivim, 2020, p. 351.

- 71 Nesse sentido, já se pôde observar que «A partir da relação de simbiose existente entre o modelo cooperativo de processo e o princípio do contraditório, pode-se concluir que, na etapa procedimental de consolidação do objeto litigioso do julgamento de casos repetitivos, o órgão jurisdicional deverá, de forma prévia ao juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas e em momento anterior à identificação da questão submetida ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, conceder às partes do processo, ao Ministério Público e aos potenciais interessados – sujeitos processuais – oportunidade para apresentarem suas manifestações sobre a questão jurídica que será oportunamente fixada e, posteriormente, julgada. A manifestação das partes ficará, por óbvio, circunscrita à delimitação e à fixação da questão de direito a ser objeto da consubstanciação de tese jurídica e, por consequência, de precedente judicial de observância obrigatória. A participação dos sujeitos processuais

tar o instrumento contratual, contendo a delimitação das questões de direito subjacentes à formação do precedente judicial. Por meio dessa espécie negocial, os *amici curiae* poderão, exemplificativamente: i. especificar os estatutos jurídico-positivos aplicáveis à formação da tese jurídica; ii. indicar os dispositivos contidos nos estatutos jurídicos, a partir dos quais se pretende conduzir o debate da tese jurídica; iii. descrever os sentidos possíveis e mais adequados que poderão ser extraídos dos textos normativos, bem como os sentidos impossíveis e inadequados para a resolução da controvérsia; iv. escolher as considerações teórico-doutrinárias mais apropriadas para orientar a construção da tese jurídica, bem como aquelas inapropriadas para tal finalidade; v. promover o preenchimento dos conteúdos normativos referente às regras, aos princípios, aos precedentes judiciais, às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados.

Essa contratualização tem fundamento na atipicidade dos negócios processuais, conforme previsto no artigo 190 do CPC-15, mas pode ser agrupada, diante de sua proximidade teleológica, ao negócio processual típico previsto no §2º do artigo 357 do CPC-15, atraindo o mesmo regramento. Nesse sentido, trata-se negócio processual plurilateral que deverá ser celebrado pelos legitimados durante a fase de instrução dos procedimentos de formação de precedentes judiciais, mediante forma escrita, com a posterior juntada do instrumento con-

nessa fase do procedimento tem a importantíssima finalidade de auxiliar o órgão jurisdicional na decomposição dos elementos que integram a questão de direito repetitiva, identificando o âmbito de sua incidência e delimitando, com clareza, as margens de atuação da atividade jurisdicional, seja no que tange à fase instrutória do procedimento, seja no que se refere à fase decisória da tese jurídica.» FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório*. Revista de processo, v. 45, n. 302, p. 289–308, abr., 2020, p. 301.

tratual aos autos, a fim de ser submetido à apreciação e, se for o caso, homologação judicial.

A terceira etapa – concernente à homologação judicial do acordo – tem como finalidade permitir que a jurisdição realize ampla e ilimitada sindicância quanto ao preenchimento dos requisitos da convenção processual apresentada pelos *amici curiae*. Tendo sido apresentado o instrumento contratual, por meio do qual foram delimitadas consensualmente as questões de direito subjacentes à formação do precedente judicial, o Tribunal deverá homologá-lo, realizando o controle de representatividade e, ainda, levando em consideração a impossibilidade de a jurisdição ser cooptada por proposições de sentidos inadequados, injustos ou absurdos.

Tendo sido observados os limites impostos aos acordos de direito aplicável e homologada a negociação processual, o Tribunal ficará vinculado quanto à delimitação das questões de direito realizada pelos *amici curiae*. A previsão quanto à vinculação exercida pelo acordo centra-se no objetivo de outorgar poderes efetivos à comunidade jurídica, suficientemente capazes de constranger, dentro de limites razoáveis, a atividade jurisdicional. Trata-se de reconhecer a inaptidão da atual concepção do contraditório e de promover o seu redimensionamento de forma a permitir que a atividade dos sujeitos processuais – especialmente terceiros juridicamente interessados em participar ativamente da construção do precedente judicial – possam exercer determinado grau ideal de vinculação da atividade jurisdicional de outorga de sentido ao direito, quando da edição do precedente judicial.

A vinculação exercida por meio de negociação processual encontra seu fundamento, portanto, no poder normativo conferido à vontade coletiva autonomamente manifestada pela comunidade jurídica, ou seja, de certificar e de validar o poder jurígeno da autonomia coletivamente expressada por representantes adequados quanto ao sentido que se deve reconhecer ao direito.

O redimensionamento do contraditório, nesse sentido, tem o condão de permitir que os sujeitos processuais tenham a oportunidade de manifestar sobre as questões de direito relevantes para a realização da escolha jurídico-semântica e, nessa exata medida, de vincular – e, portanto, não mais de participar e nem mesmo de influenciar, tal como preceitua a concepção contemporânea do contraditório, por meio do binômio participação-influência – o órgão julgador a determinados parâmetros interpretativos, colaborando com a constituição do sentido mais adequado ao direito e com a construção de um precedente consensual.

5. CONCLUSÃO

«Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (*Verfassung als öffentlichen Prozess*). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao ‘concerto’ que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria de Democracia.»

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997, p. 32-33.

O direito continuará incerto. O trabalho hermenêutico desenvolvido pela comunidade jurídica, aberta a uma miríade de intérpretes, deve, no entanto, contribuir com a gradativa diminuição da incerteza jurídica, conjuntamente com o trabalho realizado pela legislação e pela jurisdição. Para tanto, os representantes da comunidade jurídica possuem, à sua disposição, ferramenta processual hábil para, em grau ideal, vincular a atividade de significação do direito, por meio da realização de negócio jurídico processual para delimitação consensual das questões exclusivamente de direito nos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais.

O precedente deixa de ser exclusivamente judicial para se tornar um precedente consensual. A decisão jurisdicional de escolha quanto ao sentido do direito, conquanto ainda continue afeta à jurisdição, passa a ser amplamente compartilhada com a comunidade jurídica e se fundamenta nos acordos mínimos que são possíveis de serem realizados. O dissenso, causado pela natural incerteza do direito, é alocado como ponto de partida para a produção de consensos minimamente aceitáveis por todos. A virtuosidade do consenso pode ser, assim, alcançada a partir da liberdade do dissenso, sugerindo uma abordagem mais colaborativa na construção do entendimento jurídico.

O direito da atualidade, fundado em bases consensuais e cooperativas, com valorização da autonomia negocial coletiva, não se mostra compatível com atuações solitárias quanto ao conteúdo normativo produzido em sede do procedimento de formação do precedente judicial, razão pela qual não se admite nem aos sujeitos processuais e nem mesmo ao juiz desempenharem solitariamente as funções de pesquisa, de argumentação, de interpretação e de aplicação do direito. Ao contrário, a edição do precedente judicial deve ser compartilhada com os representantes adequados da comunidade jurídica.

Nesse sentido, sobreleva-se a importância do direito fundamental da sociedade aberta de intérpretes de contribuir para o processo

de formação do precedente judicial, de forma a alcançar consensos, ainda que parciais, sobre os sentidos possíveis do direito e o modo de sua aplicação aos casos futuros. Em decorrência da consensualidade, da cooperação e da autonomia negocial coletiva, deve ser assegurado a todos os intérpretes que integram a comunidade jurídica participarem e serem ouvidos quanto à determinação das questões de direito essenciais para a formação do precedente judicial.

Das considerações até então formuladas, podem ser retomadas as seguintes ideias, alçadas, agora, a título de conclusão do presente estudo:

- i. Dada a equivocidade da linguagem jurídica e a abertura do sistema jurídico para a multiplicidade de soluções possíveis, é necessário que os intérpretes do direito realizem escolhas quanto ao sentido mais adequado do direito, o que se dá por meio da edição do precedente judicial;
- ii. Não se pode admitir, em uma sociedade democrática, pluralista e aberta aos diversos intérpretes, que a escolha quanto ao sentido do direito se apresente arbitrária, subjetiva ou autoritária e, nem mesmo, que seja realizada em desconformidade com o consenso alcançado pela comunidade jurídica;
- iii. É imperativo que se reconheça à comunidade jurídica poderes suficientemente capazes de vincular – em nível otimizado de utilidade, de adequação, de razoabilidade e de proporcionalidade – a atividade jurisdicional de significação do direito;
- iv. A obrigatoriedade de participação da comunidade jurídica quanto à escolha do sentido dado ao direito se funda em quatro pilares interdependentes, que ingressam na compreensão do direito processual civil moderno:
 - a. A inserção da consensualidade na construção das decisões jurisdicionais;

- b. A expressa adoção do princípio da cooperação como modelo processual, a irradiar efeitos extraprocessuais e alcançar sujeitos outros, que não somente as partes e o juiz;
 - c. O reconhecimento do poder jurígeno da autonomia negocial coletiva, manifestada pela comunidade jurídica;
 - d. A severa mitigação e ressignificação da máxima *iura novit curia*.
- v. Nos espaços das incertezas quanto ao sentido do direito, se mostra possível a atuação da comunidade jurídica para preencher, por meio da obtenção de consenso, as vagezas de sentido, para esclarecer as ambiguidades e os conflitos entre as leis e para delimitar as possibilidades e as impossibilidades de sentido a ser outorgado ao direito;
- vi. É possível a realização, entre os *amici curiae*, de convenção processual atípica para delimitação consensual das questões de direito em sede da formação do precedente judicial, observados os seguintes limites e condições:
- a. A impossibilidade de contratualização do absurdo, impedindo que o sentido atribuído ao direito se encontre fora das margens da razoabilidade e da proporcionalidade ou mesmo que represente radical rompimento com a tradição jurídica brasileira construída sobre o direito, sem qualquer respaldo doutrinário, jurisprudencial ou consuetudinário;
 - b. A intangibilidade do valor da justiça na prestação da tutela jurisdicional, obstando que o justo seja suplantado pelas negociações realizadas entre privados, desvirtuando a função estatal de tutela aos direitos;
 - c. A disponibilidade e a derogabilidade das questões de direito, tendo em vista que, referentemente àqueles direitos

- que possuam os atributos de indisponíveis ou de inderogáveis, não é admissível a realização de acordos que restrinjam, limitam ou reduzam o seu conteúdo nuclear, que sempre permanecerá inatacável pela disposição de vontade das parte;
- d. A vedação de alienação e de cooptação da atividade jurisdicional e da prestação de tutela adequada aos direitos, coibindo as deturpadas finalidades dos *repeat players* e os interesses particularistas dos *amici curiae*;
- vii. Os *amici curiae* possuem o potencial de suprir o déficit de representação nos procedimentos de formação de precedentes judiciais, na medida em que fornecem ao Tribunal elementos informativos sobre as nuances social, política, cultural, axiológica e jurídica daquela questão de direito controvertida;
- viii. A representatividade dos *amici curiae* deve ser verificada e fiscalizada em dois vetores distintos, mas complementares:
- a. O *amicus curiae* – no singular, considerados singularmente – deve possuir capacidade para representar adequadamente os interesses daquele grupo específico;
- b. Os *amici curiae* – no plural, considerados conjuntamente – devem ser capazes de representar a completude pluralista de toda a sociedade e de todos os interesses envolvidos na formação daquele precedente judicial, evitando-se a sub-representação ou mesmo a não-representação;
- ix. Caso não seja possível encontrar consensos é sinal de que a questão de direito se encontra extremamente controvertida junto à própria comunidade jurídica, o que atrai a solução integralmente adjudicatória por intermédio da jurisdição, no exercício da escolha quanto ao sentido adequado do direito;

- x. A realização de acordos de direito aplicável em sede dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais engloba o cumprimento de determinadas etapas procedimentais, que compreendem:
- a. A primeira etapa tem a finalidade de convocar e de admitir o ingresso dos *amici curiae*, oportunidade em que será possível sindicalizar a representatividade adequada dos interesses, priorizando-se a pluralidade de visões e de entendimentos sobre aquela determinada questão de direito, a fim de que todos os setores da sociedade se façam representados;
 - b. A segunda etapa tem o objetivo de permitir que os *amici curiae* disponham de espaço procedimental e de tempo processual para dialogarem entre si e, alcançando o consenso, apresentarem o instrumento contratual do negócio jurídico processual realizado, contendo a delimitação consensual das questões de direitos subjacentes à formação do precedente judicial;
 - c. A terceira etapa tem o propósito de permitir que a jurisdição realize ampla e ilimitada sindicância quanto ao preenchimento dos requisitos da convenção processual apresentada pelos *amici curiae*, homologando-a integral ou parcialmente, ou mesmo recusando a chancela judicial ao acordo apresentado, por descumprimento de alguns dos requisitos essenciais.

Estabelecidas essas conclusões, e considerando o agir comunicativo⁷², bem como a abertura da sociedade aos diversos intérpretes

72 Confira, nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe.

do direito⁷³, resta demonstrado que os representantes da comunidade jurídica, admitidos na qualidade de *amici curiae* no procedimento de formação do precedente, podem, em fase própria, realizar negócio jurídico processual para delimitação consensual das questões de direito, vinculando, em grau ideal, a atividade jurisdicional quanto à formação da tese jurídica, ressalvando-se, excepcionalmente, os acordos que criem hipóteses absurdas, a necessidade de preservação do valor da justiça, a esfera de indisponibilidade e de inderrogabilidade dos direitos e a expressa proibição de cooptação da jurisdição. O precedente formado a partir de bases abertas e dialógicas deixará de ser apenas judicial, transitando para o formato de precedente consensual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*. Revista de informação legislativa. referência: v. 26, n. 102, p. 207–230, abr./jun., 1989.
- ANDRADE, Érico. A «contratualização do processo». In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012; HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

- 73 Vide, sobre a temática: HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

- BAZÁN, Victor. *Amicus curiae, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC. Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Fórum. v. 8, n. 28, p. 173–201, jan./abr., 2014.
- BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Eletrônico Ação Direta de Inconstitucional nº ADI 2321, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de junho de 2005. DJe. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94140/false>>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- BRONSTRUP, Felipe Bauer. *El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española*. Revista española de derecho constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. v. 36, n. 108, p. 181–199, sept./dic., 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Autocomposição e litigância de massa: negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos*. Revista de processo, v. 47, n. 325, p. 479–498, mar., 2022.

- CABRAL, Antonio do Passo. *Negócio de certificação*: introdução, objeto e limites. Revista de direito civil contemporâneo, v. 8, n. 29, p. 89–145, out./dez., 2021.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes*: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. Revista de processo, v. 29, n. 117, p. 9–41, set./out., 2004.
- CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile*: gli accordi processuali. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, Referência: v. 62, n. 3, p. 99–119, sett., 2008.
- CIARAMELLI, Fabio. *Consenso sociale e legittimazione giuridica*: lezioni di filosofia del diritto, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- D'ANDREA, Stefano. *Sul problema del negozio atipico di accertamento*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, v. 46, n. 1, p. 31–62, genn.-febr., 2000.
- ELI-UNIDROIT. *Model european rules of civil procedure*: from transnational principles to european rules of civil procedure. 2020. Disponível: <<https://www.unidroit.org/work-in-progress-eli-unidroit-european-rules>>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição e consenso*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Imprenta: Belo Horizonte, Fórum, 2007. Referência: v. 4, n. 16, p. 151–164, out./dez., 2010.
- FRANÇA. Code de procédure civile. Paris: Congrès Français, 1976. Disponível: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070716>>. Acesso em: 08 abr. 2023.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo*. Revista de Processo online, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.
- FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos*: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório. Revista de processo, v. 45, n. 302, p. 289–308, abr., 2020.

- FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Autogestão normativa no processo civil brasileiro: limites e possibilidades da contratualização do sentido do direito por meio de «acordos de direito aplicável»*. Revista dos Tribunais, v. 110, n. 1028, p. 265–306, jun., 2021.
- FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. Tirant lo Blanch, 2021.
- GALANTER, Marc. *Por que «quem tem» sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.
- GROSSI, Paolo. *Sulla odierna «incertezza» del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e «procedimental» da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*. Revista de processo, v. 35, n. 185, p. 283–308, jul., 2010.
- PACHECO, Claudio Meneses. *Notas sobre la «representatividad adecuada» en los procesos colectivos*. Revista de processo. Referência: v. 34, n. 175, p. 244–277, set., 2009.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, v. 3, n. 4, p. 253–270, 2004.
- REICHELTL, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural*. Revista de Processo online, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018.
- TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VALLE, Marcus Vinícius Mendes do. *Hermenêutica, direito e consensualidade: principiologia e reconstrução da dogmática jurídica à luz da consensualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

- VERONA, Dorothee Susanne Rudiger. *A Teoria da autonomia privada coletiva: do direito sindical ao direito dos grupos intermediários*. Revista dos tribunais, v. 85, n. 727, p. 17–28, maio, 1996.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; e LINO, Daniela Bermudes. Autocomposição em Controle de Constitucionalidade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

NORMAS EDITORIALES

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: joan.pico@upf.edu o guilherme@marinoni.adv.br. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado y ponerlo entre paréntesis y en cursiva, detrás del título original del estudio.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursiva, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias

veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización.

Se acusará recibo de los originales, cuya publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

