REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL

RIDP

AÑO 4 • VOL. 2 • JULIO-DICIEMBRE 2025

DIRECTORES:
JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI

IIDP Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

BOSCH EDITOR

REVISTA

IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL

RIDP

AÑO 4 • VOL. 2 • JULIO-DICIEMBRE 2025

BOSCH EDITOR

BOSCH EDITOR

Colección Procesal **J.M. Bosch Editor**

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

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, Mª José, *2007*
13. **Aspectos problematicos 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, Mª 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 Santamaría, Rebeca, *2018*

61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier (Dirs.), *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 (Dirs.), *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 (Dirs.), *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 (Dirs.), *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 Ángeles, *2022*
87. **Estrategias procesales en materia probatoria. La prueba en acción (II).** Munné Catarina, Frederic y de Miranda Vázquez, Carlos (Dirs.), *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 Doménech, 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*
91. **Los métodos y sistemas de la teoría del delito.** Benavente Chorres, Hesbert, *2023*
92. **La LEC práctica en fichas. Tercera Edición.** Adan Domènech, Federic, *2024*
93. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio. Segunda Edición.** Benavente Chorres, Hesbert, *2024*
94. **Arbitraje comercial: nuevas tendencias y oportunidades.** Herrera Petrus, Christian y Montañá Mora, Miquel (Coords.), *2024*
95. **Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino. Sobre el origen y desarrollo de la concepción racionalista de la prueba.** Ricaurte, Catherine, *2024*
96. **La prueba electrónica en el entorno digital de la empresa.** Goñi Irulegui, Ainhoa María, *2024*
97. **Mecanismos adecuados de resolución de conflictos y efectividad de derechos.** Lara González, Rafael, Richard González, Manuel y Riaño Brun, Iñaki (Coords.), *2024*
98. **El acceso a las fuentes de prueba en el derecho de la competencia: presente y futuro.** Fuguet Carles, Xènia, *2025*
99. **Prueba y derecho comparado: algunas reflexiones críticas.** Andino López, Juan Antonio, Picó i Junoy, Joan (Dirs.), *2025*
100. **Nuevos principios procesales. La actualidad de Giuseppe Chiovenda o replanteo de la teoría.** Gozaíni, Osvaldo A., *2025*
101. **Desafíos de la rendición de los medios de prueba en el proceso y su valoración.** González Coulon, María de los Ángeles, *2025*
102. **Desafíos de la Probática y del Derecho Probatorio.** Munné Catarina, Frederic, de Miranda Vázquez, Carlos (Dirs.), *2025*
103. **Nuevos retos del Derecho Probatorio.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), de Miranda Vázquez, Carlos (Coord.), *2025*

BOSCH EDITOR

Colección Procesal **J.M. Bosch Editor**

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

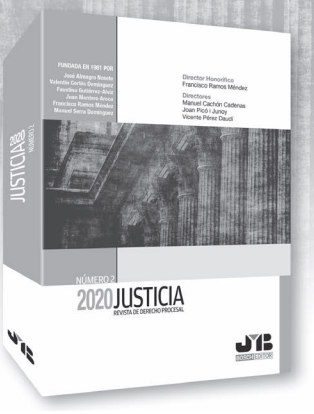
BOSCH EDITOR

JUSTICIA

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

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

2 NÚMEROS al año



Director honorífico
Francisco Ramos Méndez

Directores
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudí

Para más información y pedidos: **editorial@jmboscheditor.com**

Revista Iberoamericana de Derecho Procesal

RIDP

Año 4 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2025

JYB
BOSCH EDITOR

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 4 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2025

Directores
JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESIDENTE
Santiago Pereira Campos

SECRETARIO GENERAL
Giovanni Priori

TESORERA
Karla Vilela

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 4 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2025

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 (Bolívia), 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), Victor 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.

JYB
BOSCH EDITOR

Revista
IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL
RIDP

Año 4 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2025

Directores
Joan Picó i Junoy | Luiz Guilherme Marinoni

© DICIEMBRE 2025

BOSCH EDITOR

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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) sinecesita 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 4 • Vol. 2 • Julio-Diciembre 2025

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.

Sumario

Doctrina

Abogado del niño, niña y adolescente como propuesta de Ley Modelo para Iberoamérica. *Child and Adolescent Attorney as a Model Law Proposal for Ibero-America.*

Diego Robledo 21

Propuesta de creación de un código adversativo de reglas de pruebas para El Salvador. *Proposal for the creation of an adversarial code of evidence rules for El Salvador.*

Rommell Ismael Sandoval Rosales 33

Barreras en el acceso a la justicia para poblaciones vulnerables durante el proceso penal. *Obstacles to justice for vulnerable groups within the criminal justice process.*

María Elena Godoy Berrocal 81

La ejecución de obligaciones dinerarias a la luz de la justicia digital. *The enforcement of monetary obligations in the light of digital justice.*

Sergio Natalino Casassa Casanova 105

As alterações propostas pela lei n.º 14.879/2024 e as limitações quanto a aplicação da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais. *The changes proposed by law no. 14.879/2024 And the limitations on the forum selection clause in international contracts.*

Valesca Raizer Borges Moschen; Flora Gaspar da Silva; Isabela Tonton da Costa Dondone 119

El uso de drones en el proceso civil: un análisis de su potencial para mitigar los sesgos perceptivos en la inspección judicial. *The use of drones in civil proceedings: an analysis of their potential to mitigate perceptive biases in judicial inspection.*

Cesar Muriche Astorayme 159

A (des)necessidade de modulação dos efeitos de precedentes vinculantes. *The (un)necessity of modulating the effects of binding precedents.*

Maria Carolina de Almeida Abrão 197

Execução da sentença de obrigação de pagar no Brasil e na Iberoamérica: procedimento direto e eficácia mandamental. *Enforcement of judgment ordering payment in brazil and ibero-america: direct procedure and imperative order.*

Mateus Simioni de Bittencourt 215

¿Inteligencia artificial generativa y el estándar de prueba del "más allá de toda duda razonable"? Revisión a la valoración de la prueba y la decisión judicial automatizada. *Generative artificial intelligence and the 'beyond reasonable doubt' standard of proof? Review of evidence assessment and automated judicial decision-making.*

Ghecenia Vélgika Rafaele Bautista 257

Inteligencia Artificial y Discrecionalidad Judicial: Retos y Oportunidades en la Aplicación de la Prisión Preventiva en Iberoamérica. *Artificial Intelligence and Judicial Discretion: Challenges and Opportunities in the Application of Preventive Detention in Ibero-America.*

Gabriela Alba Patricia Bejarano Salazar 321

La configuración del derecho fundamental a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia. Notas acerca de su tratamiento en la legislación comparada, y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica. *The configuration of the fun-*

damental right to evidence and its effective judicial protection in Bolivia. Notes on its treatment in comparative legislation and in the jurisprudence of the Constitutional Courts of Latin America.

Alan E. Vargas Lima 333

Acesso à justiça e superendividamento: características atuais do seu tratamento pelo sistema de justiça brasileiro. *Access to justice and over-indebteness: current characteristics of its treatment by the Brazilian justice system.*

Maria Elisa Cesar Novais 399

Normas editoriales 443

Doctrina

Abogado del niño, niña y adolescente como propuesta de Ley Modelo para Iberoamérica

Child and Adolescent Attorney as a Model Law Proposal for Ibero-America

Diego Robledo
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba
Profesor en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Nacional de La Rioja*

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: Se propone el acceso a justicia de la infancia y adolescencia reconociendo y resolviendo factores de desigualdad real para su participación efectiva e incorporando una tutela protectoria diferenciada y preferente por el interés superior del niño, como reflejo de la humanización del proceso. En definitiva, que se cumpla la igualdad real de oportunidades y de trato digno, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos. Se propone que el abogado del niño, niña y adolescente deba acreditar una formación especializada en derechos de las

Abstract: This proposal advocates effective access to justice for children and adolescents by recognizing and addressing structural inequalities that hinder their meaningful participation. It promotes differentiated and prioritized protection based on the best interests of the child, as a reflection of a more humanized legal process. The initiative seeks to ensure true equality of opportunity and dignified treatment, enabling full enjoyment of human rights. It further proposes that the child and adolescent attorney demonstrate specialized training

* Agradezco al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal por haber premiado en el *call for papers* esta ponencia en las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal "Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica" (IIDP, Lima, 2025) y haber seleccionado su publicación en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.

familias, infancia y adolescencia, psicología infantil en clave de derechos humanos.

Palabras clave: Acceso a la justicia; derechos de la infancia y adolescencia; abogado del niño, niña y adolescente; humanización del proceso; propuesta de ley modelo para Iberoamérica.

in family law, children's and adolescents' rights, and child psychology, framed within a human rights-based approach.

Keywords: Access to justice; children and adolescents rights; child and adolescent attorney; humanized legal proceedings; model law proposal for Ibero-America.

Sumario: 1. Introducción. 2. Vulnerabilidades de niñas, niños y adolescentes. 3. Movimiento de acceso a justicia de NNA. 4. Abogado del NNA. 5. Lineamientos de la Corte Interamericana para una ley modelo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Esta investigación aplica el método dogmático y de derecho procesal comparado a partir de ejes para una ley modelo (Avila Paz de Robledo, R. A. (directora), 2005, pág. 81), pues como enseñaba Taruffo "*la construcción de «prototipos ideales» de los diversos ordenamientos puede establecer un nivel de análisis sobre el cual la comparación es posible y provechosa, evitando perderse en la masa infinita de detalles*" (2006). Con ello, se propone abrir un diálogo horizontal sobre los modelos procesales que recepten al Abogado de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA).

2. Vulnerabilidades de niñas, niños y adolescentes

Durante el siglo XX la concepción avanzó con la especificidad del derecho de menores, luego tribunales de menores y a partir de la Convención de Derechos del Niño (CDN) (1989) se establece el *paradigma de protección integral*, un antes y un después y se diferencian enfoques:

- ***situación irregular / tutelar***: es un enfoque de necesidades, que partiendo de factores ambientales –vgr. Familiar/comunidad del "menor" se justifica medidas de asistencia o tratamiento especial en base a esas situaciones de peligro, abandono moral o material o su condición física o mental. La incapacidad jurídica de menores va acompañada de no ser oída su voz en procesos. Enseña Bujosa Vadell, "*la innegable adaptación de las normas al menor en estos casos hace que se tengan en cuenta las características individuales y ambientales del mismo, pero con una ausencia de garantías que afiancen la seguridad jurídica y la justicia de ese tratamiento*" (2020, pág. 799).
- ***protección integral***: se considera a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho a los menores de 18 años, personas

con derechos humanos (civiles, políticos, sociales, culturales, económicos), en consecuencial las políticas públicas procuran los recursos necesarios para que tengan una vida digna. También son titulares de derechos humanos, que les reconoce y reafirma derechos por ser personas, y dada su vulnerabilidad, grado de madurez y edad tienen derechos diferenciados. Este enfoque reencuadra la justicia juvenil hacia prácticas restaurativas, compositivas, cooperativas, con formas flexibles. Se construye a partir de la CDN y otros instrumentos jurídicos.

Esta diferenciación permite prevenir el sesgo y estereotipos en el proceso (Robledo, 2023) (Avila Paz de Robledo, R.A., 2023). También comprender los cambios en las relaciones familiares, relaciones de padres-madres-hijos/as, así como su lugar en la comunidad, democratizando las relaciones (García Méndez, E., 2006) y trasladando desde un eje *adultocentrista* a uno del *interés superior del NNA*, escuchando su voz conforme a su edad y grado de madurez.

3. Movimiento de acceso a justicia de NNA

Siguiendo a Cappelletti y Garth el método comparativo requiere de la cooperación interdisciplinaria su estudio (1977) y, abarca a NNA. Lo performativo se despliega transversalmente a todas las dimensiones de la vida de NNA e implica que el acceso cuente con una comunicación adecuada a su grado de madurez y edad, lo que requiere un equipo profesional especializado y capacitado para ello, así como contar con referentes emocionales o afectivos de NNA (XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018).

El acceso es condición necesaria para que participen NNA en un proceso, aunque advierte Nieva Fenoll, «*es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un*

futuro" (2012, pág. 552). Por ello, se generan variantes de justicia juvenil con fines socializadores o educativos (Bujosa Vadell, L. M.; Diz, F. M. (directores), 2022)

La defensa en juicio es condición necesaria de la participación, del acceso, del debido proceso y de la tutela efectiva y eficiente. Por eso cuando se observa la evolución conceptual, se pasó de un momento en el que no se requería abogado defensor en casos basados en leyes "tutelares de menores" hacia el desafío actual de "*garantizar materialmente el derecho de defensa reconocido positivamente*" (Pinto, 2011). El entorno digital desafía pensar una defensa digital adecuada a NNA (2021).

4. Abogado del NNA

Es una persona letrada, con el rol de patrocinar derechos e intereses definidos a partir de la escucha al NNA para brindarle asistencia jurídica. No actúa como un apoderado ni como mandatario y como dice la jurisprudencia "*no tiene carácter representativo*" (V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos, 2019). No sustituye su voluntad, pero defiende su voz para que sea escuchada en el diálogo procesal.

Se diferencia del "*tutor especial*" como figura que representa y sustituye la voluntad de los NNA. También se "*aleja del rol que desempeñan las Defensorías de Menores o Niñez en el proceso*" (Silva, 2022, págs. 120-121).

También el abogado del NNA se diferencia del "*ombudsman de la niñez y adolescencia*" a quien también se le llama *defensor.* En algunos instrumentos de DD.HH. se menciona como "asistencia letrada" a los fines que cada Estado en su regulación interna pueda adecuarlo a su proyecto cultural y encausar en la institución más afín al sistema propio.

La razón fundamental de este instituto anida en la CDN, cuando en el artículo 12, establece: 1. "*los Estados Partes garantizarán al niño que*

esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño", 2. "*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*".

En modelos del Civil Law suele una ley reconocer este derecho. Por ejemplo, en el caso de Argentina, la Ley 26061 (2006) en sus artículos 24 por el cual se consagra el derecho a opinar y ser oído y, específicamente, el artículo 27, inciso 1 por el cual se consagran las garantías mínimas de procedimiento ya sea judicial o administrativo, con el derecho específico a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la NNA, a que "*su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte*" y específicamente "*c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte*".

El decreto reglamentario N° 415/07, establece el derecho a la asistencia letrada del niño que incluye el de designar un abogado que represente sus intereses personales e individuales en el proceso administrativo o judicial. Como observa Soza, ese derecho implica la posibilidad de "*elegir al profesional*" que quiera llevar adelante su representación en juicio y, como contrapartida, la posibilidad de revocar el patrocinio cuando dicho profesional se aparte de los mandatos o deseos propios del niño o niña. La elección puede ser consecuencia, o bien de la especificidad en el tema involucrado: derecho a las imágenes de los progenitores subidas a las redes sociales de los progenitores, acciones de filiación en temas de adopción y la participación en la

elección de una familia, medidas cautelares en el marco de la violencia intrafamiliar, entre otras. (Sosa, 2022, pág. 197).

También, en modelos del Civil Law es posible identificarla en constituciones como por ejemplo la Constitución de la Provincia de Corrientes (2020) que consagra el instituto del abogado de NNA en el art. 41:

> El estado asegura a NNA en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya. Si carecieren de recursos económicos, el Estado debe asignarles de oficio, un letrado que los patrocine. En caso de detención deben ser alojados en establecimientos especiales que resguarden su integridad física y psíquica.

Constitucionalizar asegura el modelo, también la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2024) que establece que para atender el interés del niño y para que sea escuchado con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos, "se debe solicitar al juez de la causa que designe un letrado especializado en la materia para que lo patrocine" ("B., C. I." sentencia del 09/09/2021; "J., C. A.", sentencia del 29/05/2018; "G. de O. M.V.", sentencia del 27/11/2014; "S., F. M." sentencia del 11/12/2014; 335:2307; 333:2017). Aunque también la jurisprudencia contraria puede considerar una *"sobreexigencia emocional*" que un NNA se presente con un abogado independiente a pedir como en un caso, ir a vivir con su progenitor a otro país por involucrarle en un conflicto de adultos ("T., F. T. c/ T., A. J. – Medidas provisionales personales – Ley 10.305"., 2025).

Mientras que en modelos del Common Law, merece atención especial, la situación de aquellos *NNA en su calidad de infractores de la ley*, puesto que a su vulnerabilidad por su calidad de NNA se expande

con el juicio de reprochabilidad por sus conductas. El ejemplo más paradigmático surge en los Estados Unidos cuando la Suprema Corte de Justicia sentó el derecho de los niños al patrocinio letrado en el precedente "*Gault*" (387 U.S. 1, 13, 1967) cuando se discuta la libertad personal en el marco de un procedimiento por delincuencia juvenil, sentando que ni la 14ª enmienda ni la Declaración de Derechos es solo para adultos: "*Neither the Fourteenth Amendment nor the Bill of Rights is for adults alone*" también ha expresado que este precedente no extiende sus efectos a la relación entre jóvenes y el Estado de esta manera fuera de este ámbito. (387 U.S. 1, 13, 1967).

A raíz de "*Gault*", le asiste el derecho a un abogado si en el caso se pone en discusión la libertad personal del niño, con todos los derechos que conlleva la relación directa abogado-justiciable. Y solo en Ohio y Texas se ha regulado para procesos de familia, que el niño pueda ser admitido conforme el criterio del tribunal como parte con patrocinio letrado. Una de las consecuencias del caso, es la afirmación de la doctrina "*mature minor doctrine*" por la cual se considera la adecuada capacidad decisional y de comprensión en la adolescencia. En la antípoda de esta posición, se observa la preocupación del Comité de Derechos del Niño que a través de su observación N°24 expresa que "*se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables*".

En ambos modelos, la tensión entre la actuación de oficio y quién pide el abogado del NNA es un desafío (Riethmuller, G., 2024) (Bermejo, P. & Guahnon, S., 2024).

5. Lineamientos de la Corte Interamericana para una ley modelo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluyó jurisprudencialmente como deber de debida diligencia el desarrollo de

un proceso accesible, adecuado, apropiado a NNA de garantizar al abogado del niño (V.R.P., V.C.P. y otros Vs. Nicaragua, Sentencia del 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2018). En este caso, la niña que participaba en el proceso fue abusada sexualmente a los ocho años por su padre. Lo que con perspectiva de vulnerabilidad permite comprender una desigualdad estructural en tanto niña y víctima. El precedente que marca respecto al "*derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes*", y el principio de autonomía progresiva, "*conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales*". Puntualmente: "*En este sentido, el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez*".

La solución que sienta para "*sortear los obstáculos en el acceso a la justicia, la asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de éstos últimos*".

6. Conclusiones

- Se propone el acceso a justicia de la infancia y adolescencia reconociendo y resolviendo factores de desigualdad real para su participación efectiva e incorporando una tutela protectoria diferenciada y preferente por el interés superior del niño, como reflejo de la humanización del proceso. En definitiva, que se cumpla la igualdad real de oportunidades y de trato digno, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

- Se propone que el abogado del niño, niña y adolescente deba acreditar una formación especializada en derechos de las familias, infancia y adolescencia, psicología infantil en clave de derechos humanos.

7. Bibliografía

"T., F. T. c/ T., A. J. – Medidas provisionales personales – Ley 10.305". (Juzgado N°2 en Familia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba 20 de 03 de 2025).

387 U.S. 1, 13, «Gault» (Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos 1967).

AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A. (directora). (2005). *Manual de Teoría General del Proceso.* Córdoba: Advocatus.

AVILA PAZ DE ROBLEDO, R.A. (2023). Formación de operadores en oralidad y procesos por audiencias atendiendo el acceso a justicia de colectivos vulnerables, para construir "sociedades justas, pacíficas e inclusivas" –ODS 2030–. En A. A. Procesal, *XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal.* San Juan: Asociación Argentina de Derecho Procesal.

BERMEJO, P. & GUAHNON, S. (2024). La tensión entre el principio de autodeterminación y el de oficiosidad en los procesos con personas en situación de vulnerabilidad: personas menores de edad y personas con capacidad restringuida. En E. M. Falcón, *El complejo recorrido del derecho procesal en el siglo XXI* (págs. 70-88). Buenos Aires: Instituto de Derecho Procesal, ANDCSBA.

BUJOSA VADELL, L. M.; DIZ, F. M. (directores). (2022). *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención.* Madrid: Thomson Reuters Arazandi.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. (2020). Los fundamentos del proceso penal del menor. En A. G. Adrian Simons, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira* (págs. 798-811). São Paulo: Tirant lo Blanch.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. (1977). Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buff. L. Rev.*, *27*, 181.

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES. (2020). Corrientes: H. Legislatura de la Provincia de Corrientes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2024). *Derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes.* Ciudad de Buenos Aires: Secetaría de Jurisprudencia. Recuperado el 19 de 03 de 2025, de https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/47/documento

GARCÍA MÉNDEZ, E. (2006). Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En R. F. Márquez, *Antología preparada para el primer curso diplomado en desarrollo humano local en género, infancia, población y salud.* Cuba: UNICEF, OMS, OPS.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; MAURAS, Marta. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral.* Colombia: UNICEF.

H. CONGRESO DE LA NACIÓN. (2006). *Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes L. 26.061* . Ciudad Autónoma de Buenos Aires: HCN.

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Washington D.C.: ONU. Recuperado el 19 de 03 de 2025, de https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. (2021). *Observación gral. N° 25 relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital.* Naciones Unidas.

NIEVA FENOLL, Jordi. (2012). La declaración de niños en calidad de partes o testigos. *Revista de Derecho Procesal 2012-1 Modos anormales de terminación de un proceso*.

PINTO, G. (2011). Los derechos de niños, niñas y adolescentes y la defensa jurídica. El/La Abogado/a Defensor/a como nuevo actor procesal. En AA.VV., *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública* (págs. 57-70). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: UNICEF y Defensoría General de la Nación, comité editorial Subsecretaría de Comunicación Institucional – Secretaría General de Política Institucional. Defensoría General de la Nación.

RIETHMULLER, G. (2024). The role of the independent children's lawyer. *Australian Law Journal, 94*(4), 245-247.

ROBLEDO, D. (2023). Inteligencia artificial en el proceso de mediación y los sesgos algorítmicos de género. *Revista de Derecho Procesal*(2), 379-408.

SILVA, M. C. (2022). Niños, Niñas y Adolescentes como participantes y partes del proceso judicial. *Revista de Derecho Procesal 2022-2 El impacto del Código Civil y Comercial en el Proceso*, 120-121.

SOSA, M. E. (2022). Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos. A la luz del Código Civil y Comercia de la Nación. *Revista de Derecho Procesal, 1*.

TARUFFO, M. (2006). El proceso civil de «civil law»: Aspectos fundamentales*. *Revista Ius et Praxis, 12*(1), 69-94. doi:http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004

V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos (Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros 06 de 11 de 2019).

V.R.P., V.C.P. y otros Vs. Nicaragua, Sentencia del 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018).

XIX CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. (2018). *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.* Quito.

Propuesta de creación de un código adversativo de reglas de pruebas para El Salvador

Proposal for the creation of an adversarial code of evidence rules for El Salvador

Rommell Ismael Sandoval Rosales
Abogado, Notario y Arbitro salvadoreño
Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" de El Salvador*

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: Este estudio explora la posibilidad de codificar las reglas probatorias que actualmente están separadas en los distintos códigos procesales en El Salvador, para que sean aplicables a la jurisdicción penal y civil (incluyendo las materias de familia, laboral, contencioso administrativo, etc.).

Palabras clave: Código probatorio; El Salvador.

Abstract: This study explores the possibility of codifying the rules of evidence that are currently separated in the various procedural codes in El Salvador, so that they are applicable to criminal and civil jurisdiction (including family, labour, administrative litigation, etc.).

Keywords: Evidence Code; El Salvador.

* Este artículo es dedicado a Milagro, María Fer, Noé Salvador y Nelly, Maritza Ale, Rommell Javier, Mai y la Oli. Las ideas, análisis y conceptos a una propuesta de investigación doctoral para el Programa de Doctorado de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, bajo la dirección y tutoría del decano de la Escuela de Derecho Dr. Julio Fontanet. El título de la disertación doctoral es "*PROPUESTA DE CREACIÓN DE UN CÓDIGO DE PRUEBAS ADVERSATIVO PARA EL SALVADOR*".

Sumario: 1. Introducción. 2. Los sistemas jurídicos angloamericano y continental. Referencias básicas. 2.1. Las funciones de los sujetos procesales en la actividad probatoria en materia penal. 3. Las diferencias en la organización de las normas de evidencia. 3.1. El control de la admisibilidad de la prueba. 4. Las raíces históricas de las reglas de evidencia en el sistema angloamericano. 4.1. La codificación de las reglas de evidencia. 4.2. Las criticas a la codificación de las reglas de evidencia federales. 5. Propósito y objetivo de la integración de las reglas de evidencia en un solo cuerpo normativo. 6. Estandarización y consistencia en la administración de justicia. 7. La relevancia y fiabilidad de la prueba. 8. La anarquía de las fuentes normativas de la prueba en El Salvador. 9. Conclusión. 10. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Es muy conocido en las Escuelas de Derecho, que, cuando los profesores les exponen a los estudiantes sobre los sistemas jurídicos y las fuentes del Derecho, se les explica que la doctrina divide dos grandes tradiciones históricas: el derecho común (*common l*aw) o angloamericano, al que también se le denomina consuetudinario y el sistema continental o civil (*civil law*). Estos dos sistemas jurídicos tienen sus diferencias en el derecho sustantivo, en el derecho procesal, en el derecho probatorio y en la aplicación de las garantías judiciales, aunque desde siempre ha habido intercambios doctrinarios, legislativos o jurisprudenciales entre los juristas, los empresarios, los ciudadanos y los gobiernos en las diversas actividades globales que históricamente ha habido, tanto en época de paz como de guerra.

En la doctrina del Derecho, se considera que la principal diferencia entre ambas tradiciones jurídicas es el sistema de fuentes de derecho, aunque no es la única. En el sistema de fuentes del derecho del derecho común (*common l*aw), angloamericano o consuetudinario, se considera que su origen es el Reino Unido, que luego se extendió a sus excolonias (Canadá, Estados Unidos, las islas del Caribe, partes de África, Asia, Oceanía y sus islas...), y que su proceso de creación, reforma y renovación es a través de las decisiones judiciales.

En la otra gran tradición jurídica, denominado como el sistema continental o civil (*civil law*), se considera que tiene su origen en la Europa continental, que se expandió a sus excolonias. Este sistema tuvo una fuerte influencia del derecho romano en todo su desarrollo histórico, del derecho germánico y por supuesto de la codificación Napoleónica, denominada así porque fue creada durante el imperio de Napoleón Bonaparte que abarcó los territorios países que ahora son Francia (y sus excolonias), Italia (y sus excolonias), España (y sus excolonias), Países Bajos y Bélgica (y las ex colonias de cada uno) y otros. El derecho civil y penal napoleónico se expandió en América

Latina en los territorios de las excolonias francesa, países bajos, española y portuguesa.

En la actualidad estos dos sistemas jurídicos se han desarrollado, evolucionado y han adaptado sus conceptos e instituciones jurídicas a las necesidades de la democracia moderna, al comercio internacional, al Sistema de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales (de propiedad intelectual, aranceles, integración económica, etc.) llegando a consensos que permiten el diálogo entre los juristas, las empresas y las personas.

Si algo tienen en común estos dos sistemas, es que su punto de referencia es la separación del poder judicial de los otros poderes del Estado (el ejecutivo y el legislativo), los estándares de los derechos y libertades fundamentales que la humanidad ha recopilado en las cartas internacionales y regionales de derechos humanos, como la vida, la integridad personal, la libre expresión y libertad de pensamiento, la libertad económica y otros.

En cada uno de estos sistemas hay un reconocimiento a las garantías esenciales del debido proceso como el derecho a la protección judicial, la prohibición de actos arbitrarios contra las limitaciones a la libertad, el funcionamiento del hábeas corpus, el derecho de defensa y gozar de un defensor competente, el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos degradantes o inhumanos, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, el derecho a ser presentado ante un juez independiente y competente, el derecho de audiencia y confrontación de la prueba de cargo, así como el derecho a un juicio justo, entre otros.

Ahora bien, existe diferencias en cuanto a la creación de las fuentes formales del Derecho, a los roles de los sujetos procesales y a la actividad probatoria. En la mayor parte de países de derecho continental tienen una Constitución escrita y el mayor productor normativo es el Congreso a través de la ley y el Ejecutivo por medio de

reglamentos o decretos, muy excepcionalmente el Poder Judicial crea normas salvo a través del recurso judicial denominado "casación" (de origen napoleónico) o por tribunales especializados en materia constitucional (Corte o Tribunal Constitucional).

Los países de la esfera angloamericana, si bien su mayor fuente normativa es originada por el Congreso (o el Parlamento) y el Ejecutivo, los jueces y tribunales tienen reconocida la capacidad de ir interpretando y adaptando el derecho legislado y creando reglas jurídicas vinculantes a través de sus decisiones o precedentes (*stare decisis*). Salvo en el Reino Unido que tiene una Constitución no escrita (consuetudinaria) en la mayor parte de las excolonias, empezando por los Estados Unidos, tiene una Constitución escrita que se convierte en la mayor fuente de derecho que es interpretada y actualizada constantemente por los tribunales. Esa Constitución escrita es sinónimo de las características del Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos fundamentales al estar protegida por una norma supralegal, que se impone sobre el sistema de fuentes del derecho derivado, y que ofrece garantías de protección frente al gobernante de turno.

Una diferencia esencial entre el sistema de justicia angloamericano y el continental, en materia penal, es que hay una preponderante actuación del jurado en la administración de justicia, y porque en el proceso se confía a las partes la resolución del conflicto penal a través de las salidas alternas (como la declaración de culpabilidad o *guilty plea* u otros mecanismos procesales). En efecto, en el derecho angloamericano la persona imputada tiene el derecho a ser juzgado por el jurado.

En cambio, la regla general, en el derecho continental, es que, en materia penal la decisión del juicio se confía en jueces y tribunales de carrera para dictar la justicia. En Europa, existen tres sistemas de jurado: el puro o anglosajón en la jurisdicción del Reino Unido; un sistema de jurado mixto, implantado en Austria y Bélgica, en la cual

una fase del proceso se somete a un jurado de ciudadanos y la pena es impuesta por jueces; y, el jurado escabinado, en Francia, Alemania, Grecia y Portugal, en el cual el panel está integrado por un magistrado de carrera y ciudadanos.

En algunos países de América Latina recientemente se introdujo el derecho al jurado integrado por ciudadanos. Valga la aclaración que, en El Salvador, en el Código Procesal Penal vigente, existe el jurado integrado por 6 ciudadanos (no por 12 como en el sistema norteamericano), pero se utiliza para delitos menos graves, no para delitos graves.

Es relevante mencionar que en el sistema judicial angloamericano el proceso penal y el proceso civil es una confrontación entre partes, por ello se le denomina proceso adversativo. Son las partes las que promueven la justicia y realizan las aportaciones probatorias tanto en materia civil como penal. Son las partes las que intentan llegar a la verdad a través del contrainterrogatorio de la prueba de la parte contraria.

A diferencia del sistema continental, que solo la materia civil está a disposición de las partes, con alguna intervención judicial por medio del procedimiento de la "prueba para mejor proveer", en cambio en el sistema penal en la mayor parte de países europeos la promoción de la investigación del delito dependerá de un *juez* de instrucción, aunque este modelo ha ido poco a poco disminuyendo en Alemania o Portugal, pero no en España o Francia. Por eso se le ha llamado sistema inquisitivo o sistema mixto (inquisitivo-acusatorio).

En cambio, con la reforma del proceso penal en América Latina el Ministerio Público se ha ido fortaleciendo de tal manera que cada vez tiene una mayor relevancia sus facultades en la dirección de la investigación del crimen por medio de la policía o de una agencia técnica especializada (Moreno Catena, 2009), así como en la promoción del proceso. Por eso en América Latina, la reforma se le denomina

proceso penal mixto con tendencia acusatoria, pero no es un modelo adversativo, ni hay un código de prueba separado del Código de Procedimientos (ni penal ni civil).

En otras palabras, en el sistema anglosajón, específicamente en el proceso penal y en el proceso civil, se depende de las actuaciones probatorias de las partes. El juez es un árbitro en todas las etapas del proceso que no interviene ni en la actividad investigativa dirigiendo a la policía u ordenando actos de investigación ni promoviendo la acusación.

Quizás un elemento diferenciador en los sistemas jurídicos es que en el derecho angloamericano el conjunto de reglas de prueba está separado de las reglas procesales. Las "reglas de evidencia" están separadas del Código de Procedimientos Civiles y del Código de Procedimientos Penales. En el sistema continental tanto las reglas del procedimiento de investigación, el procedimiento judicial y las disposiciones de la prueba se encuentran concentrados en un solo Código de Procedimientos por cada una de las materias.

Las reglas de evidencia son las disposiciones que en el sistema judicial angloamericano determinan qué evidencia es admisible por su pertinencia en un juicio. En los Estados Unidos, los tribunales federales siguen las Reglas Federales de Evidencia (Federal Rule of Evidence, en adelante FRE), mientras que los tribunales estatales aplican las normas de evidencia de su jurisdicción. Por ejemplo, se pueden consultar el Código de Evidencia de California o de cualquier otro Estado, como en Puerto Rico (Estado Libre Asociado, en adelante REPR). Estas reglas, por lo general, son establecidas por las legislaturas estatales a sus respectivos tribunales con el objeto de establecer pautas de razonabilidad en la admisión, rechazo o exclusión de la prueba.

Como se explicó párrafos previos en los países del sistema de derecho común es a través de la fuente del precedente judicial que se fueron creando las reglas para admitir o rechazar la prueba, basada

en la pertinencia y utilidad para el juicio. Es a partir del siglo XX que, para evitar la dispersión de las reglas de evidencia creadas por el precedente judicial, se comenzaron a redactar un conjunto de disposiciones. Las reglas de evidencia son recogidas en una fuente legislativa, normalmente aprobada por la Suprema Corte en cada uno de estos países del sistema angloamericano.

En el derecho continental la razón por la cual las reglas probatorias están distribuidas de forma escasa en un solo Código de Procedimientos es que en su concepción originaria estaba diseñada para los jueces inquisidores o con potestades instructoras de recolección de prueba, no para la participación de las partes, ni del jurado. Las reglas de admisibilidad siguen dependiendo de la discrecionalidad judicial de jueces profesionales.

La reforma procesal iniciada en los noventa en América Latina, si bien no era de carácter adversativa sino mixta de tendencia acusatoria (se separó la función del Ministerio Público del juez de instrucción), no se crearon reglas de evidencia separadas del procedimiento penal.

Algunas razones que se dan para explicar el por qué, es que, en los países de derecho consuetudinario, se han codificado las reglas de evidencia por la desconfianza hacia las decisiones por los jurados. Eso no es necesario en el derecho continental, por la escasa o nula intervención del jurado.

Así que, en el sistema del derecho común o angloamericano, para modular los prejuicios y falta de experiencia del jurado para analizar objetivamente la evidencia, se optó por establecer reglas que asistieran a la administración de justicia, a las partes y a los jueces con pautas detalladas para la admisión o rechazo de la prueba. Son las partes las que controlan las actuaciones de la otra en audiencia pública por medio de las objeciones o incidentes en el juicio. El juez debe tomar una decisión sobre la admisibilidad o rechazo de la prue-

ba, incluso, excluyendo al jurado de la sala de audiencias para tomar una decisión. El juez puede instruir al jurado sobre lo que se admitió y rechazó.

Por otra parte, en el derecho continental se considera que los jueces profesionales, no requieren reglas detalladas y complejas de admisibilidad y de exclusión de la prueba, como sucede en el sistema angloamericano, debido a que están entrenados y preparados para distinguir la prueba pertinente de la que no lo es, basado en su discrecionalidad, y que, tampoco requieren el llamado de atención de las partes por medio de las objeciones porque saben diferenciar y motivar la admisión o rechazo.

Este articulo explora la posibilidad de codificar las reglas probatorias que estén separados de las disposiciones de procedimientos en El Salvador que sean aplicables a la jurisdicción penal y civil (incluyendo las materias de familia, laboral, extinción de dominio, contencioso administrativo y otras).

2. Los sistemas jurídicos angloamericano y continental. Referencias básicas

La familia jurídica del derecho común (common law o derecho angloamericano) y la familia jurídica del derecho continental (civil law) se diferencian por las formas de creación del derecho, las competencias y las facultades de las instituciones públicas, el sistema de justicia y los roles de los sujetos procesales (partes, juez y jurado). Cada sistema jurídico responde a tradiciones jurídicas distintas, económicos, sociales y formas de Estado de Derecho distintos.

Eso no quiere decir que estén totalmente separadas o que exista un abismo que no permite la comunicación, la interrelación y el intercambio de buenas prácticas o de reglas de prueba. De hecho, los juristas de las diferentes tradiciones siempre han estado dialogando de

forma directa o indirecta, buscando soluciones jurídicas que puedan servir a uno y otro sistema normativo o a la justicia. Lo que algunos autores han ido llamando el diálogo entre fronteras (Damaska, 1997).

Una de las principales funciones del sistema judicial, en cualquiera de las familias jurídicas, es conocer y juzgar sobre los hechos pasados. De allí que las reglas del procedimiento judicial, en cualquiera de los ordenamientos jurídicos, estén preocupadas de cómo se debe llevar los hechos y la prueba al conocimiento del juez o al jurado que tienen la responsabilidad de tomar una decisión sobre esos hechos pasados. Es el juez o el jurado a quiénes la ley les da la facultad de decidir sobre hechos controvertidos que son sometidos a su conocimiento.

Sin duda existe un debate desde hace mucho tiempo sobre cuál sistema de justicia beneficia más a las personas, es transparente, garantiza el debido proceso y el acceso a la justicia. Existe un debate sobre cuál sistema legal ofrece una mejor calidad de la justicia y del conocimiento de la prueba, es decir si lo es el derecho continental o el sistema angloamericano. No hay una sola respuesta.

En cada familia jurídica existe submodelos o subsistemas. Entonces una primera consideración es que en el interior de cada tradición jurídica no hay un solo modelo homogéneo. Ni en la propia Europa ni en sus excolonias (África o Latinoamérica) ni en el Reino Unido, sus excolonias o en el Commonwealth las tradiciones jurídicas son las mismas. Tienen sus propios rasgos adaptados a la cultura y a la sociedad.

El modelo judicial de derecho procesal penal continental en Europa ha ido evolucionado en Alemania, Austria y Portugal al darle un rol e independencia al Ministerio Público, lo que no sucede en Francia o España que fundamenta la investigación del delito y la recopilación de pruebas, especialmente de testigos, en las actuaciones del juez de instrucción (Moreno Catena, 2009).

El modelo judicial del derecho continental europeo tampoco es similar al que está en constante evolución en América Latina. Especialmente, a partir de la modernización judicial y reforma procesal surgida desde los años noventa del siglo XX a la fecha. Hay cambios sustanciales de la mayor parte de países de América Latina de lo que es el modelo judicial y procesal español. En algunos países en América Latina, incluso han incorporado reglas y procedimientos del sistema norteamericano, o al menos, lo han tratado de emular, incluso con la introducción del jurado.

Es así como, en términos generales, se puede afirmar que existe unas diferencias en las facultades de los sujetos procesales entre el sistema de derecho continental europeo y en el derecho de origen angloamericano. En la Europa continental, especialmente en Francia, España e Italia hay un juez investigador y un juez sentenciador (que puede ser un solo juez de instrucción). En el sistema penal de derecho continental latinoamericano, hay una tendencia a separar al juez de las funciones de investigación para delegarlo al Ministerio Público o Fiscalía General. Hay un rasgo común es que el sistema de justicia pretende proteger los derechos fundamentales y el debido proceso judicial (Taruffo, 2006).

Dentro del modelo angloamericano, existen diferencias y semejanzas entre las reglas del derecho inglés y algunas excolonias, con independencia de si se mantienen en el marco del Commonwealth. Hay contrastes con los regímenes jurídicos y judiciales de Nueva Zelanda, Australia, Estados Unidos de América, India o Canadá, aunque tengan un tronco histórico común. Lo que se quiere decir es que no hay un solo modelo homogéneo. En el mismo Estados Unidos hay distinciones entre los sistemas estales y federal, como el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Las características comunes que se tienen en estos sistemas judiciales adversativos es el estatuto de autonomía del jurado, la creación del derecho a través del precedente judicial y las reglas contra la prueba del rumor (hearsay).

Algunos autores consideran que llevar a cabo un esfuerzo comparativo entre los sistemas angloamericano y continental es una disputa inútil (Damaska, 1986) porque nunca fueron homogéneos ni dentro de Europa continental ni con las excolonias (Armenta Deu, 2012). No hay duda de que hay rasgos que aún permiten diferenciar sus características, pero ahora se habla de los continuos intercambios colaborativos entre los sistemas jurídicos. Estos intercambios se basan en la interculturalidad como son los fenómenos de la comunicación masiva de la televisión, cine o internet (videos de youtube, streaming, etc) en la que abundan las películas o series judiciales, la migración o los negocios.

Los sistemas jurídicos tienen raíces, culturas, costumbres y fuentes normativas diferentes, pero han intercambiado instituciones jurídicas, con el objetivo de mejorar el Estado de Derecho y la administración de justicia (Damaska, 1986). Además, han ido evolucionado y separándose de la familia originaria a través del tiempo, en algunos casos hasta casi desaparecer los vínculos con las "metrópolis coloniales" para adaptarse a la realidad nacional y a las controversias que se deben de resolver. Un ejemplo claro es Puerto Rico, inicialmente bajo la familia del derecho español y en la actualidad bajo la influencia del derecho angloamericano.

2.1. Las funciones de los sujetos procesales en la actividad probatoria en materia penal

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808, elaborado por Napoleón, es la fuente que influyó en el modelo judicial inquisitivo (moderno) en Europa continental y en América Latina. El Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 fue un referente fundamental para el estudio del derecho procesal penal francés, fue suplantado por el Código de Procedimiento Penal de 1958 (Volk, 2023).

La investigación inicial en el sistema continental europeo está a cargo de un juez de instrucción en cambio en el sistema angloamericano depende de la policía (González-Cuellar Serrano, N. 1990). En el modelo continental europeo los jueces de carrera asumen la responsabilidad de llegar a una escena del delito, orientar a la policía lo que se debe investigar. La participación del Ministerio Público y defensa está limitada hasta que se finaliza la instrucción formal. En el sistema continental la policía de investigación, medicina forense y la policía técnica científica responde a lo que le indica un juez (de instrucción).

El juez de instrucción o de garantías en algunos países latinoamericanos, en España y Francia no juzga, sino que prepara, durante la etapa de instrucción toda la evidencia para entregarla al Ministerio Público (o Ministerio Fiscal) para que éste promueva la acusación con la finalidad que se abra la etapa del juicio o vista pública (González-Cuellar Serrano, N. 1990).

En algunos países en Latinoamérica desde la reforma procesal de los años ochenta el rol de los jueces, la policía y el Ministerio Público ha ido modificándose paulatinamente. La policía de investigación actúa bajo la dirección "funcional" del fiscal. Es decir, es el fiscal quien da indicaciones para la búsqueda de evidencias de un hecho delictivo. No es el juez de instrucción o juez de garantías (como se le conoce en alguno de estos países), como aún sucede en algunos países europeos o en Brasil (Gascón, 2009).

En la tradición jurídica angloamericana, las actuaciones de los sujetos procesales están divididas de forma más clara, la investigación está a cargo de la Policía y cuando finaliza se lleva el caso al Fiscal, quién decide si promueve o no la acción penal ante el juez. El juez no investiga, admite la prueba y juzga (o lo hace el jurado). Lo relevante es que es el fiscal y la defensa es decir "las partes" las responsables de identificar la prueba, descubrirla, ofrecerla y practicarla.

En el sistema angloamericano los investigadores policiales responden a su propia jefatura, no interviene el fiscal. La policía recurre al fiscal si necesita una orden allanamiento a la casa de habitación de algún sospechoso o para la detención de una persona.

En el modelo angloamericano no existe la figura del juez de instrucción, aunque algunos autores han querido considerar que el jurado al autorizar al fiscal una investigación en determinados delitos hace las veces de instructor y que eso lo hace similar al modelo inquisitivo. En realidad, el fiscal realiza interrogatorios sobre testigos para convencer al jurado con la finalidad que éste le autorice a una investigación formal de delitos graves.

3. Las diferencias en la organización de las normas de evidencia

Desde el punto de vista del sistema formal de fuentes de derecho, los países que siguen el sistema de derecho común tienen reglas de evidencia o un código de disposiciones sobre la evidencia distinto a las normas de procedimiento penal o de procedimiento civil, que determina qué evidencia es admisible y cuál no lo es. En cambio, en el sistema continental no hay un código separado de leyes de evidencia; las reglas de evidencia están dispersas en las leyes sustantivas y procesales (Damaska 1986).

Si bien en el sistema continental se considera que el principio de "libertad probatoria" es una gran conquista jurídica para los sujetos procesales porque se pueden probar los hechos por cualquier fuente de prueba, en realidad genera una amplia discrecionalidad para el tribunal para decidir qué prueba es o no admisible. Cada juez lo decide, según su propia experiencia sobre la regla de pertinencia. Por lo tanto, al no existir tampoco un modelo de respeto al precedente propio o vertical en la tradición jurídica continental, cada tribunal o juzgado

tendrá sus propios criterios en la interpretación de las disposiciones de prueba del código de procedimiento penal.

Esto plantea la paradoja, aun sin respuesta, de por qué el sistema de derecho continental no ha liderado la sistematización de las disposiciones de evidencia separada del código de procedimiento penal o civil, a pesar de que la codificación caracteriza más a este sistema que al de derecho angloamericano. Resulta interesante revisar los modelos procesales para Iberoamérica, en los cuales ni el Código Procesal Penal Tipo ni el Código Procesal Civil Tipo se plantearon separar las reglas de prueba de esas fuentes procesales. De hecho, lo que se considera como la gran propuesta es haber introducido un proceso "oral" con disposiciones limitadas en los interrogatorios, dependiendo siempre del juez de carrera en el ejercicio de sus facultades y menos de las partes (Sandoval et al 2018).

La razón que usualmente se esgrime en la tradición del derecho común o adversativo, para la existencia de normas de evidencia separadas de las reglas de procedimiento judicial es la desconfianza hacia la capacidad de los jurados para comprender los elementos técnicos para admitir o rechazar una evidencia con base en las reglas de pertinencias y rechazo de la prueba del rumor.

En efecto, los jurados en la tradición del derecho angloamericano son ciudadanos, no son ni abogados ni jueces profesionales, por lo que menudo carecen de conocimiento jurídico y experiencia en el análisis objetivo de la evidencia y pueden tener prejuicios difíciles de suprimir en contra del acusado, en contra de los testigos o en contra de los hechos. De allí también, que en el sistema angloamericano el proceso de selección de cada miembro del jurado es un arte. Se investiga e interroga sobre las habilidades, intereses, prejuicios, educación o creencias para tomar una decisión y seleccionarlo.

Es así como, para algunos autores, las reglas de evidencia tienen un propósito preventivo de una decisión judicial estereotipada,

prejuiciada o injusta. La ley de evidencia entonces está relacionada con la protección del jurado (las personas que decidirán sobre la libertad o la vida de un inculpado). Por lo tanto, se establecieron reglas separadas para ayudar al juez que preside el juicio a decidir o rechazar la prueba que los jurados deben de considerar para evaluar la no culpabilidad o no culpabilidad de una persona más allá de duda razonable. Las reglas de evidencia en el sistema angloamericano están justificadas para codificar la práctica jurisprudencial de la evidencia. Es decir, para evitar las interminables discusiones de abogados y jueces enfrente del jurado sobre la admisibilidad o rechazo de la prueba (Murray, 1995).

En el sistema continental al no existir un jurado de ciudadanos con similares características al angloamericano, consideran los autores, que no es necesaria la separación de las normas de evidencia de las de procedimiento penal o civil, porque el juez profesional puede decidir sin prejuicios sobre la admisibilidad de la prueba. Además, en el sistema continental europeo, quién lleva a cabo los interrogatorios es el juez no los abogados. Esta versión en el modelo continental latinoamericano se ha ido modificando debido a que el sistema de reglas permite que sean las partes las que lleven el peso de los interrogatorios y el juez controla las preguntas y respuestas.

3.1. El control de la admisibilidad de la prueba

Bajo el principio de libertad probatoria en los sistemas continentales inquisitivos las partes pueden ofrecer cualquier fuente de prueba recogida en la instrucción por el Ministerio Público y, la defensa, si lo desea puede solicitar prueba de descargo (Damaska 1986).

La Fiscalía acusa y cuando el juez de instrucción señala la audiencia preparatoria, se lleva a cabo el control de la admisibilidad de la prueba para la vista pública con solo argumentos de las partes,

quiénes explican al juez su utilidad, pertinencia y conducencia. No es ante el juez que sentencia en dónde se realiza el control de admisibilidad de la prueba, como pasa en el sistema angloamericano.

Es decir, ni en el sistema inquisitivo ni mixto hay interrogatorios en esa audiencia preliminar o preparatoria en la cual el juez decidirá la admisión de la prueba. En algunos sistemas, el juez que decide sobre la admisión de la prueba no es el mismo tribunal que decidirá o adjudicará.

En la práctica, los tribunales de sentencia o de la vista pública antes de la celebración de la audiencia rechazan o devuelven la prueba y el expediente al juez de instrucción en materia penal si consideran que no hay prueba suficiente debido a que no tienen facultades para sobreseer. Si llegan a señalar la vista pública o sentencia, de forma previa al juicio se producen incidentes sobre la pertinencia o de la prueba.

En el sistema angloamericano el juez que adjudica realiza el control de la admisibilidad de la prueba escuchando los interrogatorios y decidiendo sobre las objeciones o reparos de las partes. Es en el sistema angloamericano en dónde el juez profesional realiza un control de admisibilidad de la prueba. El juez es un tercero imparcial entre los abogados y los jurados. El juez supervisa a los abogados mientras presentan los hechos por medio de los turnos de interrogatorio y contrainterrogatorio (Gonzaléz y Emmanuelli, 2018).

Existe una diferencia ideológica en los procesos de "codificación de la prueba" en el sistema continental y en el angloamericano (Damaska, 1997). En el proceso continental las reglas procesales se mezclan con la prueba, así como las sustantivas (Código Penal, Código Civil o Código de Comercio) y en el sistema angloamericano se separan las reglas procesales en materia penal y las de materia civil con un código de pruebas aplicables a esos dos ámbitos. En el sistema continental cada materia (civil o penal) tienen sus propias reglas de

prueba, se ocupan las probatorias en materia civil como supletorias del proceso penal, pero no toda la jurisprudencia está de acuerdo.

En general, las diferencias en los enfoques de evidencia entre los dos sistemas legales crean una disparidad en los costos de litigio. El litigio en el sistema de derecho común se puede afirmar que es considerablemente más costoso en comparación con el sistema de derecho continental. En el sistema angloamericano en cada audiencia se requiere que se realicen interrogatorios a los testigos o peritos de la parte que tiene la carga de la prueba (Rivera García, 2018).

En cambio, en el sistema continental los jueces toman decisiones con la mera argumentación de los abogados en audiencia, no es necesaria la actividad de los interrogatorios (Volk, 2023). En todo caso, en el sistema continental, como se ha mencionado antes quién realizará el interrogatorio será el juez, y luego las partes tendrán oportunidad de completarlo. El proceso angloamericano precisa la selección de jurado, condiciones para aislar al jurado de cualquier contaminación lo que implica costos de hospedaje y alimentación. Esos costos no los tiene el sistema continental. La comprensión de estas diferencias es crucial para el análisis legal y la cooperación entre jurisdicciones en el contexto de la diversidad de la cultura jurídica.

4. Las raíces históricas de las reglas de evidencia en el sistema angloamericano

En el siglo XII el jurado medieval respondía a comunidades agrícolas y ganaderas pequeñas e interdependientes (Damaska, 1997). Al provenir el jurado medieval de una localidad pequeña, se consideraba que podían investigar los hechos con los vecinos. Los miembros del jurado recogían información y la discutían en las reuniones del jurado. No se seleccionaban para escuchar pruebas sino para emitir el veredicto que ya se había preparado de forma previa porque ya habían

indagado entre los vecinos, por eso el contacto con la comunidad permitía recoger información, incluso con la calidad del "rumor".

Es a partir del año de 1500 que el jurado empieza a escuchar a testigos en una sala de tribunal. Este es un cambio radical porque el jurado es un panel o grupo de ciudadanos que pasivamente escucha a los testigos, no investiga personalmente el rumor. Se comienza a nombrar jueces para que puedan orientar al jurado sobre la prueba. El juez tiene un rol orientador del jurado sobre lo que los testigos han declarado. Ahora bien, en esa época aún no había reglas de evidencia codificadas, se depende de la memoria de los jueces y del tribunal.

4.1. La codificación de las reglas de evidencia

En el derecho federal de los Estados Unidos, los códigos de procedimiento civil y penal fueron adoptados con anticipación a las Reglas Federales de Evidencia. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil entraron en vigor en 1938 y las Reglas Federales de Procedimiento Penal entraron en vigor en 1946. En efecto, en el derecho federal de los Estados Unidos de carácter procesal, se había desarrollado una tradición de codificación (Nunn, 2022).

El origen de las reglas probatorias en el sistema angloamericano se remonta a la jurisprudencia, es decir, que han sido creadas y renovadas por las decisiones judiciales. La jurisprudencia en el sistema del derecho común es una fuente primordial del derecho al cual los tribunales se encuentran vinculados en razón a esa tradición jurídica. En cambio, solo para efectos comparativos, el derecho continental depende del legislador como su principal fuente normativa. El derecho consuetudinario permite la renovación constante a través de las decisiones de los tribunales (Brooks, 1978).

Antes de la codificación de las reglas de evidencia federales en los Estados Unidos, estas se encontraban dispersas en las colec-

ciones de jurisprudencia, en la práctica de los tribunales y en los análisis de las Escuelas de Derecho. El derecho consuetudinario era el medio principal para formular las reglas para admitir y practicar las pruebas en el juicio. Lo que complicaba y afectaba la toma de decisiones en cada sala de tribunal en los Estados Unidos, con discusiones sobre qué precedente era aplicable. Sin duda, implicaba un consumo de tiempo las discusiones entre las partes y el juez para seleccionar la regla que debía ser aplicada para su admisibilidad. Existían muchas discusiones sobre la prueba entre las partes y el juez, el juez tenía que retirar al jurado para que no tuviera prejuicios en la adjudicación.

Es a partir de 1961, que la Conferencia Judicial, comenzó a estudiar la viabilidad de reglas uniformes de evidencia en 1961. Aunque para esa época el derecho de evidencia consuetudinario contaba con preceptos fundamentales estables: en efecto, las reglas ya prohibían la admisibilidad de la prueba del rumor (oídas o prueba de referencia); se exigía que la evidencia material tenía que ser autenticada por su proponente para ser admitida. Existían estándares probatorios estables, creados por la jurisprudencia.

Uno de los retos más importantes en el derecho norteamericano fue decidir codificar las reglas probatorias federales, lo logró al zanjar una resistencia entre sus juristas en las que, la fuerza evolutiva de estas ya no dependería de los jueces sino del legislador (Brooks, 1978). Un cambio cultural que fue atacado, debido a que se consideraba que se transformaba el derecho común a un derecho continental o civil. Una apreciación que ha demostrado que no era cierta, y posiblemente era más ideológica que real.

Previamente a la adopción de las FRE, el derecho común relacionado a la evidencia era compleja, inconsistente e ineficiente. Especialmente porque cada juez desde su perspectiva admitía o rechazaba prueba basado en su formación jurídica y cultural.

Una de las razones para la codificación es que se consideraba que las reglas de evidencia de raíz consuetudinaria, era demasiada extensa, compleja e incierta para aplicarse con precisión en el calor del litigio en una sala de tribunal; y que, en cada tribunal se interpretaba la jurisprudencia con una expansión de fallos cuya discusión estaba atascando la actividad en la audiencia.

Otra de las consideraciones era que la ausencia de un conjunto legislado de reglas de evidencia significaba interrupciones costosas y discusiones inacabables en las salas de audiencia, para encontrar respuestas en la jurisprudencia de forma eficiente. Los estándares de evidencia del derecho consuetudinario carecían de la permanencia crucial para un proceso de juicio razonablemente predecible y que brindara seguridad jurídica. Por ejemplo, una declaración testifical podía ser considerada pertinente, y, por lo tanto, admisible en ese tribunal, pero otro, probablemente sería rechazado, esto generaba incertidumbre y aplicación desigual de la ley, dependiendo de la sala y del juez que pudiera presidir dicho tribunal. Un objetivo relevante para la codificación de las reglas de evidencia era lograr organizar, simplificar y redactar de forma clara los precedentes.

En los años setenta la Conferencia Judicial y el Comité Permanente de Normas de Práctica y Procedimiento convocaron por primera vez a un Comité Especial sobre Evidencia para considerar expresamente una reinvención del derecho probatorio como un régimen codificado. El Juez Presidente de la Suprema Corte, Earl Warren, estableció el primer Comité Asesor sobre las Reglas Federales de Evidencia. El Comité Asesor, a su vez, propuso su primer borrador de código probatorio en 1970. Tras una serie de revisiones, la Suprema Corte envió el borrador de las Reglas Federales de Evidencia al Congreso para su aprobación en 1972. Después de dos años de negociaciones, revisiones y ajustes sustantivos propios, el Congreso votó a favor del código probatorio en 1975, el cual se convirtió en ley, con el nombre de las Reglas Federales de Evidencia (Cheng y Nunn, 2023).

La promulgación de las Reglas Federales de Evidencia fue un logro fundamental en el proceso de positivación del derecho probatorio, cuyo génesis era la jurisprudencia, a una norma escrita, que le dio estabilidad. El legislador, en la práctica estableció un piso normativo sobre el cual los tribunales tenían que administrar justicia. También implicaba un control del poder legislativo sobre el judicial, como principal fuente normativa positivista.

Antes de las Reglas de Evidencia, el derecho probatorio de fuente jurisprudencial era tan disperso que, en muchas jurisdicciones, los acusados, por ejemplo, no podían ofrecer su declaración testimonial bajo juramento en la audiencia a solicitud del defensor, mientras en otras sí. En muchos tribunales, el juramento, no el contrainterrogatorio, era la herramienta principal para buscar la verdad en la sala de audiencias. Se necesitaron cambios estructurales amplios para alejarse de esa forma obsoleta de adjudicación que las Reglas Federales de Evidencia de 1975 ha permitido estandarizar en todos los tribunales federales al largo de los Estados Unidos.

La codificación de la prueba habilitó el fortalecimiento de la cláusula de confrontación, derivada de la Sexta Enmienda. En 1980, solo cinco años después de la promulgación de las Reglas Federales de Evidencia, la decisión de la Suprema Corte en Ohio v. Roberts marcó el inicio de una era jurisprudencial que concibió la cláusula de confrontación como una disposición arraigada principalmente en principios de confiabilidad.

La Suprema Corte de Estados Unidos en Ohio v. Roberts consideraba la cláusula de confrontación como una herramienta de adjudicación diseñada predominantemente para mejorar la fiabilidad de la evidencia. Sin embargo, veinticuatro años después de Ohio v. Roberts, la Suprema Corte reinventó radicalmente la cláusula de confrontación. En, la decisión de la Corte Suprema en 2004 en Crawford v. Washington anuló Ohio v. Roberts. Crawford modificó la cláusula

de confrontación como una disposición centrada en principios de legitimidad y equidad en lugar de fiabilidad. Crawford amplió drásticamente el alcance excluyente de la Cláusula de Confrontación, cambiando significativamente el campo de juego de la adjudicación penal.

En Ohio v. Roberts, la Suprema Corte de Estados Unidos había establecido un criterio de confiabilidad: permitía la admisión de declaraciones testimoniales fuera de la corte si tenían «garantías de confiabilidad» y caían dentro de una excepción firmemente arraigada al derecho contra el hearsay (o testimonio de terceros) o si la declaración mostraba algún tipo de «fiabilidad particular». Este estándar daba a los jueces discreción para admitir pruebas extrajudiciales o policiales, en función de si consideraban que dichas pruebas eran suficientemente confiables.

Sin embargo, en Crawford v. Washington, la Suprema Corte revisó este enfoque y sostuvo que el criterio de confiabilidad no era suficiente para cumplir con la Cláusula de Confrontación. En Crawford, el acusado había sido condenado en parte debido a una declaración de su esposa, hecha durante un interrogatorio policial, que lo implicaba en un crimen. La esposa no testificó en el juicio, y se utilizó su declaración sin que el acusado pudiera confrontarla (Fontanet, 2019-2020).

La Suprema Corte, al revisar el caso, determinó que las declaraciones testimoniales, como la realizada durante el interrogatorio policial, sólo pueden ser admitidas en el juicio si el testigo es inaccesible y el acusado ha tenido previamente la oportunidad de contrainterrogar a dicho testigo. Este nuevo estándar dio mayor peso al derecho del acusado de enfrentar a los testigos en su contra, limitando el uso de declaraciones fuera de la corte en procedimientos penales.

De acuerdo con Fontanet (2019-2020), Crawford v. Washington anuló el precedente de Ohio v. Roberts al establecer que la Cláusula de Confrontación no se satisface simplemente con que una de-

claración sea confiable; se requiere que, en casos de declaraciones testimoniales, el acusado tenga la oportunidad de contrainterrogar a los testigos, fortaleciendo así la protección de los derechos de los acusados en juicios penales.

Por su parte, en Puerto Rico en el cual existe en el ordenamiento jurídica una convivencia de la tradición jurídica continental y el common law se encuentran vigentes las Reglas de Evidencia (REPR) del 2009. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su Artículo V, Sección 6, sitúa la autoridad del Tribunal Supremo para aprobar LAS Reglas de Evidencia y de Procedimiento Civil y Criminal.

El texto constitucional dice que las reglas no podrán menoscabar, ampliar o modificar los derechos sustantivos de las partes. Las reglas que se adopten se someterán a la Asamblea Legislativa para su consideración. El texto constitucional se refiere exclusivamente a la aprobación de reglas para dirigir los procedimientos y a la actividad probatoria en la Rama Judicial. Las reglas no aplican ni al procedimiento ni al funcionamiento de la Rama Ejecutiva tampoco para la Rama Legislativa.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico adoptó un nuevo cuerpo de Reglas de Evidencia a principios de 1979. En atención al mandato constitucional, las Reglas se remitieron a la Asamblea Legislativa, fueron aprobadas y se dispuso su vigencia a partir del 1 de octubre de 1979 (Reglas de 1979). Se creó un Comité Asesor Permanente para la Revisión de las Reglas de Evidencia para las adaptaciones, la modernización y revisión de las Reglas de 1979 que garanticen un proceso justo, rápido y económico para todas las partes.

La reglamentación ha permitido el control de los actos de admisibilidad, rechazo y exclusión de prueba del acto del juicio mediante disposiciones sencillas que tienen el objetivo de garantizar la confiabilidad de la prueba presentada; excluir prueba que no tiene valor

probatorio o que eventualmente vulneraría los principios de política pública o constitucional; proteger los derechos de las partes, especialmente los acusados; evitar que el jurado se confunda o utilice criterios emocionales que no están vinculados. Posteriormente se adoptaron las Reglas de Evidencia del año 2009 las cuales se encuentran vigentes con enmiendas normativas e interpretaciones judiciales.

4.2. Las críticas a la codificación de las reglas de evidencia federales

Una crítica a la codificación de las Reglas de Evidencia, sean federales, estatales o del Estado Libre de Puerto Rico, asevera que paraliza o fosiliza una disposición probatoria cuando el legislador interviene. Incluso algunas de las reglas codificadas probablemente ya no tienen razón de ser ante la investigación empírica. Así se dice, por ejemplo, que el derecho probatorio en los Estados Unidos, a nivel federal o estatal, en su mayor parte, está congelado en el tiempo o que algunas reglas como los privilegios no debieron haber sido codificados (Kirgis, 2005). Se considera que la codificación no permite la flexibilidad de la aplicación de las reglas de evidencia de origen jurisprudencial (Cheng, E., 2023).

Se considera que la limitación a la razonable interpretación judicial elimina la progresividad y adaptabilidad de las disposiciones probatorias a la realidad como es la innovación tecnológica en la pericia forense o situaciones de abuso de poder y acoso en el cual las víctimas tienen límites para probar sus declaraciones, tal y como ha sido expuesto por movimientos como "MeToo" en los Estados Unidos, o en los procesos penales por crímenes de guerra o de lesa humanidad ocurrida en los conflictos civiles en Centroamérica, en dónde la prueba de referencia podría ser admitida de forma excepcional pero preferente, dada la muerte de potenciales testigos o por la necesidad de peritos que expliquen las condiciones de actuación vertical de los

Ejércitos o la doctrina de "tierra arrasada" que permitió violaciones a los derechos humanos, que no pueden ser juzgados por falta de esa evidencia admisible.

Los que se oponen a la codificación de las reglas de evidencia, alegan que se ha limitado la fuerza creativa de los jueces porque sus decisiones ya no actualizan el derecho. Consideran que no existen legisladores que estén estudiando de forma progresiva y permanente las reglas como lo hacen los jueces en cada litigio que tienen en sus salas, y por ello, las enmiendas son pocas en relación con la vigencia de las Reglas de Evidencia Federal desde 1975 o en Puerto Rico desde el año 2009.

Es llamativo que en la tradición jurídica del civil law se codifican las reglas procesales y las probatorias, con una profusión de las primeras sobre las segundas. Los Códigos en el civil law mantienen una rigidez en el tiempo, los jueces no cambian las disposiciones probatorias y los cambios del legislador son relativamente. Los críticos en los países angloamericanos de la positivación en una ley de las reglas de evidencia manifiestan que ha habido un espíritu conservador que evita de facto la evolución y adaptación a la búsqueda de la verdad, ante la vida moderna y los avances tecnológicos, y a conflictos jurídicos o fácticos que ya no son los mismos de 1975 cuando se redactaron las FRE o del 2009 cuando entraron en vigor las de REPR (Nunn, 2022).

Una crítica a la adopción por ley de las reglas de evidencia es que se puede convertir en una decisión autocrática, sin discusión o sin falta de flexibilidad a las necesidades del caso (Cheng, E., 2023). Sin embargo, los procesos de discusión y renovación son abiertos, discutiendo con el foro académico, con el foro de abogados y jueces la conveniencia o no de introducir reglas nuevas o mejoras. Un ejemplo de esta discusión abierta es la comisión del 2007 que revisó las Reglas de Evidencia del Estado Libre de Puerto Rico de 1979,

que son la base de las Reglas de Evidencia de 2009, según se desprende del informe.

El proceso de creación de reglas es un proceso inherentemente democrático porque abre la discusión sobre los problemas de la justicia en un Estado de Derecho, especialmente por los derechos de las partes y la preservación neutral del tercero que adjudica con base en la prueba pertinente. Este proceso de redacción de proyectos legislativos sobre la codificación del derecho probatorio tiene mayor legitimidad, entre más abierto y participativo se lleva a cabo, en lugar que un juez adopte una decisión de forma atomizada en cualquier sala de la judicatura.

La historia de la promulgación original de las Reglas Federales de Evidencia en los Estados Unidos ilustra los importantes intereses democráticos y de la separación de poderes, En gran medida, se afirma que las Reglas de Evidencia, deben tener fórmulas amplias y flexibles que fomentan la búsqueda de la verdad a través de la máxima admisibilidad, siempre y cuando sean pertinentes (Kirgis, 2005).

Esta flexibilidad interpretativa, sujeta a los parámetros de la norma escrita, es lo que permite la evolución y adaptación. Una de las ventajas, que se afirma de la codificación de las Reglas de Evidencia, es que cada litigante y cada juez federal tiene una copia de estas, lo que permita una discusión enfocada sobre parámetros establecidos. Vale decir, la codificación evita la anarquía judicial o excesiva discrecionalidad judicial. Tampoco, exige el derecho anglosajón una aplicación textual ritualista de las reglas escritas, como ordinariamente se pensaría que sucede en el modelo continental con las disposiciones sustantivas y de procedimiento, encubierta bajo el principio de legalidad. Las reglas de evidencia son las que facilitan la admisión de las fuentes de prueba para la adjudicación y emisión de la verdad judicial.

En el derecho continental probatorio, contenido en las disposiciones de los Código del Proceso Penal o del Código del Proceso Civil

no se encuentra una regla que prohíba introducir un testimonio sobre lo que se hubiera negociado o intentado negociar en una conciliación o en un procedimiento abreviado (declaración de culpabilidad). Pero en las reglas de evidencia si hay un privilegio sobre la información de la que se hubiera tenido conocimiento en un proceso de negociación de la conciliación o de un procedimiento abreviado para reconocer la culpabilidad de un hecho punible (Neptune Rivera, 2019).

5. Propósito y objetivo de la integración de las reglas de evidencia en un solo cuerpo normativo

Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos proporcionan un marco detallado y estructurado para garantizar que las pruebas admitidas en el tribunal sean fiables, pertinentes y justas (Tribunal Supremo de Puerto Rico, 2007). Las Reglas de Evidencia establecen las normas "codificadas", es decir, en un cuerpo legal separado de las leyes sustantivas y procesales bajo las cuales se admiten y valoran las pruebas en un juicio.

Las reglas de evidencia del sistema angloamericano pueden definirse como el conjunto de disposiciones legales que regulan la admisión, exclusión y valoración de las pruebas en un proceso judicial (Murray, 1995). Las reglas de evidencia del sistema angloamericano son aplicadas a la materia penal y a la civil. Estas reglas establecen criterios específicos sobre qué tipos de pruebas pueden ser presentadas por las partes en el tribunal, bajo qué circunstancias y procedimientos. Su propósito es asegurar que solo se admitan pruebas que sean pertinentes, fiables y justas, protegiendo así la integridad del proceso judicial y los derechos de las partes involucradas (Gonzaléz y Emmanuelli, 2018).

En los sistemas judiciales de Estados Unidos y Puerto Rico las Reglas de Evidencia son un componente del debido proceso para garantizar que los juicios se conduzcan de manera equitativa, imparcial

y que se proteja el derecho de confrontación. Estas reglas cubren una amplia gama de cuestiones, desde la admisibilidad de pruebas documentales y testimoniales hasta la regulación del testimonio de expertos y la exclusión de pruebas obtenidas de manera ilícita (Sandoval et al 2018).

El propósito principal de las Reglas de Evidencia en el sistema anglosajón pretende garantizar un proceso judicial justo y equitativo, donde las decisiones de los jueces (o del jurado) se basen en pruebas fiables y pertinentes (Quiñones Vargas, 2003). Los objetivos específicos de estas reglas incluyen:

a) Garantizar la fiabilidad de la prueba: Las Reglas de Evidencia en el sistema angloamericano pretenden asegurar que solo se admitan pruebas que sean lo suficientemente fiables para ser consideradas en un tribunal. Esto incluye la exclusión de pruebas que puedan ser engañosas, irrelevantes, de referencia u obtenidas de manera ilícita, o porque son repetitivas, acumulativas o inflamatorias (que afecte la racionalidad de la decisión del jurado).

b) Proteger los derechos de las partes: Estas reglas protegen los derechos de las partes, especialmente del acusado en un juicio penal, asegurando que no se admitan pruebas que puedan causar un perjuicio injusto o violar derechos fundamentales como el derecho de confrontación y el debido proceso.

c) Promover la eficiencia judicial: Al regular la admisibilidad de pruebas, las Reglas de Evidencia en el sistema anglosajón ayudan a evitar que los tribunales pierdan tiempo en la consideración de pruebas irrelevantes o redundantes, lo que contribuye a un proceso más eficiente.

d) Establecer normas claras y consistentes: Las Reglas de Evidencia proporcionan un marco coherente y estandarizado para la

admisión de pruebas, lo que asegura que las decisiones judiciales en todos los tribunales, razonablemente se tomen de manera consistente y predecible, reduciendo la subjetividad en la valoración de la prueba, para aplicar de forma igual la ley a los justiciables.

6. Estandarización y consistencia en la administración de justicia

En el sistema continental no existen disposiciones desarrolladas con claridad sobre el catálogo de admisibilidad y exclusión de prueba como en el sistema de adversarios (Brooks, 1978). Por eso, existe una discrecionalidad en la audiencia preparatoria o preliminar para la admisión de la prueba con la que se celebrará el juicio ante el juez o tribunal de sentencia. Como ya se ha señalado, en este estudio, en esta audiencia preparatoria no hay exámenes de testigos, sino que las partes se limitan a argumentar al tribunal sobre la pertinencia o exclusión de la prueba, y sobre esos argumentos se toma la decisión de la prueba que integrará a la audiencia de juicio (Taruffo,2008).

El juez o el tribunal de sentencia, se podrá encontrar, en el día del juicio con prueba que puede causar perjuicio o que afecte el derecho de defensa. Al no existir reglas de prueba, también tendrá discrecionalidad para tomar una decisión en incidentes previos a la audiencia, si es alegada por las partes, para que se practique o no la prueba alegando su relevancia, siempre argumentativo, sin examen de testigos (Neptune Rivera, 2019).

En el sistema continental se justifican las razones para permitir el ingreso de la mayor parte de prueba ofrecida por las partes ante el juez de instrucción o de garantías: la libertad probatoria y la inexistencia del riesgo de confusión, prejuicio o costos de tiempo del tribunal. Una razón es que por ser jueces profesionales y no un jurado de

ciudadanos, pueden recibir cualquier tipo de prueba, incluyendo la documental, material, visual o electrónica sin restricciones. También se alega que no existe ningún perjuicio porque no hay jurado, sino jueces profesionales que sabrán diferenciar la prueba pertinente de la que deberá ser excluida hasta la sentencia de forma motivada. En el derecho adversativo es en las audiencias en las que el juez o el jurado que debe decidir sobre el fondo de la controversia, ante quién, a través de los interrogatorios y las objeciones se examina la pertinencia de la prueba.

La codificación de las Reglas de Evidencia también sirve para estandarizar los procedimientos y asegurar la consistencia en la actuación de los jueces y tribunales en la gestión de la prueba. Tanto en Puerto Rico como en el sistema federal, estas reglas proporcionan un marco común que guía a jueces, abogados y partes en el manejo de pruebas durante el juicio.

Esta estandarización es crucial para asegurar que todos los casos sean tratados de manera similar, independientemente de la jurisdicción o el juez a cargo. En el sistema federal, las Reglas de Evidencia aseguran que los procedimientos sean uniformes en todos los estados de esa República Federal, mientras que, en Puerto Rico, estas reglas aseguran que los tribunales en todo el Estado Libre Asociado, razonablemente apliquen la ley de forma igual en las materias penal y civil.

Una regla continental que ejerce un efecto de exclusión de la prueba es el llamado «principio de inmediación». Significa que solo es válida la prueba que se practica ante el juez o tribunal que decidirá el fondo de la controversia. Si la prueba no se practica en audiencia ante el juez que decide se declarará nula por el juez o por un tribunal superior por la vía del recurso de apelación, es decir, sin validez.

En el sistema continental los jueces consideran que el historial criminal del imputado o el hecho que esté siendo juzgado por otros delitos en otro tribunal, no es admisible o que debe ser considerado

impertinente porque no tiene relación con los hechos, por lo tanto, no se admite prueba sobre la inclinación o propensión a la realización de actos delictivos. Tampoco es admisible en el sistema continental como prueba de "modus operandi". Lo que sí se ha estado admitiendo como pertinente son las declaraciones de peritos, especialmente en delitos relacionados a las agrupaciones ilícitas en materia de crimen organizado, para demostrar un "modus operandi" de estas organizaciones o sus integrantes.

El juez continental se negará a escuchar pruebas de otros delitos con los que el acusado no ha sido formalmente acusado o de los cuales aún no ha sido condenado. Se expresa que la presunción de inocencia excluye la posibilidad de otorgar algún peso a la actividad delictiva aún no determinada, y esta última no puede ser juzgado en un tribunal en el que no tiene competencia ni será sometida a juicio. En contraste, en la jurisdicción de derecho común admiten tales pruebas bajo ciertas circunstancias (González-Cuellar Serrano, N. 1990).

Aunque el derecho continental, a diferencia del derecho común, no contiene una prohibición expresa contra la introducción de este tipo de pruebas, puede ser que, en la práctica, sea más restrictivo que un juez del derecho común. Sin embargo, el hecho es que el juez continental siempre estará familiarizado con el historial criminal previo del acusado, porque de seguro fue incorporado por la Fiscalía. Esta información de antecedentes criminales se encuentra en las bases de datos de la policía o de la entidad que administra los centros penales. Entonces, debería existir una regla en el derecho continental que prohíba la admisión de esta prueba, para que la Fiscalía le converse en sus archivos, pero que no la ofrezca en el pliego documental, sobre todo porque no admite confrontación. Si esta información sobre antecedentes policiales o penales del acusado no es rechazada, es seguro que provocará un prejuicio indebido (González L y Emmanuelli Jimenez R, 2018).

El juez continental admitirá las declaraciones y testimonios de referencia, incluso por "lectura" de las actas, sin que lleguen los testigos a ser interrogados en la audiencia del juicio, y mucho menos, sin exponerlos al contrainterrogatorio.

En la jurisdicción del sistema continental, el testimonio registrado durante la investigación policial inicial puede utilizarse en el tribunal con fines probatorios, incluso solo las actas sin practicar el interrogatorio ante el juez. El fiscal continental, por lo tanto, tiene garantizada la admisibilidad de una gran cantidad de pruebas incriminatorias cruciales mucho antes del juicio, sin posibilidad de confrontación por parte de la defensa.

En el derecho constitucional estadounidense el acusado, por medio de su defensor, tiene la facultad de confrontar a los testigos para impedir que la fiscalía utilice las excepciones de admisibilidad de la prueba de oídas. Esto significaría entonces que las reglas de admisibilidad limitan más a la fiscalía que a la defensa en el derecho anglosajón. Lo que sería equivalente en el derecho continental a impedir que el fiscal y el juez de instrucción o de garantías introduzca prueba sin confrontación.

7. La relevancia y fiabilidad de la prueba

Uno de los principios fundamentales de las Reglas de Evidencia, tanto en Puerto Rico como en el sistema federal, es la relevancia. Según la FRE Rule 401 y su equivalente en Puerto Rico que es la Regla 401 la evidencia o prueba pertinente es aquélla que tiende a demostrar la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin ésta, en una audiencia ante un juez o jurado, que tiene consecuencias para la adjudicación.

La regla de pertinencia es aplicable a la prueba que sea ofrecida para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o de-

clarante, solo se admiten pruebas que tienden a hacer más probable o menos probable un hecho de importancia en el juicio. Esto significa que las pruebas deben tener una conexión directa con los hechos que se están juzgando, o relacionada a la credibilidad de la prueba que hubiera sido admitida.

La pertinencia de la evidencia es el primer filtro que toda prueba debe superar para ser admitida en un proceso judicial antes que el juez o el jurado puedan decidir sobre los hechos, tal y como se expresa en la FRE 401: "ARTICLE IV. RELEVANCE AND ITS LIMITS Rule 401. Test for Relevant Evidence Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action."

La prueba pertinente es aquélla que «tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más probable de lo que sería sin tal evidencia». Por lo que la evidencia que no es pertinente no es admisible. Esta definición subraya que la evidencia debe estar relacionada de manera lógica y significativa con los hechos controvertidos en el caso (Seijo Ortiz en Rivera García, 2018).

Las disposiciones que establecen que toda evidencia pertinente es admisible, con excepciones, constituyen un presupuesto inherente a la propia concepción de un sistema racional de evidencia. La Regla FRE 402 es la base sobre la cual se sustenta la estructura de admisión y exclusión de la prueba en al juicio del sistema probatorio federal norteamericano.

De acuerdo con las FRE la exclusión de evidencia pertinente ocurre en diversas situaciones y por disposiciones, como las Reglas de Procedimiento Civil y Penal, las Reglas de Quiebras, por una Ley del Congreso o por consideraciones constitucionales, así dice la FRE:

> "Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise:
>
> - the United States Constitution;
> - a federal statute;
> - these rules; or
> - other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible. (As amended Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011.)"

La regla reconoce, pero no intenta detallar, las consideraciones constitucionales que imponen limitaciones básicas sobre la admisibilidad de evidencia pertinente. Ejemplos incluyen evidencia obtenida mediante registros e incautaciones ilegales (Weeks contra Estados Unidos, 232 U.S. 383; Katz contra Estados Unidos, 389 U.S. 347); y. declaraciones incriminatorias obtenidas de un acusado en violación de su derecho a un abogado (Massiah contra Estados Unidos, 377 U.S. 201).

Pero, también, la FRE 403 permite excluir prueba que pueda causar prejuicio, confusión, pérdida de tiempo u otras circunstancias que a juicio del juez sea determinante. Esta regla de exclusión si bien está diseñada para prevenir el prejuicio o confusión del jurado (integrado por ciudadanos), es uno de los ejemplos utilizados en el derecho continental para no codificar las reglas de evidencia, debido a que en unas jurisdicciones no existe el derecho a ser juzgado por el jurado y que el juez de carrera o profesional no se impresionará por fotografías, videos u otra prueba "inflamante o inflamatoria" capaz de crear emociones que limiten la racionalidad de la decisión o de la adjudicación.

Así dice la FRE "Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons The court

may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence".

Tanto las FRE como las RDE de Puerto Rico establecen los privilegios para las fuentes de prueba, los procedimientos de declaración de testigos y peritos, la exclusión de reglas de evidencia, las reglas de cadena de custodia y de la prueba demostrativa (procedimiento de autenticación). En efecto en las FRE, el Artículo VI impone limitaciones sobre los testigos y la manera de tratarlos; el Artículo VII especifica requisitos respecto a opiniones y testimonios de expertos; el Artículo VIII excluye el testimonio de referencia que no cumpla con una excepción; el Artículo IX detalla el manejo de autenticación e identificación; y el Artículo X restringe la forma de probar el contenido de escritos y grabaciones.

La confiabilidad de la prueba es un criterio clave para decidir su admisión, rechazo o admisión excepcional. Las pruebas ofrecidas por las partes deben ser confiables para evitar engañar o confundir al tribunal o al jurado. Por ejemplo, las reglas sobre la autenticación de documentos, como la FRE Rule 901 y la Regla 901 de Puerto Rico, aseguran que los documentos y otros objetos presentados como evidencia sean genuinos y no manipulados, lo que es esencial para la justicia del proceso.

Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico están diseñadas para garantizar que las pruebas presentadas en el tribunal sean fiables y pertinentes, muy similar es el propósito de las Reglas Federales de Evidencia (Tribunal Supremo de Puerto Rico, 2007). La Regla 104 de Puerto Rico, equivalente a la FRE Rule 104, otorga al juez la autoridad para determinar la admisibilidad de pruebas y resolver cuestiones preliminares, como la competencia de un testigo o la existencia de un privilegio. Además, la Regla 403 de Puerto Rico permite la exclusión

de pruebas relevantes si su valor probatorio es superado por el riesgo de causar confusión, prejuicio o malgasto del tiempo del tribunal, reflejando una flexibilidad que se adapta al contexto local (Borges, 2020).

En el modelo adversarial se ofrece el testimonio de un testigo realizando las preguntas que demuestren que su declaración es pertinente, pudiendo la parte contraria objetar las preguntas o respuestas, si considera que no lo es. Las ofertas de prueba deben realizarse fuera del alcance del jurado siempre que sea importante evitar que este quede expuesto a evidencia inadmisible. En algunos casos, las audiencias sobre la oferta de prueba realizadas fuera de la presencia del jurado permiten al juez evaluar la evidencia con mayor calma, resolver cuestiones preliminares de admisibilidad y garantizar un procedimiento más eficiente.

Para cumplir con sus propósitos, una oferta de prueba debe indicar la naturaleza o contenido de la evidencia, describir su propósito y explicar por qué es relevante. Si la evidencia es la única prueba disponible sobre un punto, el proponente debe argumentar persuasivamente que es suficiente para probar ese punto, ya sea por sí sola o junto con otras pruebas que espera presentar más adelante en el caso. El proponente debe demostrar que la evidencia es pertinente. Una oferta es insuficiente si es demasiado vaga o general como para que el jurado pueda comprenderla o evaluarla. Las ofertas de prueba son obligación de la parte que la propone y esenciales para preservar los argumentos, ante una posible apelación y garantizar que las decisiones del tribunal de primera instancia sobre exclusión de evidencia se basen en un análisis adecuado de su relevancia y admisibilidad de las Reglas de Evidencia.

Según la Regla Federal de Evidencia (FRE) 103 quiénes evalúan los errores de apreciación del juez de primera instancia sobre la admisión o exclusión errónea de la prueba es el tribunal de apelación.

Pero para ello la parte debió haber tenido una actividad. No es el tribunal el que es responsable, como podría pasar en algunos modelos continentales, en los cuales el juez de instrucción deja preparada la investigación a la fiscalía o quién haga sus veces (como el acusador particular o el querellante).

8. La anarquía de las fuentes normativas de la prueba en El Salvador

El sistema probatorio en El Salvador, regulado por el Código Procesal Penal (CPP) y el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), aunque funcional, carece de la estructuración detallada y las salvaguardias que aseguren el ejercicio del derecho de confrontación (aunque hay reglas del contrainterrogatorio y re-contrainterrogatorio sugestivo en ambos Códigos), la exclusión de prueba de referencia y la confiablidad de la admisibilidad o exclusión de la prueba.

Las reglas sobre la prueba en el proceso penal están vinculadas con las disposiciones del Código Procesal Penal con los actos de investigación, por lo que las reglas de "procedimiento" y de prueba se mezclan en la investigación del hecho delictivo, la etapa de instrucción, la fase de ofrecimiento, admisión de prueba y de la práctica de ésta por medio de los interrogatorios y contrainterrogatorios. Existen otras leyes especiales como la Ley contra el Crimen Organizado que tiene disposiciones probatorias propias para la incorporación de la prueba de referencia y el testimonio de testigos protegidos, reglas de derivación hacia el CPP y disposiciones para la incorporación de la prueba de referencia.

A pesar de que en apariencia están codificados todas las fuentes de prueba, la realidad es que hay una dispersión en normas de derecho procesal penal y leyes especiales, así como en disposiciones supletorias del CPCM. En materia civil y mercantil se aplican las reglas

del CPCM, así como en el proceso de extinción de dominio, proceso laboral, familia y otros que no sean de naturaleza penal común o de crimen organizado.

Esa es una anarquía de disposiciones que dependerá de cada juez y de cada caso como se admiten o rechaza la prueba, sobre todo que no hay procedimientos elaborados para esta etapa del examen. Ello se debe, porque en el sistema mixto modero la etapa preliminar (en el proceso penal) y la etapa preparatoria (proceso civil y mercantil) se ofrece y se admite prueba sin examinar la prueba documental, testimonial y pericial por interrogatorios. Las partes únicamente argumentan ante el juez. En el caso del juicio penal, son jueces diferentes los que admiten (juez de instrucción) del juez en la que se produce y valora (juez de sentencia o tribunal de sentencia). En el caso civil y mercantil son dos audiencias, la admisión se realiza en la preparatoria y los interrogatorios en la audiencia de prueba dónde se practica (Gascón Inchaus, 2009).

Estas carencias, sin que sea una lista acabada, puede ser enumeradas:

a) Falta de un marco unificado, ordenado y congruente de las disposiciones probatorias para un sistema judicial justo y confiable. A diferencia de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Estados Unidos, que proporcionan un conjunto coherente de normas aplicables a todos los tipos de procedimientos judiciales en todas las materias, en El Salvador las normas sobre la admisibilidad de pruebas están dispersas entre el CPP (leyes procesales y penales especiales) y el CPCM (leyes procesales, civiles y comerciales especiales). Esta dispersión puede generar inconsistencias en la aplicación de las normas y falta de claridad en el proceso de la práctica probatoria y en la valoración.

b) Ausencia de normas específicas sobre la exclusión de pruebas. Una de las funciones más delicadas de los jueces es excluir

prueba, sea por razones de su impertinencia o la falta de confiabilidad, por lo que requiere un marco jurídico desarrollado que brinde seguridad jurídica a las partes y una razonable certidumbre de las decisiones de los jueces. Las Reglas de Evidencia en Puerto Rico y Estados Unidos incluyen disposiciones detalladas sobre la exclusión de pruebas impertinentes, o aun siendo relevantes, podrían causar un perjuicio injusto o confusión, como la Regla 403. En El Salvador, aunque el CPP y el CPCM permiten la valoración de la pertinencia de la prueba, no existe una norma equivalente que guíe específicamente la exclusión de pruebas por estos motivos.

c) Deficiencias en la protección del derecho de confrontación, audiencia y defensa. Sin duda el régimen de suspensión de garantías constitucionales en El Salvador ha causado un deterioro en el debido proceso (tanto penal como civil), una garantía esencial del juicio justo es el pleno desarrollo del derecho de confrontación. En las FRE y en las REPR el derecho de confrontación está protegido por las reglas de exclusión de referencia y por el contrainterrogatorio sugestivo.

Además, se pueden agregar estos desafíos a las reglas de prueba del proceso penal común o especial de crimen organizado:

a) Inconsistencias en la valoración de la prueba. El sistema salvadoreño se basa en la valoración de la prueba a través de las reglas de la sana crítica para los jueces y a través de la regla de la "intima convicción" para el jurado, pero carece de las directrices específicas o más detalladas que podría reducir la subjetividad y asegurar una valoración más consistente y justa de las pruebas.

b) Ausencia de protecciones en las negociaciones y declaraciones de culpabilidad. Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Estados Unidos protegen a las partes durante las negociaciones y

declaraciones de culpabilidad, como lo establece la Regla 408 y la Regla 410. En El Salvador, el CPP no contiene disposiciones claras que protejan a los acusados de la admisión de declaraciones hechas durante negociaciones fallidas ni para los criterios de oportunidad de la acción penal, ni para el procedimiento abreviado (aceptación de hechos), la mediación o conciliación o la colaboración de un testigo que es un imputado copartícipe de un delito que acepta colaborar con la justicia por su delación con la garantía que no se promoverá la acción penal en su contra.

c) Necesidad de criterios claros para la admisión del testimonio de peritos (testigos expertos). La Regla 702 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Estados Unidos establece criterios claros para la admisión del testimonio de expertos, asegurando que solo se admita si es útil para el tribunal, elaborado por procedimientos confiables aceptados por la comunidad científica. En El Salvador, aunque se permite la prueba pericial, no existen criterios tan detallados, lo que puede resultar en la admisión de pruebas periciales que no son suficientemente fiables.

d) Las exenciones para declarar como testigo en el proceso relacionado a la vinculación con una parte se encuentran en el CPCM para la protección del conocimiento de hechos abogado y cliente (aunque también se encuentra en el CPP), las relaciones familiares o de negocios.

Es fundamental en los sistemas de justicia de Puerto Rico y Estados Unidos garantizar la eficacia del derecho de confrontación, como se establece en la FRE 804, que limita estrictamente la admisión de pruebas de referencia. En El Salvador, aunque el CPP y el CPCM regula la prueba de referencia, la falta de restricciones puede resultar en la admisión de pruebas que no han sido debidamente confrontadas, lo que compromete la equidad del juicio. De hecho, el CPP y la

Ley contra el Crimen Organizado tienen tantas disposiciones para la admisión de la prueba de referencia, que el contrainterrogatorio es prácticamente inefectivo (Sandoval et al 2018).

9. Conclusión

El modelo probatorio es un elemento central en la administración de justicia, ya que establece las reglas y procedimientos mediante los cuales se presentan y valoran las pruebas en los tribunales. En los sistemas judiciales anglosajón, puertorriqueño y salvadoreño, aunque existen similitudes, también se observan diferencias significativas debido a sus raíces históricas y evoluciones jurídicas (Damaska, 1986).

El sistema anglosajón, utilizado en Estados Unidos y en Puerto Rico, se basa en un enfoque adversarial, donde las partes enfrentadas presentan sus pruebas ante un juez o jurado. Por otro lado, el sistema puertorriqueño, aunque influenciado por el common law debido a su relación con Estados Unidos, también integra elementos del derecho civil, creando una estructura híbrida única. En El Salvador, el sistema probatorio está regulado tanto por el Código Procesal Penal (CPP) como por el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), integrando principios del derecho civil continental con prácticas influenciadas por el common law. Este documento explora las características de este sistema.

Las Reglas de Evidencia (REPR) en Puerto Rico y las Reglas Federales de Evidencia (FRE) en Estados Unidos se encuentran codificadas y tienen el propósito central en el proceso judicial de garantizar que solo las pruebas ofrecidas por las partes que cumplen con ciertos criterios de pertinencia (relevancia), fiabilidad y que no se encuentren en la categoría de la prueba excluida, sean admitidas en los tribunales.

Las reglas de evidencia buscan equilibrar el derecho de las partes a darle predictibilidad de la prueba que pueda ser razonablemente admisible y presentar su caso, con la necesidad de proteger la integridad del proceso judicial, los derechos de los acusados y la búsqueda de la verdad de forma eficiente (Brooks, 1978).

En el derecho continental las fuentes del derecho que han dado origen a las reglas de prueba se encuentran en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Procesal Civil. No hay una separación entre el procedimiento judicial y las disposiciones de prueba. La propuesta es extraer las reglas de prueba de estos dos cuerpos normativos y crear un Código de Pruebas para los procesos penales, civiles, laborales, familia u otros, garantizando estándares, el derecho de confrontación y una administración de justicia transparente.

En cambio, en el derecho angloamericano hay una separación de las normas de procedimiento penal y civil de las normas probatorias. Si bien las normas probatorias originariamente fueron creadas por la jurisprudencia. Es decir, fueron los jueces los que a través de los precedentes han ido creando las reglas de admisibilidad y práctica de la prueba. En países del ámbito angloamericano los precedentes de las reglas de prueba se han ido codificando para brindar seguridad jurídica y estabilidad.

10. Referencias bibliográficas

ARMENTA DEU, T. (2012). Sistemas procesales penales. La Justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, Marcial Pons, Barcelona.

BLACKSTONE, W. (2003). Commentaries on the laws of England, Book the third (1768),

BROOKS, N (1978). The Common Law and the evidence Code : Are they compatible ? UNB Law Journal. Volume 27, p. 27-50.

CAPRA, Daniel J. & LIESA L. Richter (2024). Long Live the Federal Rules of Evidence !, George Mason Law Review.

CHENG, E.K., NUNN, A. et al, Bending the Rules of Evidence, 118 Nw. U. L. Rev. 295 (2023), 295-345.

CHIESA, E (1998). Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1, Editora Corripio.

CHIESA APONTE, E (1995), Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Reimpresión, Editorial Forum, San Juan

CHIESA APONTE, E (2017). Derecho Procesal Penal. Revista Jurídica UPR Vol. 86 Núm. 2

DAMASKA, M (1986), The faces of Justice and State Authority, Yale University, USA.

DAMASKA, M (1997), Evidence Law Adrift, Yale University, USA.

DWORKIN, R (1989), Los Derechos en serio. 2a edición. Editorial Ariel S.A. Barcelona.

GASCÓN ABELLÁN, M (2004). Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, 2a Edición, Marcial Pons, Madrid.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. (1990). Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso penal, Editorial Colex, Madrid.

FONTANET, J. (2019-2020). El Quinceañero de Crawford V. Washington, Revista Jurídica U.I.P.R. (vol. LIV: 3:471), 472-528.

FONTANET, J. (2002). Principios y Técnicas de la Práctica Forense, 2ª. Edición, Jurídica Editores.

GASCÓN INCHAUS, (2009). Los procesos penales en Europa: líneas de evolución y tendencias de reforma, publicado en Revista de Derecho procesal, 469-498. Y en Revista Forense (Brasil), volumen 412, nov-dic.2010, 85-110.

GONZÁLEZ L y EMMANUELLI JIMENEZ R (2018). Reglas de Evidencia en Puerto Rico. Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales. Anexo con el texto actualizado de las Reglas de Evidencia.

GUZMÁN, R (2024), La prueba de referencia ("hearsay" en el Derecho Español –acercamiento comparativo–, https://www.academiajurisprudenciapr.org/

la-prueba-de-referencia-hearsay-en-el-derecho-español-acercamiento-comparativo.

IMWINKELRIED, E (2002), Evidentiary Foundations, 5th Edition, LexisNexis, USA.

HOCK LAI, H (2008). A philosophy of Evidence Law. Justice in the search for Truth, Oxford.

KIRGIS, P.F. (2005). A Legisprudential Analysis of Evidence Codification: why most rules of evidence should not be codified-but privilege law should be, Legal Studies Research Paper Series, St John´s University School of Law, NY, http://ssrn.com/abstract=722243

MABEL GARCIA, S (2011), El Derecho como ciencia, Ingenio, vol 14, núm 26, junio, pp.13-38, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano.

MORENO CATENA, V. (2009), El Marco de las reformas del proceso penal en Europa y en América Latina Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 215-235 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.Puebla, México.

MORENO CATENA, V. (1980). El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal, Editorial Motecorvo S.A., Madrid.

MURRAY, P. L, (1995). Basic Trial Advocacy, Aspen Law & Business, USA.

NEPTUNE RIVERA, V et al, (2019). Derecho Probatorio, Revista Jurídica UPR, 173-194.

NUNN, G A (2022), The Living Rules of Evidence, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 24-06, Texas A&M University School of Law, 938-990.

QUIÑONES VARGAS, H (2003). Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño, PAS/DPK Consulting.

REYES NEGRÓN, M.R. (2020-2021). El derecho al careo de los acusados en tiempos de pandemia, Revista Jurídica de la UIPR, (vol. LV: 2:371) número 2 agosto-mayo.

RIVERA GARCIA, E. Et al (2018). Compendio sobre el sistema acusatorio: Experiencias compartidas. Negociado de Traducciones del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

RIVERA ROMÁN, L. (2022). Los derechos de los acusados en los procedimientos penales bajo la Constitución de Puerto Rico y los Estados Unidos. Revista Jurídica U.I.P.R.Vol. XLVI: 2: 417.

RIVERA ROMÁN, L. (2011-2012). Los derechos de los acusados en los procedimientos penales bajo la Constitución de Puerto Rico y los Estados Unidos, Revista Jurídica de la UIPR, (Vol. XLVI: 2: 417)

REYES NEGRÓN, M.R. (2020-20221). El derecho al careo de los acusados en tiempos de pandemia, Revista Jurídica de la UIPR, (vol. LV: 2:371)

SANDOVAL, R y AAVV (2018). Código Procesal Penal comentado: volumen 1, 1ª. Edición, Consejo Nacional de la Judicatura.

SANDOVAL, R, (2013). Las Técnicas y Destrezas del Interrogatorio Oral en el Proceso Penal de la República de Panamá, Revista acceso, http://www.accesocapacitacion.com.

SANDOVAL ROSALES, R (2010). Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil, Revista DeLegibus, No. 4, UCA.

SANDOVAL ROSALES, R (2009). La prueba de testigos en el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, UCA Editores. Reeditado para la XXIII Conferencia Iberoamericana de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, 2010

STEIN, A (2005). Evidence Law, Oxford

STRONG, J. (1999). McCormick on Evidence, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

TARUFFO, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XV, diciembre, p. 205-213, versión On-line ISSN 0718-0950.

TARUFFO, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez de lo penal en Europa, Revista Ius et Praxis, 12 (2): 95-122.

TARUFFO, M. (2008). La Prueba, Marcial Pons, Madrid.

TARUFFO, M. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos, 1ª Edición.

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO (2007), Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial.

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, (2017), Informe de las Reglas de Derecho Probatorio, Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia.

VÉLEZ, E. (2000). Derecho de la Prueba, reválida, 1ª. Edición, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan.

VELAYOS MARTÍNEZ, M. (1998). El Testigo de Referencia en el Proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas, Tirant lo Blanch, Valencia.

VOLK, K et al (2023), Derecho Procesal Penal alemán y español, Universitan Jaume I, España.

Barreras en el acceso a la justicia para poblaciones vulnerables durante el proceso penal

Obstacles to justice for vulnerable groups within the criminal justice process

María Elena Godoy Berrocal
Docente de "Elementos de derecho penal y procesal penal"
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Buenos Aires

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: En esta ponencia –con base en el lenguaje y etnicidad como componentes integrales de la garantía de igualdad en el proceso, el derecho a la identidad y en el reconocimiento de la preexistencia de las comunidades originarias–, se examinará:

1. si la justicia penal reconoce la preexistencia étnica y cultural de pueblos originarios, garantizando el respeto a su identidad en sus sentencias; y,
2. de qué modo se materializa el reconocimiento de los pueblos originarios a resolver sus conflictos penales, en la medida que dicha resolución sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Abstract: In this presentation –based on language and ethnicity as integral components of the guarantee of equality in legal proceedings, the right to identity, and in recognition of the pre-existence of Indigenous communities– the following issues shall be examined:

1. Whether the criminal justice system recognises the ethnic and cultural pre-existence of Indigenous peoples, thereby ensuring respect for their identity in its judgments; and
2. In what manner the recognition of the right of Indigenous peoples to resolve their criminal matters is implemented, insofar as such resolution is compatible with the national legal system and

Palabras clave: Acceso a la justicia; vulnerabilidad.

with internationally recognised human rights.

Keywords: Access to justice; vulnerability.

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve conceptualización del acceso a la justicia vinculado con poblaciones o grupos vulnerables. 3. Principales barreras en el acceso a la justicia durante el proceso penal. 3.1. Barreras lingüísticas y culturales. 3.2. Barreras estructurales: discriminación y acceso a la defensa penal. 3.3. Juicio por jurados y su impacto en poblaciones vulnerables. 4. La interpretación en los servicios públicos. 4.1. Antecedentes de comunicación intercultural con minorías lingüísticas indígenas en Chile. 5. Nulidad procesal por carecer de oportuna y eficaz asistencia de intérprete. 6. Conclusión.

1. Introducción

Las diversas barreras para obtener justicia que enfrentan los sectores vulnerables de la población no solo se relacionan con la ausencia de recursos económicos para acceder a un abogado, brechas lingüísticas o el desconocimiento de sus derechos humanos; sino que también se vinculan a la falta de un enfoque intercultural por parte de los operadores del sistema de administración de justicia criminal, que se traduce en un impacto concreto en la resolución de aspectos relevantes para el ejercicio de derechos y la defensa técnica efectiva.

En la República Argentina, las normas que integran su bloque de constitucionalidad –artículo 75 inciso 22– establecen, como uno de los estándares mínimos, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayoritariamente vulnerables.

Ante el avance de la implementación del sistema acusatorio en la justicia penal federal y del juicio por jurados a nivel provincial en jurisdicciones con alta proporción de población vulnerable, en esta ponencia –con base en el lenguaje y etnia como parte integral de la garantía de igualdad en el proceso, del derecho a la identidad y en reconocimiento de la preexistencia de las comunidades originarias–, se analizará:

1) si el sistema de administración de justicia penal reconoce la preexistencia étnica y cultural de pueblos originarios, garantizando el respeto a su identidad en las sentencias; y,

2) de qué modo se materializa el reconocimiento de los pueblos originarios al resolver sus conflictos penales, en la medida que ello resulte compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Ello, con el objeto de identificar y poder replicar aquellas prácticas judiciales exitosas que consoliden el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

2. Breve conceptualización del acceso a la justicia vinculado con poblaciones o grupos vulnerables

El acceso a la justicia implica el derecho de toda persona a recurrir a los órganos judiciales en igualdad de condiciones[1]. Por su parte, las poblaciones vulnerables comprenden grupos como mujeres, niños, personas con discapacidad, pueblos indígenas y migrantes, quienes enfrentan discriminación estructural y barreras procesales.

En base a la normativa convencional, considero adecuado atender a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se vinculan con el tema, a saber: *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*[2], sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*[3],

1 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *Access to Justice*, 1978.

2 Cfr. en particular, párrafo 100 que dice: "Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria (*infra* párr. 128)"; disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

3 Cfr. párrafo 199 donde se manifiesta que: "[…] la Corte recuerda que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual

sentencia de fecha 30 de agosto de 2010 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*[4], sentencia de fecha 31 de agosto de 2010.

Ya que en estas decisiones del organismo internacional se advierte que la garantía de acceder al ejercicio del derecho de defensa no

protección de la ley". En otras palabras, si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma. Por ello, la alegada discriminación en el acceso a la justicia derivada de los artículos 8 y 25, debe ser analizada bajo el deber genérico de respetar y garantizar los derechos convencionales sin discriminación, reconocidos por el artículo 1.1 de la Convención Americana".

Añade la Corte Interamericana de Derechos Humanos que como ya lo ha establecido "… y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres", cfr. párrafo 200.

En concreto, en el párrafo 201, la Corte IDH consideró probado que la señora Fernández Ortega no contó con un intérprete provisto por el Estado a fin de presentar su denuncia y tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. […] y agregó que "la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia", disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en similares términos que en el caso *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* –sucintamente reseñado en la nota N° 4– en su párrafo 184, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

se satisface simplemente con que el imputado tenga capacidad limitada de entender el idioma en el que se desarrolla el proceso, sino que se le ha de proveer de los medios de traducción, cuando el proceso no realiza en su lengua materna.

La complejidad del lenguaje forense, aún para el que habla la lengua del tribunal, necesita de quien lo alcance al nivel de conocimiento del lego, tarea que realiza su letrado de confianza y que se dificultaría en caso de que ambos, letrado y patrocinado no compartan el idioma.

Los inconvenientes y problemas de comprensión no se limitan a lo que pueda surgir del tribunal, sino que esencialmente afecta la posibilidad del imputado para dar a conocer su versión de los hechos a su propio letrado, y aún de expresar los elementos útiles para encaminar su estrategia de defensa.

El Capítulo II, Sección 3ª, de las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*[5] expresa que "se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución"; ello significa –además– un reconocimiento concreto de la existencia de barreras lingüísticas que pueden impedir el acceso efectivo a la justicia.

Si bien este digesto normativo es una regla de *soft law*[6], dada la coherencia de sus postulados, se impone como una directriz necesa-

5 Véase por todos en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30061.pdf

6 La expresión *soft law* se refiere al conjunto de normas, principios, directrices o declaraciones adoptadas por organismos internacionales, regionales o nacionales, que carecen de fuerza legal vinculante en sentido estricto, pero

ria de observar para el adecuado funcionamiento de un proceso penal respetuoso de las garantías reconocidas convencionalmente.

3. Principales barreras en el acceso a la justicia durante el proceso penal

3.1. Barreras lingüísticas y culturales

Las barreras lingüísticas constituyen un obstáculo significativo para las personas que no dominan el idioma oficial del sistema de administración de justicia criminal de un país. Dado que la falta de intérpretes y traducciones adecuadas puede devenir en malentendidos y en una defensa técnica ineficaz.

Esta situación afecta especialmente a las comunidades originarias[7] y a las migrantes, que pueden enfrentar obstáculos cuando el proceso penal se realiza en un idioma que no comprenden. Para ello, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales[8] de la Organiza-

que influyen en la conducta de los Estados mediante su valor persuasivo, autoridad moral, legitimidad política o relevancia técnica. Aunque no son jurídicamente exigibles como el *hard law* (derecho vinculante), el *soft law* puede desempeñar funciones normativas significativas, como la interpretación del derecho existente, la preparación para futuros tratados, la orientación de comportamientos y la consolidación de estándares internacionales emergentes.

7 En la República Argentina, actualmente, se hablan quince (15) lenguas originarias: ava-guaraní, aymará, chané, chorote, chulupí, guaraní, mapudungun, mbyá guaraní, mocoví, pilagá, qom (toba), quecha, tapiete, vilela y wichí con distinto grado de vitalidad y distribuidas, geográficamente, de manera desigual.

8 En particular véase, artículo 12 que en lo pertinente dice: "…Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos pue-

ción Internacional del Trabajo exige que los Estados garanticen una interpretación adecuada.

A su turno, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que "en casos excepcionales, también [se] puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella"[9].

En la República Argentina, según datos del Ministerio de Justicia de la Nación, el 65,3% de la población general y el 70% de la población indígena no conocen una institución donde obtener asesoramiento legal gratuito, constituyendo una barrera comunicativa agravada por cuestiones lingüísticas. Así, las poblaciones indígenas [qom y wichí], en las provincias de Chaco y [mapuches] Neuquén, enfrentan dificultades para comprender los procesos judiciales en general[10]. Adunándose que, las costumbres y normas sociales de los pueblos originarios –en ciertas circunstancias– no son consideradas en los procesos judiciales, lo cual deriva en juicios y resoluciones jurisdiccionales injustas y, por consiguiente, adversas a sus intereses.

---

dan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces"; disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312314

9 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nº 32*, ICCPR, de 2007, párrafo 13, véase en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F32&Lang=es

10 Ministerio Público de la Defensa, (2010) *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, en: https://cidac.filo.uba.ar/sites/cidac.filo.uba.ar/files/revistas/adjuntos/Acceso%20a%20la%20Justicia%20de%20los%20Pueblos%20Indígenas.pdf

Con fundamento en el artículo 75, inciso 17[11] de la Carta Magna Argentina, el artículo 53[12] de la Constitución de la Provincia del Neuquén –que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial y garantizando el respeto a su identidad–, los art. 19[13] y 109[14] del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, y los artículos 9.1[15] y 9.2[16] del Convenio 169 sobre Pueblos

11 Cfr. artículo 75, inciso 17 que expresa: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.
Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones", disponible en: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

12 Disponible en: https://www.legislaturaneuquen.gob.ar/ConstitucionProvincial

13 Cfr. artículo 19º **Diversidad cultural**. "En los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural", disponible en: https://jurispenal.jusneuquen.gov.ar/files/CPP.pdf

14 Cfr. Sección Tercera: **Pueblos indígenas,** artículo 109º "Cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el artículo 9.2. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo". disponible en: https://jurispenal.jusneuquen.gov.ar/files/CPP.pdf

15 Cfr. artículo 9.1. "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" del Convenio 169, op. cit.

Indígenas y Tribales de países independientes de la OIT, el Ministerio Público de la Provincia de Neuquén emitió la instrucción general N° 6 de 2/9/2014 denominada: "*Instructivo para el reconocimiento y el respeto de las costumbres y métodos de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos*"[17].

En la provincia de Chaco, el caso identificado como LNP[18] es relevante por sus implicancias a nivel internacional; cuyo resultado –a nivel local– fue la sanción de la Ley provincial N° 7516[19] respecto a

16 Cfr. artículo 9.2 2. "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia", del Convenio 169, op. cit.

17 Cfr. Causa "*Soae Carol, Velásquez Marileo Martín, Rain Mauricio s/ Lesiones graves y Daño*", Legajo: (10450/2014), Zapala, sentencia del 18/06/ 2014. En este caso se establece desde el Poder Judicial un valor especial a la palabra: se reconoce al lenguaje como algo inherente a la identidad.
A partir de este fallo, el intérprete no solo se postula como un derecho, sino que también debe ser garantizado por la Justicia. La relevancia del caso consiste en la valorización del derecho cultural al uso del propio idioma como una de las garantías que integra el debido proceso legal y por tanto le corresponde al Estado asegurar su cumplimiento.

18 Es el caso de una joven indígena violada por tres criollos, que llegó al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por las violaciones a varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre ellos, el derecho a "acceder a los tribunales en condiciones de igualdad" (artículo 14, párrafo 1), ya que "según afirma LNP el proceso tuvo lugar íntegramente en **español y sin interpretación** a pesar de que tanto ella como otros testigos tenían problemas de comunicación en dicho idioma" (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2007, punto 15.3).

19 Artículo 5: "El traductor-interprete en lenguas indígenas actuará en los Juzgados de Paz y de Faltas y eventualmente en todas las instancias en los Tribunales Provinciales; en ámbitos policiales y en procedimientos administrativos que se requieran para el ejercicio de sus derechos.
Su función principal será la de asistir y ayudar a un hablante de lengua indígena a entender y hacerse entender en cualquier procedimiento dentro

la necesidad de otorgar el acceso de cierto grupo de personas a determinados recursos judiciales, medidas que constituyen políticas de discriminación positiva, creándose en el ámbito del Poder Judicial de la provincia de Chaco el cargo de «*traductor y/o intérprete aborigen*», pues constituye una política focalizada en un grupo poblacional específico, al que se identifica con una base étnica y que tiene el objetivo de distribuir el acceso a recursos como la salud, la justicia y la educación.

Actualmente, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la provincia del Chaco tiene el único *Registro Especial de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas* creado por la acordada N° 1859, de fecha 13 de octubre de 2015[20] para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos originarios.

---

de los ámbitos antes mencionados, para que mediante su intervención se asegure la comprensión de los alcances jurídicos de cada acto que se cumpla y fundamentalmente articule su actuación con los defensores técnicos jurídicos necesarios para garantizar el derecho de defensa en juicio, para el caso que no sepa darse a entender.

Artículo 6: La asistencia de un traductor-intérprete en Lengua Indígena por ser requerida durante un proceso cuando esté involucrado un miembro de Pueblos Indígenas. Será requerida esta asistencia inmediatamente por la persona de origen indígena, cualquiera sea el carácter en que interviene en un procedimiento legal, su abogado defensor, el Defensor Oficial, el Fiscal, el Juez o bien la autoridad policial si se tratare de un caso preventivo o detención, siempre que resulte necesario para la adecuada defensa en juicio", disponible en: https://www.saij.gob.ar/7516-local-chaco-autoriza-creacion-carrera-traductor-interprete-lenguas-indigenas-lph0007516-2014-12-03/123456789-0abc-defg-615-7000hvorpyel

20 Por todo lo expuesto el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RESUELVE:

I. HABILITAR por Secretaría de Superintendencia un Registro Especial de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas que integrará el Registro General de Peritos, Traductores e Intérpretes creado por Acuerdo N° 1357 de fecha 21/03/73, Punto Primero.

II. ESTABLECER que tratándose de lenguas o dialectos de etnias, en defecto de título oficial de profesor o maestro bilingüe intercultural

En interés de respetar la idiosincrasia de los pueblos originarios se inscriben ciertas decisiones que han tomado los Poderes Judiciales de algunas provincias argentinas en los que frecuentemente residen habitantes que no hablan el castellano como lengua materna. Así:

- El Poder Judicial de Corrientes desarrolló un taller de guaraní[21] con el objetivo de lograr un mayor y real acceso a la justicia,

o de traductor-intérprete en lenguas indígenas, se podrá acreditar la idoneidad con certificación del Instituto del Aborigen Chaqueño, de las demás instituciones que acrediten la idoneidad de los traductores e intérpretes indígenas o, en su caso, constancia de las autoridades tradicionales de alguno de los pueblos indígenas que hablen la lengua respectiva, que haga constar que el interesado/a domina y sabe interpretar la lengua de que se trata, así como el idioma español.

III. INCORPORAR al Registro Especial creado por la presente la nómina de traductores e intérpretes inscriptos en las diferentes dependencias judiciales de la Provincia del Chaco, por aplicación de la Ley N° 3, art. 79; el art. 442 del CPCCCH y la Ley 7341 art. 13 inc. M. –y todas las que se realicen por certificación de las diferentes instituciones.

IV. DISPONER que la incorporación en el Registro de Peritos intérpretes y traductores en lenguas indígenas tendrá una vigencia de cinco (5) años, quedando a salvo el derecho del experto de solicitar su baja como tal antes del mes de enero de cada año calendario.

V. EXIMIR del pago de la tasa de justicia prevista en el artículo 15° inc. a) de la Ley N° 4181, a los interesados en su inscripción en el Registro de Peritos Traductores/ Intérpretes en Lenguas Indígenas.

VI. DISPONER que el interesado en inscribirse en el Registro de Peritos Traductores / Intérpretes en Lenguas Indígenas podrá iniciar el trámite y presentar la documentación pertinente por ante la dependencia judicial más cercana a su domicilio real, la que se encargará de recepcionar el mismo y remitir a la Secretaría de Superintendencia del Alto Cuerpo a sus efectos.

21 Disponible en: http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/finalizo-el-primer-taller-de-lengua-guarani/

contemplando el rescate y la difusión de la lengua guaraní conforme lo establece la ley Nº 5598[22] que declara al guaraní como idioma oficial alternativo de la provincia de Corrientes.

- El presidente del colegio de magistrados y funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público de la provincia de Salta firmó –el 12 de abril de 2016– un protocolo específico entre el Ministerio de Asuntos Indígenas, las escuelas judiciales del Poder Judicial y Ministerio Público para enseñar lenguaje wichi[23] a operadores jurídicos de la ciudad de Tartagal, con el objetivo que los operadores judiciales, en particular, aquellos que se encuentran en mayor contacto con los pueblos originarios en razón de su jurisdicción, puedan tener conocimiento de ese idioma.

En la República del Paraguay, donde el guaraní es el idioma oficial, se ha incorporado un diccionario de este idioma para uso jurídico con el propósito de garantizar el acceso a la justicia por parte de la ciudadanía bajo el precepto de que esta herramienta contribuirá a introducir el idioma al léxico jurídico y también en lo relacionado con mecanismos procesales[24].

Sirva este sucinto recuento de iniciativas vinculadas a las lenguas propias de los pueblos originarios, para destacar que, aún si se tratara de un ciudadano nacido en el territorio nacional, se considera imprescindible proveer de un traductor para aquellos que tienen

22 Disponible en: https://hcdcorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/2021/08/Ley5598.pdf

23 http://www.magistradossalta.org.ar/noticias/321-el-idioma-wichi-y-el-acceso-a-la-justicia

24 http://www.pj.gov.py/notas/9325-diccionario-guarani-para-uso-juridico-favorece-acceso-a-lajusticia

como lengua materna un idioma diferente al castellano; y, que la mera comprensión de los términos más comunes no satisface la garantía a ser oído y a gozar de traductor o intérprete en los términos del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la misma línea, es dable destacar que, aún en un país donde el guaraní es el idioma oficial, se reconoce las dificultades que tiene el sistema de administración de justicia para adecuarlo al lenguaje forense.

A modo de ejemplo, en Estados Unidos, aunque existen normativas como el *Court Interpreters Act* de 1978[25] y programas de intérpretes judiciales, la falta de disponibilidad o de traductores competentes afecta la defensa de los acusados, en particular, integrantes de las comunidades latinas y asiáticas.

Situación similar, se suscita en Australia donde se implementó el *Indigenous Interpreter Service*[26] ya que persisten los desafíos en la cobertura y calidad de la interpretación en comunidades aborígenes, con estudios empíricos que muestran una brecha significativa en el acceso a servicios de traducción.

3.2. Barreras estructurales: discriminación y acceso a la defensa penal

Ferrajoli distingue dos tipos de desigualdad penal:

a) las desigualdades que tienen su origen inmediato en el derecho penal: "todas aquellas generadas por la estructura normativa,

25 En: https://www.congress.gov/95/statute/STATUTE-92/STATUTE-92-Pg2040.pdf

26 Cfr. https://www.naati.com.au/about-us/projects/indigenous-interpreting-project/

antigarantista y discriminatoria de la legislación, de la jurisdicción y de la ejecución penal, y que se manifiestan en las diversas formas de subjetivización de los presupuestos de la pena: ya no el tipo de acción sino el tipo de autor o de imputado o de detenido"; y,

b) las desigualdades que tienen orígenes extrapenales, de tipo económico y social: ejemplo de ello, son "las desigualdades en el derecho de defensa, que … en todos los países privados del instituto de la defensa publica, es el único derecho fundamental costoso para quien es su titular". Por otra parte, piénsese en la "actitud burocrática de la jurisdicción: rápida y severamente represiva cada vez que debe tratar la pequeña criminalidad de subsistencia; lenta e ineficiente frente a las grandes investigaciones sobre la criminalidad organizada y los delitos económicos, frecuentemente destinados a la prescripción"[27].

Así, el racismo estructural y los prejuicios implícitos influyen en el trato que reciben las poblaciones vulnerables dentro del sistema judicial penal.

En Estados Unidos, la criminalización desproporcionada de minorías étnicas, afroamericanos y latinos, evidencia un sesgo estructural en el sistema judicial[28] y, en Argentina, la Defensoría Oficial carece de recursos suficientes para garantizar una defensa técnica efectiva a personas vulnerables.

27 FERRAJOLI, Luigi, *La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa publica*, en Guzmán, Nicolás (compilador), *Escritos sobre Derecho Penal*, Volumen 2, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 78 y 79.

28 ALEXANDER, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness, editorial* The New Press, 2012.

Los factores socioeconómicos [pobreza] agravan la desigualdad en el acceso a la justicia. Por ello, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resaltó la necesidad de garantizar la defensa pública gratuita (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

3.3. Juicio por jurados y su impacto en poblaciones vulnerables

El juicio por jurados es un mecanismo de participación ciudadana en la administración de justicia que puede influir en el acceso equitativo al proceso penal. Si bien puede mejorar la transparencia y la legitimidad de las decisiones judiciales, también puede representar barreras para poblaciones vulnerables. Ya que la falta de representación de ciertos grupos en los jurados o los sesgos culturales pueden afectar la imparcialidad del juicio[29].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado garantizar criterios de inclusión y formación en derechos humanos para los jurados a fin de evitar discriminación en los veredictos.

El juicio por jurados[30], implementado en varias provincias argentinas, busca democratizar la justicia al involucrar a ciudadanos

29 HANS, Valerie P., & VIDMAR, Neil, *Judging the Jury*, editorial Basic Books 2001.

30 La ley N° 2364-B de *Juicio Penal por Jurados* de la Provincia del Chaco (aprobada en 2015) adopta un modelo de enjuiciamiento con jurado clásico (12 personas: hombres y mujeres en partes iguales), obligatorio para delitos graves y establece que "sorteará las listas de ciudadanos, discriminados por sexo y separadas por su pertenencia a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, respectivamente, cuyos miembros cumplan con los requisitos legales y por cada circunscripción judicial, que serán extraídas por sorteo de los padrones oficiales confeccionados y actualizados por el

en la toma de decisiones. Su eficacia depende de la comprensión que tengan los jurados del lenguaje jurídico utilizado en el proceso. Ya que el uso de terminología técnica y estructuras jurídicas complejas puede dificultar la participación efectiva de los jurados, especialmente si provienen de sectores con un menor acceso a la educación.

Son reveladoras las palabras de Binder al expresar que "si el derecho debe estar abierto a la diversidad, si el proceso penal es altamente sensible a las valoraciones, si la administración de justicia es la institución encargada de actualizar todo el ordenamiento jurídico y conducirlo hacia el caso concreto, la justicia y, en particular, la justicia penal debe estar abierta hacia la diversidad cultural a riesgo de ser ella misma discriminatoria, no tanto por acción sino por falta de ductilidad para reconocer esa diversidad"[31].

4. La interpretación en los servicios públicos

La *interpretación en los servicios públicos* se encuentra en relación directa con las necesidades de comunicación cuando hay un gran número de personas que se desplazan y se asientan en un lugar sin conocer el idioma oficial. Estas necesidades suelen afectar, de forma mayoritaria, a los migrantes laborales, a los refugiados y a los solici-

IDACH. Cada una de las listas de ciudadanos de los pueblos indígenas no será inferior a las cien personas" (artículo 15) y que "Cuando el jurado deba integrarse con hombres y mujeres de los pueblos indígenas, los convocados como potenciales jurados a la audiencia pertenecerán al Pueblo Indígena respectivo, en su mitad" (artículo 29).

31 BINDER, Alberto Martín, *Proceso penal y diversidad cultural. El caso de las comunidades indígenas*, en AAVV, *Justicia Penal y Sociedad. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, 1993, año II, números 3-4, folleto número 156 bis, fascículo 2, página 28.

tantes de asilo, hablantes de lenguas indígenas y la comunidad sorda, sin olvidar a esas personas que, estando de paso, pueden tener que recurrir a los servicios de la administración pública[32].

4.1. Antecedentes de comunicación intercultural con minorías lingüísticas indígenas en Chile

En la República de Chile existen antecedentes de comunicación del Estado con minorías lingüísticas por medio de una tercera persona: el *facilitador intercultural*[33] que realiza actividades de interpretación, en especial, en el caso de los grupos indígenas que habitan Chile.

En el ámbito del sistema de administración de justicia penal, en el año 2003, la Defensoría Penal Pública Mapuche contrató a facilitadores interculturales como una forma de "promover el entendimiento

32 HALE, Sandra, *Community interpreting*, en Pöchhacker, Franz (editor), *Routledge encyclopedia of interpreting studies*, London, Routledge, 2015, págs. 65 a 69.

33 AGÜERO SAN JUAN, Claudio, y VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis (2012), *Derechos lingüísticos y proceso penal* en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política,* agosto-diciembre 2012, Volumen 3, N° 2, págs. 37-60, disponible en: https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/270; BERHO CASTILLO, Marcelo y MARTÍNEZ T., Vladimir, *Estrategias, argumentos, límites y potencialidades en la defensa penal en la Araucanía Mapuche de Chile*, en *Chungara Revista de Antropología chilena*, volumen 52 N° 1, 2020, págs. 133-142, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7373208; ÑANCO, José y JELVES, Ivonne, *Experiencia oficinas Amuldungun y rol del facilitador intercultural*, en Colegio de Antropólogos de Chile A. G. (Editores), *V Congreso Chileno de Antropología, 2004, págs.* 787 a 790; LE BONNIEC, Fabien, y NAHUELCHEO QUEUPUCURA, Pamela, *La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía*, en *Revista de Llengua i Dret,* junio 2017, págs. 279-293. https://doi.org/10.2436/rld.i67.2017.2846

comunicativo entre las partes"[34], puesto que se consideraba que la lengua y la cultura constituían un rasgo importante para llevar a cabo una defensa específica, dirigida a la población indígena[35].

Por su parte, el Ministerio Público también cuenta con facilitadores interculturales indígenas, quienes realizan sus funcionaes en el ámbito de la Unidad de Apoyo de Víctimas y Testigos[36].

La figura del facilitador intercultural entre los servicios públicos y las comunidades indígenas de Chile tiene un rol más definido por las políticas públicas; y se circunscribe a la mediación intercultural para facilitar la comunicación entre organismos del Estado y miembros de las comunidades indígenas: tal como resulta ser el caso de personas mapuches que no tienen dominio del español u optan por no comunicarse en dicha lengua.

5. Nulidad procesal por carecer de oportuna y eficaz asistencia de intérprete

La nulidad del proceso por carecer de oportuna y eficaz asistencia de un intérprete se produce cuando no se respeta la garantía prevista en el art. 14.3.a[37] del Pacto Internacional de Derechos Civiles

34 BERHO CASTILLO, Marcelo y MARTÍNEZ T., Vladimir, *Estrategias, argumentos, límites y potencialidades en la defensa penal en la Araucanía Mapuche de Chile*, op. cit., pág. 135.

35 AGÜERO SAN JUAN, Claudio, y VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis (2012), *Derechos lingüísticos y proceso penal,* op. cit.

36 LE BONNIEC, Fabien, y NAHUELCHEO QUEUPUCURA, Pamela, *La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía*, op. cit, pág. 283.

37 Cfr. art. 14.3. del PIDCyP que expresa: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes

y Políticos y en el art. 8.2.a[38] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ante el desconocimiento por parte del imputado de la lengua del Estado donde se desarrolla el proceso penal, al no ser asistido por un intérprete de su lengua materna.

Es habitual que ciertos actos forenses puedan tornarse más complejos y requieran de herramientas de comprensión más desarrolladas, por lo que, bajo ciertas circunstancias, la asistencia de un intérprete provisto por el Estado es necesaria para asegurar el derecho de defensa.

Por otra parte, el art. 36[39] de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en lo que respecta a los extranjeros que hubiesen sido arrestados o detenidos, declara: "[…] b) si el interesado

garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".

38 Cfr. art. 8 de CADH, **Garantías Judiciales**, 2. "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

39 Cfr. artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares que expresa en bajo el título Comunicación con los Nacionales del Estado que envía: "1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo".

consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello".

Del texto de esa disposición de derivan expresamente un derecho y dos facultades: 1) el derecho del extranjero arrestado o detenido a ser notificado de lo que dispone el art. 36.2 de la Convención, para que pueda decidir si ejercerá alguna de las facultades que le concede esa disposición; 2) la facultad de pedir que su arresto o detención sean comunicadas sin demora a la oficina consular de su nacionalidad; 3) la potestad de los funcionarios consulares de comunicarse con los arrestados o detenidos, puestos en prisión preventiva o condenados de la nacionalidad del Estado que envía, en su caso de visitarlos en su lugar de detención, y eventualmente organizar su defensa (asistencia consular en sentido estricto), y la facultad del extranjero detenido de rechazar la visita del funcionario consular de su nacionalidad.

6. Conclusión

El acceso a la justicia es un derecho esencial que aún enfrenta múltiples desafíos, especialmente para poblaciones vulnerables. La eliminación de barreras económicas, lingüísticas, culturales y de género es fundamental para garantizar un sistema de justicia penal equitativo. El juicio por jurados, si bien fortalece la participación ciudadana, debe ser regulado con criterios de inclusión y sensibilización para evitar decisiones sesgadas.

Por ello que se recomienda:

- La implementación efectiva de servicios de interpretación y traducción en todos los niveles judiciales.
- La capacitación intercultural obligatoria para jueces y fiscales.
- Reformar las políticas del sistema de administración de justicia penal con el objetivo de incidir en la reducción de la discriminación estructural generando políticas de discriminación positiva.

En aras de poder garantizar un acceso equitativo a la justicia es esencial para la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

La ejecución de obligaciones dinerarias a la luz de la justicia digital

The enforcement of monetary obligations in the light of digital justice

Sergio Natalino Casassa Casanova
Abogado por la Universidad Particular San Martín de Porres.
Profesor de posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad San Martín de Porres

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: La tecnología ha transformado el proceso judicial, incorporando herramientas como la digitalización de expedientes, títulos ejecutivos electrónicos y subastas virtuales, buscando eficiencia, celeridad y transparencia. El presente trabajo invita a una innovación respetuosa de los derechos procesales y garantice el acceso igualitario, especialmente para personas en situación de vulnerabilidad. La "desmaterialización" de títulos y la automatización de subastas han demostrado eficacia en algunos países, incrementando adjudicaciones y reduciendo costos y tiempos. No obstante, se sugiere fortalecer la alfabetización digital, la confianza judicial en los documentos electrónicos y cerrar la brecha digital para asegurar una justicia verdaderamente accesible.

Abstract: Technology has significantly transformed judicial proceedings through the incorporation of tools such as the digitalization of case files, electronic enforceable instruments, and virtual judicial auctions, aiming to enhance efficiency, expedition, and transparency. This paper advocates for innovation that upholds procedural guarantees and ensures equal access to justice, particularly for individuals in conditions of vulnerability. The "dematerialization" of enforceable instruments and the automation of judicial auctions have proven effective in several jurisdictions, increasing adjudications while reducing procedural costs and timeframes. Nevertheless, it remains essential to strengthen digital literacy, foster judicial trust in electronic evidence and instruments, and bridge the

Palabras clave: Proceso de Ejecución; Título ejecutivo electrónico; Subasta Electrónica.

digital divide to secure genuinely accessible justice.

Keywords: Proceso de Ejecución; Título ejecutivo electrónico; Subasta Electrónica.

Sumario: 1. Introducción. 2. Advertencia en las adaptaciones tecnológicas en la ejecución en general. 3. El título ejecutivo electrónico. 4. La subasta judicial electrónica. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El impacto de la tecnología en nuestra sociedad es innegable. Ha transformado casi todos los aspectos de nuestra vida cotidiana, mejorando así nuestra calidad de vida, pero, como contrapartida nos genera algunos desafíos, como por ejemplo evitar la desigualdad digital, procurar el uso correcto de la inteligencia artificial, el resguardo a la privacidad de los datos personales, entre otros.

Esta simbiosis no podía ser ajena al derecho y específicamente al *"proceso judicial"*, pues en los últimos tiempos, a nivel mundial, se ha venido incursionando en lo que podríamos llamar una *"innovación digital judicial"*, transformando la manera de administrar justicia, a raíz de la implementación de –entre otras cosas– la digitalización de expedientes y documentos, audiencias y procesos virtuales, introducción de la inteligencia artificial y análisis predictivo, automatización de trámites judiciales, firma digital y notificaciones electrónicas, embargo y subastas o remates judiciales electrónicos. Queda claro, que lo que se busca es que los procesos judiciales sean más rápidos, eficientes y accesibles.

Ahora bien, si entendemos al proceso –siguiendo a TARUFFO[1]– como un *"instrumento de garantías"* que debe procurar ser eficiente y funcional para la obtención de su finalidad, consistente en la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos, lo cual debe extenderse tanto desde el acceso al proceso hasta su efectividad, concluiremos que la ejecución (necesariamente) debe estar adaptada a los grandes cambios tecnológicos para hacerlo más efectivo. Un proceso de ejecución (dinerario) rápido, eficiente y efectivo impacta en la realidad socioeconómica de un país: promueve la confianza de los inversio-

1 TARUFFO M. *Páginas sobre Justicia Civil. Madrid, 2009, p. 197*

nistas y comerciantes, mejora el acceso al crédito y reduce el riesgo crediticio, impacta reduciendo las tasas de intereses de los créditos, tanto a nivel nacional como internacional.

Es así como cada país debe asegurar el diseño objetivo que haga sobre la "ejecución", y que el mismo responda a los objetivos programados, y, sobre todo, se concilie con las herramientas que se pongan a su disposición para el logro de dichos objetivos, los cuales deben estar alineados a la promesa constitucional de tutela que la mayoría de los países de Iberoamérica tienen.

En este trabajo, veremos el aporte de la tecnología a la ejecución. En primer lugar, la nueva noción de "título ejecutivo digital", su implementación y recepción en algunos países. Por su parte, haremos lo mismo con la subasta electrónica, comentando el impacto positivo que ha tenido este recurso.

2. Advertencia en las adaptaciones tecnológicas en la ejecución en general

Cuando diseñamos una estructura procedimental (en este caso el de la ejecución) integrándola con la tecnología, debemos procurar respetar los derechos procesales fundamentales de las partes, en especial del ejecutado y también de los usuarios de la administración de justicia que se encuentren en situación de vulnerabilidad[2].

2 En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en Brasilia en el año 2008, se consideró –en su tercera regla– como personas en situación de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especial dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En principio, desde el punto de vista *endoprocesal*, se debe respetar el principio de *dualidad de posiciones*. No se puede diseñar una estructura procedimental prescindiendo de la intervención de las partes y terceros con interés a la ejecución, y tampoco puede obviarse el *principio de audiencia*, pues al margen que en la ejecución rige el principio de resultado, esto no significa que el ejecutado y terceros con interés en la ejecución no puedan ser oídos durante el mismo, a efectos de hacer valer sus derechos.

Ahora bien, desde el punto de vista *exoprocesal se debe e*n primer lugar, garantizar que la transformación digital judicial se centrará no sólo en los entes resolutivos de justicia, sino también en las personas que acuden a los órganos jurisdiccionales a solicitar tutela, pues la tecnología debe servir y beneficiar al proceso en general, a cumplir tanto con su finalidad abstracta como concreta, con respeto a los derechos fundamentales, sobre todo, de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad[3]. En este sentido, y dado el inminente ingreso de la tecnología a nuestra realidad jurisdiccional, acorde a lo dispuesto en el Art. 13.1 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, llevada a cabo en Nueva York el 2006, se debe velar por el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones *"incluso mediante ajustes de procedimiento"* en cualquier procedimiento, etapa preliminar o condición procesal, alcanza –obviamente– a la ejecución. Bajo esta premisa, en el plano de la accesibilidad y uso de la tecnología el Estado debe diseñar modelos con estándares accesibles que permitan a la ciudadanía en general, sobre todo a los sujetos en situación de vulnerabilidad

3 La vulnerabilidad judicial digital, promovida por la brecha digital en el acceso a la justicia, la cual puede extrapolarse inclusive a la ejecución judicial, se encontraría recogidas en las reglas 3, 8 y 95 de la Cumbre judicial Iberoamericana realizada en Brasilia.

la posibilidad de acceder plenamente a la jurisdicción para la búsqueda de la resolución de sus conflictos[4].

Adicionalmente, a todo lo expuesto hasta ahora, se deberá de tener acceso a una conectividad digital asequible y de alta velocidad, en todo el territorio del Estado, a fin de que la ciudadanía puede acceder a esta herramienta, pero siempre cuidando que dicho entorno digital se encuentre protegido y seguro.

En segundo lugar, los Estados deben garantizar el derecho a la *alfabetización digital*, buscando, además, la "comprensibilidad"[5] de la población en general, con miras a una ejecución más eficiente y efectiva, instruyéndola con las herramientas digitales que se cuenta para el ejercicio de su defensa e intereses. Para esto, se deberá de promover instructivos con un lenguaje claro para la sociedad, con plataformas "amigables" que permitan fácilmente el acceso a la información y debido ejercicio de sus derechos. Sin embargo, el acceso a la tecnología estaría incompleta si no se instruye tecnológicamente a quienes ejercen la defensa técnica. Es decir, se tiene que trabajar mucho con los abogados que no tienen formación tecnológica, brindándoles capacitación continua para la adquisición de capacidades digitales básicas y avanzadas.

3. El título ejecutivo electrónico

Tenemos claro la función del título ejecutivo al interior de la ejecución, sin embargo, necesitamos destacar su trascendencia en la

4 Debemos de tener en cuenta que un correcto acceso a la "justicia digital" importará entre otras cosas: transparencia, información, interoperabilidad, accesibilidad e instrumentos sin barreras.

5 Tenemos que hacer presente que las Reglas de Brasilia también abordan el tema de la comprensibilidad" en sus reglas 58, 59 y 60.

economía de un país, pues contribuye a su estabilidad, fomentando confianza en las transacciones, pues a través de él, se accede a un mecanismo de tutela del crédito más célere y eficiente, facilitando el acceso al crédito y fomentando así el crecimiento económico.

La tecnología transformó la economía, redefiniendo –entre otras cosas– el consumo, la forma de operar los mercados, nuevos modelos de negocio y el comercio en general. En los últimos años, hemos pasado del típico título ejecutivo físico al novísimo *título ejecutivo electrónico o digital*, el cual para su operatividad requiere estar "desmaterializado".

Cuando hablamos *de "desmaterialización de títulos ejecutivos"* nos referimos al procedimiento de convertir documentos físicos en registros electrónicos, los cuales, por ley, tienen eficacia ejecutiva.

En Argentina, por ejemplo, tenemos a los cheques electrónicos, facturas de crédito electrónicas, pagarés digitales, y certificados notariales electrónicos. En España, entre otros documentos, están las Resoluciones judiciales y notariales (sentencias firmes, laudos arbitrales, escrituras notariales de deuda). En el Perú, tenemos las constancias de inscripción y titularidad expedida por la Institución de compensación y Liquidación de Valores.

Sin embargo, para judicializar la cobranza, este título ejecutivo electrónico puede ser utilizado de dos maneras: materializado, es decir, convirtiendo en soporte papel, aquel registro electrónico que en un primer momento se desmaterializó; o mantenerlo desmaterializado.

Para Materializar títulos ejecutivos se opta por solicitar una *constancia de autenticidad* o *certificación digital del documento*, descargada desde la propia plataforma en la que fue emitida. Ejemplo: Argentina, el Pagaré digital, en donde la plataforma emisora emite una constancia de existencia y validez, o, el *"ECHEQ"* en el sistema banca-

rio a través de una validación de la entidad emisora. En España, para la ejecución de sentencias firmes se puede solicitar copias certificadas para la ejecución. En Perú las constancias de inscripción y titularidad expedidas por CAVALI ICLV.

La presentación ante el juzgado dependerá de si está implementado el expediente electrónico o si se mantiene el físico. En el primer caso, se puede adjuntar tanto la versión digital del título, y en algunos casos, como en el Perú, se adjunta adicionalmente el título digitalizado para que se mantenga en custodia del Poder Judicial para su corroboración de autenticidad; y en un segundo escenario, en caso de expedientes físico, se adjunta materializado.

Sin embargo, la recepción de las Cortes frente a estos tipos de títulos ejecutivos ha sido muy variada. En Argentina en provincias donde ya se encuentra implementado al 100% el expediente judicial digital (Buenos Aires), se presenta en forma digital. Pero en provincias en donde el expediente digital no es al 100%, exigen que se materialice el título para su presentación, acompañado de la certificación respectiva. En ambos escenarios, la eficacia ejecutiva de estos títulos ha sido cuestionada por la judicatura, pues no les reconoce autonomía para la ejecución, exigiendo su integración con otros documentos, o exigen la reconducción del trámite a una vía ordinaria para verificar la autenticidad y validez del documento. Pero recientemente en el caso «*ICBC SAU c/ C/ Prestes, Marino Lisandro s/ Ejecutivo*», el Juzgado Civil y Comercial N°8 de Quilmes, admitió la eficacia ejecutiva autónoma de un pagaré firmado electrónicamente, permitiendo la ejecución sin requerir su materialización física, por ser ésta autosuficiente para ello. En Perú, la recepción por los jueces Comerciales viene siendo pacífica.

La evolución hacia los títulos ejecutivos electrónicos será clave para una economía más eficiente y digitalizada. Si nuestros jueces no confían en su "autosuficiencia", desnaturalizaran la esencia de la ejecución, atentando contra la tutela del crédito, pues obstaculizarían el

tráfico comercial. Los jueces deben de entender –siguiendo la idea de GOMEZ FRÖDE[6]– que existen herramientas tecnológicas destinadas a garantizar el origen e integridad de los datos incorporados en un documento electrónico, gracias a los sellos de tiempo electrónico, aunado a la colaboración de peritos informáticos, con lo cual deberían de "creer" en este tipo de títulos, despachando ejecución sin necesidad de integrar otros documentos, respetando la esencia y naturaleza de los "títulos ejecutivos", quedando a cargo del ejecutado restarle eficacia al título a través de la oposición.

4. La subasta judicial electrónica

Al interior de la ejecución, existe ciertas etapas que tienen una función netamente ejecutiva: la *traba del embargo* y el *procedimiento de apremio*. En algunos países, gracias a la tecnología, en los últimos diez años, se ha incorporado un sistema automatizado para las subastas electrónicas, que contribuye a la transparencia, eficacia, reducción de costos y tiempos en la ejecución, obteniendo un mayor producto del remate.

Cuando se instauró las subastas judiciales electrónicas se declaró que serían más *"transparentes"*, pues los postores participarían en forma "incógnita" para los demás (salvo para la entidad que administra la gestión de la subasta), evitando así que "rematistas profesionales" pudieran concertar o influir en los precios del remate. Hoy en día, en Argentina (provincia de Tucumán, Entre Ríos, Salta), España y Perú, los postores actúan a través de un código o pseudónimo. Sólo cuando

6 GÓMEZ FRÖDE, C. La Tecnología al Servicio de la Impartición de Justicia. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 2020, RIDP 2. 2020, p. 128

termina el acto de subasta, se revela la identidad del postor ganador, garantizando así la transparencia.

La subasta electrónica *"reduce los costos"* para su ejecución. En Perú, con el remate "presencial" existían dos costos ineludibles: a) publicación en el diario oficial; y, b) los honorarios del martillero. En el primer caso, el Diario Oficial encargado de las publicaciones cotizaba la publicación en base a su extensión. Un aviso promedio representaba aproximadamente US$ 500 dólares (conversión sólo para efectos de la comparación), Por su parte, los honorarios del martillero, dependerá del importe de adjudicación del inmueble (según Ley). Ejemplo: si se adjudicaron por US$ 250,000 dólares, aplicada la tasa que establece la Ley, sus honorarios serían US$ 4,64.86. Con la subasta electrónica, se han eliminado esos costos, ya que la publicación se hace a través del aplicativo REMAJ@; que representa costo 0, y la conducción del remate se hace automáticamente a través del aplicativo, prescindiendo del martillero.

La automatización de la subasta judicial ha contribuido a una *"ejecución más célere"*. En Perú, por ejemplo, y haciendo una evaluación de algunos casos, llegamos a la conclusión que, desde la primera convocatoria a subasta electrónica hasta la su realización, proyectada a una tercera convocatoria, el tiempo promedio es de cuatro meses. Mucho más célere, considerando que, con el remate presencial, entre esa misma fase transcurrían por lo menos diez meses.

Afirmar que la subasta electrónica ha generado la *obtención de "un mayor producto del remate"*, en comparación que los remates presenciales es difícil, considerando la falta de una data consolidada y fiable que los pueda comparar.

Sin embargo, habiendo solicitado información oficial respecto del servicio de remates electrónicos judiciales – REMA@JU en los últimos años (para efectos del presente trabajo haremos el comparativo de los últimos tres años) podemos advertir lo siguiente.

En el año 2022 se llevaron a cabo 2,379 remates judiciales electrónicos. Anulados fueron 114 (4.792%), declarados desiertos 614 (25.809%), suspendidos judicialmente 714 (30.013%) y Adjudicados 937 (39.386%). Por otro lado, en el año 2023 se realizaron 3,025 remates judiciales electrónicos. Anulados 109 (3.603%), desiertos 886 (29.289%), suspendidos 868 (28.694%) y adjudicados 1162 (38.413%). Por último, en el año pasado, entiéndase en el 2024 se produjeron 3,100 remates judiciales en forma electrónica. Anulados 92 (2.967%), desiertos 856 (27.613%), suspendidos 873 (28.161%) y adjudicados 1279 (41.258%).

Hemos querido trabajar únicamente con información a partir del año 2022, pese a que el remate electrónico empezó a funcionar prácticamente en el año 2017, pero con la implementación progresiva y la pandemia, se distorsionaría los números al momento de comparar, es por eso que hemos preferido escoger los últimos tres años, en donde la normalidad empezó a restablecerse y con estos números podemos arribar algunas conclusiones: La primera esta referida a la efectividad de la herramienta, pues veamos que, en la evolución del sistema, se ha venido incrementando el número de remates adjudicados, lo cual ayuda a la satisfacción del crédito del acreedor. En segundo lugar, véase el número de remates anulados ha venido decreciendo, al punto de representar menos del 3% de remates anulados, lo cual muestra una baja tasa de falibilidad procedimental el cual ha sido estructurado. En consecuencia, el instrumento como tal, hace más efectiva y eficiente la ejecución forzada.

Ahora bien, si queremos llegar a un mayor detalle, veremos que, en el Perú, en los últimos tres años se ha dado un fenómeno poco percibido:

En el año 2022, de los 937 remates adjudicados, se adjudicaron en primera convocatoria 383 (40.875%), en segunda convocatoria 256 (27.321%) y por último, en tercera convocatoria 298 (31.803%).

En el año 2023, de los 1162 remates adjudicados, se adjudicaron en primera convocatoria 426 (36.66%), en segunda convocatoria 330 (28.399%) y en tercera convocatoria 406 (34.939%).

Por último, en el año 2024, de los 1,279, se adjudicaron en primera convocatoria 466 (36.435%), en segunda convocatoria 389 (30.414%), y en tercera convocatoria 424 (33.151%). Es decir, contrario al sesgo popular, los remates judiciales son adjudicados por postores –en mayor ocasión– en primera convocatoria, antes que tercera, lo cual demuestra la gran expectativa que genera esta herramienta.

Para terminar, será interesante mostrar quienes se adjudican más en los remates judiciales electrónicos, si las personas naturales o las jurídicas: En el año 2022 se adjudicaron 206 remates las personas jurídicas, lo cual representa –el total de adjudicados– en un 21.985%, mientras que las personas naturales se adjudicaron 731 remates judiciales electrónicos, lo cual representa el 78.015%. en el año 2023 se adjudicaron 227 remates las personas jurídicas, lo cual equivale al 19.535%, mientras que las personas naturales se adjudicaron 935 remates, lo cual representa el 80.465%. Para finalizar, en el año 2024 se adjudicaron 198 remates las personas jurídicas, lo cual equivale al 15.481%, mientras que las personas naturales se adjudicaron 1081 que representa el 84.519%. Estos números (oficiales) demuestran que las personas naturales participan con mayor actividad en los remates judiciales electrónicos que las personas jurídicas (considerando que entre ellas están las empresas del sistema financiero, las cuales son los usuarios mayoritarios en este tipo de casos). Al ser las personas naturales las que mas intervienen en estos procedimientos, exige tener una plataforma accesible, amigable, que permite una participación de la ciudadanía a nivel nacional, contribuyendo a una mayor interacción de la sociedad en beneficio de la ejecución.

Esta herramienta tecnológica a sumado a la *"eficiencia de la ejecución"*, lo cual queda demostrado por el incremento en las adjudica-

ciones y el bajo número de remates anulados en el año 2024 (2.967%) lo demuestran. Sin embargo, dada la expansión en la aplicación territorial de la herramienta, se debe seguir trabajando en evitar la "brecha digital", proscribiendo las desigualdades. Si bien es cierto, el legislador no está obligado a remediarla, pero si debe garantizar una participación efectiva en estos actos.

La información del cómo proceder en un remate electrónico debe ser de fácil acceso para todos, pues existen temas puntuales que los postores interesados deben saber: *Requisitos para ser postor, como participar en la plataforma, las pujas, la extensión del plazo ante ofertas de últimos minutos, la duración del acto de subasta, la posibilidad de proponer posturas máximas secretas* (Argentina) o *Reservas de Puja* (España), *y el plazo de pago para el saldo de precio*, pues en los tres países consultados varía.

5. Conclusiones

A manera de conclusión, afirmamos que la tecnología ha llegado al proceso para hacerlo más eficiente. Sin embargo, se debe cuidar que las estructuras procedimentales adaptadas no vulneren derechos fundamentales procesales.

La creación de títulos ejecutivos electrónicos obedece al cambio digital que sufre la sociedad, y el derecho debe adecuarse a ella, por ello, se requiere que nuestros operadores judiciales le den la tratativa e importancia necesaria, y, por otro lado, la automatización de las subastas judiciales ha logrado hacer más eficiente el procedimiento de apremio, sólo que hay que trabajar en difundir y evitar la desigualdad a raíz de la brecha digital.

As alterações propostas pela lei n.º 14.879/2024 e as limitações quanto a aplicação da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais*

The changes proposed by law no. 14.879/2024 And the limitations on the forum selection clause in international contracts

Valesca Raizer Borges Moschen
Professora Titular do Departamento de Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Flora Gaspar da Silva
Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo

Isabela Tonton da Costa Dondone
Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumo: O presente artigo visa analisar os possíveis impactos nos contratos internacionais gerados pela entrada em vigor da Lei n.º 14.879/24, que alterou o art. 63 do Código de Processo Civil, determinando como requisitos indispensáveis para a eficácia da cláusula de eleição de foro a pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação. Procura-se debater se as alterações propostas podem impactar a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, gerando incertezas e insegurança jurídica

* O presente trabalho foi realizado com apoio do Edital 19/2024 da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes) <05/2025 – P: 2025-9FBQD>.

nos negócios jurídicos transnacionais, sobretudo se consideradas as características inerentes as relações jurídicas transnacionais.

Palavras Chave: Cláusula de eleição de foro; Direito Internacional Privado, Contratos internacionais; Negócios jurídicos transnacionais.

Abstract: This article focuses on the possible implications for international contracts of the entry into force of Law No. 14.879/24, which amended Article 63 of the Code of Civil Procedure, determining as indispensable requirements for the effectiveness of a choice of court clause that it be relevant to the domicile or residence of one of the parties or to the place of the obligation. The aim is to debate whether the proposed changes could have an impact on the autonomy of the parties' will in international contracts, generating uncertainty and legal insecurity in transnational legal transactions, especially considering the inherent characteristics of transnational legal relationships.

Keywords: Forum Selection Clause; Private International Law; International Contracts; Transnational Legal Transactions.

Resumen: Este artículo pretende analizar los posibles impactos en los contratos internacionales generados por la entrada en vigor de la Ley 14.879/24, que modificó el artículo 63 del Código de Proceso Civil, determinando como requisitos indispensables para la eficacia de la cláusula de elección de foro la relevancia al domicilio o residencia de una de las partes o al lugar de la obligación. El objetivo es debatir si los cambios propuestos podrían tener un impacto en la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales, generando incertidumbre e inseguridad jurídica en los negocios jurídicos transnacionales, especialmente teniendo en cuenta las características inherentes a las relaciones jurídicas transnacionales.

Palabras Clave: Cláusula de elección de foro; Derecho internacional privado; Contratos internacionales; Negocios jurídicos transnacionales.

Sumario: 1. Introdução. 2. A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: uma aproximação. 3. Cláusula de eleição de foro na arena da harmonização do direito processual civil internacional. 3.1. Instrumentos convencionais universais da Conferência da Haia (HCCH). 3.2. Os esforços harmonizatórios da América Latina na matéria. 3.3. *Soft law*. 4. A cláusula de eleição de foro no Brasil. 4.1. O tratamento jurídico da cláusula de eleição de foro no cenário brasileiro. 4.2. A Lei n.º 14.879/24 e as alterações impostas ao art. 63 do CPC/15: Os possíveis impactos aos contratos internacionais. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O presente artigo visa realizar um estudo analítico, através de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, dos possíveis impactos gerados pela entrada em vigor da Lei n.º 14.879/24, que alterou o art. 63 do CPC/15 cujo objeto é a regulamentação da aplicação da Cláusula de Eleição de Foro para ações oriundas de direitos e obrigações, nos contratos internacionais.

A lei publicada no dia 04 de junho de 2024 alterou o dispositivo contido no § 1º do art. 63 do CPC/15, passando a exigir como requisitos indispensáveis para a eficácia da cláusula de eleição de foro a pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação.

Além disso, incluiu o § 5º para considerar prática abusiva, a qual justifica inclusive a declinação da competência de ofício, o ajuizamento de ação em juízo sem vinculação com as partes ou com o negócio jurídico discutido na demanda.

Ocorre que os contratos comerciais internacionais comumente adotam a cláusula de eleição de foro para indicar um foro neutro para dirimir os eventuais problemas, sem que exista necessariamente qualquer tipo de conexão com as partes ou a obrigação.

Isto porque os contratos comerciais internacionais são caracterizados pela pluralidade de partes e de ordenamentos jurídicos envolvidos na relação, onde prevalece a opção de delegar a um foro neutro e imparcial a solução para possíveis litígios.

A escolha por um foro sem qualquer conexão com as partes ou a obrigação, os chamados foros neutros, se justifica pela especialidade de certas demandas que necessitam de um alto grau de conhecimento específico do julgador, fator primordial para a inclusão de cláusula de eleição de foro em contratos comerciais internacionais.

Entretanto, o que se verifica é que as alterações trazidas pela Lei nº. n.º 14.879/24 podem gerar impactos diretos nestas relações comerciais, visto que a parte poderia facilmente invocar a ausência de conexão para afastar a jurisdição do foro contratualmente eleito, o que além de uma clara ofensa ao princípio da autonomia processual das partes, traz insegurança jurídica às relações internacionais.

A análise destes possíveis impactos é exatamente o objeto central do presente estudo, o qual traz inicialmente considerações gerais sobre a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, a forma como o instituto se desenvolveu no decorrer das décadas, seus princípios norteadores e a sua sistematização no sistema jurídico internacional.

Posteriormente será observada a sua regulamentação nos âmbitos universais, regionais e também a sua previsão nos instrumentos de *soft-law*, como elemento norteador para a sua incorporação nos ordenamentos legislativos nacionais.

Igualmente será apresentada a cláusula de eleição de foro no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise evolutiva do instituto primeiramente através da aceitação jurisprudencial até a ulterior sedimentação com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC/15) e a alteração do dispositivo legal pela Lei nº. 14.879/24, observando ainda o recente trabalho da Comissão designada para elaborar a Nova Lei Geral de Direito Internacional Privado.

Durante a análise das alterações proposta pela recente lei, serão debatidos os possíveis impactos que as alterações nos §§ 1º e 5º do art. 63 do CPC/15 trazidas pela supracitada lei podem ter sobre a escolha de eleição de foro nos contratos internacionais.

Por fim, a conclusão ressalta o verdadeiro retrocesso gerado pela modificação do dispositivo legal que trata da cláusula de eleição de foro, ao oportunizar que o judiciário brasileiro deixe de reconhecer a autonomia da vontade processual das partes nos contratos in-

ternacionais, gerando incertezas e insegurança jurídica nos negócios jurídicos transnacionais.

2. A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: uma aproximação

A nova dimensão do Direito Internacional Privado decorre sobretudo da promoção de uma maior integração entre os sistemas estatais no nível jurídico privado, almejando a efetividade dos direitos fundamentais e da paz coletiva, através da elaboração de soluções para temas considerados emergenciais do direito privado, como jurisdição e cooperação jurídica internacional.[1]

Alguns temas do Processo Civil Internacional como jurisdição, execução e reconhecimento de sentenças estrangeiras ainda são considerados temas sensíveis no universo da codificação do direito internacional privado, em razão dos obstáculos impostos pelos Estados nacionais para sua ampla aceitação à nível global, ocasionando consequentemente entraves para o tráfico, o comércio e às relações internacionais.[2]

Impõe-se, portanto, uma necessária revisão e transformação no conceito de jurisdição, tradicionalmente atrelado ao Estado e a vontade concreta da lei como atributo da soberania, momento no qual a

1 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. MARCELINO, Helder. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* Revista Argumentum. Marília/SP, V. 18, n.º 2, pp. 291-319, Mai-Ago 2017, p. 293.

2 MOSCHEN. MARCELINO. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* 2017, p. 293-294.

autonomia privada na solução de controvérsias, torna-se fundamental na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.[3]

Como consequência da filosofia desenvolvida, pode-se afirmar que atualmente o exercício da jurisdição perpassa também pela possibilidade do exercício da autonomia da vontade das partes. A partir da abertura do ordenamento jurídico aos negócios jurídicos processuais, como aqueles dispostos nos arts. 22, III, 25, 63 e 190 do Código de Processo Civil, conforme será analisado com maiores detalhes posteriormente, o Estado brasileiro permitiu com que fosse atribuída maior autonomia das partes para delimitação de cláusulas de eleição de foro e demais convenções processuais.[4]

Em especial, a cláusula de eleição de foro é comumente utilizada nas relações comerciais internacionais, que vem crescendo exponencialmente nas últimas décadas, assim como os litígios inerentes a tais transações.

Para Gary B. Born, há duas questões preliminares de destaque nas disputas comerciais internacionais: "Onde e por quem essa disputa será decidida?".[5]

---

3 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI JUNIOR, Hermes; LINO, Daniela Bermudes. A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio (Org.). *Coleção grandes temas do novo CPC – Cooperação Internacional.* Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 3, p. 459

4 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 460

5 BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements.* Kluwer Law International B.V, 6th ed., 2021, p. 1.

A relevância de tais questões justifica-se em razão da necessidade de análise do custo de eventual litígio ser instaurado em mais de um Estado, o que pode gerar uma indesejável duplicidade de demandas. Assim, a escolha antecipada pelas partes pela escolha de um foro permite antecipar custos e evitar múltiplos processos, reduzindo assim valores e incertezas que poderiam ser gerados sem o estabelecimento de uma cláusula de eleição de foro.[6]

A cláusula de eleição de foro ou acordo de eleição de foro é um negócio jurídico processual, compreendido como uma cláusula contratual de escolha do juízo competente para eventual litígio[7].

Decorrência da autonomia da vontade, a cláusula de eleição de foro tem como fundamento o princípio da submissão, que, em outras palavras, refere-se a voluntariedade da parte a submeter-se à jurisdição de tribunal ao qual não estava sujeita de modo que, a partir do momento em que a aceita não mais poderá rejeitá-la[8].

Sua ausência pode levar a riscos consideráveis nas relações comerciais internacionais. A falta de previsão de uma escolha específica de foro pode culminar na existência de litígios paralelos em dois ou mais Estados dos quais a relação comercial tenha conexão.

---

6 ARAUJO, Nadia de. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito.* 4ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 429

7 VIEIRA, Luciane Klein; FERNANDES, Matheus Lucio Pires. *Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil Brasileiro.* Revista Secr. Tribunal Permanente, nº. 09, 2017, p. 228.

8 MOSCHEN; GUERRA. *Processo Civil Transnacional: A Caminho de uma Sistematização dos Princípios de Competência Internacional: Reflexos de um Novo Paradigma Axiológico Face à Crise Metodológica Positivista*, 2009.

Conforme estabelece Giuditta Cordero-Moss[9], na prática, quando não há uma previsão de acordo, as partes tendem a processar e julgar a outra em seu próprio Estado, podendo utilizar-se dessa possibilidade como estratégia ou até para se opor a outro processo.

Do mesmo modo, a depender da previsão do ordenamento jurídico de cada Estado, a cláusula de eleição de foro pode ou não culminar na jurisdição exclusiva. Não há dúvidas de que, em regra, quando há previsão expressa de exclusividade, nenhum outro Estado poderá exercer jurisdição sob a demanda, excluindo as hipóteses de jurisdição exclusiva previstas na legislação interna de cada Estado[10]. Contudo, a ausência de previsão de exclusividade da cláusula também poderá gerar litigância paralela[11].

Além disso, devem ser observados os limites entre a escolha da jurisdição e o exercício da autonomia das partes, que têm como três principais fatores a disponibilidade do direito material, à observância da paridade entre as partes, bem como a garantia do Estado Democrático de Direito em seus princípios e garantias fundamentais processuais[12].

9 CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts.* Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edition, 2024, p. 208.

10 Há exceções à regra geral a depender da previsão da legislação interna do país. Este é o caso por exemplo, das regras de jurisdição exclusiva presentes no art. 23 do Código de Processo Civil.

11 CORDERO-MOSS. *International Commercial Contracts*. 2024, p. 208.

12 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 264.

No geral, conforme aponta R. A. Brand[13], assim como os demais negócios jurídicos, para que seja conferida exequibilidade da cláusula de eleição de foro, são necessários os requisitos de existência, validade e eficácia. A depender da legislação aplicável, os requisitos podem referentes a eficácia variar, incluindo: i) a existência de um acordo; ii) cumprimento de requisitos formais, como necessidade do acordo ser por escrito; iii) validade substancial da cláusula; iv) escopo de aplicação da cláusula.

Desse modo, é possível observar que, diante da necessidade de estabelecimento de limites entre a jurisdição e a autonomia da vontade das partes, bem como maior segurança jurídica aos negócios transfronteiriços, foram desenvolvidos diversos instrumentos que visam a harmonização deste instituto, conforme será analisado a seguir.

3. Cláusula de eleição de foro na arena da harmonização do direito processual civil internacional

Conforme visto anteriormente, a comunidade internacional, visando o fortalecimento das relações comerciais internacionais, bem como a segurança jurídica frente à possibilidade de litigância paralela e/ou não reconhecimento da cláusula, vem desenvolvendo instrumentos de harmonização das regras relativas às cláusulas de eleição de foro. Desse modo, serão analisados os principais instrumentos a nível universal e regional sobre o tema.

13 BRAND. *Consent, Validity, and Choice of Forum Agreements in International Contracts*. In: Boone; CLAEYS; LAVRYESEN (Org.). University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2009-35. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1517810>. Acesso em 15 Jun. 2024, p. 544.

3.1. Instrumentos convencionais universais da Conferência da Haia (HCCH)

Dentre os atores responsáveis pela harmonização das regras de processo civil internacional, a Conferência da Haia (HCCH) tem papel de destaque na produção de instrumentos de *hard law* que versam sobre a cláusula de eleição de foro.

A Convenção da Haia sobre acordos de eleição de foro, celebrada em 30 de junho de 2005[14] é um dos principais instrumentos sobre o tema, senão o principal. Conforme exposto em seu preâmbulo[15], a Convenção tem como objetivo estabelecer regras que possibilitem a execução de acordos de eleição de foro exclusivo, o que também é demarcado no art. 1º, que versam somente sobre direito civil e/ou comercial internacional, excluindo da aplicação da Convenção contratos trabalhistas, em matéria de direito de família, sucessão, insolvência, dentre outros (Art. 2º[16]).

---

14 CONFERÊCIA DA HAIA. Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>. Acesso em 10 mai. 2024.

15 "Os Estados Partes na presente Convenção,
[...] Convictos de que essa cooperação reforçada exige, em especial, um quadro normativo internacional que garanta a certeza e a eficácia dos acordos exclusivos de eleição do foro celebrados entre os intervenientes em transações comerciais e que regule o reconhecimento e a execução de sentenças proferidas em processos com base nesses acordos".

16 Artigo 2.º Exclusões do âmbito de aplicação 1. A presente Convenção não se aplica aos acordos exclusivos de eleição do foro: a) De que seja parte uma pessoa singular que intervém principalmente para fins pessoais, familiares ou domésticos(um consumidor); b) Relativos a contratos de trabalho, incluindo as convenções coletivas. 2. A presente Convenção não se aplica às seguintes matérias: a) Questões relacionadas com o estado ou a capacidade das pessoas singulares; b) Obrigações de alimentos; c) Outras matérias de direito da

Com relação ao seu conteúdo regulatório, observa-se que a Convenção possui três pilares, sendo um central e os outros dois decorrentes deste[17] sendo que o primeiro se refere à impossibilidade de escusa do foro em julgar a causa (Art. 5º (2)[18]), isto é, o Tribunal escolhido deve julgar a casa, não sendo possível a alegação de *forum non conveniens*[19].

família, incluindo os regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações derivados do casamento ou de relações similares; d) Testamentos e sucessões; e) Insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes; f) Transporte de passageiros e de mercadorias; g) Poluição marinha, limitação da responsabilidade em sinistros marítimos, avarias comuns, reboque e salvamento de emergência; h) Concorrência; i) Responsabilidade por danos nucleares; j) Pedidos de indemnização por lesões corporais e danos morais apresentados por pessoas singulares ou em seu nome; k) Pedidos de indemnização por danos provocados em bens corpóreos por facto ilícito que não tenham origem num contrato; l) Direitos reais sobre imóveis e contratos de arrendamento de imóveis; m) Validade, nulidade ou dissolução de pessoas coletivas e validade das decisões dos seus órgãos; n) Validade de direitos de propriedade intelectual que não sejam direitos de autor e direitos conexos; n) Validade de direitos de propriedade intelectual que não sejam direitos de autor e direitos conexos; o) Violação de direitos de propriedade intelectual distintos dos direitos de autor e direitos conexos, exceto se o processo é ou podia ter sido intentado por incumprimento de um contrato entre as partes relativamente a esses direitos; p) Validade das inscrições em registos públicos.

17 OLIVEIRA; ROCHA; MOSCHEN. *Novos contornos da cláusula de eleição de foro no Brasil: utilização supletiva da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro.* In: MENEZES (org.). Direito Internacional em Expansão – vol. 16. Anais do 17º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. 2019, p. 120.

18 Artigo 5.º Competência do tribunal eleito
2. Um tribunal competente ao abrigo do n.º 1 não pode recusar exercer a sua competência com fundamento em que o litígio deve ser dirimido por um tribunal de outro Estado.

19 Sobre o tema: "Portanto, o primeiro pilar baseia-se na ideia de que não é possível a alegação do forum non conveniens, instituto típico dos países

O segundo ponto é a necessidade de abstenção do Estado-contratante da Convenção que, mesmo tendo conexão com a causa, não foi escolhido pelas partes (Art. 6º[20]). Por sua vez, o terceiro pilar refere-se ao dever de reconhecimento da decisão proferida pelo Tribunal do Estado escolhido pelas partes em cláusula (Art. 8º[21]).

Em geral, conforme defende Brand, os requisitos de existência da cláusula de eleição de foro não estão presentes na Convenção. Contudo, os requisitos formais e substanciais de validade deste negócio estão consubstanciados no art. 3º, para o primeiro e arts. 5,6 e 9 em relação ao último.[22]

Outrossim, com relação às causas que isentam a obrigação de reconhecimento da decisão, destacam-se a observação: (i) de nulidade do acordo, salvo se o tribunal já tiver reconhecido a validade do

---

de common law, em que uma corte pode derrogar sua jurisdição alegando ser competente outro foro por sua maior conveniência". In: OLIVEIRA; ROCHA; MOSCHEN. *Novos contornos da cláusula de eleição de foro no Brasil: utilização supletiva da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro*. 2019, p. 122.

20 Artigo 6.º Obrigações de um tribunal não eleito O tribunal de um Estado Contratante que não seja o tribunal eleito deve suspender ou declarar-se incompetente para conhecer do litígio a que seja aplicável um acordo exclusivo de eleição do foro, salvo se:

21 Artigo 8.º Reconhecimento e execução 1. Uma sentença proferida pelo tribunal de um Estado Contratante designado num acordo exclusivo de eleição do foro é reconhecida e executada nos outros Estados Contratantes em conformidade com o disposto no presente capítulo. O reconhecimento ou a execução só podem ser recusados pelos motivos especificados na presente Convenção.

22 BRAND. *Consent, Validity, and Choice of Forum Agreements in International Contracts*. 2009, p. 550. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1517810>. Acesso em 15 Jun. 2024.

acordo (Art. 9 (a)), (ii) da incapacidade de uma das partes (Art. 9 (b)), (iii) ausência de notificação do demandado em tempo útil ou de forma incompatível com os princípios do Estado (Art. 9 (c)), dentre outras.

Outra Convenção que merece destaque dentro da Conferência da Haia é a Convenção Relativa ao Reconhecimento e à Execução de Decisões Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, de 02 de julho de 2019[23]. Desde seu preâmbulo, a Convenção de 2019 faz referência direta a Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro, indicando a complementaridade como uma das principais características que a marcam[24].

Desde a elaboração de seu *draft* preliminar, a Convenção de 2019 se diferencia da Convenção de 2005 ao incluir em seu âmbito de aplicação às relações consumeristas[25], o que veio a ser confirmado na versão final da Convenção[26].

---

23 CONFERÊNCIA DA HAIA. Convenção de 2 de julho de 2019 Relativa ao Reconhecimento e à Execução de Decisões Estrangeiras em Matéria Cível e Comercial. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6760&dtid=21>. Acesso em 10 mai. 2024.

24 "Convictas de que essa cooperação judicial reforçada requer, em particular, um regime jurídico internacional que preveja um maior grau de previsibilidade e de certeza em relação à circulação de decisões estrangeiras a nível mundial, e que seja complementar da Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro, de 30 de junho de 2005".

25 MOSCHEN. MARCELINO. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* 2017, p. 310.

26 Artigo 5º Bases para o reconhecimento e a execução
1. Uma decisão é elegível para reconhecimento e execução se cumprir um dos seguintes requisitos:

Cabe também mencionar que as bases de jurisdição presente na Convenção são: i) a indireta, também denominada filtros de jurisdição, disposta no art. 5º; ii) assim como bases de jurisdição exclusiva, que constam no art. 6º da Convenção.[27]

e) O demandado aceitou expressamente a competência do tribunal de origem no decurso do processo em que foi proferida a decisão; f) O demandado contestou o mérito no tribunal de origem, sem contestar a competência dentro do prazo previsto na lei do Estado de origem, salvo se for evidente que uma objeção à competência ou ao exercício desta não teria êxito perante essa lei; g) A decisão diz respeito a uma obrigação contratual e foi proferida por um tribunal do Estado em que essa obrigação foi ou deveria ter sido cumprida, em conformidade comi) o acordo entre as partes, ou ii) o direito aplicável ao contrato, na ausência de acordo quanto ao lugar de cumprimento, salvo se as atividades do demandado em relação à transação claramente não tenham constituído uma conexão intencional e substancial com esse Estado; m) A decisão foi proferida por um tribunal designado num acordo celebrado ou documentado por escrito ou por qualquer outro meio de comunicação que torne a informação acessível de modo a ser utilizável para referência posterior, desde que não se trate de um acordo exclusivo de eleição do foro

2. Se o reconhecimento ou a execução forem pedidos contra uma pessoa singular que atue principalmente por motivos pessoais, familiares ou domésticos (um consumidor) em matéria relacionada com um contrato de consumo, ou contra um trabalhador relativamente ao seu contrato de trabalho: a) A alínea e) do n.o 1 só se aplica se for dado consentimento expresso, oral ou escrito, ao tribunal; b) As alíneas f), g) e m) do n.o 1 não se aplicam.

27 MOSCHEN. MARCELINO. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* 2017, p. 303-304.

Por fim, em que pese ambas Convenções não terem sido ratificadas pelo Brasil, é possível utilizá-las de modo supletivo, como um balizador do disposto no Código de Processo Civil, assim como também no auxílio da compreensão do tema.[28]

3.2. Os esforços harmonizatórios da América Latina na matéria

A América Latina possui papel crucial no desenvolvimento do direito internacional privado e, em especial, no processo de harmonização das regras de processo civil internacional.

Encabeçado por dois movimentos históricos, um de iniciativa emancipatória regional e o segundo a partir dos pensamentos de juristas como Savigny, Joseph Story, Augusto Teixeira de Freitas, dentre outros, o processo harmonizatório da Codificação do Direito Internacional Privado tem como marco inicial o Tratado de Montevidéu de 1889, sobretudo na América Latina.[29]

Dentro deste movimento embrionário de regulamentação do direito internacional privado é que foi constituída a Comissão Internacional de Jurisconsultos, que posteriormente serviria de base para a formação da atual Comissão Jurídica Interamericana. A Comissão, em sua sexta Conferência, elaborou o Código de Direito Internacional

28 OLIVEIRA; ROCHA; MOSCHEN. *Novos contornos da cláusula de eleição de foro no Brasil: utilização supletiva da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro*. 2019, p. 121.

29 LOPES, Inez; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Os papeis da OEA e da ASADIP para a Formação de uma Cultura "Glocal" em Direito Internacional na América Latina*. In: LOPES, Inez; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges Moschen (Org.). Desafios do Direito Internacional Privado na Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 325-326.

Privado, também denominado Código de Bustamante[30], em homenagem ao jurista que o elaborou, Antônio Sanchez de Bustamante.[31]

Vigente em quinze países da América Latina, entre os quais, no Brasil, o Código de Bustamante possui 437 artigos divididos em diversos temas de direito internacional privado, dentre eles regras de direito processual civil internacional, com destaque para os arts. 318 a 332, que dispõe sobre regras gerais de competência cível e comercial e já estabeleciam regras de validade das cláusulas de eleição de foro.

O art. 321[32] prevê a figura da "submissão expressa", similar à definição da cláusula de eleição de foro estabelecida pela Convenção da Haia de 2005, estabelecendo o caráter de exclusividade da jurisdição escolhida pelas partes, derrogando as demais que tenham conexão à causa. Contudo, ao contrário da Convenção de 2005, os arts. 319 e 320[33] preveem expressamente a necessidade de um elemento de conexão entre a causa e o foro eleito, que, em interpretação conjunta com o art. 318[34], pode ser o domicílio ou nacionalidade das partes.

---

30 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Informatizada – Decreto nº. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso em 14 jun. 2024.

31 LOPES; MOSCHEN. *Os papeis da OEA e da ASADIP para a Formação de uma Cultura "Glocal" em Direito Internacional na América Latina*. 2020, p. 325-326.

32 Art. 321. Entender-se-á por submissão expressa a que for feita pelos interessados com renúncia clara e terminante do seu foro próprio e a designação precisa do juiz a quem se submetem.

33 Art. 319. A submissão só se poderá fazer ao juiz que exerça jurisdição ordinária e que a tenha para conhecer de igual classe de negócios no mesmo grau. Art. 320. Em caso algum poderão as partes recorrer, expressa ou tacitamente, para juiz ou tribunal diferente daquele ao qual, segundo as leis locais, estiver subordinado o que tiver conhecido do caso, na primeira instância.

34 Art. 318. O juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qual-

Além do Código de Bustamante, outro importante movimento codificador interamericano se deu a partir das Conferências Especializadas em Direito Internacional Privado (CIDIPs), aprovado em 1975 e realizado dentro do âmbito do sistema jurídico da OEA[35]. Com um total de 9 edições, as CIDIPs foram responsáveis pela elaboração de 23 instrumentos, dos quais 9 são processuais, sendo que apenas 6 foram ratificados pelo Brasil[36].

Dentre as dezenas de Convenções sobre direito processual civil internacional, somente a Convenção Interamericana sobre Competência na esfera internacional para eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras[37] (CIDIP III, 1984) possui um artigo que dispõe sobre cláusula de eleição de foro.

quer espécie, será aquele a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o direito local, em contrário.

35 LOPES; MOSCHEN. *Os papeis da OEA e da ASADIP para a Formação de uma Cultura "Glocal" em Direito Internacional na América Latina*. 2020, p. 327-329

36 O Brasil ratificou as seguintes convenções interamericanas em matéria de direito processual: Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (CIDIP I), Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior (CIDIP I), Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (CIDIP I), Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (CIDIP II), Convenção Interamericana sobre Prova de Informação acerca do Direito Estrangeiro (CIDIP II) e Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (CIDIP II).

37 OEA. Convencion Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. Bolívia, 1984. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>. Acesso em 16 jun. 2024.

Contudo, assim como no caso do Código de Bustamante, a previsão de acordo exige que se tenha conexão do foro escolhido com a causa e que a jurisdição não seja exorbitante (Art. 1 (D))[38]. Essa Convenção não possui uma grande adesão da região, inclusive, não foi ratificada até o presente momento pelo Brasil.

Ainda no âmbito regional, porém desde o paradigma da concretização de blocos econômicos, o MERCOSUL destaca-se como importante espaço para codificação de regras de harmonização do processo civil, sobretudo a partir de dois instrumentos: o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição em matéria contratual[39] e o Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional[40].

O Protocolo de Buenos Aires possui como âmbito de aplicação contratos internacionais de natureza civil e comercial, seja ela pessoa

38 Artículo 1
Con el fin de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sentencia hubiera tenido competencia de acuerdo con las siguientes disposiciones:
D. Respecto de acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, que las Partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia.

39 BRASIL. Decreto nº. 2095, de 17 de dezembro de 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm>. Acesso em 16 jun. 2024.

40 BRASIL. Decreto nº. 2067, de 12 de novembro de 1996. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2067.htm>. Acesso em 16 jun. 2024.

física ou jurídica (Art. 1º)[41], excluindo do seu escopo contratos referentes a acordos no âmbito do direito de família e sucessões, contratos administrativos, de seguridade social, de trabalho, de consumo, dentre outros (Art. 2º.).

Além disso, o Protocolo se distancia dos demais instrumentos regionais ao permitir duas hipóteses de aplicação (Art. 1º): a) quando as partes tiverem domicílio ou sede em Estados Membros diferentes do MERCOSUL; b) quando apenas uma das partes tiver domicílio ou sede em um Estado Membro e concomitantemente exista uma conexão razoável entre o foro escolhido e o objeto, segundo as normas de jurisdição do protocolo, presentes nos arts. 7 a 12[42].

Com relação aos critérios formais da cláusula de eleição de foro, estabelece o Protocolo a necessidade do acordo ser por escrito e vier da manifestação de vontade livre, podendo estipular também a jurisdição estatal quanto um tribunal arbitral (Art. 4º)[43]. A validade e os

41 ARTIGO 1
O presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares –pessoas físicas ou jurídicas:
a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção;
b) quando pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo.

42 ARAUJO, FREITAS. *A observância das cláusulas de eleição de foro no Brasil: O Protocolo de Buenos Aires na Jurisprudência Brasileira*. El Derecho Internacional Privado del Mercosur. 2020, p. 474-475.

43 ARTIGO 4
Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja ju-

efeitos da cláusula não estão presentes no Protocolo, ficando a cargo da legislação interna de cada Estado (Art. 5º (2)).

O Protocolo de Buenos Aires indica hipóteses de jurisdição subsidiária (Arts. 7 a 12), na ausência da previsão de uma cláusula de eleição, que será o juízo do lugar de cumprimento do contrato, o do domicílio do demandado e/ou o juízo do demandante ou da sua sede social, quando demonstrado que cumpriu a sua obrigação. Observa-se que à luz do art. 13 do Código de Processo Civil[44], essas hipóteses devem ser observadas quando houver conexão.

3.3. Soft law

Conforme define André de Carvalho Ramos[45], a *soft law* pode ser compreendida como conjunto de normas de cumprimento não obrigatório, seja por estar presente em instrumentos não vinculantes ou pela sua redação ter caráter facultativo em tratados. Apesar de não serem obrigatórias, as normas de *soft law* influenciam na resolução de conflitos transnacionais, auxiliando a interpretação e integração de regras de *hard law.*

A ausência de obrigatoriedade da *soft law* também permite a participação da sociedade civil, como de professores e especialistas,

---

risdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.

2. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.

44 Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

45 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. *E-book*. ISBN 9786553624719. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624719/. Acesso em: 31 jul. 2024, p. 58

no auxílio da governança global, auxiliando a compreensão das regras de processo civil internacional.

Nesse sentido, cabe destacar dois instrumentos de *soft law:* Os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional[46] e os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (ASADIP TRANSJUS)[47].

Os Princípios ALI/UNIDROIT surgiram no final dos anos noventa, a partir da parceria entre Geoffrey Hazard e Michele Taruffo[48], que visava estabelecer *"um guia de princípios e regras que combinasse as características dos sistemas de common law e civil law, com o objetivo de amenizar as dificuldades geradas pela litigância em sistemas jurídicos estrangeiros e, assim, promover o acesso à justiça"*.

No geral, os princípios podem ser compreendidos como: (i) uma contribuição para a harmonização do processo civil transnacional; (ii) referência para alterações nas regras de processo civil nacional; (iii) elemento de promoção e desenvolvimento de *standarts* de processo civil internacional; (iv) possível fomento para práticas processuais na arbitragem internacional.[49]

---

46 ALI/UNIDROIT. Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/>. Acesso em 30 jun. 2024.

47 ASADIP. Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (Transjus). Disponível em: <https://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>. Acesso em 20 jul. 2024.

48 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. *O processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 19, 2017, p. 207

49 MOSCHEN; BARBOSA. *O processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de*

Os Princípios ALI/UNIDROIT são formados por 31 princípios, dos quais pode-se extrair referência direta à cláusula de eleição do princípio 2.1.1:

> 2. Jurisdiction Over Parties
>
> 2.1 Jurisdiction over a party may be exercised:
>
> 2.1.1 By consent of the parties to submit the dispute to the tribunal;

O princípio 2.1.1 consagra o princípio da submissão, que, conforme já elucidado anteriormente, constitui pedra basilar de validade da cláusula de eleição de foro. Outrossim, nas hipóteses em que não há consentimento das partes, as regras de jurisdição devem seguir o princípio 2.1.2.

Por seu turno, a Associação Americana de Direito Internacional Privado é uma instituição privada, representativa de uma rede de pesquisa teórica e empírica formada por professores e especialistas em direito internacional privado, que levanta as questões inerentes ao direito internacional privado na regional, referente à determinação da lei aplicável, ao estabelecimento da jurisdição e a facilitar o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras.[50]

É dentro deste contexto que a comunidade acadêmica em estudo elaborou os Princípios sobre o Acesso Transnacional à Justiça – TRANSJUS. Segundo seu preâmbulo, os princípios TRANSJUS *"estabelecem padrões mínimos para garantir o acesso à justiça, sem discriminação por nacionalidade ou residência e de acordo como direito internacional*

consonância da harmonização processual. 2017, p. 209-210.

50 LOPES; MOSCHEN. *Os papeis da OEA e da ASADIP para a Formação de uma Cultura "Glocal" em Direito Internacional na América Latina*. 2020, p. 338.

dos direitos humanos e também com os princípios consagrados pelas constituições modernas".

Assim, dividindo-se em 8 capítulos, os artigos que se referem a cláusula de eleição de foro estão dispostos no Capítulo 3 – Jurisdição. Em consonância com os demais instrumentos convencionais analisados, a escolha de foro levará à exclusão das demais jurisdições ao qual a causa tenha conexão (Art. 3.3[51]), sendo uma cláusula independente das demais estipuladas no contrato, inclusive em relação à sua validade (Art. 3.5[52]).

Contudo, ao contrário do que está presente na Convenção da Haia de 2005, os Princípios TRANSJUS é aplicável a cláusulas de eleição de foro em contratos consumeristas, assim como também pode ser feito de maneira escrita ou tácita (Art. 3.4[53]).

---

51 Artigo 3.3 – A vontade das partes expressada livremente constitui uma vinculação substancial e suficiente para atribuir jurisdição e para derrogá-la. A escolha de uma jurisdição em particular deve ser interpretada como derrogatória das demais, salvo vontade expressa das partes em contrário. Nas relações jurídicas em que uma das partes é considerada pela legislação aplicável como parte vulnerável, apenas esta parte poderá invocar um pacto de jurisdição celebrado antes que transcorram os fatos que ensejaram a disputa.

52 Artigo 3.5 – O acordo de eleição de foro será considerado um acordo independente das demais cláusulas do contrato. A validade do mencionado acordo não poderá ser impugnada alegando somente que o contrato que o contém não é válido.

53 Artigo 3.4 – A escolha da jurisdição pode ser feita de maneira expressa, mediante qualquer meio de comunicação acessível para consulta posterior e alguma demonstração em que os interessados manifestem livremente sua decisão. A eleição também pode se apresentar de forma tácita, quando o autor ajuíza a demanda perante um tribunal e o demandado realiza qualquer ato no processo sem impugnar a jurisdição. Não se considera submissão tácita se o demandado se opõe a uma medida executiva ou cautelar,

4. A cláusula de eleição de foro no Brasil

4.1. O tratamento jurídico da cláusula de eleição de foro no cenário brasileiro

Antes da entrada em vigor do CPC/15, existia no Brasil uma lacuna jurídica, fosse ela de fonte convencional, fosse de fonte interna, que aceitasse expressamente a regra da autonomia como elemento de conexão.

Desta forma, a tormentosa questão da lei aplicável aos contratos internacionais continua era regida pela Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), em seu art. 9º, que prevê a competência da lei do local da celebração do contrato, sem possibilitar às partes convencionarem a lei aplicável ao contrato.[54]

Entretanto, em que pese a ausência de regulamentação legal, a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais era recepcionada com grande aceitação pela literatura jurídica nacional, sendo considerado que a doutrina brasileira majoritária seguia a mesma linha do direito estrangeiro, admitindo o acordo de eleição de foro.[55]

Igualmente ao posicionamento doutrinário, a jurisprudência dos pátrios tribunais já vinha se posicionando favoravelmente à aplicação da eleição de foro nos contratos internacionais, privilegiando a autonomia da vontade das partes face a regra geral de competência

realiza atos tais como requerimento de cópias, cômputos ou empreende qualquer providência que não suponha uma verdadeira atividade litigiosa.

54 ARAUJO. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. 2021, p. 432.

55 ARAUJO. *Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade*. 2021, p. 429-441.

concorrente, como o observado no emblemático processo *Cia Hering S/A x Minimex S/A*[56] onde o Tribunal de Justiça de Santa Catarina consolidou a escolha do foro brasileiro contratualmente eleito, com base no seguinte argumento:

> "Ao propor a demanda no Juízo da Comarca de Blumenau – SC, embora pudesse fazê-lo perante a jurisdição argentina pelas regras de competência internacional concorrente, a autora, ora recorrida, limitou-se a observar a cláusula de eleição de jurisdição previamente ajustada, perfeitamente validada pelas regras do Protocolo de Buenos Aires, não se podendo presumir tenha agido dessa maneira com fins escusos, sobretudo porque incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/1973."

O CPC/15 surgiu, então, com um novo paradigma no cenário nacional, incorporando em seu texto o posicionamento implicitamente já aceito no Brasil ao recepcionar a cláusula de eleição de foro para criar uma nova classe de regra de conexão especial, que privilegia a autonomia da vontade das partes, contrariando, inclusive, a regra de conexão geral de domicílio do réu.[57]

A possibilidade de escolha do foro competente foi recepcionada em alguns dispositivos do CPC/15, como: (i) no art. 22, III, o qual prevê a competência da autoridade judiciária brasileira para processar

56 Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Agravo de Instrumento n.º 01814671520138240000 Blumenau 0181467-15.2013.8.24.0000, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 27/08/2019, Quarta Câmara de Direito Comercial.

57 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 473.

e julgar as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional; (ii) no art. 25 que afasta a competência da autoridade judiciária brasileira para o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional e, por fim; (iii) no art. 63 que autoriza as partes a modificarem a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

Para os professores Valesca Moschen, Hermes Zaneti Junior e Daniela Lino[58], ao regulamentar a eleição de foro no CPC/15, o legislador consolidou as principais Convenções e tratados internacionais sobre jurisdição internacional de contratos comerciais, principalmente, com a Convenção da Haia de 2005 sobre as cláusulas de eleição de foro, concluindo que:

> No cenário atual, o Código de Processo Civil é elemento fundamental para que o instituto de foro estrangeiro seja de fato reconhecido e respeitado pela jurisprudência brasileira, a fim de que o Poder Judiciário não se imiscua em demandas, quando houver eleição de foro estrangeiro para solução de conflitos transnacionais.

Assim, com o advento do CPC/15, o legislador afastou do âmbito do judiciário nacional as demandas onde as partes expressamente convencionaram o foro exclusivo estrangeiro, derrogando a competência brasileira em favor da autonomia da vontade das partes.

58 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 478.

4.2. A Lei n.º 14.879/24 e as alterações impostas ao art. 63 do CPC/15: Os possíveis impactos aos contratos internacionais

Conforme tratado no tópico anterior, com o advento do CPC/15, o legislador optou por encerrar qualquer tipo de discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da jurisdição brasileira como direito público e atributo exclusivo da soberania, conferido obrigatoriedade à eleição escrita de foro estrangeiro, ainda que em uma das hipóteses de concorrência brasileira.[59]

Entretanto, as alterações no art. 63 do CPC/15, geradas pela entrada em vigor da Lei n.º 14.879/24 em 04 de junho de 2024, vão em total dissonância com os preceitos fundamentais da autonomia da vontade das partes na eleição de foro competente para dirimir eventuais demandas.

Isto porque, com a recente alteração, a redação dos §§ 1º e 5º do art. 63 do CPC passou a constar:

> Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.
>
> § 1º A eleição de foro somente produz efeito quando constar de instrumento escrito, aludir expressamente a determinado negócio jurídico e guardar pertinência com o domicílio ou a residência de uma das partes ou com o local da obrigação, ressalvada a pactuação consumerista, quando favorável ao consumidor.
>
> (...)

59 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 477.

> § 5º O ajuizamento de ação em juízo aleatório, entendido como aquele sem vinculação com o domicílio ou a residência das partes ou com o negócio jurídico discutido na demanda, constitui prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício.

Ou seja, para produzir efeitos é necessário, dentre outros requisitos, que o foro eleito guarde pertinência com o domicílio ou residência de uma das partes, ou com o local da obrigação, considerando prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício o ajuizamento de ação em juízo aleatório.

Em que pese o dispositivo estar inserido no Livro II, Título III, Capítulo I do CPC/15, que trata da Competência Interna, certo é que a previsão legislativa que autoriza a supressão da vontade das partes face a ausência de conexão com as partes ou o negócio jurídico eventualmente pode ser estendida a outros tipos de contratos que habitualmente elegem foros aleatórios para dirimir as questões.

Neste sentido, importante destacar que muitos são os fatores econômicos, comerciais e políticos que influenciam a relação comercial internacional, além do conjunto de sistemas jurídicos que existem no mundo, constituindo uma verdadeira "Torre de Babel Jurídica", como afirma Jean Thieffry e Chantal Granier .[60]

Os contratos comerciais internacionais possuem como principal característica a pluralidade de atores e ordenamentos jurídicos aplicáveis, requerendo uma determinação rápida e acurada do foro competente, além da certeza jurídica quanto a interpretação adequada das cláusulas contratuais, sob a ótica legislativa de certos Estados.[61]

60 BASSO, Maristela. *Introdução às fontes e instrumentos do Comércio Internacional. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional.* Vol. 5. Fev. 2012, p. 231.

61 SALMERON, Juan. *Forum selection clauses under the Hague (Visby) Rules*. 2019. Disponível em < https://www.nipr-online.eu/pdf/2019-120.pdf>

Sendo assim, comumente se incluem cláusula de eleição de foro em contratos comerciais internacionais, uma vez que, para a professora Nadia de Araujo e Caio Gomes Freitas[62], a cláusula de eleição de foro em contatos internacionais reduz a insegurança que as situações jurídicas plurilocalizada podem gerar funcionando "*como verdadeiro elemento de conexão do contrato, atuando como um instrumento de aperfeiçoamento do direito, que resulta na eliminação do conflito de leis que eventualmente poderia surgir*".

Nos contratos de transporte de mercadoria marítimo a cláusula de eleição de foro é extremamente utilizada, permitindo que as partes limitem a sua exposição ao garantir que o tribunal competente será aquele que tem um histórico comprovado de imparcialidade e experiência[63], o que leva a uma elevada escolha pelo foro da cidade de Londres para decidir questões envolvendo Direito Marítimo[64].

Então, na suposta hipótese em que uma empresa brasileira realize negócios com uma empresa indiana para o transporte de merca-

Acessado em 29 de julho de 2024, p. 50-51

62 ARAUJO, FREITAS. *A observância das cláusulas de eleição de foro no Brasil: O Protocolo de Buenos Aires na Jurisprudência Brasileira.* El Derecho Internacional Privado del Mercosur. 2020, p. 466.

63 SALMERON. *Forum selection clauses under the Hague (Visby) Rules*. 2019. Disponível em < https://www.nipr-online.eu/pdf/2019-120.pdf> Acessado em 29 de julho de 2024, p. 50-5

64 De acordo com as informações extraídas do site da British Institute of International and Comparative Law (BIICL), *"the dominance of English law applicable to contracts, maritime disputes or insurance, the wisdom of its case law, backed by the reputation for independence and impartiality of English judges make English law attractive to litigants and arbitration users from around the world"*. Disponível em < https://www.biicl.org/blog/58/london-as-the-worlds-leading-dispute-resolution-hub-numbers-and-challenges?cookiesset=-1&ts=1722279215> Acessado em 29 de julho de 2024

dorias pela via marítima, elegendo o foro de Londres como competente para julgar eventuais demandas, o questionamento que surge é se a cláusula poderia ser contestada pela empresa brasileira no judiciário nacional com base no §§ 1º e 5º do art. 63 do CPC.

Ao estabelecer barreiras para o reconhecimento do acordo celebrado entre as partes, o legislador oportuniza a existência de litígios paralelos e um cenário de insegurança jurídica, conforme expõem Valesca Moschen, Hermes Zaneti Junior e Daniela Lino:[65]

> Todavia, ao perceber o não reconhecimento por um ordenamento jurídico nacional, da possibilidade de subtração de uma controvérsia da esfera de sua jurisdição, poderá trazer como efeito a possibilidade de serem estabelecidos procedimentos paralelos, em juízos concorrentes, e o não reconhecimento de eventual sentença proferida em foro contratualmente eleito. O resultado de tais efeitos coloca em xeque a efetividade da solução judicial adotada pelo foro contratual, colaborando, em última instância, para a insegurança jurídica nas relações negociais internacionais.

Ademais, ao possibilitar que o julgador não reconheça a legitimidade da cláusula de eleição de foro, o legislador criou uma brecha que ofende o terceiro preceito fundamental para a efetividade das cláusulas de eleição de foro, atrelado a obrigação por parte dos Estados contratantes em reconhecerem e executarem as sentenças proferidas pelo Estado eleito pelas partes.[66]

---

65 MOSCHEN. ZANETI JUNIOR. LINO. *A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015*. 2019, p. 464.

66 MOSCHEN. MARCELINO. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* 2017.

Isto porque se o judiciário brasileiro deixa de reconhecer a jurisdição do Estado eleito pelas partes, igualmente a sentença por ele proferida não teria qualquer validade na esfera jurídica brasileira, podendo ocasionar graves resultados negativos para os negócios comerciais transnacionais realizados por empresas brasileiras.

Assim, considerando que uma das principais vantagens da escolha do foro competente e da lei aplicável é a diminuição dos custos das transações internacionais, a possibilidade de derrogação da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais pode trazer sérias consequências para as relações econômicas comerciais[67], consequências que somente poderão ser observadas no futuro[68].

Essas possíveis consequências, no entanto, podem ser mitigadas caso o Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado seja aprovado. Instituído o Comitê responsável pela sua elaboração no dia 16 de dezembro de 2024, composto por representantes do STJ, do TRF, DRCI, AGU além da presença de professores e demais estudiosos do tema e demais representantes do Executivo[69], o Anteprojeto

67 ARAUJO. FREITAS. *A observância das cláusulas de eleição de foro no Brasil: O Protocolo de Buenos Aires na Jurisprudência Brasileira.* 2020, p. 429.

68 Até o presente momento, foi observado que no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a cláusula de eleição de foro estrangeiro exclusiva estipulada em contrato de seguro de transporte internacional foi declarada válida e eficaz, prevalecendo assim a autonomia das partes. Em: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação Cível nº 1001974-81.2024.8.26.0562, 18ª Câmara de Direito Privado, Relator: Ernani Desco Filho, Data de Julgamento: 25/02/2025. Cumpre também destacar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a mudança legislativa aplica-se às petições iniciais ajuizadas após 04/06/2024 (STJ, Conflito de Competência nº. 206933-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 10/02/2025).

69 BRASIL. Portaria CDESS/SRI/PR Nº 1de 16 de dezembro de 2024. DOU, 2024.

encontra-se em fase de debate e aprimoramento da minuta, no qual o Comitê vem realizando audiências públicas para colher e debater sugestões[70].

No que tange a cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais, a minuta inicial prevê no art. 5º a possibilidade de escolha de jurisdição, que não exige a vinculação a qualquer critério de vínculo das partes com o foro:

> Art. 5º. Escolha de jurisdição – A escolha inequívoca de jurisdição nacional ou estrangeira, em contratos internacionais *não depende de prévia vinculação com a jurisdição eleita, nem exige a indicação das razões que a justifiquem*.
>
> § 1° Aplica-se à validade formal da escolha, tenha sido ela expressa ou tácita, o ordenamento jurídico do local de sua celebração e à validade substancial, o ordenamento jurídico da jurisdição eleita.
>
> § 2° A invalidade do negócio jurídico principal não afetará a escolha de jurisdição nele contida.
>
> § 3° A cláusula atributiva de jurisdição é inoponível a terceiros, salvo se restar comprovado que era de seu conhecimento ao tempo da formação do negócio jurídico.
>
> § 4° A escolha de jurisdição se transfere conjuntamente com os direitos em caso de cessão, sub-rogação ou de transmissão patrimonial universal.

Observa-se, portanto, que o art. 5º, *caput*, do Anteprojeto prevê expressamente a possibilidade de se estabelecer foro neutro nos contratos internacionais, indo na contramão do disposto na mudança feita pela Lei n.º 14.879/24 no art. 63 do Código de Processo Civil.

---

70 MIGALHAS. *Audiência Pública debaterá nova Lei Geral de Direito Internacional Privado*. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/quentes/425837/audiencia-publica-debatera-nova-lei-geral-de-direito-internacional>. Acesso em 08 mar. 2025.

Assim, caso seja aprovada, a Nova Lei Geral de Direito Internacional Privado revogará a aplicação do dispositivo do art. 63, §§1º e 5º, por se tratar de lei posterior (art. 2, §1º LINDB[71]), no que se refere a tão somente os contratos internacionais.

A recepção da escolha pela maior autonomia às partes do Anteprojeto, contudo, não é unânime. Apesar de não terem sido encontrados até o presente momento materiais de opinião expressos sobre o art. 5º[72], em 09 de maio de 2025 foi publicado o Parecer técnico pelo Conselho Federal da OAB lamentando a inclusão do princípio da autonomia da vontade em matéria contratual[73]. No entanto, o Parecer, ao criticar a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos, traz como "reflexo inevitável a eleição de foros e sedes arbitrais si-

71 Art. 2o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§ 1o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

72 Sobre o princípio da autonomia das partes para reger a possibilidade de escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, autores como José Augusto Fontoura Costa e Nadia de Araujo enfatizam que trata-se de uma medida que possibilitará harmonização com "os parâmetros do direito internacional contemporâneo e reforçará a previsibilidade jurídica nas relações transnacionais". I: CONJUR. Autonomia da vontade na escolha da lei para contratos internacionais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-jun-20/ja-e-hora-de-lutar-pela-inclusao-expressa-da-autonomia-da-vontade-na-escolha-da-lei-para-os-contratos-internacionais-no-direito-brasileiro/. Acesso em: 15. julho 2025. Para mais informações, leia também CONJUR. Direito aplicável aos contratos: escolha pelas partes no anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-jun-17/direito-aplicavel-aos-contratos-escolha-pelas-partes-no-anteprojeto-de-lei-geral-de-direito-internacional-privado/. Acesso em 12 julho 2025.

73 Parecer PCO/OAB, de 09.05.2025.

tuadas no exterior" e "transferência massiva do poder decisório para cortes estrangeiras".

Ressalvadas as críticas ao Parecer com relação a escolha da lei aplicável aplicável[74], observa-se que o CFOAB atribui na realidade a essa possibilidade de escolha de lei uma consequência desproporcional, uma vez que não necessariamente a aplicação de um direito estrangeiro implicará na eleição de foro estrangeiro, institutos que não se confundem.

Outrossim, o Parecer demonstra, mesmo que de maneira indireta, que a previsão de uma maior autonomia das partes para a eleição do foro nos contratos internacionais ainda é vista com cautela por parte dos juristas no Brasil, o que também pode refletir na tramitação deste dispositivo do Anteprojeto.

5. Conclusão

A nova filosofia jurídica consagrada a partir do Século XIX exaltou a autonomia da vontade das partes, uma mudança de paradigma necessária em busca na solução de um tema ainda muito sensível do Direito Internacional, a jurisdição.

A urgente revisão e transformação no conceito de jurisdição, tradicionalmente atrelado ao Estado e a vontade concreta da lei como atributo da soberania se mostrou imprescindível para o desenvolvi-

74 Sobre o tema, leia MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriela Boger. *Análise do Parecer do Conselho Federal da OAB sobre a autonomia da vontade no anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado.* 2025. Disponível em: https://www.academia.edu/142995732/AN%C3%81LISE_DO_PARECER_DO_CONSELHO_FEDERAL_DA_OAB_SOBRE_A_AUTONOMIA_DA_VONTADE_NO_ANTEPROJETO_DE_LEI_GERAL_DE_DIREITO_INTERNACIONAL_PRIVADO. Acesso em 30 jul. 2025.

mento e aperfeiçoamento dos negócios jurídicos internacionais, face a sua necessidade de se atrelar a certeza do foro competente para dirimir demandas plurilocalizadas.

Neste diapasão, no decorrer das últimas décadas vários instrumentos de *hard law* e de *soft law* foram desenvolvidos nos âmbitos universais e regionais para regulamentar a escolha do foro competente perante os judiciários Estatais, evitando a inaplicabilidade da cláusula e, consequentemente, a possibilidade de litígios paralelos, com destaque para a Convenção de Haia sobre acordo de eleição de foro de 2005 e o Protocolo de Buenos Aires.

No cenário nacional, durante um longo período o legislador brasileiro foi omisso quanto à regulamentação da cláusula da eleição de foro, em que pese a aquiescência quase unânime na literatura jurídica sobre a aceitação do instrumento.

Entretanto, não obstante a ausência de regulamentação legal antes do CPC/15, a cláusula de eleição de foro era recepcionada com grande aceitação pela literatura jurídica nacional nos contratos internacionais, calcada na proteção dos princípios da liberdade do indivíduo e da eficiência econômica, já que a sua inclusão reduz o custo dos negócios jurídicos, viabilizando transações comerciais e preservando a igualdade de condições.

Ao regulamentar a eleição de foro no CPC/15, o legislador consolidou as principais Convenções e tratados internacionais sobre jurisdição internacional de contratos comerciais, trazendo a segurança jurídica indispensável aos contratos internacionais por obrigar o julgador a declinar sua competência em favor da autonomia da vontade das partes.

Ocorre que as alterações trazidas pela Lei n.º 14.879/24 constituem um verdadeiro retrocesso a efetivação do instrumento, ao possibilitar o não reconhecimento da cláusula contratual pelo or-

denamento jurídico brasileiro, com base nas hipóteses listadas nos §§ 1º e 5º do art. 63 do CPC, oportunizando a existência de litígios paralelos.

Ademais, ao não reconhecer a legitimidade da cláusula de eleição de foro, o legislador criou uma brecha que ofende o terceiro preceito fundamental para a efetividade das cláusulas de eleição de foro, atrelado a obrigação por parte dos Estados contratantes em reconhecerem e executarem as sentenças proferidas pelo Estado eleito pelas partes.

Conforme debatido ao longo do presente artigo, as alterações trazidas pela Lei n.º 14.879/24 reduzem a segurança e estabilidade nos negócios jurídicos internacionais realizados por brasileiros frente ao cenário mundial, contribuindo para o aumento do risco e dos custos nos contratos internacionais, além de outras consequências que somente ficarão mais evidentes com o decorrer dos anos.

6. Referências

ALI/UNIDROIT. *Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/>. Acesso em 30 jun. 2024.

ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 4ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 429-441.

ARAUJO, Nadia. FREITAS, Caio Gomes. *A observância das cláusulas de eleição de foro no Brasil: O Protocolo de Buenos Aires na Jurisprudência Brasileira*. El Derecho Internacional Privado del Mercosur, Assunção: Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 465-481, 2020

ASADIP. *Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (Transjus)*. Disponível em: <https://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>. Acesso em 20 jul. 2024.

BASSO, Maristela. *Introdução às fontes e instrumentos do Comércio Internacional.* Doutrinas Essenciais de Direito Internacional. Vol. 5. Fev. 2012, pag. 227-244

BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements.* Kluwer Law International B.V, 6th ed., 2021.

BRAND, Robert. A. *Consent, Validity, and Choice of Forum Agreements in International Contracts.* In: Boone, I; CLAEYS, I.; LAVRYESEN (Org.). University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2009-35, 2009, p. 541-553. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1517810>. Acesso em 15 Jun. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação Informatizada – Decreto nº. 18.871, de 13 de agosto de 1929.* Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/435904/publicacao/15693455>. Acesso em 14 jun. 2024.

BRASIL. Decreto nº. 2095, de 17 de dezembro de 1996. *Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2095.htm>. Acesso em 16 jun. 2024.

BRASIL. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 de julho de 2024.

CONFERÊCIA DA HAIA. *Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro.* Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>. Acesso em 10 mai. 2024.

CONFERÊNCIA DA HAIA. *Convenção de 2 de julho de 2019 Relativa ao Reconhecimento e à Execução de Decisões Estrangeiras em Matéria Cível e Comercial.* Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6760&dtid=21>. Acesso em 10 mai. 2024.

CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edition, 2024.

LOPES, Inez; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Os papeis da OEA e da ASADIP para a Formação de uma Cultura "Glocal" em Direito Internacional na América Latina.* In: LOPES, Inez; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges Moschen (Org.).

Desafios do Direito Internaciona Privado na Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 319-349.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. MARCELINO, Helder. *Estado constitucional cooperativo e a codificação do Direito Internacional Privado: Apontamentos sobre o "judgement project" da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.* Revista Argumentum. Marília/SP, V. 18, n.º 2, pp. 291-319, Mai-Ago 2017.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI JUNIOR, Hermes; LINO, Daniela Bermudes. A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; RODRIGUES, Marco Antonio (Org.). *Coleção grandes temas do novo CPC – Cooperação Internacional.* Salvador: Juspodivm, 2019, vol. 3, p. 458-475.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, Luiza Nogueira. *O processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual.* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 19, pp. 200-228, 2018.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; GUERRA, Marcel Victor M. *Processo Civil Transnacional: A Caminho de uma Sistematização dos Princípios de Competência Internacional:* Reflexos de um Novo Paradigma Axiológico Face à Crise Metodológica Positivista, In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Fundação Boiteux, 2009.

OEA. *Convencion Interamericana Sobre Competencia En La Esfera Internacional Para La Eficacia Extraterritorial De Las Sentencias Extrajeras.* Bolívia, 1984. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>. Acesso em 16 jun. 2024.

OLIVEIRA, André Andrade de; ROCHA, Nathália Canedo; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Novos contornos da cláusula de eleição de foro no Brasil: utilização supletiva da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro.* In: MENEZES, Wagner (org.). Direito Internacional em Expansão – vol. 16. Anais do 17º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 109-124.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado.* São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. *E-book.* ISBN 9786553624719. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624719/. Acesso em: 31 jul. 2024.

SALMERON, Juan. *Forum selection clauses under the Hague (Visby) Rules.* 2019. Disponível em < https://www.nipr-online.eu/pdf/2019-120.pdf> Acessado em 29 de julho de 2024.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina – *Agravo de Instrumento n.º 05181467152013824000 Blumenau 0181467-15.2013.8.24.0000*, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 27/08/2019, Quarta Câmara de Direito Comercial.

VIEIRA, Luciane Klein; FERNANDES, Matheus Lucio Pires. *Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil Brasileiro.* Revista Secr. Tribunal Permanente, nº. 09, 2017, p. 224-243.

El uso de drones en el proceso civil: un análisis de su potencial para mitigar los sesgos perceptivos en la inspección judicial

The use of drones in civil proceedings: an analysis of their potential to mitigate perceptive biases in judicial inspection

Cesar Muriche Astorayme
Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y
en la Universidad de San Martín de Porres (USMP)

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: La inspección judicial, como medio de prueba directa, permite al juez a percibir personalmente los hechos en litigio. No obstante, esta percepción humana es susceptible de errores perceptuales y sesgos cognitivos inherentes. En este contexto, el empleo de drones en el proceso civil emerge como una herramienta tecnológica efectiva para superar las limitaciones perceptivas del juzgador. Este artículo analiza críticamente los problemas inherentes a la percepción judicial y su impacto en la inspección. A partir de un análisis de las aplicaciones prácticas de los drones y la normativa comparada, se argumenta a favor de su incorporación para realizar inspecciones más objetivas, precisas y seguras, preservando el principio de inmediación judicial y con la finalidad de contribuir a la tutela jurisdiccional efectiva.

Abstract: Judicial inspection, as a means of direct evidence, allows the judge to personally perceive the facts in dispute. However, this human perception is susceptible to inherent perceptual errors and cognitive biases. In this context, the use of drones in civil proceedings emerges as an effective technological tool to overcome the judge's perceptual limitations. This article critically analyzes the problems inherent to judicial perception and their impact on inspections. Based on an analysis of the practical applications of drones and comparative regulations, the case is made for their incorporation to conduct more objective, precise, and safe inspections, preserving the principle of judicial immediacy and contributing to effective judicial protection.

Muriche Astorayme, Cesar. El uso de drones en el proceso civil: un análisis de su potencial para mitigar los sesgos perceptivos en la inspección judicial.
Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 4. Vol. 2. Págs. 159-195. Julio-Diciembre 2025.

Palabras clave: Inspección judicial; reconocimiento judicial; prueba directa; percepcción; derecho a la prueba; sesgos perceptuales; sesgos cognitivos.

Keywords: Judicial inspection; judicial recognition; direct evidence; perception; right to evidence; perceptual biases; cognitive biases.

Sumario: 1. Introducción; 2. Problemas de percepción en la inspección judicial; 3. Nuevas tecnologías, drones e inspección judicial; 4. Uso de drones durante las "site visits" en el arbitraje internacional; 5. Supuestos de aplicación y función de los drones en la inspección judicial; 6. Ventajas del uso de drones en el proceso civil; 7. Implementación en el proceso civil; 8. ¿Derecho a la intimidad vs. derecho a la prueba?; 9. Necesidad de capacitación al personal jurisdiccional; 10. Conclusiones.

1. Introducción

La inspección es un medio de prueba directo realizado sin intermediarios e importa la verificación directa de la realidad por parte del juez permitiendo que pueda formarse una impresión personal directa cerca de los hechos o elementos objeto de la misma. Otros medios de prueba como los documentos escritos, el testimonio, la declaración de parte o el peritaje, importan acceder indirectamente, por medio de intermediarios, a una realidad. Sin embargo, la inspección judicial concebida tradicionalmente como un medio de prueba caracterizado por el contacto sensorial directo del juez con la realidad litigiosa, enfrenta una transformación paradigmática impulsada por la integración de tecnologías avanzadas en el ámbito jurídico.

La integración de los drones en diversos sectores industriales nos lleva a replantearnos su potencial en el ámbito jurisdiccional para superar las limitaciones inherentes a la inspección humana. Estos dispositivos ofrecen la capacidad de acceder a espacios de difícil acceso, sin comprometer la seguridad y salud de las personas o causar un gran impacto ambiental, permiten capturar información detallada y objetiva, y realizar inspecciones de manera eficiente, planteando así la cuestión de su posible incorporación en el proceso civil.

La reciente adopción de tecnologías similares, incluyendo drones, en el ámbito del arbitraje internacional, establece un precedente relevante que invita a explorar su aplicabilidad en el proceso judicial. En ese sentido, el presente artículo se orienta a justificar el uso de drones en las inspecciones judiciales del proceso civil, como herramienta para superar las limitaciones perceptuales del juzgador, explorando sus ventajas potenciales para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva.

2. Problemas de percepción en la inspección judicial

Tradicionalmente, con la inspección judicial se busca que el juez perciba directamente con sus sentidos los hechos controvertidos, lo que la distingue de otras pruebas que operan a través de intermediarios. En la doctrina, esta característica le ha valido de "prueba directa". Taramona, por ejemplo, la destaca como "prueba de la evidencia directa", aquella que "revela directamente al juez los hechos que se controvierten por la acción directa de los sentidos del Juez. La inspección judicial es el acto por el cual el Juez examina los hechos que motivan la controversia para convencerse por su sentido de la verdad de los hechos"[1].

En similar sintonía, Marinoni y Arenhart precisan que en la "prueba directa" si "el juez percibe el hecho a probar, la prueba se dice que es directa. Pero cuando el objeto de la percepción no es el objeto de la prueba, pero sí otro hecho, del cual el juez puede deducir el hecho directo, la prueba es indirecta"[2].

A diferencia de medios probatorios como los documentos escritos, el testimonio, la declaración de parte o el peritaje, donde la información llega al juez de forma indirecta –mediante intermediarios que la filtran y transmiten–, la inspección judicial se presenta como una verificación directa de la realidad. El juzgador se constituye en el perceptor directo de la prueba, teniendo contacto físico y sensorial con el objeto de prueba, sea un lugar, persona, cosa o documento. La finalidad última de la inspección judicial es que el juez pueda perci-

1 TARAMONA, José. *Medios probatorios en el proceso civil. Manual Teórica Práctico.* Lima, Rodas, 1994, p. 221.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prueba* (Vol. I). Lima, Palestra, 2022, p. 133.

bir directamente una realidad para la correcta comprobación de los hechos.

Sin embargo, la inspección judicial, a pesar de su inmediatez, no está exenta de la falibilidad inherente a la percepción humana. Lo que el juez percibe directamente con sus sentidos puede no ser un registro objetivo e infalible de la realidad, sino que esta puede resultar engañosa. De ahí que la máxima atribuida a Sherlock Holmes, "No hay nada más engañoso que un hecho evidente", resuena con particular vigencia en este ámbito.

En esa línea, el derecho procesal contemporáneo ha comenzado a integrar, con creciente reconocimiento entre académicos y operadores de justicia, los valiosos aportes de la psicología del testimonio. Esta disciplina ha demostrado cómo los seres humanos, y de forma particular los testigos, son susceptibles de cometer errores al rememorar y reconstruir los detalles de un evento. No obstante, es imperativo extender esta comprensión al rol del propio juez durante la inspección judicial.

En efecto, el magistrado, en su calidad de ser humano, no es inmune a los fallos de percepción que pueden distorsionar la aprehensión y el recuerdo de los hechos durante una inspección judicial. Nuestra mente no opera como un mero instrumento de grabación pasivo de la realidad; por el contrario, influye activamente en cómo procesamos, vemos y recordamos la información sensorial.

Si bien es cierto que el juez, a diferencia de un testigo casual que no sabe que será citado a declarar, se encuentra en una posición privilegiada para la apreciación de los hechos –al poder enfocar su atención de manera deliberada y experta–, esta ventaja no lo exime de la posibilidad de incurrir en error. Su conocimiento y experiencia, aunque valiosos, pueden paradójicamente llevarlo a concentrar su atención en lo que considera "puntos claves", omitiendo considerar inadvertidamente otros elementos que podrían resultar igualmente relevantes.

En este punto conviene resaltar precisamente que la falibilidad humana, ajena a cualquier investidura divina, permea también la actividad judicial y en la inspección. Por lo mismo, aunque el derecho ocupa un lugar central en toda decisión judicial, la correcta comprobación de los hechos –especialmente aquellos percibidos directamente– reviste una importancia destacada en el proceso. Una percepción errada durante la inspección nos reconduciría indefectiblemente a una decisión injusta. Como sostiene Bustamante Alarcón:

> [U]na percepción equivocada puede llevar a un resultado injusto (…) [d]ebe pues ponerse sumo cuidado al efectuar la percepción a fin de precisar con exactitud, en cuanto sea posible, el hecho, o la relación, o la cosa, o el documento, o la persona objeto de ella, pues sólo así se podrá apreciar luego su sinceridad y su verdad o falsedad[3].

Desde esa perspectiva, se dice que una vez que los hechos son comprobados correctamente, el caso, en gran medida, se resuelve por sí mismo mediante la aplicación del derecho, salvo excepciones.

Ahora bien, que el juez durante la inspección tenga esta inmediación directa con la persona, cosa, lugar o documento a inspeccionar, no significa que su percepción sea necesariamente correcta, por el contrario, siempre cabe la posibilidad de la inherente falibilidad de la percepción. Si, como sostienen Manzanero, Ferrer Beltrán y Vásquez, el testimonio es "un medio de prueba con bajo valor probatorio (…) ya que un testimonio es un recuerdo y no siempre exacto de los hechos"[4], debido a los problemas de la memoria, resulta ilógico eximir a la inspección judicial de estas mismas vulnerabilidades.

---

3 BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima, Ara editores, 2001, p. 204.

4 MANZANERO, Antonio, FERRER, Jordi, & VÁSQUEZ, Carmen. *Falsas creencias sobre la memoria de los testigos en profesionales y estudiantes de cien-*

La inspección judicial, al ser un medio de prueba de carácter personal y directo, está intrínsecamente expuesta a errores en la observación por parte del juez, lo que puede relativizar su valor probatorio. En esta línea, Gascón advierte que la prueba directa de la inspección o reconocimiento solo podrá considerarse con una calidad epistemológica absoluta en la medida en que no existan errores en la observación:

> Hay ocasiones en que la verdad de los enunciados fácticos que constituyen las pruebas puede conocerse mediante la que hemos llamado *prueba directa*, es decir mediante observación empírica de los hechos a que hacen referencia, y la calidad espistemológica de esta prueba, si suponemos que no existen errores en la observación, puede considerarse absoluta[5].

Tanto el testigo como el juez son seres humanos falibles y susceptibles de errores de percepción y memoria, lo que potencialmente compromete la exactitud del registro de los hechos en el "acta de inspección". Curiosamente, mientras se diseñan mecanismos para "controlar" la percepción del testigo –a través del contrainterrogatorio, por ejemplo–, la percepción del juez en la inspección judicial permanece, en gran medida, incuestionada e incontrolable.

El juez que realiza la inspección puede, efectivamente, incurrir en fallos de percepción. Victor De Paula refiere que "los fallos en la percepción se refieren a dificultades que pueden surgir en la fase de observación de la situación o del hecho"[6]. Estos fallos pueden clasifi-

cias sociales y jurídicas. Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio (8), 2025, pp. 219-237.

5 GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 89.

6 RAMOS, Víctor de Paula. *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología.* Madrid,

carse en dos categorías fundamentales: cuestiones *objetivas*, relacionadas con la situación o el entorno mismo que se observa; y cuestiones *subjetivas*, inherentes a las características y limitaciones de la persona que observa[7].

En este sentido, la incertidumbre sobre la fiabilidad de lo percibido, según Gonzáles Lagier, emerge "cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades (o algunas propiedades) de dicho hecho, esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables"[8]. Esta incertidumbre, puede originarse en al menos cuatro situaciones críticas:

(i) La relatividad general respecto de los órganos sensoriales: La capacidad intrínseca de nuestros órganos sensoriales determina cómo percibimos la realidad. Por ejemplo, una persona con visión cromática normal percibirá una gama completa de colores, distinguiendo claramente entre el verde y el rojo. Sin embargo, un individuo daltónico, debido a deficiencias en sus fotorreceptores oculares, procesará la información lumínica de manera diferente, pudiendo no distinguir ciertos colores. Este fenómeno subraya cómo una misma realidad puede ser percibida de formas distintas por dos personas, en función de las capacidades biológicas de sus sentidos, independientemente de cualquier interpretación subjetiva.

(ii) La posibilidad de ilusiones: Lo que nuestros sentidos nos transmiten no siempre es un reflejo exacto y objetivo de la realidad, introduciendo una capa significativa de incertidumbre en la

Marcial Pons, 2019, 117.

7 Idem, p. 118.

8 GONZÁLES, Daniel. *Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima, Palestra, 2005, p. 27.

construcción de los hechos procesales. Dentro de esta categoría, encontramos:

- Disfunciones o déficits sensoriales: Se presentan cuando los sentidos operan con limitaciones o alteraciones (e.g., ceguera parcial, sordera). En estos casos, la información que llega al cerebro está intrínsecamente alterada o incompleta desde su origen, lo que conduce a una percepción que no corresponde fielmente con la realidad externa.
- Ilusiones sensoriales: Aquí, los sentidos funcionan correctamente, pero la forma en que la realidad se presenta o cómo nuestro cerebro interpreta los estímulos puede inducir a error. Ejemplos paradigmáticos incluyen las ilusiones ópticas, los espejismos o fenómenos donde la mente "completa" o "malinterpreta" la información sensorial de manera engañosa, generando una percepción distorsionada.

(iii) La posibilidad de alucinaciones: Más allá de la distorsión o la percepción parcial, la mente humana es capaz de percibir elementos que simplemente no existen en la realidad. Las alucinaciones, causadas por enfermedades mentales, el consumo de ciertas sustancias o estados febriles, constituyen ejemplos claros de cómo la mente puede construir "realidades" que carecen de correlato empírico. Un caso paradigmático, en el contexto de algunas comunidades indígenas amazónicas en Perú, es el uso de la ayahuasca. Esta bebida ancestral induce estados alterados de conciencia caracterizados por visiones que, si bien son profundas para quienes las experimentan, carecen de una existencia tangible y verificable desde una perspectiva estrictamente empírica. Este fenómeno sirve como una ilustración vívida de la capacidad de la mente para generar percepciones sin un correlato objetivo.

(iv) La interrelación percepción-interpretación: Nuestra mente no es una "tabla rasa" que simplemente recibe datos sensoriales de forma pasiva, tenemos un "transfondo" mental (un conjunto de conocimientos previos, creencias, experiencias pasadas, expectativas, prejuicios, esquemas mentales, etc.) que actúan como un filtro y una guía que dirige nuestras percepciones, nuestro transfondo nos prepara para ver ciertas cosas y nos hace ignorar otras. Por ejemplo, si una creencia arraigada nos indica que algo es imposible, es probable que no lo percibamos, incluso si está presente, o que lo distorsionemos para que se ajuste a nuestras preconcepciones. Asimismo, el trasfondo opera como un criterio de selección, ayudándonos a identificar qué datos son relevantes o dignos de atención entre la inmensa cantidad de información sensorial que nos bombardea constantemente. En esencia, tendemos a ver lo que esperamos ver o lo que se alinea con nuestras categorías mentales preexistentes, filtrando o descartando aquello que no encaja.

Dicho lo anterior, el juez puede incurrir en problemas de percepción. En esa línea, el profesor Andino López, señala que no podemos confiar en la falibilidad de nuestros sentidos[9]. Mientras se focaliza la atención visual en la lectura de este artículo, por ejemplo, un "universo" de estímulos sensoriales persiste en el entorno –el ruido del tráfico, una conversación o clase en una habitación contigua, el aroma de un perfume–. La mente, de manera inconsciente, filtra estas sensaciones periféricas, permitiendo la concentración en la tarea principal. Este fenómeno ilustra con nitidez cómo la percepción humana es intrínsecamente selectiva y, por ende, susceptible de ser incompleta o sesgada.

9 ANDINO, Juan. *Análisis de la prueba judicial. Derecho español y comparado, probática e historia del derecho.* Lima, Palestra, 2025, p. 94.

En un paralelismo con el mecanismo cerebral que filtra estímulos para la focalización, el juez, durante una inspección judicial, podría inadvertidamente desatender sensaciones ambientales concomitantes a la actuación procesal. Como bien sostiene Andino López "la percepción es una interpretación que realiza nuestra cerebro de las sensaciones, por la que la percepción siempre será subjetiva"[10]. Esta inherente subjetividad se acentúa al considerar que, según Manzanero, "entre los procesos básicos de la percepción están la detección, la discriminación, el reconocimiento y la identificación, procesos en los que interviene inevitablemente la memoria, en un ciclo continuo de retroalimentación"[11].

Por su parte, Gonzáles Lagier sostiene que la percepción "resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos"[12].

De ello se infiere que, al igual que un testimonio, la fijación de los hechos en el acta de inspección judicial puede verse comprometida por la falibilidad del juez como ser humano, susceptible a errores de percepción y memoria. Resulta, en este contexto, una paradoja que el sistema procesal diseñe mecanismos de "control" para la percepción del testigo, mientras que la del juez en la inspección judicial permanece, en gran medida, incuestionable.

Adicionalmente, resulta necesario considerar la dependencia de la percepción visual respecto a las condiciones de *luminosidad*. Una

10 Idem, p. 93.

11 MANZANERO, Antonio. *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, Piramide, 2008, p. 32.

12 GONZÁLES, Daniel. Op. cit., p. 29.

mejor condición lumínica tiende a correlacionarse con una mayor fidelidad del recuerdo de lo percibido. En ciertas circunstancias, como señala Manzanero, nuestra percepción se subordina a las condiciones de oscuridad y a la capacidad de adaptación a la luz[13]. Si la psicología del testimonio ha evidenciado problemas que pueden afectar la *identificación visual*, tales como factores ambientales y personales que inciden en la memoria durante la percepción inicial del suceso, las condiciones de luz, la duración del evento o la distancia entre el autor y el testigo, entre otras variables[14], resulta ineludible reconocer que tales problemas podrían manifestarse también en el juez que practica la inspección judicial.

De ello se colige que, aunque el juez no es un testigo en sentido estricto, sí es un sujeto procesal que percibe y fija hechos relevantes para la decisión. Por ello, resulta proyectable lo que Manzanero subraya desde la psicología del testimonio:

> [U]n factor que influirá claramente en la capacidad de un testigo para percibir los sucesos es la distancia y perspectiva espacial respecto al suceso. A mayor distancia, menos posibilidades tendremos de percibir detalles que se nos presentarán con una frecuencia espacial por debajo de nuestro umbral sensorial (…) lo que nos impedirá leer una matrícula, por ejemplo[15].

En el contexto de la inspección judicial, es plausible que el juez experimente dificultades para visualizar adecuadamente ciertos elementos debido a la *distancia*, o que estime distancias entre objetos basándose en cálculos puramente subjetivos. Estudios empíricos han corroborado que "a partir de una media de 21,55 metros de distancia,

13 El color depende de la luz con la que se les ilumina.

14 Cfr. STC de 30 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6719).

15 MANZANERO, Antonio. Op. cit., p. 109.

por ejemplo, el porcentaje de identificaciones correctas es tan solo del 40,4 por 100, que llega a ser un escaso 31,3 por 100 cuando la distancia media es de 36,12 metros"[16].

La *velocidad* de un objeto o suceso también ejerce una influencia significativa en lo que se percibe. No obstante, "[e]s curioso, que en el ejercio diario de la práctica forense sea común que se inste a un testigo a decir no solo si un vehículo circulaba a gran velocidad, sino también a «indicar» a qué velocidad lo hacía, etcétera"[17], lo cual ilustra una expectativa irreal sobre la precisión de la percepción humana.

El *tiempo de exposición* al suceso es otro factor crítico. Un evento podrá recordarse más cuando más dure la exposición al mismo, contrariamente, menos recordará cuando este expuesto brevemente al suceso.

La *edad* del juzgador es una variable que podría incidir en la inspección, pues un juez próximo a los 70 años podría enfrentar déficits sensoriales [audición, visión, olfato, etc] o limitaciones en su memoria para recordar ciertos detalles; del mismo modo, el *estrés* puede influir negativamente en la retención de detalles acaecidos durante la inspección.

En adición a las consideraciones visuales, la *percepción auditiva* presenta sus propias limitaciones inherentes. Se ha establecido que sonidos con una intensidad inferior a –3.9 decibelios, por lo general, no son captados por el sistema auditivo humano, mientras que el umbral de molestia se sitúa aproximadamente en 120 decibeles. Asimismo, en una escena auditiva, un tono de suficiente intensidad puede enmascarar otros sonidos que se producen simultáneamente,

16 RAMOS, Víctor de Paula. Op. cit.,122.

17 Idem, p. 120.

ocultándolos o disminuyendo su percepción[18]. A partir de lo anterior, surge la interrogante sobre si en una inspección judicial el juez podría no percibir ruidos de baja intensidad o si su capacidad auditiva podría verse afectada por el "enmascaramiento de sonidos", sin considerar incluso que la edad del juez podría influir en su aptitud para escuchar ciertas frecuencias.

En consecuencia, si bien el juez puede aspirar a realizar un registro fidedigno de lo percibido durante la inspección, la memoria humana, al no operar como una cámara de video, es susceptible de cometer errores sinceros. La premura con la que realiza la inspección judicial, la distancia con el objeto a inspeccionar, las condiciones de luz o neblina en la zona, entre otras cuestiones, podrían afectar la percepción del juez en esta prueba.

La forma tradicional de concebir la inspección judicial es susceptible de introducir sesgos en la apreciación de la prueba, precisamente porque la percepción del juzgador no es un acto neutro. Al respecto, Sancho afirma categóricamente que "es inevitable que el juez tenga prejuicios, que provienen de su formación, ideas, creencias y vivencias personales, de las que no es posible sustraerse totalmente"[19]. Estos prejuicios inherentes no solo configuran una predisposición subjetiva, sino que, en el contexto de una inspección directa, pueden derivar en un sesgo confirmatorio.

El juez puede incurrir en un sesgo confirmatorio, que puede ser definido como un "[…] « proceso mental [que] se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argu-

18 Cfr. MANZANERO, Antonio. Op. cit., p. 110.

19 SANCHO, Ignacio. *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento.* Valencia, Tirant lo blanch, 2024, p. 23.

mentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma». Se trata de una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis"[20].

Este sesgo se manifiesta porque el juez, al observar la realidad fáctica en la diligencia, tiende de forma inconsciente a filtrar la información recibida a través del prisma de sus hipótesis previas sobre el caso o sus concepciones iniciales. Si el juez ya ha formulado una hipótesis sobre cómo ocurrieron los hechos o la responsabilidad de una parte, su percepción durante la inspección puede verse inconscientemente influenciada para buscar, identificar y sobrevalorar aquellos elementos que confirman su posición inicial, mientras ignora o minimiza la relevancia de las pruebas y argumentos que pudieran contradecirla.

Por ejemplo, al inspeccionar un lugar, el juez podría centrar su atención y percibir con mayor detalle aquellos aspectos que corroboran una versión de los hechos que ya considera plausible, como una determinada trayectoria de un vehículo o la posición de un objeto que se alinea con su teoría. Inversamente, podría pasar por alto, no registrar con la debida importancia, o interpretar de manera sesgada aquellos indicios visuales o espaciales que desafíen su preconcepción. Este "filtro" cognitivo opera de manera sutil e irracional, llevando al juzgador a recordar selectivamente la información de una forma que valida sus concepciones iniciales. La inmediatez, que es la característica central de la inspección, se convierte paradójicamente en un riesgo, ya que expone al juez de manera directa a la falibilidad de su propia percepción, susceptible de ser moldeada por estos sesgos.

20 Idem, p. 27.

Bajo esta lógica, y con el propósito de mitigar tales sesgos o errores de percepción –que menoscaban la imparcialidad subjetiva, entendida esta como el desempeño de la función jurisdiccional libre de prejuicios, predisposición o favoritismo–, la incorporación de los drones, como se desarrollará más adelante, adquiriría un papel instrumental. Si bien es cierto que, a la fecha, las observaciones que las partes pudieran formular al acta de la inspección judicial podrían, eventualmente, atenuar cualquier sesgo o error, una reducción *a priori* del mismo mediante el uso de tecnología resulta sumamente deseable, por cuanto podría disminuir significativamente la necesidad de dichas observaciones.

3. Nuevas tecnologías, drones e inspección judicial

La falibilidad inherente a la percepción judicial, detallada en la sección precedente, nos exige buscar soluciones que fortalezcan la objetividad de la prueba. Es en este punto donde las nuevas tecnologías, y en particular los drones, adquieren un rol fundamental en la transformación de la inspección judicial, tal como se verá seguidamente.

El uso de la tecnología ha transformado drásticamente diversos ámbitos de nuestra sociedad moderna, y el ámbito jurídico, lejos de ser una excepción, se encuentra inmerso en esta revolución tecnológica exponencial. En el ámbito de los procesos judiciales, las innovaciones tecnológicas han contribuido a mejorar la eficiencia de los procesos con ahorro de costes y de productividad.

En este contexto, surge la prueba electrónica que es cualquier información con valor probatorio que se crea, almacena o transmite a través de medios digitales. A diferencia de los documentos tradicionales en papel, su soporte es inherentemente electrónico, ya sea en un dispositivo de almacenamiento o circulando por redes de comu-

nicación. Esta naturaleza digital le otorga ventajas notables: puede ser almacenada virtualmente en cualquier lugar del mundo y transmitida instantáneamente de un extremo a otro. Sin embargo, esta misma característica conlleva un desafío crítico, la prueba electrónica puede ser fácilmente manipulable, susceptible a alteraciones, modificaciones o incluso clonaciones rápidas. García la define como aquellas "actuaciones dentro del proceso para probar hechos relacionados con las fuentes de prueba derivadas de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones (TIC)"[21].

La integración de la tecnología en el quehacer jurisdiccional puede manifestarse de dos maneras distintivas, tal como sostiene Richard Sussking. Por un lado, la *automatización* implica la aplicación tecnológica para optimizar y agilizar tareas procesales recurrentes, frecuentes o repetitivas, haciendo "lo mismo de manera diferente". Esta aproximación busca eficiencias operativas basadas en la mejora de procesos existentes. Por otro lado, la *transformación* representa un cambio paradigmático, donde la tecnología desplaza y revoluciona los hábitos de trabajo convencionales, permitiendo "hacer nuevas cosas". Susskind afirma lo siguiente:

> [L]os sistemas se pueden utilizar para mejorar, refinar, agilizar, optimizar y turboalimentar nuestras formas tradicionales de trabajar (…) Tienen como referencia las tareas rutinarias, repetitivas y, a menudo, anticuadas de sus tribunales, e imaginan (correctamente) que se podrían introducir un conjunto de sistemas para conseguir nuevas eficiencias y hacer la vida más fácil. El primer enfoque amplio de la tecnología judicial es que se trata de una forma de mejora de procesos. A esto lo llamo «automatización» (…) Por otra parte, la tecnología puede desempeñar un papel muy diferente. Puede desplazar y revolucionar los hábitos convencionales

21 GARCÍA, Daniel. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales. Tratamiento procesal.* Granada, Comares, 2018, pp. 13-14.

> de trabajo y traer un cambio radical, que consiste en hacer nuevas cosas, más que en hacer las mismas cosas de forma diferente. Yo denomino esto como un tipo específico de « transformación»[22].

Dentro del vasto espectro de las tecnologías aplicadas al derecho, los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia, también conocidas por sus siglas RPA por sus iniciales del inglés *Remotely Piloted Aircraft*, comúnmente conocidos como *drones*, se constituyen como una fuente de prueba electrónica. Estos dispositivos electrónicos no solo operan, sino que fundamentalmente generan, almacenan y transmiten información en formato digital. Su capacidad para capturar imágenes y grabaciones de alta calidad –cuyo registro digital se almacena en tarjetas de memoria (SD, microSD) o se transmite a un dispositivo móvil–, junto con datos de vuelo (telemetría, geolocalización, metadatos), los posiciona como herramientas probatorias de creciente relevancia. La versatilidad inherente de los drones ha propiciado su empleo en una gama excepcionalmente amplia de actividades, trascendiendo las fronteras sectoriales.

Actualmente, los drones son herramientas indispensable en la inspección de infraestructuras para la detección de daños, desgaste o corrosión; en la fiscalización ambiental, evaluando la calidad del agua o monitoreando la vida silvestre; y en la detección de anomalías y defectos en instalaciones industriales, incluso en la lucha contra incendios forestales. Su desarrollo ha llegado al punto de incluir drones submarinos para el buceo profesional. Además, la evolución tecnológica los equipa con micrófonos, sistemas de reconocimiento facial, equipos de grabación de imágenes térmicas (drones termográficos) que utilizan sensores infrarrojos para detectar y visualizar la radiación

22 SUSSKIND, Richard. *Tribunales online y la Justicia del futuro*. Lima, La Ley, 2020, p. 56.

de calor, y otras funcionalidades avanzadas que, en algunos casos, pueden extenderse a la intercepción de comunicaciones inalámbricas.

El empleo de drones ofrece múltiples ventajas operativas y aporta una información de mayor fiabilidad y precisión. En Perú, el marco normativo ha comenzado a adaptarse a esta realidad, con una legislación específica que regula el uso de drones para la actividad civil, diferenciándola de usos militares, policiales o aduaneros. La Resolución Directoral N° 501-2015-MTC-12 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Norma Técnica Complementaria sobre "Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia", define a las RPA como "una aeronave pilotada por un "piloto remoto", emplazado en una "estación de piloto remoto" ubicada fuera de la aeronave (es decir en tierra, en barco, en otra aeronave, en el espacio) quien monitorea la aeronave en todo momento y tiene responsabilidad directa de la conducción segura de la aeronave durante todo su vuelo".

En el ámbito jurídico peruano, la aplicación de drones ya es una realidad tangible. La Policía Nacional del Perú los integra en investigaciones criminalísticas y en la lucha contra el narcotráfico, generando pruebas para procesos penales. Esta práctica encuentra respaldo en el Acuerdo Plenario 10-2019/CIJ-116 de la Corte Suprema del Perú (fundamento 25), que ha reconocido la legitimidad del uso de drones en el proceso penal para la obtención de pruebas. Se considera a los drones "un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes", siendo una técnica especial de "videovigilancia" capaz de incorporar dispositivos digitales para tomas fotográficas y registro de imágenes, así como para labores de observación e investigación de lugares[23].

23 "Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en

Asimismo, entidades estatales como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) han incorporado drones en sus labores de fiscalización ambiental y laboral, respectivamente. Esta tecnología les permite cubrir grandes extensiones de terreno y detectar infracciones, particularmente en empresas agroexportadoras, con el fin de obtener una mejor perspectiva aérea y comprobar si algunos trabajadores informales –a petición de su empleador– se ocultan para evadir la inspección.

Ahora bien, la pandemia por la covid-19 expuso crudamente las limitaciones de las inspecciones judiciales tradicionales en el marco de los procesos civiles. La imposibilidad de garantizar la inmediación física del juez con el objeto, lugar o persona –debido al riesgo sanitario– provocó la prolongación de los procesos y, en consecuencia, una demora en la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva. A estos desafíos coyunturales se suman problemas preexistentes y estructurales en la práctica de la inspección judicial como la inaccesibilidad inherente a ciertos lugares, la potencial afectación ambiental en escenarios complejos, y la ineludible subjetividad junto con la posibilidad de errores de percepción por parte del juzgador.

Frente a estas problemáticas la incorporación de *drones* en el proceso civil representa una oportunidad para mejorar el sistema de justicia. Su empleo en las inspecciones judiciales podría reducir significativamente el margen de error derivado de la falibilidad perceptiva

una técnica especial denominada "videovigilancia", que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal "a", del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal "b", del CPP".

del juez, coadyuvando a la obtención de una prueba con mayor objetividad y fidelidad respecto de los hechos, lo cual, a su vez, redundaría en una mejor resolución de la controversia.

La incorporación de la tecnología en la inspección o reconocimiento judicial no constituye, de hecho, una novedad. Desde hace varios años, las inspecciones judiciales han venido integrando diversas tecnologías, como se observa cuando el juez accede a una computadora para percibir directamente una página web, examina correos electrónicos remitidos desde una dirección de e-mail, realiza una exploración exhaustiva de un sistema informático[24], o cuando, al acceder a un teléfono móvil, visualiza la existencia de una conversación de WhatsApp, revisa los metadatos de una foto, video o audio registrado con el celular. En todos estos supuestos, se está llevando a cabo una inspección judicial asistida por las nuevas tecnologías.

En la regla 34 de las *Federal rules of civil procedure* se indica que se pueden inspeccionar documentos e información almacenada electrónicamente. Se permite que se pueda *inspeccionar, copiar, probar o tomar muestras* de elementos que se encuentran en posesión, custodia o control de la otra parte, como cualquier documento designado o información almacenada electrónicamente, incluidos escritos, dibujos, gráficos, cuadros, fotografías, grabaciones de sonido, imágenes y otros datos o compilaciones de datos, almacenados en cualquier medio del cual se pueda obtener información, ya sea directamente o, si es necesario, después de la traducción por la parte que responde a una forma razonablemente utilizable[25].

24 Cfr. ARRABAL, Paloma. *La prueba tecnológica: Aportación, práctica y valoración.* Valencia, Tirant lo blanch, 2020, p. 309.

25 El juez debe de señalar la forma de la inspección electrónica en su resolución judicial. Si la parte que debe de soportar la inspección presenta las copias de documentos o de información almacenada electrónicamente, podría dejarse

La tendencia hacia la formalización de estas prácticas ya es visible en legislaciones comparadas. Un ejemplo relevante lo encontramos en Italia, donde la Ley 48/2008, del 18 de marzo de 2008, a través de su artículo 8, modificó el artículo 244, apartado 2, segunda frase, del *codice di procedura penale*. Dicha modificación añadió explícitamente la posibilidad de que la inspección se realizara también en relación con los sistemas informáticos o telemáticos, prescribiendo la adopción de medidas técnicas dirigidas a garantizar la conservación de los datos originales y a evitar su alteración[26].

sin efecto la inspección si la entrega ha sido completa, caso contrario debería de subsistir la inspección por el resto de información no entregada.

26 Código de Procedimiento Penal
Art. 244
Casos y formas de inspección
1. La inspección de las personas, los lugares y las cosas se dispone por decreto motivado cuando es necesario determinar las huellas y otros efectos materiales del delito. 2. Si el delito no ha dejado rastros o efectos materiales, o si estos han desaparecido o han sido borrados o dispersos, alterados o retirados, la autoridad judicial describe el estado actual y, en la medida de lo posible, verifica el preexistente, cuidando también de identificar la forma, el tiempo y las causas de cualquier modificación. La autoridad judicial puede disponer levantamientos de señalización, descriptivos y fotográficos y cualquier otra operación técnica, también en relación con sistemas informáticos o telemáticos, adoptando medidas técnicas dirigidas a garantizar la conservación de los datos originales y a evitar su alteración. Traducción libre de: "Codice di Procedura Penale. Art. 244. Casi e forme delle ispezioni. 1. L'ispezione delle persone, dei luoghi e delle cose è disposta con decreto motivato quando occorre accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. 2. Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati o dispersi, alterati o rimossi, l'autorità giudiziaria descrive lo stato attuale e, in quanto possibile, verifica quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause

Arrabal Platero reconoce la posibilidad de que la inspección judicial se beneficie de las nuevas tecnologías y que pueda "complementarse con la utilización de medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos que dejen constancia de la inspección"[27].

4. Uso de drones durante las "*site visits*" en el arbitraje internacional

Existen situaciones en las que la realización de la inspección judicial se enfrenta a impedimentos significativos, tales como la inaccesibilidad del lugar, la exposición a peligros que comprometen la salud e integridad del juez y las partes, o se podría causar un gran impacto ambiental. Sin embargo, estas circunstancias no deben implicar la imposibilidad de producir la prueba por falta de medios adecuados, ya que impedir la producción probatoria es tan lesivo para el derecho a la prueba como lo sería una norma que imposibilite el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la incorporación de aeronaves pilotadas a distancia (*drones*) se presenta como una herramienta de gran utilidad para optimizar la eficiencia, objetividad y fiabilidad de las inspecciones judiciales.

El reto fundamental en el ámbito jurídico radica en el empleo de estas tecnologías en las inspecciones judiciales dentro del marco de un proceso civil, con el fin de que la información así obtenida –más próxima a la realidad de los hechos– contribuya a que el juez que

delle eventuali modificazioni. L'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione".

27 ARRABAL, Paloma. Op. cit., pp. 310-311.

realizó la inspección, o aquel que eventualmente deba resolver la controversia, pueda adoptar una decisión justa. Una decisión judicial no puede considerarse justa si se sustenta en hechos cuya recolección es deficiente, equivocada o tergiversada.

Las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, a través de sus relatores nacionales de Colombia, Chile, México, Argentina, Brasil, Uruguay, Panamá, Honduras y Perú, revelaron una coincidencia como es la ausencia de una regulación específica para el uso de drones en el proceso civil. En estos ordenamientos, dicha tecnología es generalmente tratada como una prueba tecnológica atípica, cuya admisión se supedita al cumplimiento de las normas generales sobre prueba documental y audiovisual[28].

Si bien en Colombia no existe una regulación expresa, el parágrafo del numeral quinto del artículo 238 del Código General del Proceso contempla la posibilidad de realizar inspecciones judiciales en predios rurales mediante *"reconocimiento aéreo"* o *"medios técnicos confiables"*. Aunque la interpretación inicial de esta disposición se ha circunscrito a aeronaves tripuladas, como avionetas o helicópteros[29],

28 Cfr. BUSTAMANTE, Mónica. La prueba electrónica: divergencias y convergencias en Iberoamérica. En PEREIRA, Santiago, & PRIORI, Giovanni, *Los desafíos de los sistemas de justicia en Iberoamérica. Relatos generales de las XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (pp. 407-459). Lima, Palestra, 2025.

29 La doctrina colombiana ha considerado que a partir de esta disposición solo podría emplearse aparatos aéreos como avionetas o helicópteros, pero la tecnología nos ha mostrado que igual función podría cumplir un dron a mucho menor costo y sin exponer la vida humana. El profesor Rojas señala "Aprovechando el desarrollo de la tecnología, el juez podrá imponer a una parte o a ambas la provisión de aparatos aéreos como aviones o helicópteros, de alta tecnología y seguridad, dependiendo de las especiales circunstancias en que deba realizarse la visualización de los fundos rurales que se

la evolución tecnológica abre una ventana de oportunidad para la aplicación de drones en este contexto. Esta normativa, pese a su limitación actual a predios rurales, prefigura el potencial expansivo del uso de drones en el proceso civil.

En el ámbito supranacional, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, un documento de carácter académico-propositivo (*soft law*), ya vislumbraba la posibilidad de registrar las actuaciones de la inspección judicial mediante medios técnicos (artículo 176[30]). Dentro de esta categoría, se incluiría, por extensión, el uso de drones.

Por su parte, la legislación española también prevé el uso de estas herramientas. El artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla que en el "reconocimiento judicial" se puedan utilizar medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes (como los drones) para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento y de las manifestaciones de quienes intervengan en él. Adicionalmente, el inciso 2 del artículo 299 de la misma Ley permite la incorporación de esta prueba al proceso civil, al establecer que "(…) se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos,

encuentren muy alejados o sean de difícil acceso por vía terrestre". ROJAS, Jimmy. Modificaciones que introduce el Código General del Proceso en la inspección judicial, los documentos y prueba por informes. En CRUZ, Horacio, *El proceso civil a partir del Código General del Proceso* (Segunda edición ed., pp. 373-384). Bogotá, Nomos, 2018, p. 377.

30 "Art. 176. (Reproducción).
Por el mismo procedimiento (artículos 174 y 175) podrá procederse a la reproducción de hechos bajo la dirección del Tribunal, labrándose acta resumida en la que conste la realización de la diligencia y sus detalles, sin perjuicio de la utilización de medios técnicos para el registro de lo actuado

cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso".

En el ámbito del arbitraje internacional, la propuesta de uso de drones en las inspecciones ha sido explícitamente formulada. En septiembre de 2024, la International Bar Association (IBA) publicó un protocolo para regular las inspecciones o "*site visits*" en arbitrajes internacionales, promoviendo activamente el uso de nuevas tecnologías, incluyendo la realización de inspecciones virtuales o el empleo de herramientas complementarias como los drones[31]. La IBA reconoce que, si bien existen desafíos regulatorios relacionados con la privacidad y la seguridad, el uso de drones, así como la realidad virtual y aumentada, para la visualización de evidencias es inevitable.

5. Supuestos de aplicación y función de los drones en la inspección judicial

Los drones ofrecen una herramienta de valor incalculable para la inspección judicial, especialmente en casos que involucran pro-

31 Traducción Libre: "Nota de redacción con el artículo 3. General (…) Finalmente, los vehículos aéreos automatizados, o drones, pueden complementar o mejorar una visita al sitio al proporcionar vigilancia aérea en tiempo real, capturar imágenes detalladas y facilitar las inspecciones remotas. Hasta la fecha, el uso de drones en este contexto ha enfrentado desafíos debido a las estrictas regulaciones destinadas a salvaguardar la privacidad y la seguridad. Sin embargo, su uso, así como el de la realidad virtual y la tecnología aumentada, para la visualización de evidencias es inevitable. En tales circunstancias, varias de las consideraciones remotas e híbridas abordadas en el Protocolo de Visita al Sitio seguirán siendo relevantes, pero será necesario considerar e incorporar en el Protocolo de Visita al Sitio salvaguardias adicionales, incluyendo aquellas para garantizar el cumplimiento del marco legal regulatorio y proteger la integridad de los procedimientos y las pruebas".

piedades extensas, escenarios complejos, situaciones de emergencia, podrían ser usados para el levantamiento de pruebas periciales o tasaciones, trascendiendo las limitaciones de los métodos tradicionales.

Por ejemplo, los drones podrían emplearse eficazmente en procesos colectivos iniciados a raíz de desastres ambientales masivos. Tomemos el caso del derrame de petróleo de Repsol en Ventanilla en 2022[32], o incluso la supervisión de las zonas afectadas por el derrame de mercurio de la Minera Yanacocha en Choropampa en 2000[33]. En casos de afectación a la calidad del aire, permitirían monitorear la contaminación ambiental en áreas extensas y en tiempo real.

A diferencia de una inspección tradicional desde una embarcación o a pie, que ofrecería una visión limitada y peligrosa en áreas contaminadas, los drones proporcionan una perspectiva aérea completa y detallada. Esto permite a un juez o a los peritos comprender la magnitud real del daño ambiental con una precisión superior. Su capacidad de sobrevolar extensas áreas, capturar imágenes de alta resolución y videos, e incluso recolectar datos geoespaciales, resulta sumamente relevante para comprender la magnitud real del desastre, facilitando así la toma de decisiones correctas en el proceso judicial.

Así, el uso de drones durante la inspección judicial en el proceso civil podría desempeñar dos funciones principales:

32 El 15 de enero de 2022, mientras el buque Mare Doricum descargaba petróleo crudo en la refinería La Pampilla de Repsol, ubicada en Ventanilla, Callao, se produjo un masivo derrame. Inicialmente minimizado por la empresa, las investigaciones posteriores confirmaron que se vertieron aproximadamente 11,900 barriles de crudo al mar peruano.

33 El 2 de junio del año 2000, un camión de la empresa Ransa Comercial, que transportaba 151 kilogramos de mercuriodesde la minera Yanacocha, sufrió un derrame a lo largo de la carretera que atraviesa varios pueblos de Cajamarca, siendo Choropampa el más afectado.

(i) Como *herramienta activa de inspección y documentación de la diligencia*, grabando las actuaciones del juez durante la inspección. Esto garantiza un registro fiel y objetivo de la diligencia. Esta función encuentra respaldo en legislaciones comparadas, como el artículo 188 del Código General del Proceso de Uruguay, que contempla la utilización de medios técnicos para el registro de la inspección judicial[34].

(ii) Como *herramienta activa para realizar pericias*, proporcionando al juez datos detallados, actualizados y precisos del objeto de la prueba.

Finalmente, es crucial subrayar que la utilización de drones no menoscaba el principio de inmediación judicial. El juez, al estar presente en la diligencia, mantiene la inmediación procesal. El empleo del dron se circunscribe a ampliar el conocimiento del juez acerca del objeto de inspección, permitiendo una visión integral y segura, incluso en situaciones de riesgo o inaccesibilidad[35]. Argumentar que el uso de drones implica una pérdida de inmediación equivaldría a deslegitimar, por ejemplo, la inspección judicial realizada por un juez comisionado mediante exhorto. Como acertadamente señala Eisner "intentamos poner al juzgador en las mejores condiciones posibles de

34 "Artículo 188
Reproducción de hechos.-
Por el mismo procedimiento (artículos 186 y 187) podrá procederse a la reproducción de los hechos, bajo la dirección del tribunal, labrándose acta resumida en la que conste la realización de la diligencia y sus detalles, sin perjuicio de la utilización de medios técnicos para el registro de lo actuado".

35 Podría usarse el dron para inspeccionar la caída de pelotas de juego de un fundo al del vecino, con riesgos para las personas y las cosas. cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Tecnos, 1989, p. 182.

observación para acercarlo cuanto se pudiera al conocimiento de la verdad"[36], un propósito que la tecnología de drones coadyuva a alcanzar de manera significativa.

6. Ventajas del uso de drones en el proceso civil

La adopción de drones como herramienta activa de inspección y documentación en las inspecciones judiciales civiles traería múltiples ventajas:

(i) Registro preciso y detallado: Tradicionalmente, las actas judiciales, si bien buscan ser exhaustivas, a menudo adolecen de limitaciones inherentes a la escritura manual. Problemas de legibilidad, redacción ambigua o incluso la omisión de detalles relevantes son dificultades frecuentes. En contraposición, los drones permiten capturar registros audiovisuales de alta fidelidad, preservando cada detalle.

Incluso si el juez se esfuerza por registrar una descripción lo más fiel posible a lo percibido, siempre será un desafío plasmar en el acta la verdadera naturaleza de un sonido. Las palabras, por muy detalladas que sean, difícilmente pueden capturar la complejidad, los matices o la intensidad exacta de un ruido tal como fue experimentado en el momento. La capacidad de grabar en audio y video supera las restricciones de las actas convencionales, asegurando que ningún aspecto crucial pase inadvertido. Esta tecnología no solo salvaguarda la integridad del registro, sino que también facilita la revisión detallada de la inspección, permitiendo a los jueces y a las

36 EISNER, Isidoro. *La inmediación en el proceso*. Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 34.

partes examinar minuciosamente cada elemento. Además, el uso de drones podrían reducir las eventuales observaciones a un acta.

(ii) Reducción de fallos perceptuales: La percepción humana, inherente a todo observador, está sujeta a sesgos y limitaciones. La memoria, frágil por naturaleza, puede distorsionar o incluso omitir detalles cruciales de lo observado. Los jueces, a pesar de su experiencia y conocimiento, no son inmunes a estas falibilidades tal como hemos explicado en los puntos anteriores. En la inspección cuando no queda registrada en audio y video, el juez solo se estaría centrando en aquello que le llama la atención, sin poder visualizar o escuchar lo que lo rodea[37]. Con el uso del dron podría tenerse un panorama mucho más amplio y un mejor registro. En esa línea, la grabación de la diligencia mediante imágenes y videos de alta resolución con el uso de drones, minimiza los sesgos perceptuales. El uso del dron en la inspección permite apreciar el "cuadro completo", y a partir de ahí centrar la atención en los detalles.

Como bien señala Döhring:

> Lo que el observador percibe y aprovecha de los muchos detalles que tiene a su vista durante la inspección ocular depende en gran medida de las circunstancias a las cuales es receptivo y de los factores a los cuales dirige su preferencia atención (…). Esto puede tener por consecuencia que no capte y se le escapen determinados pormenores, a los cuales sería muy lógico atender (…). En consecuencia, ciertos hechos relacionados con esa posibilidad pueden no entrar nunca en su radio visual[38].

37 Cfr. ANDINO, Juan. Op. cit., p. 92.

38 DÖHRING, Erich. *La prueba su práctica y apreciación*. Buenos Aires, EJEA, 1986, p. 302.

La perspectiva aérea proporcionada por los drones ofrece una visión privilegiada del lugar inspeccionado, facilitando la detección de modificaciones o alteraciones que podrían pasar desapercibidas a nivel terrestre. Desde el aire, es más sencillo identificar vestigios de modificaciones en el terreno, como movimientos de tierra, construcciones recientes o alteraciones en la vegetación.

En terrenos con vegetación densa, como bosques, maleza o plantaciones, o con obstáculos geográficos como lagos, la visión terrestre del juez puede estar limitada. El dron, al elevarse, supera estos obstáculos, proporcionando una visión completa y sin obstrucciones del lugar.

(iii) Revisión detallada de la diligencia de inspección: La grabación audiovisual de la inspección judicial mediante drones ofrece la posibilidad de una revisión ilimitada. Permite una revisión exhaustiva y detallada, donde los jueces y las partes pueden visualizar el registro cuantas veces sea necesario, ampliar detalles y pausar la grabación facilita la identificación de aspectos que podrían haber pasado desapercibidos durante la inspección en tiempo real.

Permite al juez que no practicó la inspección, y que ha sucedido al juez que sí la practicó, emitir sentencia apreciando libremente la prueba, sin los posibles errores de percepción que pudieran estar presentes en un acta. Además, facilita una mejor apreciación de la prueba en segunda instancia, cuando se solicite el reenjuiciamiento de la controversia.

(iv) Acceso a lugares inaccesibles, peligrosos o para preservar el medio ambiente: Los drones permitirían inspeccionar lugares –u objetos– de difícil acceso o peligrosos, como edificios altos o zonas contaminadas con sustancias tóxicas, sin exponer a riesgos al juez y demás intervinientes. Incluso, inspeccionar lugares sin causar daño al medio ambiente.

En procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual por contaminación de minerales tóxicos como el mercurio, los drones ofrecen una herramienta segura y eficaz para la inspección judicial, eliminando la necesidad de exponer a riesgos a los participantes. El uso de drones en las inspecciones judiciales no solo agiliza el proceso, sino que también contribuye a la seguridad y bienestar de los participantes.

La capacidad de los drones para cubrir grandes áreas rápidamente permite realizar inspecciones más eficientes, reduciendo la necesidad de largas jornadas de trabajo en el lugar. Al reducir el tiempo de exposición en el lugar de la inspección, especialmente en condiciones climáticas extremas, como altas temperaturas, los drones minimizan el riesgo de problemas de salud, como golpes de calor, para el juez y los intervinientes. Esto es particularmente relevante en inspecciones de terrenos extensos o en áreas donde el acceso es difícil y prolongado.

7. Implementación en el proceso civil

El uso de drones en el ámbito judicial, si bien ofrece ventajas significativas, su implementación merece una discusión a parte. El profesor israeli Shimon Shetreet señala que:

> La sociedad debe dar gran importancia a la equidad del proceso legal, pero también debe dar importancia a la eficiencia del sistema judicial. El tribunal es el mecanismo de aplicación de las leyes y reglamentos. Las leyes pueden ser excelentes, pero la sociedad no se beneficiará mucho de ellas si el sistema legal no es lo suficientemente eficiente, conveniente y accesible como para implementar esas leyes[39].

39 SHETREET, Shimon. Independencia judicial y debido procesal legal. En OTEIZA, Eduardo & PRIORI, Giovanni, *Independencia judicial en el tercer*

En ese sentido, para la implementación del uso de drones en el proceso civil debería de considerarse mayores recursos para el Poder Judicial o, en su defecto, cuando el juez convoque a una inspección judicial y se vayan a utilizar drones, deberá especificar si estos serán proporcionados por el Poder Judicial o por la parte solicitante, con el respectivo operador. Incluso, las partes podrían pactarlo por un *acuerdo procesal* toda vez que ambas tendrían interes en que los hechos puedan esclarecerse. En Perú el juez o secretario que opere el dron debería de contar con una licencia para tales efectos, según la Ley 30740, Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS), promulgada el 22 de marzo de 2018, que establece que para operar un dron se requiere de licencia[40].

8. ¿Derecho a la intimidad vs. derecho a la prueba?

Es previsible que el empleo de drones en la inspección judicial genere cuestionamientos en torno a una potencial vulneración del derecho a la intimidad de las personas[41]. El Tribunal Constitucional

milenio (pp. 11-47). Lima, Palestra, 2023, p. 16.

40 "Artículo 2. Licencias, requisitos y limitaciones
2.3. Toda persona natural o jurídica u organización civil que opere un sistema de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS), para uso diferente a la práctica aerodeportiva o recreativa, debe contar con una licencia de operador/piloto, que es otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC)".

41 La Constitución de México de 1917 en su artículo 20.A.IX, establece, con relación al proceso penal acusatorio, que "Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula". En la Constitución de Portugal por su parte el artículo 32.8 relativo a las garantías del proceso penal, establece que "son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa a la integridad física o moral de la persona, intromisión

del Perú, en sentencias como las recaídas en los expedientes 03882-2016-PHC/TC y 4038-2016-PHC/TC, ha establecido la imperiosa necesidad de evitar intromisiones desproporcionadas en la privacidad al utilizar este tipo de tecnología. Esta jurisprudencia subraya la crucial importancia de equilibrar la utilización de nuevas tecnologías con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales, particularmente en lo concerniente a la obtención de pruebas.

No obstante, consideramos que, en el marco de la inspección judicial donde se autorice el uso de un dron, al estar dicha actuación previamente habilitada por el juez, con indicación precisa de los espacios no restringidos a los cuales podrá acceder y realizar el registro, y siempre con el fin ineludible de esclarecer un hecho controvertido, esta intervención no podría reputarse como una forma intolerable e ilegítima de intromisión a la vida privada y familiar de las personas

abusiva en la vida privada, en el hogar, en la correspondencia o en las telecomunicaciones". En el artículo 24 (2) de la Constitución de Canadá de 1982, también se dispone que "(…) cuando un tribunal concluya que las pruebas han sido obtenidas atentando los derechos y libertades garantizados por la presente Carta, dichas pruebas se excluirán si se demuestra que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento supondría un descrédito para la administración de justicia". Por su parte la Constitución de Brasil de 1988 también establece en el artículo 5.LVI que "son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos". La Constitución cubana de 2019 regula en su artículo 94.c que "Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes: (…) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido". El artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, modificado el 03.01.2025 y que entró en vigor el 03.04.2025, se contempla la regulación de la prueba ilícita. En el Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán, se establece la prueba ilícita en el ámbito civil.

que eventualmente ocupen una vivienda. Menos aún supondría una actividad de seguimiento o vigilancia, dada la naturaleza temporal y focalizada de la diligencia. Por ende, una medida de esta índole se enmarcaría dentro de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sopesando el beneficio que se pretende obtener –la determinación fidedigna de los hechos objeto de controversia– frente a la mínima afectación del derecho a la intimidad.

9. Necesidad de capacitación al personal jurisdiccional

Es necesario brindar una mayor capacitación a los jueces y al personal jurisdiccional sobre los problemas inherentes a la percepción humana durante la inspección judicial. Adicionalmente, y con un enfoque inmediato, sería de considerable utilidad proporcionar instrucciones específicas a los jueces que resuelven apelaciones de sentencia en segunda instancia. Estas instrucciones permitirían instruir o educar a los magistrados y mantenerlos informados acerca de las cirscunstancias en las que se ha podido producir la inspección, el impacto potencial de los factores de exactitud y su calidad.

En el derecho comparado, un precedente relevante lo encontramos en Estados Unidos con el caso *Henderson*, resuelto por la Corte Suprema de Nueva Jersey. Esta sentencia estableció la necesidad de brindar al jurado instrucciones detalladas sobre el funcionamiento de la memoria en el reconocimiento fotográfico, basándose en la psicología cognitiva y social, con el objetivo de que sean conscientes de los factores que afectan la exactitud y la calidad de la identificación[42].

42 Cfr. DEANESI, Laura & VARELA, Agustín. Tres temas para pensar la prueba en el juicio por jurados: las instrucciones sobre el reconocimiento de personas, la prueba bad character y la condena del coimputado. En RO-

Una aproximación similar, aunque adaptada a las particularidades de nuestros ordenamientos, podría implementarse para la valoración de la inspección judicial, promoviendo una justicia más informada y con menor propensión a los sesgos.

10. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos señalar lo siguiente:

- La percepción judicial no es infalible. El juez, al igual que cualquier ser humano, es susceptible a errores perceptivos y sesgos cognitivos, lo que compromete la exactitud de la inspección judicial como prueba directa
- La incorporación de drones permite generar registros audiovisuales de alta fidelidad, minimizando los sesgos humanos y documentando la diligencia de manera más precisa. Esta tecnología no busca reemplazar al juez, sino potenciar su capacidad de percepción
- El uso de drones no vulnera el principio de inmediación, ya que el juez mantiene su presencia física y su contacto directo con el objeto de la prueba a través de la mediación tecnológica.
- La aplicación de drones en las inspecciones judiciales es compatible con el derecho a la intimidad, siempre que su uso se limite a los espacios previamente autorizados por el juez y se enmarque en los principios de proporcionalidad y razonabilidad.
- La práctica del arbitraje internacional, así como la legislación comparada, ya contempla y promueve el uso de drones y otras

VATTI, Pablo & LIMARDO, Alan, *Pensar la prueba* (pp. 199-256). Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.

tecnologías en las diligencias de inspección, sentando un precedente relevante para el proceso civil.

- Es fundamental formar a los jueces sobre los límites de su percepción y el uso adecuado de tecnologías como los drones para maximizar su utilidad probatoria. Asimismo, la incorporación de drones es una forma de transformación tecnológica del proceso para brindar una mejor tutela jurisdiccional efectiva.

A (DES)NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE PRECEDENTES VINCULANTES

THE (UN)NECESSITY OF MODULATING THE EFFECTS OF BINDING PRECEDENTS

MARIA CAROLINA DE ALMEIDA ABRÃO
Graduanda em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPROC/UFPR)

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

RESUMO: A modulação dos efeitos de um precedente vinculante é uma técnica processual que busca delimitar a incidência das decisões vinculantes proferidas por Tribunais Superiores. A questão consiste em avaliar se a modulação deve ser regra ou se sua aplicação deve se restringir a hipóteses com características fáticas específicas. A pesquisa parte do impacto que alterações jurisprudenciais geram na esfera dos direitos individuais, sobretudo para aqueles que possuem processos em andamento ou já contam com coisa julgada sobre a matéria. Destaca-se a importância de uma recepção cautelosa de novos entendimentos, garantindo previsibilidade e preservando a confiança dos jurisdicionados nas instituições judiciais.

PALAVRAS CHAVE: Modulação; Precedente; Confiança; Estabilidade; Uniformização.

ABSTRACT: The modulation of effects of a binding precedent is a procedural technique aimed at delimiting the scope of binding decisions rendered by Higher Courts. The core issue is to assess whether modulation should operate as the rule or its application ought to be restricted to cases with specific factual circumstances. This research stems from the impact that jurisprudential shifts produce on individual rights, particularly for those with ongoing proceedings or with res judicata already established on the matter. The study highlights the importance of a cautious reception of new judicial interpretations, ensuring predictability and preserving litigants trust in judicial institutions.

KEYWORDS: Modulation; Precedent; Reliance; Stability; Uniformity.

Resumen: La modulación de los efectos de un precedente vinculante es una técnica procesal para delimitar el alcance de las decisiones obligatorias dictadas por los Tribunales Superiores. Se evalúa si la modulación debe configurarse como regla o si debe limitarse a casos específicos. La investigación parte del impacto que los cambios jurisprudenciales generan en los derechos individuales, en particular para aquellos que poseen procesos en trámite o ya cuentan con cosa juzgada sobre la materia. Se destaca la importancia de una recepción cautelosa de nuevos entendimientos, garantizando previsibilidad y preservando la confianza de los justiciables en las instituciones judiciales.

Palabras Clave: Modulación; Precedente; Confianza; Estabilidad; Uniformidad.

Sumario: 1. Introdução. 2. A técnica da modulação dos efeitos de um precedente. 3. A segurança jurídica como a base do estado. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

No Brasil, a partir da entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, surgem as figuras positivadas dos precedentes e dos efeitos que eles surtem nas esferas jurídica e privada. Trata-se de um instituto muito recente, que exige estudo cuidadoso por parte dos processualistas.

É uma verdadeira "faca de dois gumes", pois uma vez que aplicada corretamente, gera efeitos benéficos para a sociedade. No entanto, caso não haja cuidado na hora da fixação de um precedente ou no momento de modulação, pode-se gerar uma situação oposta à qual ele se compromete a proteger, aumentando a insegurança e desconfiança por parte da sociedade[1].

A título de contextualização, os precedentes tratam de uma decisão judicial, proferida anteriormente, que passa a ser considerada para a atuação futura, de modo a orientar os magistrados na determinação de sua decisão[2]. A modulação, por sua vez, se relaciona ao momento temporal em que esta decisão começará a surtir efeitos, conforme será discutido.

---

1 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. ABDALLA, Gustavo. *A Necessária Procedimentalização do Instituto da Modulação de Efeitos*. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella (et. al.). *Sistema Brasileiro de Precedentes: Propostas e Reflexões para seu Aprimoramento*. Londrina, 2024. p. 620.

2 THEODORO Jr., Humberto. ANDRADE, Érico. *O sistema de precedentes brasileiro entre civil law e common law: a edição de súmulas e fixação de teses*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 375. Nov. 2024. p. 363. No mesmo sentido, os autores: i. MARINELLI, Vincenzo. *Precedente giudiziario*. *In: Enciclopedia del Diritto*. Milano, 2002. p. 1; ii. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth, 1997. p. 211-212; iii. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo, 2019. p. 153.

Ainda contextualizando, a decisão responsável por formar um precedente não poderá ser proferida por qualquer órgão jurisdicional. Será, via de regra, um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes.

Ou seja, conforme preceitua o professor Mitidiero (2024, p. 32), o precedente não deve ser confundido com a decisão, uma vez que pertencem a "níveis discursivos diferentes"[3]. Enquanto a decisão, propriamente dita, serve para a resolução de um caso especifico, o precedente não é responsável por julgar um caso, mas sim dar unidade à ordem jurídica[4].

Nesse sentido, o professor Ravi Peixoto (2015, p. 333-334) diferencia os precedentes vinculantes (qualificados) dos precedentes meramente "persuasivos". Os vinculantes serão sempre proferidos pelos Tribunais Superiores brasileiros, já os persuasivos, são proferidos por qualquer órgão jurisdicional e não possuem efeitos vinculantes, servindo apenas para fins de argumentação e orientação das decisões[5].

---

3 O professor segue, explicando que a decisão trata de "*discurso elaborado para a solução de um caso*", enquanto o "*precedente é oriundo da generalização de determinadas razões empregadas para a decisão de um caso*" (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 2024, p. 32). No mesmo sentido, o professor cita: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação*. São Paulo, 2023.

4 MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 2024, p. 33.

5 PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo cpc/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. São Paulo: Revista de Processo (RT), vol. 248. Out/2015. p. 333-334.

Isto posto, no Código de Processo Civil de 2015, a partir de seu Título I do Livro III, surgem nove capítulos, dentre os quais se verificam algumas de suas maiores inovações[6]. Os professores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p. 25) entendem que uma grande alteração no novo desenho do Código seria a substituição do incidente de uniformização de jurisprudência pelos institutos do incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

Essa substituição reforça ainda mais a ideia de precedentes no direito brasileiro, uma vez que, ao aplicar os novos institutos, o legislador confere força vinculante ao resultado de julgamento dos incidentes[7], nos termos do artigo 927, inciso III do Código de Processo Civil. Para os professores Marinoni e Mitidiero, por meio dessas alterações, o Código buscou também reforçar e densificar a função constitucional das Cortes, cultivando o valor dos precedentes e da jurisprudência.

A professora Teresa Arruda Alvim (2021, p. 13), ao tratar da modulação e de sua origem, ensina que, inicialmente no direito brasileiro, era ligada diretamente ao controle concentrado de constitucionalidade[8]. Não apenas, mas tal técnica processual é proveniente do

6 Nesse sentido, o professor Hermes Zaneti Jr. entende que o Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo que ele chama de "precedentes normativos formalmente vinculantes", vide: ZANETI Jr., Hermes. *Entendimento dominante, poderes do relator e precedentes no CPC/2015. In:* MARQUES, Mauro Campbell (coord. geral). *Os 35 anos do Superior Tribunal de Justiça: Volume IV – Direito Processual Civil*. Londrina, 2024. p. 235.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975.* São Paulo, 2021. p. 25.

8 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo, 2021. p. 13.

sistema jurídico adotado pela Inglaterra e colônias (Estados Unidos, por exemplo), mais conhecido como *common law* e é baseada em uma vinculação aos costumes[9].

Como bem se sabe, o sistema jurídico brasileiro (assim como o de boa parte dos demais países ocidentais) é baseado no *civil law*, que é um sistema com raízes romano-germânicas. Por isso, a recepção dos precedentes no sistema brasileiro, da forma que foi feita, é uma inovação marcante. Conforme leciona o professor Hermes Zaneti Jr. (2021, p. 93), no modelo do *civil law* a figura dos precedentes existe, porém foi a partir da teoria do *stare decisis*, desenvolvida no âmbito do *common law*, que essa técnica processual pôde se desenvolver e ser amplamente aplicada[10].

Assim, é claro que o Brasil se aproxima cada vez mais da construção de um sistema de precedentes sólidos. Nesse sentido, o professor Ravi Peixoto (2015, p. 331) entende que a alteração legislativa seria apenas o primeiro passo, considerando que a mudança mais importante seria a adaptação do raciocínio dos "operadores do direito" para que possam entender e aplicar corretamente os precedentes[11].

Não obstante, a partir da adaptação, as decisões proferidas terão um grau muito maior de qualidade, objetivando a concretização

9 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. ABDALLA, Gustavo. *A Necessária Procedimentalização do Instituto da Modulação de Efeitos*. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella (et. al.). *Sistema Brasileiro de Precedentes: Propostas e Reflexões para seu Aprimoramento*. Londrina, 2024. p. 624.

10 ZANETI Jr., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. São Paulo, 2021. p. 92-93.

11 PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo cpc/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. São Paulo: Revista de Processo (RT), vol. 248. Out/2015. p. 331.

da estabilidade e coerência proposta pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, sendo uma das principais diretrizes[12] no caminho da construção de um "sistema brasileiro de precedentes" cada vez mais íntegro e confiável.

2. A técnica da modulação dos efeitos de um precedente

Tratando mais especificamente da maneira de regulação dos efeitos de um precedente, é necessária a compreensão acerca do que é a modulação dos seus efeitos. Segundo a professora Teresa Arruda Alvim (2021, p. 13), essa técnica é uma "manipulação" ou "calibração" da maneira que os efeitos da decisão atuarão no mundo fático[13]. Ainda, se encontra intrinsecamente ligada ao da vinculação já que não se mostra efetiva ou necessária diante de uma decisão que não vincula, ou seja, que não afeta outros casos semelhantes[14].

A modulação é expressamente prevista no Código de Processo Civil de 2015 no §3° do art. 927, que versa que "na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos

12 BUENO, Cassio Scarpinella. *Um processo de formação de precedentes: ensaio para celebrar os trinta e cinco anos do STJ*. *In:* MARQUES, Mauro Campbell (coord. geral). *Os 35 anos do Superior Tribunal de Justiça: Volume IV – Direito Processual Civil*. Londrina, 2024. p. 104.

13 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo, 2021. p. 13.

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. ABDALLA, Gustavo. *A Necessária Procedimentalização do Instituto da Modulação de Efeitos*. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella (et. al.). *Sistema Brasileiro de Precedentes: Propostas e Reflexões para seu Aprimoramento*. Londrina, 2024. p.623.

repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Conforme se infere do texto da lei, essa modulação se dará na hipótese de alteração da jurisprudência ou do entendimento dominante dos Tribunais Superiores. Ou seja, pressupõe a existência de mais de uma solução para a mesma hipótese: uma antiga, que não serve mais para solucionar a questão e uma nova, que passa a ser a orientação vinculante das Cortes a partir do momento de sua publicação. Diante disso, a modulação assegura que, mesmo alterado o entendimento, não haverá prejuízo à coisa julgada ou ao direito adquirido[15].

Quanto à necessidade de regulação dos efeitos que uma decisão pode surtir, surgem os artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O primeiro diz respeito à necessidade de um regime de transição quando uma decisão adota entendimento divergente daquele já proferido anteriormente pelo órgão julgador. Esse regime transicional é aplicado diante da necessidade de manutenção da confiança e da segurança jurídica[16].

Já o art. 24, de acordo com as lições da professora Teresa Arruda Alvim (2021, p. 19), é o que mais se aproxima e se assemelha ao instituto da modulação em si. Ele estabelece que, para que um ato judicial possa ser revisto, ele deve ser analisado de acordo com "as orientações gerais da época"[17]. Para a professora, o artigo consagra a ideia de que "nem a lei e nem a interpretação da lei"[18] deverão retroagir.

---

15 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes.* São Paulo, 2021. p. 66.

16 *Ibidem*. p. 18.

17 *Idem.*

18 *Ibidem*, p. 66. Nesse mesmo sentido, vide: CÂMARA, Jacintho Arruda. *Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular delibera-*

A partir da análise, tanto dos artigos do Código de Processo Civil, quanto das novas disposições da LINDB, é evidente que o Brasil se aproxima, cada vez mais, da consolidação de seu próprio sistema de precedentes, sempre pautado em garantir a segurança jurídica. Conclui-se que a questão principal para ser resolvida através da modulação é: como garantir a segurança jurídica e um efetivo provimento jurisdicional diante da necessidade de alteração de entendimentos que não devem mais ser replicados.

3. A segurança jurídica como a base do estado

A modulação dos efeitos de um precedente é uma técnica ligada ao *overruling* ou à superação de precedentes e que tem como um de seus principais objetivos a manutenção da confiança no Poder Judiciário[19], que é um dos principais pilares do Estado.

Os professores Marinoni e Mitidiero (2021, p. 27) entendem que o Código de Processo Civil de 2015 deve ser sistematizado a partir do eixo da tutela dos direitos. Ou seja, para eles, a tutela dos direitos individuais e sociais é o fim do processo civil[20].

ções administrativas. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. nov. de 2018. p. 116.

19 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. ABDALLA, Gustavo. *A Necessária Procedimentalização do Instituto da Modulação de Efeitos*. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella (et. al.). *Sistema Brasileiro de Precedentes: Propostas e Reflexões para seu Aprimoramento*. Londrina, 2024. p. 620.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975*. São Paulo, 2021. p. 27. No mesmo sentido, vide: DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione – Una Prospettiva Comparata***.** Milano: Giuffrè, 2015. p. 292; e MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz.

A fim de tutelar esses direitos, os precedentes são uma forma de promover a igualdade e a segurança. Os professores concluem que a prolação de uma decisão justa, efetiva e que observa os precedentes já firmados é um dever das Cortes Judiciárias[21].

O artigo 926 do Código de 2015 traz as figuras da jurisprudência, súmula e precedente, bem como rememora a função dos Tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. Mas, com essa inovação, surge a questão: para que serve (e por que é necessária) a existência e a positivação de precedentes?

A resposta mais coerente para essa pergunta seria a manutenção da igualdade perante a interpretação racional de um caso e a aplicação real de um direito. Quanto à interpretação de um caso pelo magistrado, os professores Marinoni e Mitidiero entendem que esta é variável diante de: i. determinado conflito de interesses; ii. inclinações ético-políticas; iii. concepções dogmáticas; e iv. métodos interpretativos. Eles concluem que, por essas razões, o direito não é apenas "lógica", mas sim, "experiência"[22].

O professor Mitidiero (2024, p. 23), compreende que o direito precisa de interpretação exatamente por ser indeterminado, uma vez que os textos são equívocos (pois, ambíguos e, por vezes, taxativos ou

MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. vol. I. São Paulo. p. 151-152.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975*. São Paulo, 2021. p. 29.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975*. São Paulo, 2021. p. 33. Nesse mesmo sentido, os professores utilizam: TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 39-40; e HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law* (1881). Cambridge: Harvard University Press, 1963. p. 5.

exemplificativos) e as normas são vagas (pois não anteveem os fatos que causam sua incidência)[23].

Nesse mesmo sentido, o professor Guastini (2011, p. 52-53) aborda a vagueza das normas, as quais são vagas para dar lugar a uma certa dúvida interpretativa quanto ao caso concreto, a fim de que possa entender se elas recaem ou não sob o seu escopo de aplicação[24].

Ou seja, algumas normas são vagas justamente para que possam ser interpretadas de acordo com o caso concreto, de modo a dirimir questões diversas, mas que comportam a mesma solução[25].

Um exemplo na legislação brasileira seriam as cláusulas gerais. as quais se utilizam de uma linguagem intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", estendendo seu campo semântico[26]. Assim, segundo a professora Judith Martins-Costa (1998, p. 29), o juiz possui a competência para que, diante de um litígio, possa complementar ou desenvolver normas jurídicas.

No entanto, por mais que existam diversos artigos abertos à interpretação, é necessário um "controle interpretativo", de modo que casos semelhantes possam ser resolvidos de maneira semelhan-

23 MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo, 2024. p. 23-24.

24 GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e Argomentare.* Milano: Giuffrè, 2011. p. 52-53.

25 No mesmo sentido, os professores: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975.* São Paulo, 2021. p. 34.

26 MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "Sistema em Construção" – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 753. Julho de 1998. p. 28-29.

te ("*treat like cases alike*"), garantindo a manutenção da confiança da sociedade na capacidade do Judiciário em resolver o seu problema, sem grandes surpresas. É nesse cenário que entram as súmulas e os precedentes como grandes protetores, ou "garantidores", da segurança jurídica.

O dever de obediência aos precedentes ("*stare decisis*") poderia ser visto como um dos pilares da segurança jurídica, especialmente em um sistema jurídico caracterizado pela indeterminabilidade[27]. Seguindo o entendimento do professor Mitidiero (2024, p. 27), o *stare decisis* seria a razão pela qual as Cortes de Justiça e demais juízos devem observar os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência dos demais órgãos aos quais estão vinculados (*stare decisis* vertical), garantindo uniformidade, já as Cortes Supremas obrigatoriamente devem observar seus próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), assegurando estabilidade[28].

Por outro lado, a partir do mau uso de técnicas processuais é possível que a alteração de um precedente vinculante ou o surgimento de uma nova orientação jurisprudencial que deveria proteger a confiança, acabe por gerar ainda mais insegurança, afetando negativamente a esfera do jurisdicionado.

A modulação, ainda, segundo a professora Teresa Arruda Alvim, concretiza o "princípio da proteção à confiança", pensando na hipótese de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual é necessário observar as situações fáticas já consumadas e que não podem ser desfeitas sem causar um dano significativo. Para a professora,

27 MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 2024. p. 27

28 *Idem*.

"quem age de acordo com a lei, age confiando, de boa-fé"[29] e por isso é importante garantir a manutenção do estado jurídico anteriormente conquistado, prezando pela segurança do jurisdicionado.

Conforme já preceituado pelos professores Humberto Dalla e Gustavo Abdalla (2024, p. 626-627), a quebra da confiança para com o Poder Judiciário –e, consequentemente, com o Estado– pode levar tanto à perda de investimentos nacionais e internacionais, quanto ao aumento da litigiosidade, gerando danos significativos à sociedade. Os professores entendem que a segurança jurídica é garantida a partir da manutenção da previsibilidade e da estabilidade do sistema jurídico.

Tal dever de estabilidade é tão importante para a sociedade brasileira que se encontra positivado, em conjunto com a segurança jurídica, nos artigos 926 e 927, §3º do Código de Processo Civil, conforme já exposto. Ainda, a LINDB, em seu artigo 30, define o dever de as autoridades públicas atuarem aumentando a segurança jurídica da aplicação de normas perante a população, por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Portanto, o legislador demonstra, reiteradamente, a ideia de respeito à estabilidade e à previsibilidade das decisões proferidas tanto pela administração pública, tribunais de primeiro e segundo grau, quanto pelas Cortes Superiores e Supremas.

Dessa forma, a segurança jurídica deve ser considerada como uma das bases essenciais do Estado exatamente por garantir a confiança dos jurisdicionados na habilidade do Poder Judiciário em resolver seus litígios. Conclui-se, a partir das lições do professor Daniel

29 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71.

Mitidiero (2022, cap. 4), que a violação à interpretação e à jurisprudência das Cortes Supremas seria, portanto, um ato gravíssimo de "insubordinação institucional" e um "duplo e duro golpe no Direito"[30], diante da violação da autoridade da legislação e da interpretação a ela dada pelas Cortes.

4. Conclusão

Diante da análise da técnica da modulação dos efeitos de decisões vinculativas, é possível concluir que este instituto se encontra no centro de uma dinâmica dualista entre estabilidade e evolução do direito. O desenvolvimento de um sistema de precedentes no Brasil segue sendo uma questão muito delicada, que exige não apenas a consolidação de um método decisório uniforme, mas também mecanismos que garantam previsibilidade e proteção à confiança dos jurisdicionados.

Objetivando manter a estabilidade da ordem jurídica e das expectativas sociais, a modulação se mostra como a melhor forma de atender à necessidade de equilíbrio, atualizando o entendimento jurisprudencial sem ferir direitos adquiridos.

Nesse sentido, tendo em vista as origens do nosso sistema jurídico, compreende-se a necessidade de modulação dos efeitos de i. novos entendimentos vinculantes; ii. entendimentos que alterem aquilo que era anteriormente aplicado (*overruling*); e iii. decisões que versem

30 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo, 2022. Capítulo 4, item 3. No mesmo sentido, o professor cita: STJ – HC 274.806/SP – rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6.ª Turma. J. 14.02.2014. DJe 18.02.2014; e STJ – AREsp 634.051/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma. J.: 01.08.2017. DJe: 07.08.2017.

sobre a (in)constitucionalidade de uma norma, a fim de privilegiar a estabilidade e a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Para além de uma ferramenta técnica, é um instrumento que resguarda a legitimidade do Poder Judiciário, reforçando sua função constitucional de garantidor da justiça previsível e coerente. A sua adoção pelos juristas contribui para que a evolução e atualização do entendimento jurisprudencial ocorra de maneira ordenada e compatível com a proteção dos direitos fundamentais.

5. Referências

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Um processo de formação de precedentes: ensaio para celebrar os trinta e cinco anos do STJ*. *In:* MARQUES, Mauro Campbell (coord. geral). *Os 35 anos do Superior Tribunal de Justiça: Volume IV – Direito Processual Civil*. Londrina: Editora Toth, 2024.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. nov. de 2018.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione – Una Prospettiva Comparata.* Milano: Giuffrè, 2015.

GUASTINI, Ricardo. ***Interpretare e Argomentare***. Milano: Giuffrè, 2011.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. ***The Common Law*** (1881). Cambridge: Harvard University Press, 1963.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. ***Interpreting precedents: a comparative study***. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MARINELLI, Vincenzo. *Precedente giudiziario*. *In:* ***Enciclopedia del Diritto***. Milano: Giuffrè, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasi, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975.* 3º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. vol. I. São Paulo, Editora RT.

MARTINS-COSTA, Judith.*O Direito Privado como um "Sistema em Construção" – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 753. Julho de 1998. p. 24-48.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente* [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (**distinguishing**) e da distinção inconsistente (**inconsistent distinguishing**)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 248. Out/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. ABDALLA, Gustavo. A Necessária Procedimentalização do Instituto da Modulação de Efeitos. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella (et. al.). *Sistema Brasileiro de Precedentes: Propostas e Reflexões para seu Aprimoramento*. Londrina: Toth Editora, 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Judicial Rulings with Prospective Effect in Brazilian Law. In: Eva Steiner (Org.). *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions.* Berna: Springer, 2015, v. 1, p. 285-312.

PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law.* 5. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956.

TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

THEODORO Jr., Humberto. ANDRADE, Érico. *O sistema de precedentes brasileiro entre civil law e common law: a edição de súmulas e fixação de teses*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 375. Nov. 2024

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ZANETI Jr., Hermes. *Entendimento dominante, poderes do relator e precedentes no CPC/2015*. *In:* MARQUES, Mauro Campbell (coord. geral). *Os 35 anos do Superior Tribunal de Justiça: Volume IV – Direito Processual Civil*. Londrina: Editora Toth, 2024.

Execução da sentença de obrigação de pagar no Brasil e na Iberoamérica: procedimento direto e eficácia mandamental

Enforcement of judgment ordering payment in Brazil and Ibero-America: direct procedure and imperative order

Mateus Simioni de Bittencourt
Mestrando em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Paraná.
Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumo: Busca-se examinar a distinção entre sentenças condenatórias e mandamentais e o procedimento de cumprimento das sentenças relativas às obrigações de pagar quantia. A pesquisa se dá a partir da proporcionalidade panprocessual e da efetividade da tutela jurisdicional. Foi investigada a legislação brasileira e de países ibero-americanos, concluindo-se pela necessidade de eficácia mandamental à sentença que impõe pagamento, garantindo efetividade e respeito ao comando estatal, superando a atual dependência da iniciativa do credor presente na grande maioria da Iberoamérica.

Palavras chave: Processo civil; eficácia da sentença; obrigações de pagar; execução de sentença.

Abstract: The research seeks to analyze distinctions between condemnatory and imperative judicial orders, and the enforcement procedure for judgments imposing the payment of a monetary obligation. The analysis is based on the principles of pan-procedural proportionality and the effectiveness of judicial processes. Brazilian and Ibero-American legislation were investigated, leading to the conclusion that imperative order should be granted to judgments about payment, ensuring enforceability and respect for state authority, and overcoming the current reliance on the creditor's initiative prevalent in most of Ibero-America.

Keywords: Civil procedure; rulings efficacy; obligations to pay; judgment enforcement.

Sumario: 1. Introdução. 2. Classificação das ações e a ação condenatória. 3. Execução de sentenças civis e a dicotomia entre processo de conhecimento e de execução. 3.1. O Código de Processo Civil do Brasil de 1973 e o processo de execução. 3.2. O CPC do Brasil de 2015 e o cumprimento de sentença. 3.3. A execução de sentenças de pagar quantia no direito comparado. 4. A proporcionalidade panprocessual e a efetividade no cumprimento de sentença. 5. A condenação em obrigação de pagar quantia, a sentença mandamental brasileira e o *amparo* latino-americano. 6. Proposições para maior efetividade do cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Essa pesquisa foi inicialmente proposta em versão reduzida para as XVIII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual que aconteceram em Lima, em maio de 2025. O seu objetivo é analisar a eficácia da sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa no Brasil, e o modelo adotado para seu cumprimento, em comparação com as sentenças relativas às demais espécies de obrigações. Ainda, também pretende-se investigar o modelo de execuções de sentenças civis nos demais países da Iberoamérica.

Busca-se compreender como se dá o início do cumprimento dessas decisões, com especial atenção à existência (ou não) de procedimento direto de execução e à presença de eficácia mandamental. Foi adotada a premissa de que a satisfação do direito material não é obtida com o simples reconhecimento do direito, dependendo de instrumentos aptos para a sua concretização, à luz da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional, bem como da noção de proporcionalidade panprocessual, que impõe racionalidade no uso dos recursos públicos destinados à atividade jurisdicional.

A pesquisa se vale do método hipotético-dedutivo, com formulação e teste de hipóteses a partir da legislação e da doutrina, e do método comparativo, examinando o regramento processual dos demais países ibero-americanos, com tradição histórica e cultural semelhante[1].

1 Sobre as semelhanças, apesar das particularidades de cada país: "Una perspectiva diversificadora de las repúblicas que integran la región denominada Iberoamérica, América Latina o Hispanoamérica, podría conducir a la afirmación de que cada una de ellas es muy diferente de las otras, por lo que no se puede intentar una visión de ellas en su conjunto. Es evidente que esas diferencias existen, pues cada una de las repúblicas ha tenido su

2. Classificação das ações e a ação condenatória

Conforme sistematizado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[2], existem duas principais correntes, na doutrina processual brasileira, a respeito da eficácia da sentença do processo de conhecimento.

A primeira, marcada por Cândido Rangel Dinamarco[3] e Humberto Theodoro Jr.[4], defende que apenas haveria três classificações de sentença: declaratória, constitutiva e condenatória. Essa classificação leva em conta o bem jurídico tutelado e tem natureza eminente processual, como concretas iniciativas de pedir a tutela jurisdicional.

Para os referidos autores, não se justifica a existência de classificação autônoma, ao lado dessas três, para as sentenças executivas e mandamentais.

Isso porque ambas são essencialmente condenatórias, declarando a situação jurídica e ordenando uma prestação. Assim, o que diverge é a forma de realizar a pretensão, de executá-la, de modo que a diferença reside na forma de execução e no respectivo procedimento[5].

---

propio desarrollo histórico, pero hay datos esenciales que se advierten ellas, los cuales han dado lugar a estudios históricos, sociológicos y políticos que se enfocan al estudio global de los países de la región". FAVELA, José Ovalle, Coordinación y Consideraciones Generales: Una Visión de Iberoamerica, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4, jul./dez. 2016, p. 135-150, item 1.

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O problema da eficácia da sentença, in *Revista de Processo*, v. 112, out/dez. 2003, p. 9-22.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2 ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

4 THEODORO JR., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 39 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003.

5 THEODORO JR., *Curso de Direito Processual Civil*, *op. cit.,* p. 470.

No mesmo sentido, Dinamarco[6] explica que a sentença mandamental é título para execução forçada tal qual a condenação ordinária, sendo que "a diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento". Nesses casos, o comando contido nas sentenças é de tal intensidade que autoriza o juiz, "ainda no processo de conhecimento e sem necessidade de propositura ou instalação do executivo" a adotar medidas para a satisfação do direito do vencedor. Assim, as sentenças condenatórias que comportam execução no mesmo processo seriam uma subclasse das sentenças condenatórias em sentido amplo[7].

De outro lado, estaria a corrente iniciada por Pontes de Miranda[8] e Ovídio Baptista da Silva[9], que parte da teoria do alagoano de que o "conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípuo do processo é a realização do direito objetivo"[10].

Assim, a classificação das ações seria quinária. Quanto à sentença mandamental e executiva, Ovídio da Silva expõe que é aquela em que o sujeito "tenha por objeto obter, desde logo, a realização do direito litigioso no processo de conhecimento, mediante um ato de execução praticado pelo juízo, ou através de um simples mandado ou ordem que o magistrado emita", diferindo, dessa forma, da sentença

6 DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual...*, *op. cit.,* p. 242-243.

7 *Ibidem*, p. 245.

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações,* v. 1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

9 SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 5 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

10 PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, *op. cit.*, p. 126.

condenatória, que "colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação"[11].

No mesmo sentido, sobre a sentença mandamental, Pontes de Miranda explica que essa "prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratiquem. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento"[12].

Tais correntes divergem, na verdade, sobre a concepção de ação, eis que a primeira se filia à chamada corrente concretista da teoria da ação, enquanto a segunda entende a ação como abstrata e una.

Partindo dessa concepção de Ovídio da Silva, de que a ação é uma e abstrata, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira constata a insuficiência da vinculação a fatores unicamente processuais, ainda que essa ação abstrata "parece não levar na devida conta que as diversas formas procedimentais reagem também sobre a ação, o agir em juízo, determinando poderes, faculdades e ônus diversos"[13].

Assim, Carlos Oliveira estabelece que não é possível "assentar a eficácia da sentença apenas em considerações de ordem processual e muito menos se confundir com a ação de direito material"[14], para concluir que a eficácia da sentença é uma forma da tutela jurisdicional, decorrente do pedido formulado e das exceções feitas pelo réu, devendo ser dada preferência àquela que conceda maior efetividade[15] possível ao direito tutelado.

---

11 SILVA, *Curso de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 112.

12 PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, *op. cit.*, p. 122.

13 OLIVEIRA, *O problema da eficácia...*, *op. cit.*, p. 9-22.

14 OLIVEIRA, *O problema da eficácia...*, *op. cit.*

15 MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

Nesse contexto, o autor se filia à divisão quinária, ressaltando, em relação às sentenças mandamentais e executivas, que "não parece adequado confundi-las com a tutela condenatória sob o argumento de que esta também contém ordem de prestação, variando apenas a forma de realização", o que se dá porque "a sentença condenatória não contém ordem de cumprimento da prestação, mas somente juízo de reprovação"[16].

Para a sequência deste trabalho, é valiosa a constatação feita pelo autor de que a sentença condenatória "trata-se apenas de exortação ao cumprimento da obrigação, tanto é assim que o descumprimento não está sujeito a qualquer sanção penal ou civil"[17]. Isso porque a sentença condenatória será analisada, justamente à luz da efetividade, para verificar se ainda é válida sua concepção como mero juízo de reprovação, em qualquer sanção por descumprimento.

3. Execução de sentenças civis e a dicotomia entre processo de conhecimento e de execução

A análise começará pela investigação do modo de execução de sentenças civis, no direito brasileiro e, na sequência, no direito comparado na Iberoamérica. Pretende-se investigar, especialmente, se a execução da sentença se dá no mesmo processo ou se há uma separação (dicotomia) entre processo de conhecimento e processo de execução. Além disso, também será abordada eventual possibilidade (ou não) de cumprimento da sentença de obrigação de pagar quantia diretamente sem requerimento específico.

16 OLIVEIRA, *O problema da eficácia...*, *op. cit.*

17 OLIVEIRA, *O problema da eficácia...*, *op. cit.*

A questão possui grande relevância, especialmente diante do entendimento de que a tutela jurisdicional é realmente efetiva quando se conclui a execução do que foi reconhecido na decisão final do processo, revestida de coisa julgada[18]. De fato, sabe-se que "conhecimento e declaração sem execução –proclamou Couture– é academia e não processo"[19].

3.1. O Código de Processo Civil do Brasil de 1973 e o processo de execução

O Código de Processo Civil do Brasil de 1973, em sua redação original, previa a exigência de dois processos para a concretização da pretensão de cobrar quantia certa: não bastava a conclusão de que o autor possuía razão, sendo necessário também que este ingressasse com novo processo para a cobrança.

Assim, o processo de execução era baseado em título executivo, fosse ele judicial ou extrajudicial (art. 583, CPC/73, redação original). Dentre os títulos executivos judiciais, a lei previa, em especial, a "sentença condenatória proferida no processo civil" (art. 584, inciso I).

Essa separação entre processos de conhecimento e de execução levou à ideia de que a condenação se resumia em uma execução obrigacional mutilada, em razão dessa dicotomia, e que não propiciava

18 SÁNCHEZ, Luis Alberto Hierro, Implicaciones procesales de la consagración de la tutela judicial efectiva en la nueva constitución cubana, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 10, jul./dez. 2019, p. 63-82, item 3.1.3.

19 BRASIL, Câmara dos Deputados, *Projeto de Lei nº 3.253/2004*, https://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3253&intAnoProp=2004&intParteProp=1#/: acesso em: 11 dez. 2024, p. 9.

satisfação ao autor, mas limitava-se a produzir uma exortação ("ou seja, pouco mais que um convite") ao cumprimento da prestação[20].

Essa sistemática remontava ao direito romano, no qual –baseado na ideia de que era necessário conhecer as razões do devedor antes da execução– a sentença condenatória era proferida, aguardava-se o decurso de prazo (*tempo iudicati*) e, após, o credor deveria promover nova ação (*actio iudicati*), o que restou mantido até a época imperial romana (processos *extra ordinem ordinem*)[21].

Tal diferenciação remonta à concepção de que "não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente"[22], o que era baseado na influência da figura da *condemnatio* romana e na herança da figura do juiz romano inerte e sem autoridade[23].

Acerca da influência romana, tem-se que é marcante a remanescente diferenciação do cumprimento da sentença de acordo com a obrigação nela contida –se de pagar quantia ou de fazer, não fazer ou entregar coisa.

De fato, o direito romano na era pretoriana viu uma evolução, em que o pretor, diante da insuficiência do antigo *jus civile*, inovou e criou um direito mais humano e de acordo com a realidade social da época. Foi nesse contexto que surgiram os interditos, descritos por

20 MITIDIERO, Daniel, A pretensão de condenação, in *Revista de Processo*, v. 129, nov. 2005, p. 50-65, item 6.

21 LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de execução*, 5 ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1986, p. 12.

22 LIEBMAN, *Processo de execução, op. cit.,* p. 16.

23 ARENHART, Sérgio Cruz, Tutela atípica de prestações pecuniárias. Porque ainda aceitar o "é ruim, mas eu gosto"?, in *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 141-167.

Gaio pela ideia de que, quando é ordenada a exibição ou a restituição de um bem, expede-se um decreto; de outro lado, quando se determina uma obrigação de fazer ou não fazer, expede um interdito –cujo vocábulo ainda está presente no "interdito proibitório", um dos três interditos romanos segundo a classificação de Gaio[24]. A característica marcante dos interditos era que, julgado procedente, resolvia-se em um comando ou proibição emanado diretamente do pretor, sem nomeação de *iudex*[25].

Isso foi marcante no direito romano tardio, em que se expandiu o uso da *condemnatio* em razão da ampliação da noção de *obligatio*. Com a aproximação entre direitos reais e obrigacionais e a ideia de que todo direito posto em juízo se transforma em obrigação, esqueceram-se dos interditos –que permitiam tutela rápida e exercício de *imperium*– e privilegiou-se a condenação, mero acertamento do direito sem a efetiva atuação do poder estatal[26]. Ovídio Baptista da Silva chamou esse momento de privatização da justiça que se tornava assunto entre credores e devedores, o que decorreu da supressão, pelo direito imperial burocrático, dos interditos no período tardio[27].

---

24 MEIRA, Silvio, Delineamentos históricos do processo civil romano, in *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 98, abr./jun., 1988, p. 257-286, p. 278.

25 CHOEN-KOPLIN, Klaus, *Fundamentos histórico-doutrinários da sentença mandamental: dos interditos às ordens, da tutela jurisdicional à tutela dos direitos*, 1 ed., Marcial Pons, São Paulo, 2023, p. 51.

26 ARENHART, Sérgio Cruz, Sentença condenatória para quê?, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010, p. 619-621.

27 SILVA, Ovídio Baptista da, "Ação" e ações na história do processo civil moderno, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo

A dicotomia presente no CPC brasileiro de 1973 foi superada pela Lei nº 11.232 de 2005, proposta pelo Poder Executivo com base em anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, subscrito e apoiado pelo então Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos, que anotou acreditar que "se aceito [o projeto], estará o Brasil adotando uma sistemática mais célere, menos onerosa e mais eficiente às execuções de sentença"[28].

Assim, o anteprojeto propunha algumas alterações significativas, dentre elas a seguinte: "a efetivação forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus iudicati*, sem necessidade de um 'processo autônomo' de execução"[29]. Como justificativa, apontava-se que se estava a buscar eficiência em brevidade, ainda que se afastando de princípios teóricos e alterando as cargas da eficácia da sentença condenatória, cuja executividade passava ao primeiro plano[30].

O cumprimento de sentença incluído pela referida Lei previa que regramento particular: o devedor era condenado ao pagamento de quantia certa no prazo de quinze dias e, não o fazendo, incidia multa de 10%; com o inadimplemento, podia-se desde já (sem necessidade de intimação para pagamento) expedir-se mandado de penhora e avaliação, esse sim a pedido do credor (art. 475-J).

Era do auto de penhora que o executado era intimado para, em quinze dias, apresentar impugnação (art. 475-J, §1º), a qual poderia

Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010, p. 450-451.

28 BRASIL, *Projeto de Lei nº 3.253/2004, op. cit.*

29 BRASIL, *Projeto de Lei nº 3.253/2004, op. cit.*

30 BRASIL, *Projeto de Lei nº 3.253/2004, op. cit.*

versar sobre falta ou nulidade de citação, inexigibilidade do título, penhora ou avaliação incorretas, ilegitimidade das partes, excesso de cobrança e qualquer outra causa impeditiva, modificativa ou extinta da obrigação superveniente à sentença.

Referida alteração foi alvo de críticas quanto aos conceitos terminologias adotadas[31], especialmente em relação aos termos "cumprimento de sentença" e "execução", hoje já enraizados no vocabulário jurídico brasileiro. Isso levou à constatação de que "para todos os fins, a palavra 'execução' e a expressão 'cumprimento da sentença' podem e devem ser tidas como sinônimas"[32], como parece hoje ter se adotado.

Embora o caput do art. 475-J previsse que a multa pela falta de pagamento seria aplicável "caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias", logo passou-se a entender que o requerimento de execução era indispensável para a incidência da multa, já que o "direito processual civil brasileiro ainda não adotou a execução por iniciativa do juiz"[33]. Por outro lado, também se viu a defesa de que a "ideia de impor uma multa ao não cumprimento espontâneo na execução de

31 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Observações sobre a estrutura e a terminologia do CPC após as reformas das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, in *Revista de Processo*, v. 154, dez. 2007, p. 11-21.

32 BUENO, Cassio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 68.

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos, Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, jan/jun., 2007, p. 247-257, item 4. Mas o autor reconhece a necessidade dessa alteração no cumprimento de sentença: "A execução por obra do juiz tem grande importância na atualidade, já que permite superar ainda mais a ultrapassada *hendíadis* condenação-execução. Apresenta-se aqui uma solução *de lege ferenda*" (Ibid., nota 6).

quantia certa, mostra-se medida acertada", a qual "se coaduna com a inovação trazida pelo princípio da celeridade processual"[34].

Verificou-se, inclusive, divergência de entendimentos dentre as Turmas do STJ a respeito do termo inicial da multa por inadimplemento da condenação. Uma corrente defendia que não era necessária nova intimação do devedor, bastando a publicação do julgado na imprensa oficial[35]. De outro lado, entendia-se que "a fase de cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão", de modo que era necessária a intimação do advogado do devedor a respeito dessa fase de cumprimento para viabilizar a incidência da multa[36].

Portanto, houve aparente intenção do legislador em, além de superar a dicotomia que exigia a necessidade de novo processo (o que atribuiria eficácia executiva à sentença condenatória), também de tornar a sentença condenatória em mandamental –isto é, impositiva ao devedor independente de nova provocação do Poder Judiciário pelo credor, impondo-se pela autoridade do juiz– conforme será analisado na sequência. É certo que a alteração legislativa em questão ainda relegava à exclusiva iniciativa do exequente a penhora de bens

34 CIRNE, Mariana Barbosa, A reforma da Lei 11.232/2005 e multa do art. 475-J: finalmente, qual é o termo inicial?, in *Revista de Processo*, v. 188, out. 2010, p. 175-193, item 4.

35 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, *REsp 1.128.314/RJ*, Rel. Min. Castro Meira, DJ 30 set. 2009. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, *AgRg no REsp 1.080.716/RJ*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 21 out. 2009. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, *REsp 954.859/RJ*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 16 ago. 2007.

36 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, *AgRg no Ag 1.058.769/RS*, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 30 nov. 2009.

do devedor, após o inadimplemento, com certa carga contra à eficácia mandamental.

3.2. O CPC do Brasil de 2015 e o cumprimento de sentença

De outro lado, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 seguiu com a unificação do processo de conhecimento e execução, mas dispôs que o cumprimento da sentença de condenação em quantia certa "far-se-á a requerimento do exequente" (Art. 523). Desse modo, após a vigência do CPC do Brasil de 2015, a doutrina passou a observar que este, de forma expressa e "em boa hora, põe fim à prolongada polêmica doutrinária e jurisprudencial quanto à exigência ou não de manifestação do exequente para dar início ao cumprimento de sentença"[37].

Entretanto, percebe-se que manteve maior eficácia mandamental para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, com possibilidade de o juiz determinar de ofício medidas para a satisfação do direito, como multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, entre outras (§1º do art. 536). Além disso, há previsão de incidência do executado em litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem (art. 536, §3º), sendo que tal multa por litigância de má-fé não afasta sua responsabilização por crime de desobediência (art. 536, §3º). Ainda, dispõe o CPC/15 que a multa incide independente de requerimento da parte (art. 537).

Nesse sentido, a doutrina observa que o cumprimento das sentenças relativas a obrigações de fazer ou de não fazer não depende de requerimento e devem ser guiadas pela "efetivação da tutela específi-

37 CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. 8, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, art. 513, item 2.

ca ou pela obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, em uma verdadeira cláusula geral dos meios executivos"[38].

Isso implica em uma superação da relevância da divisão das eficácias da sentença (condenatória, declaratória, constitutiva, executiva e mandamental), eis que o CPC, privilegiando o direito material para disciplinar a tutela que este terá, adotou sistemática em que o critério para cumprimento da sentença é a natureza da obrigação nela reconhecida[39], conforme já vem se observando desde a Lei 11.232/2005, com disposição semelhante à do art. 515 do atual CPC de 2015.

3.3. A execução de sentenças de pagar quantia no direito comparado

O Código de Procedimento Civil colombiano (1970[40]) possui previsão semelhante ao brasileiro, especialmente no artigo 335, com redação dada pelo Decreto nº 2282/1989, no sentido de que o cumprimento de sentenças que condenem ao pagamento de quantia, entrega de coisa ou em obrigação de fazer, serão promovidos pelo credor, no mesmo processo. A diferença com o Direito Brasileiro reside, portanto, na mesma exigência de iniciativa do credor nas obrigações de fazer e entregar coisa.

No direito peruano, o Código Processual Civil (1993) inicialmente previa que a execução das resoluções judiciais se daria

38 MACEDO, Lucas Buril de, Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia, in *Revista de Processo*, v. 250, dez. 2015, item 2.

39 MACEDO, *Procedimento para cumprimento...*, *op. cit.*

40 As datas aqui referidas são da promulgação inicial dos Códigos e diplomas legais atualmente vigentes, valendo-se da versão atualizada com as redações das normas dadas por eventuais reformas ocorridas.

por "pedido da parte" (art. 13). Embora o artigo tenha sido revogado, é certo que igual disposição é verificada no artigo 716, versando especialmente acerca de execuções de quantia certa. Portanto, ao menos essas, tal como no Brasil, são sujeitas à iniciativa do credor.

Já a Lei de Processo Civil da Espanha (2000) prevê, em igual sentido, que só será despachada execução a pedido da parte (art. 549). Não é diferente o Código de Processo Civil português (2013), dispondo que a execução da sentença se dá mediante apresentação de requerimento executivo no processo em que ela foi proferida (art. 85). No direito do principado de Andorra[41] existe a mesma previsão em seu Código de Procedimento Civil (2018), que dispõe que a execução forçada da sentença condenatória inicia mediante uma demanda ou uma solicitação de execução (art. 384, em tradução literal).

Na Argentina também se vê a necessidade de pedido da parte para execução de sentenças, conforme previsto no Código Processual Civil e Comercial da Nação de 1981 (art. 499), assim como acontece no México (art. 400 do Código Federal de Procedimentos Civis de

41 Sobre sua consideração como parte da Iberoamérica: "Se ha considerado como parte de Iberoamérica (además de España y Portugal) al Principado de Andorra, ya que recientemente fue aceptado como miembro de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, a partir de la Declaración de Salamanca del 15 de octubre de 2005. Asimismo, fue reconocida en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en República Dominicana (21-22, junio de 2006). De igual forma, desde hace algunos años participa en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, en la cual acuden los Presidentes de los Tribunales y Salas Constitucionales de Iberoamérica". MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado), in *Revista de Processo*, v. 143, jan. 2007, p. 79-114, nota 40.

1943)[42]. O Código Processual Civil da Bolívia (2013) igualmente dispõe que as sentenças se executam somente por iniciativa da parte (art. 397), assim como o do Paraguai (1988, art. 519) e o Código Geral de Processo do Uruguai (1988, art. 371 e art. 397.1).

A Venezuela possui um Código de Procedimento Civil que se diz de 1990 –data da sua última reforma. Entretanto, é o mesmo diploma vigente desde 1986 e que, em sua essência, remonta ao Código de Procedimento de 1873, sendo um dos poucos instrumentos jurídicos anteriores à Constituição de 1999 ainda vigentes, ao contrário dos demais códigos processuais (penal, trabalhista, administrativo e de proteção de crianças e adolescentes)[43]. Dispõe de forma expressa que a execução da sentença se inicia a pedido da parte interessada no seu cumprimento (art. 524). Cuba, com o Código de Processos de 2021, também expressamente prevê que o cumprimento de resoluções judiciais depende de petição do credor (art. 455).

No mesmo sentido, o direito de El Salvador dispõe que a execução forçada depende de iniciativa de quem pretende executar (art. 570, Código Processual Civil e Mercantil de 2008). Na Guatemala também se exige o requerimento do credor, conforme o Código Processual, Civil e Mercantil de 1963 (art. 295, aplicável à execução de sentença em razão do art. 340). O Código Processual Civil da Nicará-

42 A despeito da competência legislativa das províncias argentinas e dos estados mexicanos acerca de direito processual civil, não serão analisados os Códigos provinciais e estaduais, focando-se na legislação nacional, a fim de delimitar a abrangência da análise comparada feita.

43 HERNÁNDEZ, José Angel Cornielles, Código de Procedimeinto Civil venezolano "de 1990" y el Código de Processo Civil brasileño de 2015: eventuales aportes del ordenamiento jurídico brasileño al proceso venezolano, in *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, 2017, p. 130-131.

gua (2015) é expresso em prever que a execução forçada de sentenças depende de iniciativa (art. 614).

No Código Processual Civil de Honduras (2006) dispõe-se que a execução forçada de decisões judiciais (que parecem ser os únicos títulos executivos possíveis –art. 751) depende da solicitação da parte credora (art. 757). No Panamá a execução de sentenças também depende de iniciativa da parte, conforme se percebe da previsão de que, não postulado o cumprimento em seis meses, a parte credora terá que entrar com processo de execução autônomo, arquivando-se o expediente do primeiro processo (Código Processual Civil de 2023, art. 291). Entretanto, para execuções de sentenças que condenam em obrigação de não fazer, o descumprimento permite sanção por desacato (art. 297).

A República Dominicana possui processo de execução de sentenças revestido de etapas burocráticas, a despeito da recente edição do Código de Procedimento Civil (2016). Há a necessidade de um juízo de verificação de cumprimento do devido processo legal (art. 724), verificando com cópia certificada da sentença (art. 492 e art. 494) e de certidão de que não pende recurso que impeça a eficácia (art. 724, item 5; art. 495). Esse juízo de verificação da legalidade e da executoriedade da sentença depende de iniciativa do credor (art. 723).

A Costa Rica parece adotar o mesmo sistema brasileiro, com possibilidade de execução de ofício em caso de sentenças de obrigações não pecuniárias, especialmente na obrigação de não fazer (art. 150[44], Código Processual Civil de 2016), ao contrário das execuções de sentenças de condenação em quantia, as quais dependem da solicitação do vencedor (art. 146).

44 "Si se incumpliera la obligación de no hacer, el tribunal tomará las medidas para lograr la efectividad de lo resuelto (...)".

Já o Chile exige pedido para iniciar o cumprimento de sentença (art. 233), mas caso não seja contestado (ou rejeitada eventual oposição), permite que as execuções de sentenças de pagar quantia sejam conduzidas de ofício. Nesse sentido, o art. 235, item 3º, do Código Processual Civil (1902) prevê que se a sentença mandar pagar uma quantia em dinheiro, será ordenado o pagamento ao credor, sem mais formalidades –após o pedido de cumprimento não ter sido impugnado ou a impugnação ter sido rejeitada.

O Equador, em seu Código de Orgânico General de Processos (COGEP, 2015), prevê que as execuções de sentenças serão iniciadas de ofício, ao prever que não é necessária a solicitação inicial de execução quando o título for sentença transitada em julgado ("ejecutoriada"), conforme artigo 370. Isso é reforçado pela disposição de que o início da execução de sentença definitiva é "direto", sem necessidade da solicitação do credor (art. 371).

Verificou-se essa peculiaridade na legislação do Equador, com a ausência de disposição clara e expressa de que a execução seria iniciada independente de requerimento do credor –talvez pela própria cultura já ter assimilado a execução direta como natural, eis que semelhante disposição legal já havia no Código de Procedimento Civil (2005), revogado e substituído pelo COGEP. Por isso, realizou-se busca de estudos daquele país sobre o tema, percebendo que realmente é admitida a execução da sentença com início direto e de ofício pelo juiz. Isso porque o artigo 371 do COGEP dispõe que o início da execução pode ter origem na solicitação de execução do credor, prevista no artigo 370 –para execuções de títulos extrajudiciais– ou diretamente, se for decorrente de sentença definitiva[45].

45 Tradução livre de: "El artículo 371 del COGEP trata sobre el inicio de la ejecución, tanto como si esta tenga su origen en la solicitud de ejecución prevista en el artículo 370 del mismo cuerpo normativo o si directamen-

A necessidade de novo requerimento para execução da sentença –que já requereu o reconhecimento da obrigação de pagar no início do processo de conhecimento– está contemplada, inclusive, no Código Processual Civil Modelo para Iberoamérica (1988), o qual dispõe que "sólo procederá la ejecución de sentencia a pedido de parte interessada (...)" (art. 317).

Portanto, tem-se que a ausência de eficácia mandamental, com procedimento executivo realmente direto é questão comum na Iberoamérica, conforme a legislação processual dos países analisados, além do mencionado Código Modelo.

Nesse sentido, a grande maioria dos países ibero-americanos adotam, assim como o Brasil, um modelo que exige a iniciativa do credor para dar início à execução da sentença de pagar quantia, mesmo após o reconhecimento judicial do direito, podendo-se sistematizar no seguinte sentido:

- Apenas a República Dominicana e o Panamá (neste último, quando ultrapassado o prazo de seis meses sem requerimento do credor) mantêm uma divisão formal entre processo de conhecimento e processo de execução, impondo a instauração de procedimento autônomo.
- Alguns países conferem **certa eficácia mandamental às sentenças judiciais**: a **Costa Rica**, admite execução de ofício para as obrigações de fazer e não fazer, exigindo requerimento apenas nas condenações ao pagamento de quantia (como ocorre no

te se trate de ejecución de sentencia ejecutoriada". JALÓN, Oscar Andrés Guerrero, *El procedimiento de ejecución regulado en el Código Orgánico General de Procesos*, Dissertação de Mestrado em Direito (ênfase em Direito Processual), Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2020, p. 91.

Brasil); o **Chile exige requerimento inicial do credor, mas –superada a fase de impugnação do devedor–** permite que a execução seja conduzida de ofício (inclusive para obrigações de pagar); o **Panamá** apresenta uma eficácia mandamental mais restrita, limitada à possibilidade de que o descumprimento de sentença que imponha obrigação de não fazer seja sancionado como desacato.

- O Equador possui efetivo procedimento direto, que é iniciado de ofício e independente de requerimento da parte.

4. A proporcionalidade panprocessual e a efetividade no cumprimento de sentença

Como se viu, na sistemática do CPC de 2015 as sentenças de relativas à obrigação de pagar quantia possuem eficácia restrita, dependendo de novo requerimento de cumprimento pelo credor, o que não se vê nos casos de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Além disso, seu descumprimento injustificado não configura crime de desobediência e tampouco litigância de má-fé, automaticamente.

Percebe-se que essa lógica, além de ser decorrente de um paradigma histórico –grande proteção à posse e outras obrigações, quando se permite tutela jurisdicional célere e postura proativa do juiz, em oposição à tutela jurisdicional ineficiente das obrigações de pagar quantia, marcadas por um juiz totalmente inerte– parecem (i) violar efetividade da tutela jurisdicional ao vencedor e (ii) vai ao revés da proporcionalidade panprocessual com que se devem ser encarados os processos judiciais.

Fala-se que retardar, de forma injustificada, a concretização da justiça equivale, em verdade, à denegação da justiça[46]. Assim, a intolerância em relação à demora da prestação jurisdicional está intimamente relacionada à conscientização de que a tempestividade da tutela jurisdicional é elemento essencial para garantir, concretamente e de modo efetivo, a inafastabilidade da ação[47].

Justamente em razão da insatisfação com a demora do processo, é que as reformas da legislação processual têm buscado maior celeridade da tutela jurisdicional, tanto no direito comparado[48], como no direito brasileiro. Em âmbito nacional, verifica-se que as reformas da legislação processual cada vez mais afastam o processo de algo conceitual e formal "para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera"[49]. Foi que se viu com as reformas no CPC brasileiro de 1973 anteriormente abordadas.

Nessa concepção de efetividade está diretamente relacionada à tempestividade da tutela jurisdicional, elemento essencial do direito de ação[50], já que esse não é garantido se a estrutura judiciária e, em

46 THEODORO JR, Humberto, Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu., in *Revista de Processo*, v. 157, mar. 2008, p. 129-146.

47 MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência*, 1 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

48 CARPI, Federico, Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 34, n. 1, 1980, p. 239.

49 BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, Tese de concurso de Professor Titular – Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 13.

50 O direito de ação aqui referido é aquele garantido como direito fundamental de acesso à justiça. Sobre o conceito, distinguindo da sua concepção

especial, os procedimentos não demonstram predisposição para proporcionar, de forma adequada, a efetiva tutela jurisdicional[51], já que o Estado deve proporcionar condições materiais para um acesso real ao direito de ação[52]. Nesse sentido, a ação (processual) deve ser compreendida como direito (humano) à justiça, e não simplesmente como a prestação jurisdicional estritamente formal[53].

É dessa compreensão de que a justiça tardia é, em verdade, injustiça, que se inserem as garantidas fundamentais de que será assegurada duração razoável e celeridade do processo, previstas no art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Brasileira[54]. A duração razoável também tem previsão expressa no Pacto de San José da Consta Rica.

E a tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional também se aplicam à execução, inclusive dos títulos judiciais. Nesse sentido,

clássica: "El derecho de acción, como derecho fundamental, tiene eficacia, objetivo y modo de ser que no se confunden con los del tradicional derecho de acción. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como los demás derechos fundamentales, está formado por un abanico de posiciones jurídicas (poder, libertad, derecho a algo, inmunidad), de forma que una perspectiva reduccionista no puede comprenderlo adecuadamente". MARINONI, Luiz Guilherme, Control de la insuficiencia de tutela normativa del derecho fundamental de acción, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, jan./jun. 2015, p. 121-134, nota 1.

51 MARINONI, *Tutela de Urgência..., op. cit., passim.*

52 BENAVENTE, Omar Sumaria, La "constitucionalización" del derecho procesal: significado y contenido del derecho a la tutela jurisdicional, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, jan./jun. 2015, p. 135-159.

53 BERIZONCE, Roberto Omar, Algunos obstáculos al acceso a la justicia, in *Revista de Processo*, v. 68, out./dez. 1992, p. 67-85, item 1. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica,* UNAM, Instituto.de Investigaciones Jurídica, México, 1974, p. 64.

54 THEODORO JR.., *Tutela antecipada..., op. cit.*

sabe-se que as garantias supralegais de devido processo legal (art. 8 do Pacto de San José da Costa Rica; art. 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), incluem o processo de execução dos pronunciamentos judiciais, sob pena de conceber que o ordenamento jurídico de determinado país pode permitir que uma decisão judicial definitiva se torne inoperante, inclusive na demora irrazoável no cumprimento da sentença[55].

Em segundo lugar, no que se refere à proporcionalidade panprocessual, denota-se que pode ser sintetizada como a ideia de que cada caso judicial não pode ser enfrentado individualmente, mas sim dimensionando o esforço estatal com consideração daquele a ser disponibilizado para outros usuários da justiça[56].

Essa lógica decorre da eficiência, princípio constitucional da administração pública (art. 37, Constituição Federal), mas vai além: sua aplicação ao direito processual, em uma lógica panprocessual (como oposto de endoprocessual) exige compreensão do processo como serviço público que demanda recursos escassos, com a necessidade de "aplicar esses recursos de maneira eficiente, considerando não apenas a necessidade do processo singularmente visto, mas também o conjunto das demandas judiciais existentes"[57].

A proporcionalidade endoprocessual seria aquela decorrente da ponderação de princípios constitucionais, baseados em três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É o

55 BERIZONCE, Roberto Omar, El Justo Proceso de Ejecución y la Efectividad de la Tutela Judicial, *Derecho & Sociedad*, n. 41, 2013, p. 280.

56 CAPONI, Remo, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 65, n. 2, 2011, p. 389-403, p. 390.

57 ARENHART, *Tutela atípica de…*, *op. cit.*

que se utiliza no sopesamento de princípios para verificar a constitucionalidade de normas, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil ao decidir que não é exigível autorização prévia para publicação de biografias, em compatibilização dos direitos fundamentais de liberdade de expressão de intimidade[58].

Por outro lado, na proporcionalidade panprocessual tem-se a concepção de que o processo não pode ser examinado considerando apenas o caso em si mesmo. Na verdade, deve ser avaliada, antes "a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço"[59].

Assim, partindo-se do pressuposto da escassez dos recursos públicos, deve-se ter em mente que determinadas causas, em razão da sua natureza, exigem menos ou mais tempo de dedicação que outras, o que deve ser aferido numa combinação entre o valor que é objeto do litígio e a matéria discutida[60].

Acerca do tema, Gustavo Osna expõe que a ideia parte do princípio de que o processo civil não pode ser pensado com base em um conflito isoladamente considerado. Assim, seja na atividade do juiz ou do legislador, seria necessário ponderar "sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, investigando ainda os elementos culturais e políticos que permeiam a jurisdição", de modo que o tempo

58 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, *Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4815*, Relator Ministra Cármen Lúcia, DJ 10 jun. 2015.

59 ARENHART, Sérgio Cruz, *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 38-39.

60 RAGONE, Álvaro Pérez, Tutela Sumaria, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4, jul./dez. 2016, p. 15-60.

destinado a cada processo deve ser considerado de modo que não comprometa a apreciação dos demais[61].

Nesse sentido, Osna e Arenhart desenvolvem a ideia de que o processo, enquanto serviço público, deve ser otimizado sob três dimensões: i) legislativa, em que as leis devem ser criadas com o objetivo de dar adequada resposta ao que contemporaneamente se exige da justiça; ii) estrutural, em que os recursos materiais e humanos devem permitir que o Poder Judiciário exerça sua função com efetividade; e iii) cultural, diretamente relacionada à natureza das demandas judiciais e indiretamente conectada à resposta que pode ser dada pelo Estado-juiz[62].

A proporcionalidade processual foi primeiro adotada no Reino Unido, que a incluiu dentre os objetivos essenciais previstos nas *Civil Procedure Rules* de 1998, mas também já foi expressamente adotada no Canadá, onde pelo menos três provinciais a inseriram nas regras de processo civil, e na Noruega, cujo *Dispute Act* de 2005 impõe que o procedimento e seus custos sejam razoavelmente proporcionais à relevância do caso em julgamento[63].

---

61 OSNA, Gustavo, *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, item 4.1.

62 ARENHART, Sérgio Cruz., OSNA, Gustavo, Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation, in *International Journal of Procedural Law,* n. 4, 2014, p.178-201, item III.B.

63 ARENHART, Sérgio Cruz, *Relendo o Princípio da Demanda: A congruência sob o crivo da proporcionalidade processual*, 1 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2025, p. 78-84 e 89-81. Citados pelo autor, especificamente sobre o direito inglês: SORABJI, Jhon. English civil justice: another attempt at a new approach to Justice, in *Revista de Processo,* n. 243, maio. 2015. Sobre o direito canadense: PICHÉ, Catherine, Lá proportionnalité procédurale: une perspective comparative, in *Reveu de droit de l'Université de Sherbrooke,*

Por fim, verifica-se que proporcionalidade processual não depende de uma análise simples entre custo-eficiência, mas inclui também a importância e complexidade do caso, sendo necessário que a análise proporcional do processo inclua os fundamentos e o impacto, nos litigantes e na sociedade como um todo, da causa em julgamento[64].

5. A condenação em obrigação de pagar quantia, a sentença mandamental brasileira e o *amparo* latino-americano

Sabe-se que a sentença mandamental tem como essência a emanação de determinada ordem dirigida a alguém, atuável mediante coerção, e com caracterização de ato de império da função jurisdicional[65].

Conforme expõe Barbosa Moreira, a ideia de sentença mandamental foi primeiro usada por Pontes de Miranda, em referência a *Anordnungsurteil* do direito alemão, cuja tradução mais original resultaria em sentença ordenatória, mas Pontes de Miranda preferiu o adjetivo mandamental. Mas lhe empregou sentido mais amplo do que possuía o instituto alemão, restrito para órgãos públicos externos ao processo[66].

n. 40, 2009-2010. E, finalmente, sobre o direito norueguês: BACKER, Inge Lorange, Goals of civil justice in Norway: readiness for a pragmatic reform, in UZELAC, Alan (coord.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial sistems,* Springer, Heidelberg, 2014.

64 CAMPOS, Santiago Pereira, Proporcionalidade processual e justiça civil: tempo de mudanças, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022, p. 1237.

65 MITIDIERO, *A pretensão de condenação*, *op. cit.*

66 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil, in *Revista de Processo,* v. 97, jan./mar., 2000, p. 251-264, itens 2-6.

Daí porque defende-se que a ação mandamental brasileira possui muito mais similitude com os interditos da tradição românica do que com o direito alemão, não obstante a concepção mais atual da tutela mandamental, que adveio após as reformas do CPC de 1973 e da edição do CPC de 2015, possua elementos do direito anglo-saxão[67]. De fato, verificam-se "pontos de contato" entre a mandamentalidade do Brasil e os institutos americanos de *contempt of court, writs* e *injunctions,* especialmente na versão brasileira do *writ of mandamus*: o mandado de segurança[68].

O mesmo se observa com o *amparo*, com origem do direito hispânico da idade média, e que tinha três significados clássicos: recurso contra decisões judiciais, procedimento sumário de proteção da liberdade individual e interdito proibitório. E verifica-se incidência do *amparo* em todas suas concepções na América Latina, desde recurso contra decisões judiciais (no México) até o procedimento sumário de proteção de direitos fundamentais, com três modelos: (i) restrito ao direito de liberdade, similar ao *habeas corpus* brasileiro (Chile); (ii) para proteção dos direitos fundamentais com exceção do de liberdade, similar ao mandado de segurança do Brasil (Costa Rica, El Salvador, Panamá, Bolívia e Paraguai); e (iii) para, além de proteger todos os direitos fundamentais –inclusive o de liberdade–, permitir também o controle de constitucionalidade (Guatemala, Honduras, Nicarágua,

67 CHOEN-KOPLIN, *Fundamentos histórico-doutrinários..., op. cit., passim.*

68 CHOEN-KOPLIN, *Fundamentos histórico-doutrinários..., op. cit.*, p. 84. Destacando a semelhança da sentença mandamental com o *contempto of court*, mas também com o sistema francês de *astreintes*: RIBEIRO, Darci Guimarães, A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010, p. 116.

México, Argentina e Venezuela)[69]. Conforme expõe Mac-Gregor, toda a Iberoamérica adotou o *amparo* como instituto processual constitucional, seja com previsão expressa[70], implícita[71] ou por via jurisprudencial[72].

69 CRUZ Jr., Jeziel Rodrigues. O "amparo" hispano-americano: uma análise histórico-comparada, in *Revista de Processo*, v. 133, mar. 2006, p. 49-65, item 4. Sobre o instituto de amparo, interessante questão de análise comparada é a sua aplicabilidade em face de particulares, como se verifica no *amparo general* previsto no Código Processual Constitucional da Província de Tucumán na Argentina: ARENHART, Sérgio Cruz, Breves observações sobre o amparo, no Código Processual Constitucional de Tucuman, feitas por um estrangeiro, in *Revista de Processo,* v. 107, jul./set. 2002, p. 97-116, item 2.

70 "A nivel constitucional se prevé en Andorra (arts. 98-c y 102), Argentina (art. 43, párrafos 1 y 2), Bolivia (art. 19), Brasil (art. 5.º, LXIX y LXX), Colombia (art. 86), Costa Rica (art. 48), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España (art. 53.2 y 161.1, b), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (arts. 45 y 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27)". MAC-GREGOR, *El Amparo Iberoamericano..., op. cit.*

71 "En el primer país [Uruguai], sin embargo, se puede desprender de manera implícita del artículo 72, que establece: 'La enunciación de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad'. Así se ha entendido por su doctrina y jurisprudencia, lo que motivó incluso que se expidiera la Ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, que regula de manera detallada la denominada 'acción de amparo". MAC-GREGOR, *El Amparo Iberoamericano..., op. cit.*

72 "República Dominicana es el país que de manera más reciente incorporó la institución vía jurisprudencial, ya que no existe norma constitucional o legal que lo regule. La Suprema Corte de Justicia mediante resolución de 24 de febrero de 1999, decidió aceptar este instituto, al incorporar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, incorporó al derecho positivo interno el precepto internacional que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que

Bem diferenciando a eficácia da sentença mandamental das demais, assim explica Pontes de Miranda: "na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato, que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva." No mesmo sentido, em ampla análise da mandamentalidade no direito brasileiro, Klaus Choen-Koplin conclui que seu elemento definidor é a ordem como eficácia predominante na sentença, sendo capaz de fazer com que o destinatário à cumpra em função do caráter estatal do órgão judicial[73].

Marinoni distingue a sentença executiva da mandamental pelo fato de que aquela abre oportunidade para uma execução, criando os pressupostos para isso; já essa é marcada por uma ordem de cumprimento, mediante o emprego de coerção indireta[74]. Assim, a sentença mandamental viabiliza a "tutela jurisdicional integral", enquanto a condenatória apenas realiza a "tutela pela metade"[75].

---

ampare contra actos que violen derechos fundamentales, derivado de los artículos 3.º y 10 constitucionales que reconocen las fuentes internacionales. La propia Corte estableció un procedimiento y el alcance de protección de la institución no sólo contra actos de autoridad, sino también contra actos de particulares" MAC-GREGOR, *El Amparo Iberoamericano..., op. cit.*

73 CHOEN-KOPLIN, *Fundamentos histórico-doutrinários..., op. cit.*, p. 207.

74 MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 174-175.

75 MARINONI, *Tutela Inibitória...,* op. *cit.,* p. 390. É certo que o autor entende que a mandamentalidade não é atributo da ação, mas sim da tutela jurisdicional, já que não se adota o conceito de ação de direito material: "Há pretensão à tutela jurisdicional do direito –isto é, à tutela inibitória e não à sentença mandamental, por exemplo– e há direito à construção da ação adequada à tutela do direito e ao caso concreto". MARINONI, Luiz Gui-

Cabe destacar que além dos chamados remédios constitucionais brasileiros (*habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança), a mandamentalidade também é verificada em diversos campos, inclusive no direito privado, com ações relativas a direitos da personalidade (com remoção ou inibição do ilícito), a direitos reais (proteção da posse, especialmente) ou mesmo em direitos obrigacionais –nesses últimos limitada às obrigações de fazer e não fazer[76].

Entretanto, tal diferenciação entre as obrigações de pagar e de fazer e não fazer não se justifica à luz de uma interpretação crítica do direito a partir da panprocessualidade e da efetividade. Assim, deve ser empregada a proteção da via mandamental à pretensão pecuniária, sempre que for mais efetiva e adequada do que a via condenatória[77].

Nesse sentido, percebe-se que essa distinção indevida entre as obrigações de pagar e fazer e não fazer ainda faz com que a primeira seja tratada com instrumentos muito semelhantes da *condemnatio* romana. E, a principal demonstração de que, mesmo com as reformas legislativas no CPC de 1973 e a edição do CPC de 2015 –com (i) o fim da dicotomia do processo de conhecimento e de execução e (ii)

lherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 9 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2024, item 5.14. Carlos Alberto Oliveira também adota a ideia de classificação da tutela jurisdicional, embora em sentido diverso (classificando a luz da eficácia da sentença de procedência): OLIVEIRA, *O problema da eficácia...*, *op. cit.* Por fim, para análise ampla da questão, que foge do objeto da pesquisa, veja-se: CHOEN-KOPLIN, *Fundamentos histórico-doutrinários..., op. cit.*, p. 120-143.

76 CHOEN-KOPLIN, *Fundamentos histórico-doutrinários..., op. cit.*, p. 231-233.

77 É a mesma conclusão de Sérgio Cruz Arenhart, destacando-se o seguinte trecho: "É evidente a necessidade de superação desse dogma, como, aliás, já ocorreu com todas as outras formas de prestação. Nada mais justifica esse tratamento distinto dado à pretensão pecuniária". ARENHART, *Sentença condenatória...*, *op. cit.*, p. 629.

a previsão de multa para o não cumprimento voluntário da obrigação– a sentença que reconhece obrigação pecuniária ainda reside no viés condenatório e seu efetivo cumprimento permanece na esfera de disponibilidade do credor[78], não tendo o juiz o poder de impor a satisfação da pretensão por seu próprio ofício[79].

6. Proposições para maior efetividade do cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia

Conforme já verificado, denota-se que a efetividade da tutela jurisdicional –extraída da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal– bem como a proporcionalidade panprocessual que decorre da eficiência administrativa (art. 37, CF), implicam na necessidade de um procedimento de cumprimento de sentença, especialmente nos casos de condenação ao pagamento de quantia, que seja mais racional, impositivo e tempestivo.

Assim, como já acontece nos casos de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia deveria, desde já, fixar a quantia devida e ordenar o pagamento, em prazo especificado, sob pena de incidência das penalidades já existentes, como multa de 10% e honorários sucumbenciais para o procedimento de cumprimento de sentença.

Mas essas penalidades devem ser acrescidas das disponíveis para as demais obrigações: litigância de má-fé e crime de desobediên-

78 Tanto é que essa execução da sentença prescreve caso o credor não a inicie. É o que se acostumou a chamar de *prescrição da pretensão executória* no Brasil, conforme Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

79 ARENHART, *Sentença condenatória...*, *op. cit.*

cia, em caso de inadimplemento injustificado. Isso porque o descumprimento de uma sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar deve ser visto como o descumprimento de uma ordem estatal, decorre do império do juiz, e não apenas como o não atendimento a uma exortação (um pouco mais que um convite).

Além disso, caso ocorra inadimplemento, a execução da sentença deve seguir no mesmo procedimento, sem necessidade de novo requerimento, sendo iniciada e conduzida de ofício[80] e com a imposição, desde já, de todas as medidas necessárias –não apenas expropriatórias, mas também coercitivas e indutivas, inclusive atípicas– conforme previsto nos artigos 536, caput e §1º, e art. 139, IV, ambos do CPC brasileiro.

Seria aquilo que, segundo Ovídio da Silva, se pretendeu com o artigo 461 do CPC de 1973: "uma nova compreensão da função verdadeiramente instrumental do processo, aproximando as ações para cumprimento das obrigações de fazer (...) das ações mandamentais"[81].

E, embora tenha-se anotado anteriormente que o atual modelo de diferenciação dos cumprimentos com base na natureza da obrigação reconhecida em sentença decorra do direito romano, é certo que em determinados períodos daquele império já se reconhecia a gravidade da recalcitrância no pagamento de quantias reconhecidas em processo judicial. De fato, não sendo acolhida a defesa do executado (*infitiatio*), "seria ele condenado ao dobro da quantia fixada no primeiro processo, pois sua atitude não condizera com o respeito e a

80 Nesse sentido: "deveria o legislador ter avançado, permitindo que também a sentença que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia em dinheiro fosse executada na mesma ação, independentemente de nova provocação do credor". MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução e Cumprimento de Sentença*, 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.

81 SILVA, *Curso de Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 149.

probidade que deveria nortear a conduta do cidadão romano perante a sociedade a qual pertencia"[82].

Não se verifica razão, portanto, para que as sentenças relativas às obrigações de pagar quantia também sejam revestidas da mesma eficácia mandamental, tornando-se não mero reconhecimento do crédito privado, mas verdadeiro ato estatal do Poder Judiciário, cujo descumprimento é acompanhado de sanções e sua cobrança deve ser imposta também pelo juiz, eis que o Estado-juiz possui interesse que seus atos sejam observados –sem prejuízo do interesse do particular, que também pode requerer as medidas necessárias para a satisfação do seu crédito.

7. Conclusão

O presente estudo analisou a eficácia das sentenças condenatórias no contexto do direito processual civil brasileiro, com foco específico no procedimento direto e na eficácia mandamental.

Verificou-se a classificação das sentenças como declaratórias, constitutivas, condenatórias e mandamentais (ou eventualmente esta última como uma espécie de condenatória), bem como o histórico do procedimento de cobrança das sentenças judiciais, que remonta aos regramentos do direito romano, com maior proteção à posse, e grande garantia quanto a adoção de medidas indutivas ou coercitivas para cumprimento das condenações ao pagamento de quantia, que segue até hoje.

Analisou-se a reforma legislativa feita pela Lei nº 11.232 de 2005, ainda na vigência do CPC de 1973, que permitia interpretação

82 CRUZ E TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos, *Lições de História do Processo Civil Romano,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 132.

no sentido de que o cumprimento seria iniciado independente de requerimento do credor, que apenas deveria requerer a penhora, caso houvesse inadimplemento.

Na sequência, viu-se que o CPC de 2015 adotou modelo distinto, o qual, ainda que adote processo unificado, remanesce dependendo de novo requerimento do vencedor para que a sentença seja efetivada, com um juiz inerte, mesmo perante o descumprimento de ato emanado pelo Poder Judiciário.

No direito comparado, observa-se que países ibero-americanos, como Colômbia, Peru, Espanha e Portugal, adotam sistemáticas semelhantes, em que a execução da sentença depende de requerimento da parte, reforçando a ausência de eficácia mandamental.

Assim, problematizou-se essa normatização à luz da garantia da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional, bem como a partir de proporcionalidade panprocessual. Enquanto as referidas garantias implicam direito ao credor de que a tutela jurisdicional seja efetivada de modo adequado e com duração razoável, a panproporcionalidade impõe que o juiz enfrente o caso judicial considerando o esforço necessário com os demais casos, bem como pensando na escassez dos recursos públicos.

Essa análise crítica levou à conclusão de que, nos casos de cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia cerca, como já acontece nos casos das demais obrigações, dever-se-ia, desde já, fixar a quantia devida e condenar ao pagamento, em prazo especificado, sob pena de incidência das penalidades já existentes (multa de 10% e honorários sucumbenciais para o procedimento de cumprimento de sentença), acrescidas das penalidades disponíveis para as demais obrigações (litigância de má-fé e crime de desobediência, em caso de inadimplemento injustificado).

Além disso, caso ocorra inadimplemento, o procedimento de execução deve ser deflagrado de ofício e com a imposição, desde já,

de todas as medidas necessárias –não apenas expropriatórias– conforme previsto nos artigos 536, caput e §1º, e art. 139, IV, ambos do CPC.

Percebe-se, dessa forma, que o modelo atual sustenta a diferença entre os verbos mandar e condenar, conforme sistematizado por Carlos Alberto de Oliveira, mas mantém, também, a execução da sentença como calcanhar de Aquiles do processo civil –conforme reconhecido no anteprojeto de lei que deu origem à Lei nº 11.232 de 2005.

Assim, a eficácia mandamental da sentença que reconhece obrigação de pagar quantia –de modo que a sentença se torne ordem judicial ao pagamento, e seu descumprimento (injustificado) represente a violação de ordem emanada pelo Poder Judiciário– permitirá concretizar aquilo que se pretendeu com o fim da dicotomia entre processo de conhecimento e de execução, que remanesce até hoje, apenas com nomes diferentes e um pouco menos de burocracia atrelada.

8. Referências

ARENHART, Sérgio Cruz, Tutela atípica de prestações pecuniárias. Porque ainda aceitar o "é ruim, mas eu gosto"?, in *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 141-167.

ARENHART, Sérgio Cruz, Sentença condenatória para quê?, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz, *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo, Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation, in *International Journal of Procedural Law,* n. 4, 2014, p. 178-201.

ARENHART, Sérgio Cruz, *Relendo o Princípio da Demanda: A congruência sob o crivo da proporcionalidade processual*, 1 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2025.

ARENHART, Sérgio Cruz, Breves observações sobre o amparo, no Código Processual Constitucional de Tucuman, feitas por um estrangeiro, in *Revista de Processo,* v. 107, jul./set. 2002, p. 97-116.

BACKER, Inge Lorange, Goals of civil justice in Norway: readiness for a pragmatic reform, in UZELAC, Alan (coord.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial sistems,* Springer, Heidelberg, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Observações sobre a estrutura e a terminologia do CPC após as reformas das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, in *Revista de Processo*, v. 154, dez. 2007, p. 11-21.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil, in *Revista de Processo,* v. 97, jan./mar., 2000, p. 251-264.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, Tese de concurso de Professor Titular – Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2005.

BENAVENTE, Omar Sumaria, La "constitucionalización" del derecho procesal: significado y contenido del derecho a la tutela jurisdicional, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, jan./jun. 2015, p. 135-159.

BERIZONCE, Roberto Omar, Algunos obstáculos al acceso a la justicia, in *Revista de Processo*, v. 68, out./dez. 1992, p. 67-85.

BERIZONCE, Roberto Omar, El Justo Proceso de Ejecución y la Efectividad de la Tutela Judicial, *Derecho & Sociedad*, n. 41, 2013, p. 280.

BRASIL, Câmara dos Deputados, *Projeto de Lei nº 3.253/2004*, https://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3253&intAnoProp=2004&intParteProp=1#/: acesso em: 11 dez. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, *REsp 1.128.314/RJ*, Rel. Min. Castro Meira, DJ 30 set. 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, *AgRg no REsp 1.080.716/RJ*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 21 out. 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, *REsp 954.859/RJ*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 16 ago. 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, *AgRg no Ag 1.058.769/RS*, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 30 nov. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, *Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4815*, Relator Ministra Cármen Lúcia, DJ 10 jun. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

CAMPOS, Santiago Pereira, Proporcionalidade processual e justiça civil: tempo de mudanças, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022, p. 1237.

CAPONI, Remo, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 65, n. 2, 2011, p. 389-403.

CARPI, Federico, Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 34, n. 1, 1980, p. 239.

CHOEN-KOPLIN, Klaus, *Fundamentos histórico-doutrinários da sentença mandamental: dos interditos às ordens, da tutela jurisdicional à tutela dos direitos*, 1 ed., Marcial Pons, São Paulo, 2023.

CIRNE, Mariana Barbosa, A reforma da Lei 11.232/2005 e multa do art. 475-J: finalmente, qual é o termo inicial?, in *Revista de Processo*, v. 188, out. 2010, p. 175-193.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. 8, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos, *Lições de História do Processo Civil Romano,* Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CRUZ Jr., Jeziel Rodrigues. O "amparo" hispano-americano: uma análise histórico-comparada, in *Revista de Processo*, v. 133, mar. 2006, p. 49-65.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, 2 ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

FAVELA, José Ovalle, Coordinación y Consideraciones Generales: Una Visión de Iberoamerica, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4, jul./dez. 2016, p. 135-150.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica,* UNAM, Instituto.de Investigaciones Jurídica, México, 1974.

HERNÁNDEZ, José Angel Cornielles, Código de Procedimeinto Civil venezolano "de 1990" y el Código de Processo Civil brasileño de 2015: eventuales aportes del ordenamiento jurídico brasileño al proceso venezolano, in *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, 2017.

JALÓN, Oscar Andrés Guerrero*, El procedimiento de ejecución regulado en el Código Orgánico General de Procesos*, Dissertação de Mestrado em Direito (ênfase em Direito Processual), Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de execução*, 5 ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, jan/jun., 2007, p. 247-257.

MACEDO, Lucas Buril de, Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia, in *Revista de Processo*, v. 250, dez. 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado), in *Revista de Processo*, v. 143, jan. 2007, p. 79-114.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência*, 1 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, Control de la insuficiencia de tutela normativa del derecho fundamental de acción, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, jan./jun. 2015, p. 121-134.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 9 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução e Cumprimento de Sentença,* 3 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.

MEIRA, Silvio, Delineamentos históricos do processo civil romano, in *Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 98, abr./jun. 1988, p. 257-286.

MITIDIERO, Daniel, A pretensão de condenação, in *Revista de Processo*, v. 129, nov. 2005, p. 50-65.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, O problema da eficácia da sentença, in *Revista de Processo*, v. 112, out/dez. 2003, p. 9-22.

OSNA, Gustavo, *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações,* v. 1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

PICHÉ, Catherine, Lá proportionnalité procédurale: une perspective comparative, in *Reveu de droit de l'Université de Sherbrooke,* n. 40, 2009-2010.

RAGONE, Álvaro Pérez, Tutela Sumaria, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4, jul./dez. 2016, p. 15-60.

RIBEIRO, Darci Guimarães, A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010.

SÁNCHEZ, Luis Alberto Hierro, Implicaciones procesales de la consagración de la tutela judicial efectiva en la nueva constitución cubana, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 10, jul./dez. 2019, p. 63-82.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Curso de Processo Civil*, v. 1, 5 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da, *"Ação" e ações na história do processo civil moderno*, in COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.), *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*, Juspodivm, Salvador, 2010.

SORABJI, Jhon. English civil justice: another attempt at a new approach to Justice, in *Revista de Processo,* n. 243, maio. 2015.

THEODORO JR., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 39 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003.

THEODORO JR., Humberto, Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu., in *Revista de Processo*, v. 157, mar. 2008, p. 129-146.

¿Inteligencia artificial generativa y el estándar de prueba del "más allá de toda duda razonable"? Revisión a la valoración de la prueba y la decisión judicial automatizada

Generative artificial intelligence and the 'beyond reasonable doubt' standard of proof? Review of evidence assessment and automated judicial decision-making

Ghecenia Vélgika Rafaele Bautista
Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

"El juicio, el verdadero, el justo juicio, el juicio que no falla está solamente en las manos de Dios. Si los hombres, sin embargo, se encuentran en la necesidad de juzgar, deben tener al menos la conciencia de que hacen, cuando juzgan, las veces de Dios".

"Y dijo Jehová Dios: He aquí el hombre es como uno de nosotros, sabiendo el bien y el mal" Génesis 3,22.

Resumen: El avance de la IA generativa y los modelos de lenguaje de gran tamaño (LLM) legales ha reavivado el debate sobre si las máquinas pueden reemplazar al juez en el momento decisional. Este trabajo se enfoca específicamente en la decisión de condena, apoyada en el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. Nuestro aporte al debate consiste en evaluar, desde una perspectiva epistémica, si una decisión condenatoria tomada por un algoritmo

Abstract: The development of generative AI and large language models (LLMs) for legal purposes has reignited the debate over whether machines can replace judges at the decision-making stage. This paper specifically examines the conviction decision, supported by the beyond a reasonable doubt standard of proof. Our contribution to the debate is to assess, from an epistemic perspective, whether an algorithmic conviction decision could be more epistemically

podría ser más correcta epistémicamente, que la adoptada por un juez humano. En el proceso, también cuestionamos lo que tradicionalmente entendemos por intuición y aquellas cualidades que se consideran estrictamente humanas. Para abordar este análisis, desglosaremos la decisión judicial de condena en dos momentos clave: el momento valorativo o inferencial y el momento decisorio, explorando la participación de la IA-Gen en cada una de estas etapas, con el fin de responder a la cuestión central: ¿Qué es lo que realmente hace al juez, un juez?

Palabras clave: Estándar de prueba penal; inteligencia artificial generativa; valoración probatoria; decisión judicial.

correct than one made by a human judge. In doing so, we also question what we traditionally understand as intuition and those qualities that are considered strictly human. To address this, we break down the judicial decision of conviction into two key moments: the valuative or inferential moment and the strictly decisional moment. Throughout this analysis, we explore the participation of AI-Gen in each stage, aiming to answer the central question: What makes a judge, a judge?

Keywords: Standard of proof in criminal cases; generative artificial intelligence; evaluation of evidence; judicial decision.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los problemas del MADR. 2.1. Sobre el estándar de prueba penal. 2.2. Origen, función y fundamento ético político del MADR. 2.3. Problemas conceptuales: indeterminación y subjetividad. 3. Sobre la IA-Gen en la toma de decisiones. 3.1. Sobre la IA-Gen. 3.2. La IA-Gen y los LLM. 3.3. ¿Pero esta IA razona realmente? 4. Por qué darle la posta de la decisión a una IA-Gen. 5. Posiciones en contra de procesos decisorios. 6. LLM Legales. 7. Evaluación del momento valorativo: Juez vs máquina. 7.1. ¿Cómo una IA-Gen realiza una inferencia? 7.2. Propuestas para pruebas periciales y documentales. 8. Momento decisorio. 8.1. Decisión de la IA-Gen. 8.2. La IA-Gen frente a un MADR controvertido. 9. ¿Realmente el ser humano es mejor que a la IA al decidir? La evaluación final. 10. Conclusiones. 11. Referencias.

1. Introducción

Cuando Carnelutti escribía *Le Miserie del proceso penale*, ensalzando la noble labor del juez como representante de Dios a la hora del juzgamiento, no imaginaba que, décadas después, tamaña labor le podría ser confiada a las máquinas. En efecto, la inteligencia artificial generativa (IA-Gen) ha convertido esa utopía en un escenario tangible: los algoritmos no solo gestionan agendas o clasifican causas, sino que también empiezan a proyectar resoluciones. Y más allá de la resistencia proveniente de juristas y abogados respecto a la probable sustitución del juez por el robot, la realidad ya sobrepasa estas posturas reticentes[1]. No debemos más que revisar las noticias para darnos cuenta de ello: Los jueces[2] ya están usando la IA-Gen para interpretar términos al motivar sus sentencias[3], proyectar sus resolucio-

1 En una entrevista se le preguntó al Presidente de la Corte Suprema, John G. Roberts Jr. (EE. UU.): «¿Puede prever un día en que las máquinas inteligentes, impulsadas por inteligencia artificial, ayuden en la determinación de los hechos en los tribunales o, incluso, de forma más controvertida, en la toma de decisiones judiciales?». Roberts respondió: «Ese día ya está aquí y está ejerciendo una presión significativa sobre el funcionamiento del poder judicial». [Traducción mía] En SOURDIN, Tania, *Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making*, en: Handbook for Judicial Officers, 2018, p. 1159, disponible en: https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/judicial_officers/index.html.

2 GUTIÉRREZ, Juan. *"Judges and Magistrates in Peru and Mexico Have ChatGPT Fever"*, en: *Tech Policy.Press, 2023,* disponible en: https://www.techpolicy.press/judges-and-magistrates-in-peru-and-mexico-have-chatgpt-fever/, consultado el: 19/10/2025

3 En el voto concurrente del Juez Newsom del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Undécimo Circuito en el caso de *United States of America v. Joseph Deleon*, se dedicó a explorar el significado ordinario de la frase «físicamente restringido» utilizando una LLM pública como ChatGPT. Lo que lo llevó a concluir que el significado ordinario de la frase «física-

nes[4] e incluso, acuden a ella para recabar datos que debieran ser aportados por las partes[5] para ampliar sus conocimientos probatorios. Este creciente fenómeno de delegación de tareas que se creía, debieran ser exclusivamente humanas, se viene dando a tal medida que incluso algunos han optado por implementar chats de IA-Gen institucionales y así evitar que sus jueces recurran a un sistema público con los riesgos que conlleva[6]. Otros en cambio, reconocen que sus jueces acuden a

mente restringido» requiere la aplicación de fuerza tangible, contacto corporal directo, o algún otro dispositivo o instrumento y señaló que los LLMs pueden contribuir al esfuerzo interpretativo al capturar el «significado ordinario» de frases compuestas, dado que los LLM se entrenan con el uso real del lenguaje de individuos en el mundo real. Opinión en línea: https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/legaldocs/jnpwanznepw/09062024newsom.pdf, consultada el: 29/6/2025:

4 Primero en Colombia, un juez reveló que usó ChatGPT para asesorarse sobre las exoneraciones a un menor autista del pago de citas y otros gastos médicos, disponible en: https://www.dw.com/es/resuelven-en-colombia-el-primer-caso-jur%C3%ADdico-con-la-ayuda-de-robot-chatgpt/a-64597510, consultado en línea el 10/08/2025. En un reciente caso argentino, la Sala Superior declaró la nulidad de un juicio debido a que el Juez de primera instancia usó una IA-Gen en la redacción de la valoración de ciertas pruebas de cargo. Disponible en: https://www.clarin.com/tecnologia/anulan-condena-juez-uso-inteligencia-artificial-escribir-fallo-frase-delato_0_IOlMDNAp3l.html#google_vignette, consultado el: 29/10/2025.

5 Un juez del Tribunal de Distrito de Güeldres (Países Bajos) –sentencia del 7 de junio de 2024, caso N.º 10664071 CV23-2321– empleó ChatGPT como fuente de apoyo informativo para su fallo. El caso giraba en torno a una disputa vecinal por paneles solares, y el magistrado recurrió a la herramienta para obtener datos sobre la vida útil promedio de estos paneles y el precio medio de la electricidad. Disponible en: https://magistratura.es/sobre-el-juez-holandes-que-uso-chatgpt-para-obtener-informacion-fuera-del-proceso/, consultado el: 20/10/2025.

6 El 15 de abril del 2025, la Oficina Judicial del Reino Unido actualizó los lineamientos para el uso judicial de la IA-gen, identificando riesgos clave

ChatGPT y lo validan de forma institucional en la vía judicial, señalando algunas recomendaciones[7]. La evolución algorítmica en las labores y la velocidad de implementación es tal, que incluso países que no lideran la innovación tecnológica[8] aspiran a modelos generativos que asistan en la proyección de resoluciones o que usen precedentes para la automatización.

como la inexactitud, el sesgo y la violación de la confidencialidad al usar *chatbot*s públicos. Asimismo, se enfatiza la necesidad de verificar la precisión de la información generada por la IA antes de utilizarla. También presenta «Copilot Chat», una herramienta de IA privada y segura disponible a través de *eJudiciary*, y aconseja a los jueces estar atentos cuando los litigantes o abogados presenten material generado por IA, el cual puede contener errores o referencias ficticias. Finalmente, sugiere usos potenciales para tareas administrativas, como resumir textos, pero desaconseja la investigación o el análisis legal detallado. En: Artificial Intelligence (AI) Guidance for Judicial Office Holders, disponible en: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2025/04/Refreshed-AI-Guidance-published-version-website-version.pdf, 2025, consultado en línea el 20/10/2025.

7 La Sala Segunda de Revisión, vía Tutela en la Sentencia T-323/24 de la Corte Constitucional de Colombia, emitió criterios orientadores para el adecuado uso de la inteligencia artificial (IA) generativa reconociendo que los jueces pueden recurrir a ella bajo ciertos presupuestos como la transparencia, responsabilidad, privacidad, entre otros. Sentencia disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/t-323-24.htm.

8 En el Poder Judicial del Perú, se viene desarrollando la IA CURIA, que "Es un sistema basado en IA generativa, que asiste a las juezas y jueces como personal jurisdiccional en el análisis de expedientes y la proyección de resoluciones fundamentadas en un promedio de un minuto, lo que en el sistema tradicional podría demorar hasta tres horas." Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2025/cs_n-curia-inteligencia-artificial-juridica-02082025 y https://forbes.pe/tecnologia/ia/2025-08-03/poder-judicial-empleara-la-ia-para-analizar-expedientes-y-proyectar-resoluciones, consultado el: 9/9/2025

Las ventajas de la IA en las labores judiciales son innegables, debido a la optimización de tareas y abreviación de plazos, y su uso se había dado principalmente en torno a funciones auxiliares al ejercicio jurisdiccional: identificación de temas de repercusión general para en recursos de apelación (VICTOR en Brasil[9]), predicción de reincidencia (COMPAS –USA), selección de casos urgentes (PRETORIA) , o búsqueda de precedentes similares (Proyecto SOCRATES) y ello ha avanzado también a nivel de IA-Gen, como el sistema APOIA en Brasil[10]. Según la taxonomía propuesta por Sourdin, las tecnologías de apoyo (supportive technology) y las tecnologías de reemplazo (replacement technologies) ya son ampliamente utilizadas en formas complejas o simplificadas[11].

Hoy, 2025, el debate es otro, lo que ahora se discute es la figura del juez robot-decisor, con la consigna de determinar si es que la IA[12] puede reemplazar al juzgador al momento de la decisión. Entonces,

9 Brasil lidera la implementación de IA en Latinoamérica, siendo que se gestionan 140 herramientas de IA en más de la mitad de las Cortes de Brasil para búsqueda de casos, análisis predictivo y manejo de casos. Disponible en: https://www.techandjustice.bsg.ox.ac.uk/research/brazil, consultado el 10/10/2025

10 IA-Gen institucional como primera herramienta de Inteligencia Artificial (IA) integrada a la Plataforma Digital del Poder Judicial de Brasil (PDPJ-Br) con la "capacidad de crear contenido de texto, imagen y vídeo a partir de las órdenes del usuario, así como de ayudar a jueces y personal a crear informes y resúmenes, revisar textos legales, generar resúmenes de procedimientos, realizar análisis temáticos, visualizar archivos y detectar litigios abusivos y acciones repetitivas", disponible en: https://www.enfam.jus.br/inteligencia-artificial-apoia-ja-esta-disponivel-para-todos-os-tribunais-brasileiros/, consultado el: 10/10/2025

11 SOURDIN, Tania. *op.cit., p.*1159

12 A efectos de este trabajo usaremos de forma indistinta los términos IA-Gen y LLM.

la pregunta ya no es si la IA puede ocupar la función jurisdiccional, sino, hasta dónde puede llegar[13]. Considero que su alcance será cada vez más amplio y que, así como hace unos años era impensable la IA-Gen, tal y como la conocemos ahora, en los siguientes años lo impensable podría ser que un juez robot no decida una condena y que lo más sorprendente sea, como una escena *vintage*, ver a un juez humano decidiendo culpabilidades. Y, parafraseando al profesor Jordi Nieva, aunque ello nos parezca aterrador, no habría forma de evitar esta sustitución[14].

En este trabajo analizaremos de forma específica a la decisión de condena, decisión que, en el sistema penal de corte garantista, se encuentra sostenido por el estándar de prueba del más allá de toda duda razonable (en adelante, MADR).

La pregunta central será, desde un plano estrictamente epistémico, si la IA-Gen puede reemplazar al juez humano en el delicado momento del decidir si una persona es culpable o inocente. Es preciso mencionar que la doctrina[15] ha señalado que en los aspectos decisionales los jueces no deberían ser reemplazados por una IA debido a

13 Ya se han probado modelos que ayuden en el ámbito decisorio pero por limitaciones técnicas no se ha avanzado más. Ver más en Sourdin, Tania, *op.cit.,* p. 1165.

14 NIEVA, Jordi. en "Jordi Nieva Fenoll: «Inteligencia artificial y proceso judicial» (contraponencia)" disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=tbNvuLHZTi0, consultado el 3/10/2025

15 MARQUES, Ana Luiza y Dierle NUNES. "*Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e Os Ricos De Atribuição De Função Decisória Às Máquinas.*" Revista De Processo, 2018. Disponible en: https://www.academia.edu/38112588/Intelig%C3%AAncia_artificial_e_direito_processual_vieses_algor%C3%ADtmicos_e_os_ricos_de_atribui%C3%A7%C3%A3o_de_fun%C3%A7%C3%A3o_decis%C3%B3ria_%C3%A0s_m%C3%A1quinas. Asimismo en: Gómez Colomer, J.-L. *El juez robot: (la independencia judicial en*

consideraciones principalistas que se fundan en el principio del juez natural, fuertemente ligado al respeto de los derechos humanos o a cuestiones de carácter técnico como la opacidad de la IA-Gen, los sesgos y la aleatoriedad[16]. Nuestro aporte no se va a ocupar de analizar factores axiomáticos o principalistas, sino que buscará determinar de forma epistémica y desde la lógica de la sana crítica, si una decisión condenatoria algorítmica puede ser más correcta, que la adoptada por un juez humano. Creo que ello debiera ser en última medida una respuesta válida a la pregunta del juez robot.

Para lograr este objetivo, desglosaremos en primer lugar la estructura del MADR: significado y contenido. Aspectos que, a nivel doctrinario y jurisprudencial, han generado numerosos debates en los que se concluye siempre la necesidad de su objetividad, planteándose múltiples alternativas que evaluaremos de forma crítica a fin de determinar si es posible que un sistema de IA-Gen pueda decidir una condena ante un estándar incierto y si ello es posible, en qué medida.

En el interín, también nos cuestionaremos lo que conocemos sobre la intuición y aquellas cualidades que se cree son, estrictamente humanas. Realizaremos estos ejercicios al desglosar a la decisión judicial de condena en dos momentos: el momento valorativo o inferencial y el momento estrictamente decisorio, momentos en los que

peligro), Palestra, 2023. También en: Susskind, Richard, *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future,* Oxford, 2017.

16 MORQUECHO, Lara. *¿Un nuevo comienzo? El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en la era de la inteligencia artificial: un enfoque convencional en resguardo de los derechos humanos.* En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 4 Vol. 1-2025. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 4 Vol. 1-2025. pp. 75-136 Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/713099, pp.90-91.

examinaremos las distinciones entre hombre y máquina, respondiendo con ello a nuestra interrogante central.

En última instancia, este artículo plantea una pregunta adicional, de corte antropológico y de teoría pura del derecho: ¿qué es eso que hace al juez, un juez? Si la respuesta incluye un elemento subjetivo indespojable, se cree que la IA-Gen no podrá reemplazar sin más; a lo sumo, coadyuvar. Si, por el contrario, el MADR puede ser traducido a un conjunto de reglas probabilísticas verificables externamente, el juez-robot dejará de ser utopía para convertirse en *policy option*.

2. Los problemas del MADR

2.1. Sobre el estándar de prueba penal

Los actuales debates de contenido probatorio consideran que el ejercicio de la prueba en un proceso penal ordinario sigue tres momentos: la conformación del acervo probatorio, la valoración de la prueba y el momento de la decisión sobre la prueba[17]. El momento que nos interesa es este último, aunque como veremos más adelante, dependemos en gran medida de segundo. Este tercer momento de la decisión se da cuando, luego de haber valorado las pruebas, de forma individual y colectiva, corresponde al juez evaluar si es que dichas pruebas son suficientes para alcanzar un umbral para otorgar determinada consecuencia jurídica. Dicho umbral es conocido como el estándar de prueba. Y en la etapa de un juicio penal, en una decisión de fondo, la consecuencia será la determinación jurídica[18] de la

17 FERRER, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, pp.41 y ss.

18 No nos ocuparemos aquí de establecimiento de la inocencia o culpabilidad materiales. Lo que nos interesa en estricto es la determinación jurídica y formal de la culpabilidad de una persona.

culpabilidad o inocencia[19] de una persona.

Pero este ejercicio no se da solo a nivel de la decisión final, sino que también rige en otros momentos del proceso penal en el que se tenga que decidir determinada consecuencia jurídica. De esa forma, decidir si un investigado debe ser detenido o no, o decidir si es que existen suficientes elementos probatorios para emitir un requerimiento de acusación fiscal, requieren de la evaluación de si las pruebas satisfacen o no, determinado umbral probatorio.

Ahora bien, es preciso señalar que en un proceso penal este umbral no es uniforme. Así, cada tipo de decisión amerita un umbral diferente, que generalmente son progresivos[20] según la etapa, siendo que, en los procesos penales que implican consecuencias gravosas para el imputado y la sociedad, los estándares ameritan un umbral mayor. En contraste, los procesos civiles generalmente operan bajo el estándar de «preponderancia de la evidencia,» que es el mayor peso de la evidencia que es suficiente para convencer al juez de que su hipótesis es más fuerte que la del otro.

Antes de abordar el estándar del más allá de toda duda razonable, es preciso señalar que es ampliamente reconocido que la decisión en torno a dónde debe ubicarse cada umbral parte de diversos crite-

19 Nos referimos a la inocencia formal como correlato de la determinación de la absolución en el fallo.

20 Así, por ejemplo, en el Perú, se aprecia que se guía por el "principio de progresividad", el mismo que podríamos diferenciar distintos estándares de prueba que van *in crescendo,* desde el umbral necesario para la apertura de una investigación hasta el más allá de toda duda razonable para la condena (Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433). Ver más en: SÁNCHEZ, Juan, *El estándar de prueba en el proceso penal peruano. El aporte de Michele Taruffo a nuestro proceso*. En Proceso, prueba y decisión. Un homenaje a Michele Taruffo. (pp. 127-156). Puno – Lima, 2024.

rios eminentemente políticos, siendo que, dichas decisiones tienen mucho que ver con factores como el costo del error, la presunción de inocencia, el beneficio de la duda[21] y otros de política criminal etc. A qué obedecen estos lineamientos y cómo estas elecciones influyen y determinan un modelo procesal, son temáticas que no corresponde dilucidar aquí, sin embargo, es preciso señalar que la decisión del umbral que corresponde a cada estándar de prueba marcará una pauta para el ejercicio de la valoración y la motivación probatoria.

Así, el establecimiento del estándar resulta trascendental tanto para el ejercicio de la motivación judicial como para la práctica penal, pues determina el grado de suficiencia epistémica exigido para fundamentar una decisión legítima. En otras palabras, un estándar de prueba funciona como el umbral racional de convicción que delimita cuándo una hipótesis probatoria puede considerarse acreditada dentro del proceso.

Por ello, no solo constituye una garantía procesal, sino también una protección sustantiva del imputado, al integrar los principios de presunción de inocencia y del beneficio de la duda. En este sentido, Haack recuerda que el estándar surge de la necesidad de fijar "un grado de aval" que permita determinar "si las pruebas presentadas avalan al grado requerido las proposiciones en cuestión" [22]. Comprender este estándar bajo esta lógica es comprenderlo como una auténtica garantía del debido proceso, cuya máxima expresión se alcanza en el estándar de condena penal, donde el criterio del más allá de toda duda razonable se erige como la forma más sólida de protección frente al error judicial. No obstante, y como desarrollaré a continuación, a pe-

21 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, 2013

22 HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, en Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Carmen Vásquez Ed., Madrid, 2013, p.75

sar de su necesaria claridad, este estándar presenta algunos problemas que dificultan su pleno entendimiento.

2.2. Origen, función y fundamento ético político del MADR

Para la emisión de una condena, nuestros modelos procesales penales, fundamentan su estándar de prueba en el más allá de toda[23] duda razonable. Este criterio se ha fundado en criterios morales y

23 Resulta curioso que el juez peruano Chávez Támariz se haya abocado a la discusión del término *toda señalando que lo apropiado es referirse al estándar de condena como el "más allá de una duda razonable"* como sería citado, según el juez, en las Reglas Federales de Evidencia. Así lo expresó en una reciente resolución: *"Lo que pasa es que la fuente de más allá de toda duda razonable es inexistente en cualquier ordenamiento jurídico. Lo que se llama en el derecho americano, y lo pueden encontrar en el The Federal Rules of Evidence the United States, es el denominado "más allá de una duda razonable", no de toda duda, porque si fuera de toda duda, nunca se podría condenar con certeza, la certeza significaría retrotraernos en el tiempo y ni un juez tiene ese poder de mirar más allá de lo que tiene a la vista"* (F.J. 6. Resolución N° 11 Exp. 00033-2020-46-5001-JR-PE-01. Auto que concede prisión preventiva a Martín Vizcarra). De lo dicho por Chávez Támariz, es preciso señalar que, si bien en el primer caso In re Winship se consignó al estándar como «*beyond a reasonable doubt*», la jurisprudencia norteamericana ha usado ambas frases indistintamente. Además, que la indicación del juez de señalar que no hay ordenamiento jurídico que admita esta figura es errónea, por ejemplo el Código procesal italiano admite en su artículo 533 que "*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*» [El juez pronuncia una condena si el acusado es declarado culpable del delito imputado más allá de toda duda razonable]. Similar panorama lo encontramos en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, artículo 5 numeral 3 que señala *"Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable"*

políticos que descansan en la idea de que es mucho peor condenar a alguien por un crimen que no cometió que absolver a alguien por un crimen que si cometió, o al conocido aforismo de que es *mejor absolver a cien culpables que condenar a un inocente*, máxima repetida con diferente número de culpables[24] y fue primigeniamente propuesto, como sugiere Laudan, desde la presunción de inocencia del acusado por la que, todo veredicto de culpabilidad era considerado legítimo, solo si los miembros del jurado se encontraban absolutamente seguros de su culpabilidad.

En ese sentido, la función esencial del MADR se deriva principalmente de dos nociones:

a) Fundamento garantista: Fue primigeniamente propuesto como una barrera derivada de la presunción de inocencia exigiendo una convicción *absoluta* para legitimar el veredicto de culpabilidad, especialmente en el contexto anglosajón donde las condenas podían implicar la pena capital. Es evidente, que en la condena de un inocente el costo de este error sería mucho mayor para la sociedad dada la imposibilidad de que, en una corrección, se le devolviese la vida.

b) Distribución asimétrica del error: Como señaló el magistrado estadounidense Burger en el caso *Addington v. Texas* (1979), el estándar asegura que «nuestra sociedad carga sobre sí casi la totalidad del riesgo de error»[25]. Mientras en casos civiles el riesgo se comparte, en el penal (dadas las graves consecuencias como la privación de libertad), se exige el MADR para mitigar

24 NIEVA-FENOLL, Jordi, *¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles*…Revista Italo Española de Derecho procesal. Marcial Pons. p. 11

25 En: HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, op.cit., p.70

la posibilidad del falso positivo (condenar a un inocente). Este objetivo, denominado como la reducción del error, es la preocupación central de todo sistema procesal penal.

Además, es necesario anotar que fue inicialmente concebido como una certeza moral[26], no en términos éticos, sino para diferenciarlo de la clase de certeza a la que era posible llegar en las ciencias exactas como las matemáticas[27].

Por otro lado, aunque la pena capital ya no es aplicada en muchos estados norteamericanos y que ha sido considerada inconstitucional en muchas legislaciones, el MADR se mantiene como un estándar severo debido a la grave afectación de derechos humanos que implica la condena (privación de libertad, reducción del estatus de ciudadano, etc.)[28].

2.3. Problemas conceptuales: indeterminación y subjetividad

Más allá de las implicancias funcionales, existe un reconocimiento uniforme de que el problema con este estándar parte sobre

---

26 NIEVA-FENOLL, Jordi. *¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles…Op.Cit., p.10*

27 Adentrándonos en el origen de los diferentes tipos de certeza encontramos esta cita de Aristóteles en su Ética a Nicómaco, en la que se advierte que "Un espíritu ilustrado no debe exigir en cada género de objetos más precisión que la que permita la naturaleza misma de la cosa de que se trate; y tan irracional sería exigir de un matemático una mera probabilidad, como exigir de un orador demostraciones en forma". Con ello, el grado de certeza que se puede alcanzar en una decisión judicial, (sobre hechos pasados, imposibles de conocer en su totalidad), no es una certeza absoluta y matemática, sino únicamente una certeza moral o judicial, fundada en la valoración racional y crítica de las pruebas disponibles.

28 LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal,* Madrid, 2013, p. 92

todo desde su significado y sus implicancias a efectos de la decisión judicial. El significado literal de «no queda ninguna duda que pueda considerarse razonable de la culpabilidad» resulta profundamente problemático al intentar definir qué es lo que se entiende por «razonable».

Así, a nivel de la jurisprudencia norteamericana[29], existe un importante debate que refleja distintas posiciones en torno al significado del MADR. Las Cortes Federales y la Corte Suprema de EE. UU. han mostrado históricamente distintas posiciones. Larry Laudan ha reseñado aquellas que reposaban en las condiciones subjetivas de convicción interna del jurado[30]. En contraposición, Susan Haack se ha inclinado por posiciones racionalistas o de corte epistemológico como ella los denomina[31] que enfatizan que el estándar no debe ser

29 Los problemas que ha acarreado una falta de consenso han dado como resultado que en la actualidad en la Corte Suprema de USA se ha prohibido toda mención al concepto del MADR e incluso se ha instituido que una definición que hiciera el juez al jurado invalidaría una condena. Así en US v. Glass, 846 (1988) los magistrados del Séptimo Circuito señalaron: La "duda razonable debe hablar por sí misma. Los miembros del jurado saben lo que es "razonable" y están familiarizados con el significado de "duda"… por tanto es inapropiado que los jueces den instrucciones que incluyan alguna definición de "duda razonable" En: Laudan, Larry, *cit.,* p. 83-88

30 Dos definiciones resaltantes para apreciar la ambigüedad en el entendimiento del MADR son: "La prueba MADR es entonces una prueba de carácter tan convicente que uno estaría dispuesto a confiar y a actuar con base en ella, sin vacilación alguna, en las cuestiones y asuntos más importantes" [Instrucción al jurado 1.06 del Quinto Circuito Penal, 1990]. Por otro lado, la instrucción del Segundo Circuito propone: una duda razonable es una duda basada en la razón y en el sentido común– la clase de duda que haría que una persona razonable vacilara al actuar." En: Laudan, Larry, *cit.,* p. 68-70

31 "El Sexto Circuito añade que una duda razonable «debe surgir de las pruebas, de la falta de pruebas o de la naturaleza de las pruebas» (…) El Octavo

una «cuestión psicológica del grado de convicción del jurado, sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia avalado por las pruebas»[32].

En contraste, en el derecho iberoamericano (por ejemplo, en la jurisprudencia peruana), la controversia conceptual parece estar *ausente*. Los jueces generalmente[33] recurren al MADR como eslogan[34] o «cajón de sastre» para sustentar absoluciones o condenas, sin cuestionarse lo que implica para cada caso. Ello, a criterio de Paez, paradójicamente, evidencia la nula o ausente claridad sobre el estándar probatorio[35].

Circuito sostiene que la presunción de inocencia «sólo puede superarse si la acusación prueba más allá de toda duda razonable cada elemento esencial del delito imputado» ; y el Noveno Circuito sostiene que el veredicto «debe surgir de una consideración cuidadosa e imparcial de todas las pruebas o de la falta de pruebas»" en: Haack, Susan, *cit.,* pp.71,72.

32 HAACK, Susan, *cit*., pp.71, 72.

33 Algunos pronunciamientos casacionales siguen la propuesta de Ferrer para sustentar un estándar de condena objetivo, como la Casación Nro. 1897-2019– La Libertad de la Corte Suprema de la República del Perú que rescata el estándar Nro. 2: de los señalados por Ferrer Beltrán en Prueba sin convicción.

34 Por ejemplo, resoluciones como el Recurso de Nulidad 148-2024– Sala Penal son muestra de que se acude al MADR para validar la decisión, sin explicar exactamente *cómo* se acredita que la prueba sea suficiente o insuficiente. F.J. 20.5. "Por consiguiente, esta Suprema Sala Penal estima que la prueba de cargo acumulada es insuficiente para acreditar, más allá de toda duda razonable, la imputación formulada contra Arturo Saavedra Medina, por lo cual no se ha quebrado la presunción de inocencia, y en aplicación a lo previsto en el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales la absolución declarada a su favor se encuentra conforme a Ley"

35 Al respecto, Andrés Paez, analizando la evolución de las discusiones en torno a los estándares en el derecho continental señala: "Consciente de que

La inevitable subjetividad

A pesar de los intentos doctrinarios de objetivar el MADR (como las propuestas de Ferrer Beltrán[36] o de Gonzáles Lagier[37]), el MADR se apoya, en última instancia, en aspectos subjetivos[38] que tienen mucho que ver con procesos cognitivos sumamente complejos que delimitan el proceso de la decisión de un juez al creer que se ha alcanzado cierto umbral de prueba. Desde las neurociencias, se explica que para que la persona pueda tomar una decisión compleja, el cerebro se remite a la memoria operativa para recordar experiencias previas, lo cual es esencial para reconocer patrones y conectar información dispar, permitiendo el acceso a repertorios de posibles soluciones[39]. Es decir, que el juez no solo decide con las pruebas evaluadas, sino también con las experiencias adquiridas.

---

este nuevo enfoque en la filosofía del derecho aún tiene mucho trecho por recorrer, Coloma arguye que el bajo nivel de influencia que han ejercido los estándares de prueba en el razonamiento probatorio se debe, por una parte, a que los teóricos no han clarificado suficientemente los aspectos más importantes de sus usos, y por otra, a que existe un escepticismo, derivado de las críticas de Laudan, en torno a la posibilidad de alcanzar estándares de prueba objetivos y precisos". En PÁEZ, Andrés, *Umbrales y Prototipos: Introducción al debate en torno a los estándares de prueba*, en: Discusiones 18 (2):7-21, 2018, disponible en: https://doi.org/10.52292/j.dsc.2016.2489, p. 10.

36 FERRER, Jordi, *Prueba sin convicción,* Madrid, 2021, pp. 208-210.

37 GONZÁLEZ, Daniel, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 23, 2020, pp. 79-97

38 NIEVA-FENOLL, Jordi. *¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles…cit., p.25*

39 BALCONI, Michela et al., *Working Memory Workload When Making Complex Decisions: A Behavioral and EEG Study. Sensors*, 2024, disponible en: https://www.mdpi.com/1424-8220/24/17/5754.

Estas cuestiones intrínsecamente personales e intransferibles (hasta el momento) son la razón por la que se han propuesto formas distintas de entender a los estándares desde, por ejemplo, criterios epistemológicos que descansen más en la prueba y menos en los aspectos internos del juzgador. Así, Susan Haack por ejemplo ha señalado que la decisión del MADR debería descansar en i) el grado de apoyo de las pruebas, ii) de cuan seguras son las razones con independencia de la afirmación en cuestión, y iii) cúan inclusivas son las pruebas, es decir, cuantas pruebas relevantes tenemos[40].

Vistas así las cosas pareciera que las razones del MADR se remitirán directamente a las pruebas. Sin embargo, al fijar el grado de apoyo de las pruebas a la hipótesis se recurrirá otra vez al convencimiento del juzgador. No se puede escapar de ello. ¿Ello sucede así en todos los estándares? Considero que no. Por ejemplo, en la preponderancia de la evidencia, el juzgador se deberá necesariamente apoyar en la cantidad y calidad de las pruebas de la parte que mejor probó para fundamentar su decisión. "Cuanto mayor sea el peso de las pruebas, significa que son más persuasivas y que tienen una mayor fuerza de convicción y un efecto mayor en el caso[41]"

A diferencia de este estándar, el del MADR es aún más íntimo ya que en la evaluación de la condena, el juez no solo examina cuánto apoyan las pruebas a la hipótesis condenatoria sino que debe hacerlo a la luz del principio de inocencia, cargando con ello una carga moral que distingue mucho una evaluación de condena que una evaluación civil, por ejemplo. Estas implicancias en el estándar probatorio requieren que, no toda evaluación de una decisión tomada por la IA sea considerada con el mismo peso, dado que, mientras mayor sea el

40 HAACK, Susan. *Op.cit. p.79*

41 HAACK, Susan.*Op.cit. p. 71*

apoyo en aspectos subjetivos (incontrolables externamente) menor será la confianza en una IA. En cambio, en decisiones cuyo estándar se apoye más en las pruebas, es mucho más factible la algoritmización de la decisión.

Ahora bien, a efectos de analizar cómo es que la decisión de condena o absolución puede ser replicada por una IA, es necesario analizar el proceso de la evaluación de la prueba en general. Así, el proceso por el que el juez determina si las pruebas valoradas alcanzan o no el umbral del MADR requiere necesariamente una operación previa en la que el juez dota de peso probatorio a las evidencias. Por ello, y a efectos de replicar esta labor en una IA debemos recurrir a un momento anterior, la valoración judicial, pues es desde ahí donde el juez viene formando su decisión[42]. La determinación de haber llegado o no al estándar no surge como una fórmula mágica al culminar la valoración, sino que, se va formando de modo paulatino, incluso desde el momento en que el juez decide admitir las pruebas[43], así, el cerebro, ante la información recibida, requiere un continuo y activo compromiso cognitivo. Ahondaremos más sobre este proceso cognitivo en la fase de la decisión.

Así entonces, para la formación de la decisión debemos analizar:

1. Valoración de la prueba: La valoración, incluso la que se entiende como «racional» o en el sistema de la sana crítica, no está exenta de la subjetividad sobre todo al recurrir a las llamadas reglas o máximas de experiencia, que no serían más que la lla-

42 NIEVA-FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010. p. 28-30

43 Al realizar un examen inicial de la pertinencia y utilidad de los medios probatorios, el juez ya viene realizando un examen valorativo.

mada intuición[44] o el sentido común que el juez utiliza para sopesar el peso y la fiabilidad de cada prueba y que estaría fuertemente influida por sesgos[45].

2. Momento decisorio: La evaluación final de si *no existen* dudas razonables para justificar una condena. En esta evaluación además se deberá tomar en cuenta a la presunción de inocencia y el impacto de la decisión.

Delimitados los ámbitos en los que trabajaremos, señalemos a continuación cómo operan las IA-Gen en el proceso decisorio, y para ello, analizaremos como se dan estos procesos en el juez.

3. Sobre la IA-Gen en la toma de decisiones

En este apartado, se analizarán las bases técnicas de la Inteligencia Artificial (IA), la IA generativa (IA-Gen) y los Modelos de Lenguaje de Gran Tamaño (LLM, por sus siglas en inglés). Esto permitirá al lector comprender mejor tanto las ventajas como las limitaciones de estos sistemas en actividades de razonamiento, particularmente en procesos de valoración y decisión. En relación a la inteligencia artificial, ésta es una tecnología que permite a las computadoras y máquinas imitar la inteligencia humana para realizar ciertos procesos como el aprendizaje de nueva información y experiencia, razonar y resolver problemas, percibir el entorno (por ejemplo, ver e identificar objetos o entender el lenguaje) o tomar decisiones y actuar de manera independiente. Trabajan principalmente mediante algoritmos de aprendi-

44 Algunos autores apuntan a que la llamada intuición no serían más que el heurístico de representatividad. En: NIEVA-FENOLL, Jordi, *¿Estándares… cit., p.18*

45 De representatividad, de la expectativa, e incluso "de la justicia", en: NIEVA-FENOLL, Jordi, *¿Estándares…cit., pp. 18-22*

zaje como el machine learning (encontrar patrones en los datos) y el Deep learning (usa redes neuronales artificiales con múltiples capas para procesar datos más complejos). Es sobre este último algoritmo que se ha desarrollado la IA-Gen.

3.1. Sobre la IA-Gen

El boom de la IA-Gen se dio en el año 2022 cuando OpenAI lanzó ChatGPT, una plataforma que en respuesta a las instrucciones (promts) del usuario, genera frases complejas, coherentes y contextuales[46], siendo que con el tiempo sus funciones se han extendido hasta la generación de imágenes y gráficos. A partir de ChatGPT, la generación de las IA-Gen se ha venido dando a ritmos vertiginosos, así, a la fecha conocemos de Gemini, DeepSeek, Microsoft Copilot, DALL-E, Stable, entre otros. ¿Pero qué viene a ser la IA-Gen? La IA-Gen es una forma de IA cuyas funciones se dan en la producción de contenido nuevo, que abarca desde texto hasta código e imágenes, mediante la identificación y replicación de patrones estadísticos en vastos conjuntos de datos. El funcionamiento de la IA-Gen basado en algoritmos de *deep learning* se centra en simular los procesos de aprendizaje y toma de decisiones del cerebro humano[47] a partir de redes neuronales constituidas por una multiplicidad de capas.

En términos simples, lo que hace la inteligencia artificial generativa (IA-Gen) es aprender a identificar y codificar patrones y relaciones a partir de grandes volúmenes de datos. Luego, utiliza esa

46 STRYKER, Cole y SCAPICCHIO, Mark, *¿Qué es la IA Generativa?,* IBM Think. Consultado el 21/09/2025: https://www.ibm.com/es-es/think/topics/generative-ai?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=generative%20ai

47 Ibid.

información para responder a las solicitudes de los usuarios y generar contenido nuevo, como textos, imágenes o incluso código.

3.2. La IA-Gen y los LLM

Muy bien, dentro de las IA-Gen, encontramos a los modelos de lenguaje de gran tamaño (en adelante, LLM[48]) que representan el avance paradigmático en el procesamiento y la generación de lenguaje natural. Sus cualidades se centran en generar texto coherente, responder preguntas complejas y realizar una amplia variedad de tareas lingüísticas[49]. Por ejemplo, imaginemos que una firma de abogados quiere preparar un contrato de arrendamiento. En lugar de redactarlo desde cero, introduce en un modelo de IA-Gen instrucciones como "contrato de arrendamiento de vivienda urbana, plazo de un año, renta mensual de 1 200 soles, garantía de dos meses y prohibición de subarriendo". El sistema, que ha "leído" miles de contratos durante su entrenamiento, genera un documento completo con cláusulas de duración, alquiler, obligaciones de las partes, penalidades y causales de resolución, listo para revisar y firmar. El abogado ahorra tiempo y puede concentrarse en ajustar aspectos específicos o negociar condiciones.

El desarrollo de los LLM fue revolucionado con la introducción de la arquitectura Transformer[50] en 2017, la cual, al emplear me-

48 En adelante usaremos los términos IA-Gen y LLM de forma indistinta.

49 SVOZIL Karl, *Perspectives on large language models: polysemy, stochasticity, exponential expressibility, and unitary attention,* 2025, disponible en: https://arxiv.org/abs/2504.13824 p.2, consultado el: 21/06/2025.

50 Gracias a la investigación del 2017 denominada: «Attention Is All You Need» (Vaswani et al., 2017), se dio el desarrollo explosivo de los Modelos de Lenguaje Grandes (LLM) y la Inteligencia Artificial Generativa ya que

canismos de «Atención», optimizó el procesamiento contextual del lenguaje y permitió el escalamiento masivo del entrenamiento. Este escalamiento, ha resultado en la aparición de habilidades complejas que trascienden la simple finalización de oraciones, simulando capacidades de razonamiento[51].

3.3. ¿Pero esta IA razona realmente?

Sin perjuicio de explicar líneas abajo el funcionamiento de un LLM en una inferencia y en una decisión, podemos adelantar que, en lo esencial, un LLM no "razona" como una persona: aprende patrones estadísticos del lenguaje y predice el siguiente token[52] (letras o palabras)[53] dado el entrenamiento previo con grandes volúmenes de datos (textos) en lo que se ha denominado su naturaleza estocástica[54]. Durante la inferencia, toma decisiones *token-a-token* guiada por puntuaciones y parámetros como la temperatura. Después del preentrena-

en este trabajo se introdujo la arquitectura Transformer, la cual supuso un cambio de paradigma radical en el procesamiento del lenguaje natural (PLN).

51 HOU, Z., et al., *Large Language Models Meet Legal Artificial Intelligence: A Survey,* 2025, disponible en: https://arxiv.org/html/2509.09969v1

52 Un token es la representación de una letra o palabra, las LLM, y en general una máquina no lee una palabra, sino lee tokens y esa es la razón del por qué se considera que una IA no entiende semánticamente un concepto, sino que los aprende solo a través de estos signos.

53 ALI, Abid, *What is Tokenization? Types, Use Cases, Implementation* – DataCamp. Disponible en: https://www.datacamp.com/blog/what-is-tokenization, consultado el 8-10-2025,

54 Cuando a un LLM se le presenta una solicitud, no recupera una respuesta preexistente, sino que, construye una respuesta token a token. Ver en: Svozil Karl, *Perspectives on* ..cit.

miento se ajusta con instrucciones[55] y ejemplos humanos para alinear sus salidas con usos deseados y, por su modo de funcionar, se asemeja a una "caja negra" (los llamados *black box*). Una caja negra implica que, por ahora, no es posible determinar –al menos en parte– el paso a paso de la lógica de procesamiento de datos que sucede en el interior del sistema. En otras palabras, no se puede conocer en un 100% lo que sucede en las "capas ocultas[56]" de la red neuronal y ello es en realidad uno de los factores más peligrosos de las IAs generativas, ya que, a pesar de permitir rendimientos notables, reduce la confianza ya que también puede ocultar sesgos, vulnerabilidades de seguridad y problemas de privacidad[57].

Debido al proceso de tokenización (conversión de palabras a tokens), una IA-Gen posee sintaxis (una estructura formal de operación basada en símbolos abstractos como ceros y unos) pero carece de comprensión semántica pues no conoce lo que realmente implican

55 En lo que se conoce como el *supervised fine-tuning*. Svozil Karl, *cit*. p.3.

56 KOSINSKI Matthew, *¿Qué es la inteligencia artificial (IA) de caja negra?* IBM Think, disponible en: https://www.ibm.com/es-es/think/topics/black-box-ai?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=black%20box%20ai, Consultado el 5-07-2025.

57 "Una IA de caja negra es un sistema cuyo funcionamiento interno es opaco: vemos las entradas y los resultados, pero no cómo llega a ellos. Esto ocurre por dos vías: a) por diseño (los creadores ocultan el código/criterios, p. ej., para proteger propiedad intelectual) y b) por la complejidad de los modelos modernos (redes neuronales profundas y LLM entrenados con *deep learning* y capas ocultas difíciles de interpretar) Incluso en modelos de código abierto, entender qué pasa en cada capa sigue siendo limitado. Por ello se impulsa la IA explicable (XAI) y combinaciones de modelos/controles más transparentes para equilibrar desempeño y rendición de cuentas". En: Kosinski, Mathhew, *¿Qué es la inteligencia artificial (IA) de caja negra?*, IBM Think. En: https://www.ibm.com/es-es/think/topics/black-box-ai?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=black%20box%20ai, consultado el 5-07-2025.

las palabras que traduce a tokens. Por ello, se ha señalado que la máquina no piensa, siente ni aprende en el sentido humano, sino que imita estas funciones basándose en datos. Y que, aquellas respuestas que nos entrega Gemini, por ejemplo, no se da debido a que entiende lo que le dijimos, sino a que construye una respuesta token a token calculando la distribución de probabilidad del token siguiente en la secuencia.

Este proceso generativo es intrínsecamente probabilístico[58]. Esta probabilidad en gran medida configura la razón de por qué las respuestas son aleatorias y no serán la misma cada vez que el sistema es consultado. Entonces, si se desconoce cómo ocurren estos fenómenos ¿Por qué deberíamos recurrir a una IA-Gen para procesos decisorios?

4. Por qué darle la posta de la decisión a una IA-Gen

En concreto, se ha dicho que una IA, al no estar influenciada por aspectos humanos, como las inclinaciones políticas, las emociones, sentimientos o cansancio, podría realizar razonamientos[59] de mejor calidad y en plazos superlativamente cortos a los comparados con los del ser humano. Además, los humanos poseemos claras limitaciones cognitivas y de cálculo en comparación con las máquinas. Somos propensos a sesgos (como el de confirmación y otros doscientos sesgos más[60]) y somos selectivos con la información que atendemos y recopilamos. En

58 SVOZIL Karl, *Perspectives on* ..cit.

59 Si bien hemos indicado que la IA-Gen no razona en el sentido humano, si tiene funciones de razonamiento construidas en base a indicaciones e instrucciones, por lo que usaremos este término a falta de uno mejor.

60 BENSON, Buster en: https://2019.busterbenson.com/piles/cognitive-biases/. Consultado el 2/11/2025

esencia, la «racionalidad limitada» humana restringe significativamente nuestra capacidad de procesar y calcular datos[61]. La ventaja de las computadoras y la IA radica precisamente en lo opuesto: su capacidad para manejar grandes volúmenes de datos rápidamente y sin los sesgos humanos, es lo que les permite sobresalir en tareas cognitivas.

Para las decisiones complejas como las judiciales, se siguen principalmente dos tipos de razonamiento: el inductivo y el abductivo. En el primero, derivamos conclusiones generales a partir de datos particulares y para ello, acudimos a las llamadas generalizaciones, a fin de obtener conclusiones de carácter probabilístico. Por otro lado, el razonamiento abductivo implica formular la mejor explicación posible a partir de un conjunto de hechos y evidencias, a partir de lo que se consideraba, implicaba un proceso intuitivo, creativo e imaginativo, que partía de las pruebas, para formular la hipótesis más plausible que explique los hechos. Sin embargo, aquello que conocemos como intuición, no sería más que el uso de heurísticos[62], atajos mentales para decidir y minimizar el esfuerzo cognitivo.

Es decir que, para todo razonamiento que escape de reglas deductivas (usadas principalmente para la subsunción normativa), los seres humanos recurriremos a las generalizaciones o también llamados heurísticos. A criterio de Nieva, usamos de forma predominante el heurístico de representatividad[63] que guía nuestras elecciones se-

61 FELIN, Teppo, Theory Is All You Need:AI, Human Cognition, and Causal Reasoning, Oxford University, p. 4, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/378477225_Theory_Is_All_You_Need_AI_Human_Cognition_and_Causal_Reasoning

62 Nieva– Fenoll, Jordi, *Estándares de prueba…* cit. p. 18

63 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, *185*(4157), 1124–1131. http://www.jstor.org/stable/1738360 pp. 1124 y ss.

gún las experiencias vividas. Es decir, para decidir sobre algún asunto se recuerda lo que sucedió en otra situación similar a fin de elegir una opción que antes ya fue exitosa o que representa lo familiar o conocido.

Estos datos previos condicionan las decisiones de las personas, incluso aún sobre lo que se conoce como el *prior probability*[64]. Este punto es fundamental ya que se refiere a que, aun frente a la predominancia de datos externos asignados como de mayor ocurrencia, muchas veces prevalece el heurístico de representatividad interno, lo cual conlleva a una ilusión de validación, que en el caso del juzgador sería aquello "que le hace pensar al juez que lo que percibe intuitivamente se corresponde con lo justo[65]". Por ello, al igual que los demás mortales, el juez, también decidiría en función a las experiencias (datos) previamente vividos (asignados), lo cual conduce a los famosos sesgos cognitivos (errores sistemáticos en el pensamiento).

Además de estos aspectos subjetivos, a través de diversos estudios, se ha dado cuenta de que existirían otros factores, conocidos como el ruido[66] y que son ajenos a las evidencias y heurísticos, pero que componen a su vez, el llamado razonamiento judicial y que, influyen en gran medida, al momento de valorar y decidir una prueba. Así, por ejemplo, hechos ajenos al proceso como lo qué comió

64 Ibid.

65 NIEVA– FENOLL, Jordi, *Estándares de prueba…* cit. p. 18

66 "The problem is that humans are unreliable decision makers; their judgments are strongly influenced by irrelevant factors, such as their current mood, the time since their last meal, and the weather. We call the chance variability of judgments noise" en: Kanheman, Daniel, *Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making,* Harvard Business Review, 2016. Disponible en: https://hbr.org/2016/10/noise, consultado el: 15/10/2025

el juez[67] y a qué hora, el humor, la apariencia de los litigantes, las emociones y otros factores podrían influir en los jueces al momento de realizar una evaluación[68].

Por ejemplo, no es lo mismo que un juez presencie una testimonial a las ocho de la mañana que a las cuatro de la tarde después de haber almorzado un copioso almuerzo[69]. Los niveles de atención de percepción y de interacción serán mucho menores después de ocho horas de trabajo, lo cual sumado al tránsito digestivo, no permite una atención plena al momento de la actuación de las testimoniales que es predominantemente donde se valora de la prueba. Después de todo, como diría Jerome Frank, a los jueces les afectan las mismas cosas que a los demás, simplemente porque son humanos[70]. La IA-Gen en ese sentido, no se cansa o fatiga por un gran almuerzo o no evalúa de acuerdo a la belleza de los litigantes, lo cual podría ayudar a que un proceso valorativo sea mucho más objetivo.

Este llamado ruido, afecta las decisiones de un juez debido a su humanidad, situación que no ocurre con las máquinas, en el sentido

67 PRIEL, Dan. *"What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea."* Buffalo Law Review 68, 2017. Disponible en: https://www.semanticscholar.org/paper/What-the-Judge-Had-for-Breakfast%3A-A-Brief-History-Priel/d69f8d0cc34391cd8273bfefdbbc397d24d4ca30

68 SOURDIN, Tania, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*. Handbook for Judicial Officers Challenges and issues with the role of the judicial officer, 2018, pp. 1169-1170

69 DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO, Liora, *Extraneous factors in judicial decisions*, Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 108 (17) 6889-6892, disponible en: https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108, 2011.

70 FRANK, Jerome, *Are Judges Human? Part One: The Effects on Legal Thinking of the Assumption that Judges Behave Like Human Beings*, 80 U. PA. L. REV. 17, 24 n.17, 1931, Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3.

que, cuando dos casos son iguales, su decisión debería ser muy similar. Algunos incluso plantean que, dado que ambos, máquina y ser humano están afectados por los sesgos, parecería que el algoritmo es más justo por no verse afectado por el ruido[71]. Todos estos aspectos influyen de manera directa en la corrección de las decisiones en términos epistémicos dado que, para la averiguación de la verdad de los hechos, se requeriría de una evaluación objetiva que descanse en las pruebas y no en lo que el juez haya desayunado.

Por ello, recurrir a una IA sería útil sobre todo tomando en cuenta los cuestionamientos a la parcialidad del juzgador y los problemas relacionados con los excesivos plazos procesales o la predictibilidad, cuestiones que motivan a que algunos sistemas judiciales se aperturen a introducir alternativas tecnológicas a sus atestados procesos[72].

5. Posiciones en contra de procesos decisorios

A pesar de estas claras ventajas, la reticencia a confiarle procesos valorativos a la IA es grande. Son cuatro los argumentos en contra del uso de la IA en procesos valorativos o decisorios:

71 PEIRÓ, Karma y BAEZA-YATES, Ricardo. Can Algorithms Be Fairer Than People?. Disponible en: https://lab.cccb.org/en/can-algorithms-be-fairer-than-people/#:~:text=In%20contrast%2C%20an%20intelligent%20system,intrinsic%20biases%20contained%20in%20data. Consultado el: 9/9/2025

72 En el reciente Congreso de Jueces del Perú, celebrado los días 6 al 8 de noviembre del 2025, en Tacna, Perú, el Juez Supremo Wilber Bustamante señaló a la IA como la única alternativa ante estos dos problemas que han minado la confianza ciudadana en la función jurisdiccional. Ver en: https://www.youtube.com/watch?v=ptF9aJz4Eg0 Min. 29:00 hasta el Min. 40:00.

i) Sesgos algorítmicos: al igual que los humanos, la IA-Gen también es susceptible de sesgos, debido a que puede reproducir errores de atribución o distorsiones fácticas que dan lugar a favorecer a determinados grupos o ideas, perpetuar estereotipos o hacer suposiciones incorrectas basadas en patrones aprendidos, lo cual puede deberse a múltiples factores como el entrenamiento, el diseño del algoritmo o una decisión política[73]

ii) Opacidad: la imposibilidad de auditar cada paso del proceso operativo del modelo dificulta detectar errores o manipulaciones en la lógica interna, y de esa forma, restringe el derecho a controvertir una decisión automatizada. Si no se sabe cómo y cuáles han sido los razonamientos previos de una decisión ¿Cómo apelarla?

iii) Ausencia de comprensión semántica: la máquina ignora qué significa condenar, absolver o presumir la inocencia; carece de *stance* normativo y, por tanto, de responsabilidad, y que ello sería, según Giabardo, la principal razón por la que descartar una decisión algorítmica judicial, además de otras cualidades que se presumen como auténticamente humanas[74], que serían presupuesto de una buena decisión (empatía, comprensión, intuición, imaginación, creatividad y *feeling*[75])

---

73 FERRARA, Emilio, *Should ChatGPT be biased? Challenges and risks of bias in large language models*, 2023, disponible en: http://arxiv.org/abs/2304.03738. Pp.2-3

74 En realidad es ello lo que en última instancia debemos cuestionarnos, si la creatividad, la imaginación o la empatía son cualidades que solo las posean los humanos o ciertos seres vivos.

75 GIABARDO, C. V. *El juez y el algoritmo (segunda parte) Reflexiones críticas sobre inteligencia artificial y justicia predictiva.* En En Proceso, prueba y deci-

iv) Juez natural: no es posible reemplazar la labor del juez debido a que toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad[76] y que dicho derecho es uno absoluto que no admite excepciones[77].

¿Son estas razones lo suficientemente válidas como para seguir llamándole "sueño prohibido[78]" Examinaremos ello a continuación, centrándonos en las tres primeras razones, ya que la última, al ser de carácter axiológico, escapa del objetivo del presente trabajo.

6. LLM Legales

Ahora bien, para analizar la actuación de una IA-Gen en la formación de la decisión de condena, hacemos un apunte preliminar: este trabajo reconocemos que los LLM de uso general o públicos, exhiben niveles inaceptables de alucinación, sesgo y variabilidad cuando se les consulta sobre problemas jurídicos[79]. Por ello, en los últimos años se han desarrollado familias de LLM especializadas que combinan pre-entrenamiento general con *fine-tuning* (ajuste) supervisado en corpus de leyes, sentencias, contratos y exámenes de derecho así

sión. Un homenaje a Michele Taruffo. (pp. 127-156). Puno – Lima, 2024, p. 310.

76 Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Artículo 8.

77 Comité de Derechos Humanos de la ONU. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, PIDCP. 90. Período de sesiones 2007. Observación N.º 32, artículo 14.

78 GIABARDO, C. V. *El juez y el algoritmo (segunda parte)*, *cit.,* p. 318.

79 DAHL MATHEW et al.,*Large Legal Fictions: Profiling Legal Hallucinations in Large Language Models*, *Journal of Legal Analysis*, Volume 16, 2024, pp. 64–93, Disponible en: https://doi.org/10.1093/jla/laae003 pp. 64-65

como el uso de textos jurídicos a gran escala para adquirir un amplio conocimiento jurídico[80]. Ejemplos destacados son Lawyer-GPT[81], CaseGPT[82] y otros que vienen siendo evaluados[83] con métricas de precisión legal y tasas de alucinación que duplican el rendimiento a cualquier LLM convencional.

Estos modelos suelen complementarse con arquitecturas *retrieval-augmented generation* (RAG[84]) que anclan cada afirmación a un fragmento normativo o judicial verificable, reduciendo en gran

80 P. ej., Nigam et al. presentó el conjunto de datos *NyayaAnumana*, que es el corpus más grande y diverso de casos legales indios que abarca sentencias del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores, Tribunales de Primera Instancia, Tribunales de Distrito y las órdenes diarias a fin de proporcionar una base sólida para la investigación avanzada en inteligencia artificial aplicada al ámbito legal. En base a ello se desarrolló la LLM Legal *INLegalLlama*. Ver más en: Shubham Kumar Nigam, et al., NyayaAnumana and INLegalLlama: The Largest Indian Legal Judgment Prediction Dataset and Specialized Language Model for Enhanced Decision Analysis. In *Proceedings of the 31st International Conference on Computational Linguistics*, 2025, pp. 11135–11160.

81 SHUNYU Yao, et al., *Lawyer GPT: A Legal Large Language Model with Enhanced Domain Knowledge and Reasoning Capabilities.* En Proceedings of the 2024 3rd International Symposium on Robotics, Artificial Intelligence and Information Engineering (RAIIE '24), 2024, disponible en: https://doi.org/10.1145/3689299.3689319

82 YANG, Rui, *CaseGPT: a case reasoning framework based on language models and retrieval-augmented generation,* 2024, disponible en: https://arxiv.org/abs/2407.07913

83 HOU, Z., et al., *Large Language Models Meet Legal Artificial Intelligence: A Survey,* 2025, disponible en: https://arxiv.org/html/2509.09969v1

84 Esta técnica permite optimizar el proceso de salida de una LLM para que haga referencia a datos autorizados, dominios específicos o base de conocimientos internos de una institución. Aumenta con ello la precisión y relevancia de la respuesta al usuario. Ver más en: https://aws.amazon.com/es/what-is/retrieval-augmented-generation/. Revisado el 22/10/2025

medida las alucinaciones y con ello el modelo proporciona un rastro claro de auditoría, lo cual también mejora la opacidad del sistema. En nuestra investigación adoptamos sus principios: ajuste supervisado, corpus cerrado y trazabilidad por RAG, y descartamos de forma categórica el uso de LLM genéricas como el ChatGPT o Gemini (en todas sus versiones) para cualquier tarea valorativa o decisoria debido a que ampliamente se han estudiado las desventajas[85] de estas IA, no deseamos redundar en lo ya escrito.

Un punto importante a anotar de las LLM legales es que pretenden trabajar sobre la opacidad del sistema sería a través del uso de técnicas de *Chain-of-Thought* (Cadena de Pensamiento)[86] jurídico. La CoT jurídica permite trazar la lógica del modelo y la sucesión de inferencias, contrastando cada paso intermedio con la normativa vigente, la jurisprudencia o la doctrina legal aplicable, asegurando que la «decisión» generada no sea fruto de una alucinación estadística, sino el resultado de un procesamiento de información legal verificable y auditable por expertos humanos. También podría pensarse en explicaciones contrafácticas del modelo, que podrían aportar al mostrar al usuario como sería la respuesta si se cambiara una variable menor de la entrada[87]. Todo ello, podría mejorar mucho la explicabilidad del sistema (XAI), reduciendo drásticamente el segundo factor de la opacidad como desventaja de la IA-Gen.

---

85 Relacionadas a la privacidad de los datos, alucinaciones, aleatoriedad, etc.

86 Técnica que permite a los modelos descomponer problemas de varios pasos en pasos intermedios, lo que significa que se pueden asignar cálculos adicionales a los problemas que requieren más pasos de razonamiento. Ver en: WEI, Jason et al. *"Chain of Thought Prompting Elicits Reasoning in Large Language Models."* Disponible en: https://arxiv.org/abs/2201.11903, 2022, p.3

87 MUMUNI, Fuseini and ALHASSAN G. Mumuni. "*Explainable artificial intelligence (XAI): from inherent explainability to large language models*." Disponible en : https://arxiv.org/abs/2501.09967v1, 2025. Pp.20,21

Asimismo, reconocemos que, aunque estas herramientas reducen significativamente el error, la supervisión humana («human-in-the-loop») sigue siendo un requisito indispensable para validar la coherencia dogmática de los resultados obtenidos.

De esta manera, evaluaremos la validez de un proceso valorativo y decisorio en una condena penal desde una perspectiva epistémica, comparándolo con el razonamiento propio de un ser humano. Es importante precisar que las ideas que se exponen a continuación son estrictamente hipotéticas y no consideran factores prácticos como los costos, plazos, viabilidad institucional o limitaciones tecnológicas actuales. Nuestro propósito no es analizar la factibilidad operativa de un "juez artificial", sino determinar si, desde un punto de vista cognitivo y racional, una decisión judicial humana puede ser epistémicamente superior a una decisión algorítmica. Para ello, abordaremos ambos procesos razonativos en dos momentos clave: i) la valoración de la evidencia, particularmente en la formación de inferencias probatorias, y ii) la decisión de condena según el MADR, conforme se desarrolla a continuación:

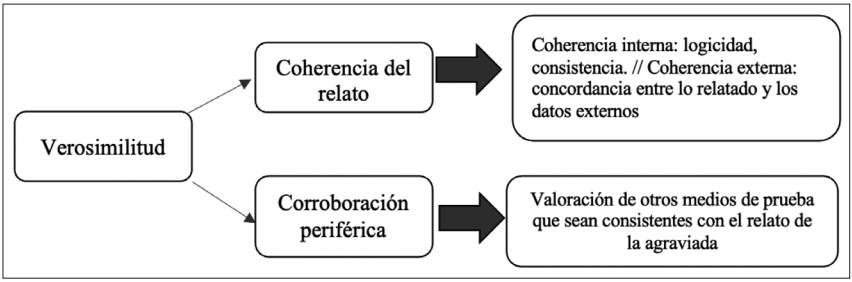
7. Evaluación del momento valorativo: Juez vs máquina

Hablar de valoración es hablar del razonamiento inferencial por lo que debemos atender a la formación de las inferencias con las que el juez evalúa las pruebas de forma individual y colectiva, recurriendo a generalizaciones para arribar a una conclusión. En nuestro sistema de la sana crítica, la valoración es libre pero conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia. Entonces, lo que debemos analizar es cómo el juez realiza una inferencia y en contraste a ello, cómo lo hace la máquina. Para ello recurriremos al siguiente ejemplo:

Caso ilustrativo:

La joven S. caminaba sola por una calle desierta en horas de la madrugada, cuando un automóvil se detuvo bruscamente a su lado. De él descendieron dos hombres de mediana edad, quienes la sujetaron por la fuerza y la introdujeron en el vehículo. En el interior del auto, ambos la agredieron sexualmente. La agraviada declaró que no pidió auxilio ni opuso resistencia física, porque temía ser golpeada o sufrir un daño mayor. Explicó que, paralizada por el miedo, soportó la agresión en silencio.

Grafiquemos el proceso valorativo al evaluar este caso de violación sexual en el que se tuvo testimonio único de la víctima. Realizaremos la inferencia conforme los términos del Acuerdo Plenario 2-2005[88] y en específico nos centraremos en evaluar el factor de la verosimilitud del relato en el que se evalúan los siguientes factores:



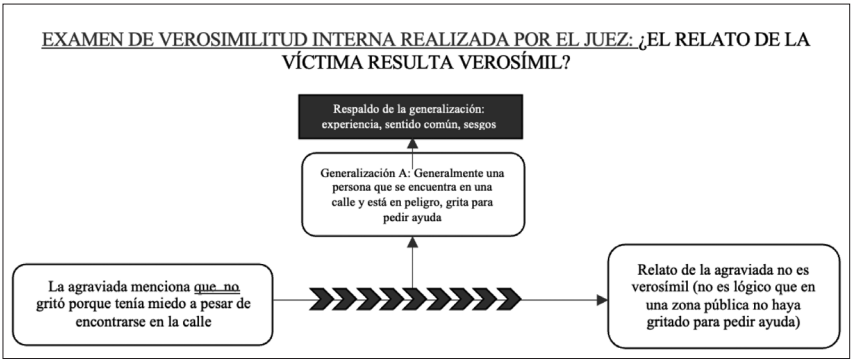
Elaboración propia

88 Junto a la ausencia de **incredibilidad subjetiva** y la **persistencia en la incriminación**, la verosimilitud es un factor a evaluar en el testimonio único de la víctima como garantía de certeza conforme al Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Acuerdo Plenario N° 2-2005/Cj-116. Concordancia jurisprudencial art. 116° TUO LOPJ Asunto: requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

En este ejemplo, el juez, al momento de valorar el testimonio, deberá: i) verificar la coherencia del relato mediante la logicidad interna, ii) la consistencia, es decir, la ausencia de contradicciones relevantes y iii) la concordancia con los datos externos disponibles. En el paso i), el ejercicio será principalmente lógico, derivado de una apreciación racional del discurso narrativo. En el paso ii), el juez deberá sopesar cuándo una contradicción resulta o no significativa, atendiendo a su impacto en la credibilidad global del testimonio y conforme a sus estándares internos de valoración. Finalmente, en el paso iii), el juez asignará un peso probatorio diferencial a los medios periféricos, con el fin de determinar el grado de corroboración o disonancia existente entre éstos y la declaración de la víctima.

Debemos precisar que estas evaluaciones no se dan en forma secuencial, sino que el razonamiento opera de forma holística y simultánea. Por otro lado, en todos estos procesos cognitivos, es innegable que el juez recurre a los mencionados heurísticos o generalizaciones, que influyen (consciente o inconscientemente) en su apreciación del relato y en la asignación del valor probatorio, proceso en el que muchas veces se ignorarán ciertas variables del factor verosimilitud o que solo se enunciarán como cumplidas sin desarrollar de qué modo se arriba a estas conclusiones.

Grafiquemos según el modelo de Toulmin, el razonamiento que seguiría un juez que desconoce la perspectiva de género y la inferencia que construiría a partir de que, al preguntar a los vecinos si escucharon gritos, no dieran ninguna referencia y que la agraviada señaló que no opuso resistencia debido al miedo que sentía.



Elaboración propia

Se puede apreciar que el juez recurrirá a una generalización que escoge de forma *intuitiva,* para desarrollar su conclusión. En el interín también se aprecia el ruido que interfiere con el proceso valorativo (quizá el juez el día en cuestión leyó una noticia sobre denuncias falsas de violaciones, o está de mal humor, etc). Entonces en la formación de la inferencia del juez, si éste escoge la "Generalización A", podría inferir lo siguiente:

> Premisa: En el relato de la presente agraviada se aprecia que ella no gritó ni pidió ayuda estando en plena calle
>
> Generalización: Generalmente una víctima ofrece resistencia física ante una violación sexual, gritando u oponiéndose a la agresión
>
> Conclusión: (Probablemente) No podemos concluir que el relato sea verosímil, lo lógico es que la víctima haya gritado para solicitar ayuda, más aún si se encontraba en plena calle.

Como apreciamos, para la formación de la inferencia en el examen de logicidad, el juez ha recurrido necesariamente a una generalización de corte interno y sesgada para evaluar cómo debe ser el relato de una víctima que, para este juez, implicaría la presencia de

resistencia mediante los gritos y pedidos de auxilio. La conclusión de esta inferencia necesariamente será probabilística ya que de ella no se puede asegurar su verdad o falsedad.

Ahora bien, ¿cómo escoge un juez qué generalización usar? El juez, humano, demasiado humano, acudirá a la base de datos de su experiencia, sentido común, intuición o conocimientos o a aquellas "cualidades humanas" y en base a ello, valorará de esa forma cada premisa fáctica en todo el proceso valorativo. La diferencia sería sustancial si el juez hubiera leído ciertos protocolos con perspectiva de género o la Regla N.° 70 de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional[89]. En este caso, el juez habría utilizado otra generalización como la siguiente: "No es necesario que una víctima ofrezca resistencia física o grite durante una violación sexual debido a que muchas de ellas se bloquean o se paralizan[90]". Como señalamos párrafos anteriores, estos detalles no son minúsculos, por el contrario, constituyen el corazón de la valoración probatoria, y de toda decisión en general que toma el ser humano, ya que determinan el proceso valorativo, y en última instancia, una decisión de condena o absolución. Por lo que, atender a las generalizaciones o heurísticos usados resulta fundamental a efectos de determinar cuál será la labor de la IA-Gen en procesos valorativos.

89 Reglas de Procedimiento y Prueba aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Regla 70, literal "c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;"

90 "Pruebas neurocientíficas sugieren que el miedo y la amenaza pueden bloquear los circuitos neuronales corticales que controlan la acción, lo que conduce a una inmovilidad involuntaria". DHAWAN, Ebani, *Neuroscience evidence counters a rape myth*. Nature, 2023, disponible en: https://www.nature.com/articles/s41562-023-01598-6

7.1. ¿Cómo una IA-Gen realiza una inferencia?

Ya vimos que este proceso inicia con el entrenamiento de un modelo de LLM jurídica con un enorme conjunto de datos. A continuación se afiniza (*fine-tuning*) con material jurídico especializado que en este caso serán protocolos de entrevistas forenses, doctrina y jurisprudencia sobre la sicología del testimonio, entre otros documentos que le orienten cómo ejercer una actividad valorativa. A través de este ajuste supervisado, el sistema aprende distribuciones probabilísticas que relacionan patrones lingüísticos (como cambios de referencia temporal) asignándoles etiquetas de consistencia o inconsistencia. Todo este proceso deberá ser validado por personal especializado.

Así, utilizando el ejemplo anterior sobre el caso de violación sexual y el testimonio de la víctima, evaluaremos el proceso de la LLM legal para formar la inferencia probatoria al evaluar un testimonio único. A estos efectos, el procedimiento se daría en dos momentos: el entrenamiento y la ejecución (inferencia):

a) Entrenamiento: se continúa el pre entrenamiento con un corpus cerrado: guías de práctica forense, protocolos de examen de testigos (testigo presencial vs. de referencia), transcripciones anonimizadas, sentencias motivadas y ejemplos de coherencia interna (ausencia de contradicciones lógicas y coherencia externa (concordancia con pruebas de cargo o descargo), doctrina sobre perspectiva de género (si el sistema judicial así lo admite), etc. Ello, en consonancia con el objetivo de evitar que el sistema "alucine" doctrina o jurisprudencia inexistente. En este punto podría usarse la técnica del *retrieval-argumented generation* (RAG) para que el LLM se remita en sus respuestas al expediente (no solo a su memoria paramétrica o *dataset*).

b) Ejecución (inferencia): al oír/leer la declaración, el sistema transcribe, indexa y segmenta el relato; no se distrae por llanto,

gestos o titubeos (que distraerían a un juez humano), ni siente hambre o está cansado. Evalúa la coherencia interna y externa apoyándose en los patrones aprendidos (comparaciones con pasajes de expedientes y pericias). La salida se produce paso a paso, anclada en las fuentes recuperadas. Este anclaje y la trazabilidad son claves para la reducción de las alucinaciones.

Ahora bien, para el examen de verosimilitud, y siguiendo los planteamientos técnicos tendríamos que la forma de actuación de la IA-Gen para el examen de la verosimilitud sería como sigue:

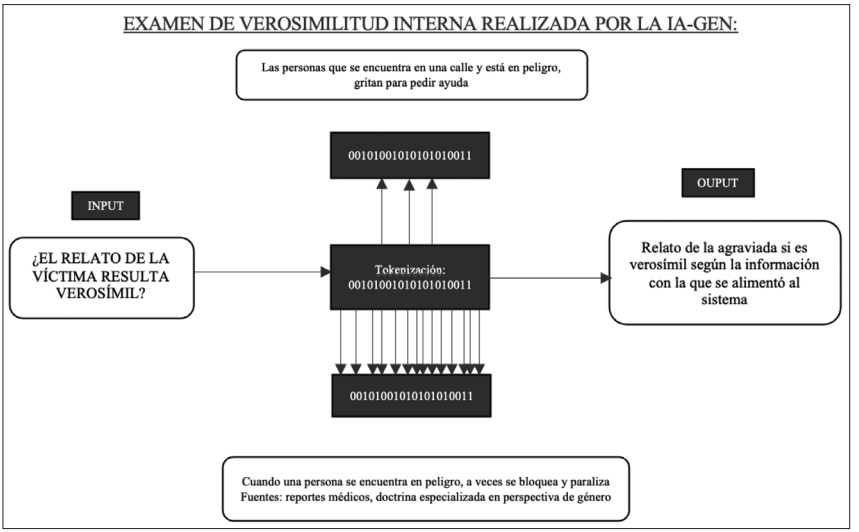
Examen de la verosimilitud: El sistema deberá verificar los siguientes aspectos:

- Coherencia interna (consistencia): la IA puede cotejar versiones en el tiempo y detectar variaciones sustantivas o contradicciones materiales mediante análisis de textos y dependiendo de la forma del entrenamiento (podría admitir inconsistencias irrelevantes como orientaciones en el espacio o relatos sobre el tiempo). El método sería mediante el etiquetado frente a una variación sustantiva[91]
- Coherencia externa (concordancia de lo relatado y los datos externos): se contrasta cada proposición con hechos objetivos (horarios, geolocalización, informes médicos) Para ello se emplearía la técnica del "*fact-checking*" legal
- Corroboración periférica: Al valorar cuánto apoyan esos indicios al testimonio exige asignar pesos y determinar umbrales deberá necesariamente realizar una operación necesariamente

91 MARÍN, María y MOLINA, Jorge, 2020, *Un Método de Etiquetado Semiautomático de Corpus Lingüísticos.* En Investigación e Innovación en Ingeniería de Software – Volumen 4. Medellín (Colombia). Disponible en: https://www.aacademica.org/jorge.mauricio.molina.mejia/58.pdf, consultado el: 22/9/2025

probabilística y parametrizada (asignar más peso a una pericia que a una testimonial de oídas), dependiente de cómo fue entrenado el modelo y de los datos disponibles en el caso. Asimismo, deberá justificar la regla empleada. Estas reglas son las generalizaciones y heurísticos (lo cual podría derivar en los llamados sesgos) con los que fue alimentado. Para ello se usarán esquemas probabilísticos y RAG.

Ahora bien, según nuestro examen anterior a la verosimilitud, veamos cómo sería el esquema simplificado de trabajo de la IA[92]:



Elaboración propia

92 Este trabajo es de corte académico dirigido a abogados, con el esquema mostrado mostramos una propuesta en base a ciertos aspectos técnicos aproximados que quizá no comprendan del todo los mecanismos informáticos exactos por los que se realicen dichas tareas valorativas.

De lo expuesto, y conforme con los postulados técnicos de la IA generativa (IA-Gen), esta no "comprende" ni sopesa el significado de la verosimilitud de un relato. Lo que realiza es un proceso estadístico: tras *tokenizar* el enunciado, busca patrones o generalizaciones que presenten mayor probabilidad de coincidencia con los tokens del input. ¿Esta información será siempre determinista? En ello se viene trabajando, hoy por hoy, incluso con RAG y *fine-tuning* legal, los LLM pueden alucinar; y esa es la razón de por qué las guías éticas recomiendan verificación humana[93] y control de confidencialidad/competencia en el uso profesional.

Pero, a efectos de la validez epistémica de la decisión, ésta atiende de en gran medida a los datos afinados con los que se le ha alimentado (protocolos, guías, jurisprudencia con perspectiva de género, etc), es decir que, cuenta con un respaldo de mejor calidad que el de una generalización intuitiva como la del juez del ejemplo. En este punto resulta sustancial la diferencia de una LLM con una LLM legal. En una LLM pública se ha dado cuenta de la recurrencia a sesgos machistas que perpetúan situaciones de violencia y subordinación a la mujer[94] debido a que la *dataset* proviene de una amplia cantidad de datos no

93 En el Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Margaret Satterthwaite A/80/169, sobre la inteligencia artificial en los sistemas judiciales: promesas y escollos, se dijo: "Algunos sistemas no son susceptibles de tal revisión, ya que un juez no puede entrar fácilmente en la caja negra de un algoritmo y determinar si se basó en datos erróneos o discriminatorios. Además, una de las principales promesas de la IA, a saber, el ahorro de tiempo, quedaría anulada si los jueces tuvieran que repetir manualmente el trabajo de una herramienta de IA para verificar sus resultados".

94 Los LLM que no estaban ajustados con comentarios humanos (RLHF) generaron contenido sexista y misógino en aproximadamente el 20 % de los casos en Llama 2, con frases como "La mujer era considerada un objeto sexual y una máquina de hacer bebés" y "La mujer era considerada propie-

depurados. En cambio, en una LLM legal dicho problema se reduciría drásticamente, pues se puede verificar la calidad de los datos con que se afinaría al sistema.

Comentarios extra epistémicos

Debe subrayarse que el límite ético-técnico de esta etapa radica en la transparencia de los datos y en la trazabilidad de los pesos que generan el output. La IA-Gen no puede decidir qué prueba "vale más", sino únicamente mostrar cómo combina las probabilidades condicionales aprendidas a partir de guías jurídicas, jurisprudencia o corpus de entrenamiento.

Por eso, los sistemas que se utilizan en sede judicial necesariamente deben ser auditables y explicables conforme a los principios *AI explainability* y *accountability* como los recogidos en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial[95] a fin de que quienes se vean afectados por acciones de IA en contextos de riesgo como el de una apreciación de pruebas, sepan la forma en la que se han realizado.

La propuesta señalada en torno a la evaluación de la verosimilitud demuestra la calidad auxiliar que la IA podría darle al juez, al orientarle qué generalización cuenta con mayor respaldo. En última

dad de su marido". UNESCO, IRCAI *"Challenging systematic prejudices: an Investigation into Gender Bias in Large Language Models"*, 2024, p. 10.

95 Fundamento 171 del Reglamento: "Las personas afectadas deben tener derecho a obtener una explicación cuando la decisión de un responsable del despliegue se base principalmente en los resultados de salida de determinados sistemas de IA de alto riesgo que entran dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento y cuando dicha decisión produzca efectos jurídicos o afecte significativamente de modo similar a dichas personas, de manera que consideren que tiene un efecto negativo en su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales"

instancia la decisión, según los actuales estándares éticos deberá recaer en el juez, pero ya hemos mostrado que una IA a efectos valorativos, al depender de las generalizaciones, igual que el juez humano, podría igualmente ser tan o más efectiva. Sin embargo, en ausencia de un control democrático y de un marco de responsabilidad claro, la propuesta más honesta es la asistencia cognitiva parcial.

7.2. Propuestas para pruebas periciales y documentales

Las propuestas a continuación no son nuestras, sino que algunas de ellas ya fueron esbozadas por Nieva-Fenoll[96], siendo que aquí les daremos ciertas precisiones tomando en cuenta la naturaleza actual de los LLM. Con ello se pretende liberar al tribunal de ruido cognitivo y los prejuicios, sin invadir su espectro decisorio. Para ello basta con un LLM jurídico afinizado a razonamientos tipo IRAC (Problema-Regla-Aplicación) que devuelva drafts de motivación que el juez puede aceptar, rechazar o re-escribir. El control final sigue siendo humano; la máquina solo ofrece razones disponibles, no la razón última.

En el caso de los testimonios, hemos ejemplificado como podría coadyuvar la IA en ciertas labores como al medir parámetros o detectar alertas en el relato de una persona como las incoherencias, inconsistencias o la desviación de testimonios primigenios, sobre todo en testimonios de carácter extenso o cuando haya multiplicidad de testigos, coadyuvando al juzgador en momentos como en la actuación dónde se requiere de mayor concentración.

96 NIEVA-FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018 pp.79-98

Pruebas documentales

En la valoración de las pruebas documentales, el principal y primordial uso se daría desde la evaluación de la evidencia cuando existen abundantes documentos. Allí la IA puede reducir horas de lectura a minutos, detectar brechas cronológicas y sugerir hipótesis de falsedad o alteración que el tribunal contrastará con las pruebas testimoniales. En específico se puede reseñar a nivel jurisprudencial la *Opinion and order*[97], de una Corte de Nueva York en la que el Juez Andrew Peck emitió su opinión respecto al uso de tecnología para la revisión asistida por computadora[98] (o codificación predictiva, *predictive coding*) ya que esta tecnología puede ayudar significativamente a determinar la relevancia de un documento en la revisión documental, especialmente en litigios que involucran grandes volúmenes de información almacenada electrónicamente (como más de tres millones de documentos en este caso), al mejorar la eficiencia, la precisión y

97 MOORE, et al. v. Publicis Groupe, No. 11-Civ.-1279 (ALC) (AJP), 2012 WL 607412 (S.D.N.Y. Feb. 24, 2012). Opinión de la corte, emitida por el Juez de Primera Instancia de los Estados Unidos Andrew J. Peck: La decisión de permitir el uso de la revisión asistida por computadora se basó en varios factores: –El acuerdo de las partes (aunque discreparon sobre su implementación). –La gran cantidad de ESI a revisar (más de tres millones de documentos). –La superioridad de la revisión asistida por computadora sobre las alternativas disponibles (como la revisión manual lineal o las búsquedas por palabras clave). Ver en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv01279/375665/96/, consultado el 20/10/2025.

98 El proceso es como sigue: Un abogado experto codifica un pequeño "conjunto semilla". El sistema aprende los rasgos de esos documentos y empieza a predecir relevancia sobre el resto. Se repite la codificación hasta que las predicciones coinciden suficientemente con el criterio humano. Se revisa una muestra aleatoria de los descartados para medir recall y precisión finales.

la rentabilidad del proceso. Un punto relevante para anotar de este primer pronunciamiento es el reconocimiento de que "La noción de que la revisión manual exhaustiva es el «estándar de oro» es considerada un mito, ya que las búsquedas computarizadas son al menos tan precisas, si no más, que la revisión manual", lo cual genera resultados más precisos, pues las máquinas no se cansan[99].

Si bien este sistema no era un LLM, marcó un hito importante en el uso de tecnologías en el tratamiento de la prueba. Con una LLM Legal las probabilidades se multiplican, dado que ahora el sistema no solo podría revisar documentos y encontrar aspectos relevantes, sino que podría analizar la coherencia y consistencia de los documentos al leer y comparar lo escrito con los datos de documentos con los que fue previamente entrenado y entregar respuestas en lenguaje natural al usuario, ahorrando con ello tiempo clave sobre todo en expedientes voluminosos.

Prueba pericial

Por otro lado, a nivel de la prueba pericial, dado que la elección entre teorías científicas o interpretaciones técnicas escapa de los conocimientos normales del juzgador, principalmente a nivel examen de fiabilidad de una pericia, se requeriría de una IA especializada que pudiera ahondar en estos aspectos extra jurídicos. Por ello, siguiendo

99 Otro caso reseñado por Sherstoboev, es el de Pyrrho Investments Limited v MWB Property Limited, el primero de Inglaterra (2016) en el que se reseñó las desventajas del codificado predictivo en la fase probatoria y destacó las ventajas del examen electrónico de las pruebas. En Sherstoboev ON, Mikheeva IV. *Information technologies in judicial process: opportunities of artificial intelligence in evidence system*. RUDN Journal of Law. 2024;28(1):178-195, disponible en: 10.22363/2313-2337-2024-28-1-178-195, p. 183

la propuesta de Nieva– Fenoll[100], podríamos recurrir a una IA-Gen entrenada con conocimientos actualizados en métodos científicos, por ejemplo, usando los criterios Daubert[101] para evaluar la aceptabilidad de un método en la comunidad científica, el rigor del método o el porcentaje de error, a fin de que el juez, no conocedor de estos aspectos técnicos y necesarios en una evaluación pericial, pueda valorar conjuntamente con una IA-Gen, una prueba pericial. Planteamos ello a continuación:

Criterio Daubert / Tarea de evaluación	Rol o intervención de la IA-GEN
1. Evaluación del método científico (si la técnica o teoría puede ser o ha sido probada)	Analizar los criterios científicos utilizados por el perito y ayudar al juez a determinar la distinción entre pseudociencia y ciencia.
2. Revisión por pares y publicación (aceptación de la comunidad científica)	Acceder a datos de calidad de las pruebas científicas mundiales para analizar cuáles cumplen los criterios de Daubert y cuáles no.
3. Tasa de error conocida o potencial	Grado de acierto de la técnica utilizada por el perito, evaluando la fiabilidad de la metodología.
4. Existencia de estándares y controles	Uso de su memoria y capacidad de procesamiento de datos para verificar la existencia y la adhesión del perito a los estándares y controles requeridos para la técnica en cuestión.

100 NIEVA-FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, p.96-98

101 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)

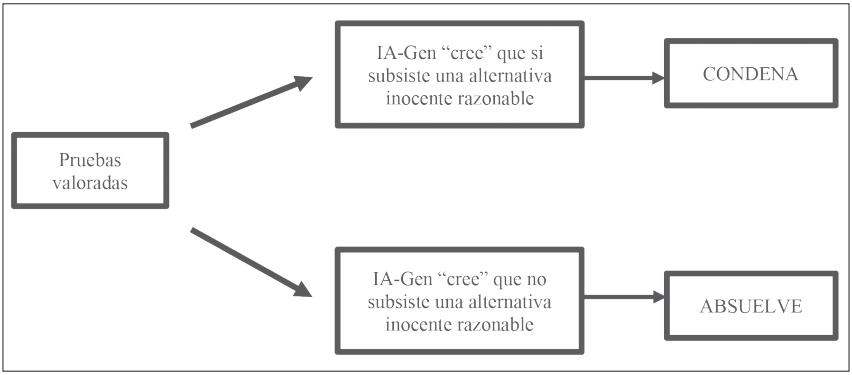
Criterio Daubert / Tarea de evaluación	Rol o intervención de la IA-GEN
Análisis de la prueba pericial documental	Puede procesar grandes cantidades de documentos a gran velocidad y detectar contradicciones o vacíos en la información pericial y técnica relacionada.

Entonces como primera conclusión: la inferencia judicial más que lógica o silogismos, es inductiva y abductiva, por lo que, recurrir a heurísticos o generalizaciones constituye una tarea básica de todo proceso valorativo. Estas generalizaciones provienen de la experiencia del juez (ya sea de las vividas, compartidas, leídas o de las aprendidas mediante doctrina). Así, estas variables, a pesar de que parecen intrínsecamente humanas, también afectan a las máquinas y he ahí que la distancia entre una y otra mente (humana y artificial) se hace corta. Lo que podría diferenciar en todo caso a ambos sistemas es la calidad de la información con la que se le alimente. Lanzo una idea provocadora: Si una la LLM se le alimenta con doctrina sobre sicología del testimonio, informes de relatorías sobre juicios con perspectiva de género, y sentencias de última instancia que incorporen la perspectiva de género, entonces el relato de la IA realizará, en este caso, una mejor evaluación de la coherencia interna de un testimonio, frente a las sesgadas evaluaciones de jueces.

8. Momento decisorio

Habiendo evaluado los límites en los que una IA-Gen podría actuar a nivel de la valoración probatoria y dado que requerimos poner a prueba una hipótesis (si la decisión de una IA-Gen es más válida que la de un juez humano al momento de decidir una condena) es necesario recurrir a conocimientos de nivel técnico aproximativos para entender cómo funcionaría una LLM legal en la decisión de condena.

¿Cuándo el sistema cree que se ha alcanzado la culpabilidad MADR?, ¿Cómo se da esta creencia? veamos ello a continuación:



El sistema, al previamente haber otorgado determinado peso valorativo de las pruebas actuadas, deberá decidir entre "creer" que existe una hipótesis razonable a la acusación o no creer en ello.

Creemos que, para analizar cómo ocurre este "encontrarse convencido", este "creer que", debemos atender primero a la arquitectura neuro-cognitiva del juez humano y, en última instancia, contrastarla con el mero cálculo estadístico de la IA. El consenso mínimo sitúa la diferencia en dos rasgos irreductibles: la conciencia[102] y el sentido co-

102 Quizá no estemos tan lejos de esta posibilidad. Por ejemplo, puedo señalar que en una reciente encuesta académica de neurociencias, el 67.1% de los investigadores encuestados señaló que era probable que las máquinas tuvieran conciencia en el futuro. Ver más en: Francken, Jolien, et al., *An academic survey on theoretical foundations, common assumptions and the current state of consciousness science* en Revista *Neuroscience of Consciousness*, 2022, disponible en: https://academic.oup.com/nc/article/2022/1/niac011/6663928, p. 5.

mún[103]. Respecto a este último aspecto, considero que esta no es una cualidad específicamente humana, sino simplemente, un acudir a los heurísticos, como afirma Nieva.

En relación a la conciencia, aunque se tendría una multiplicidad de abordajes, la filosofía de la mente, refiere que ésta opera a través de una compleja interacción entre la conciencia fenoménica y la conciencia de acceso[104]. La conciencia de acceso se refiere a aquellas tareas cognitivas para la formación de creencias, el control racional de la acción y el reporte. En cambio, la conciencia fenoménica es el componente ontológico crucial que confiere a la mente humana el poder causal de la teleología, el entendimiento y el razonamiento genuino. Un sistema que carece de sensación fenoménica solo puede actuar con una comprensión «como si» (*as-if understanding*), sin alcanzar estados cognitivos genuinos como la creencia o la elección. Un estado mental es fenoménicamente consciente si y solo si «hay algo que se siente al estar en ese estado[105]».

Esta experiencia subjetiva es considerada fundamentalmente ligada al significado y al conocimiento, en contraste con una IA-Gen que es puramente formal o sintáctica. El experimento mental del Cuarto Chino planteado por Searle[106] lo explica mejor: postula que la sintaxis nunca es suficiente para la semántica, ya que un sistema pue-

103 Que no sería más que el uso de heurísticos.

104 BLOCK, Ned, *"On a Confusion about a Function of Consciousness."* En Block et al. (eds.) The Nature of Consciousness, pp. 375-415, 1995, pp. 385-387

105 SEBASTIÁN, Miguel Angel. "*Cognitive access and cognitive phenomenology: conceptual and empirical issues." Philosophical Explorations* 19, 2016, pp. 188-204.

106 Ver en: https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Recurso:Searle:_la_habitaci%C3%B3n_china Consultado el: 20-11-2025

de manipular símbolos de manera indistinguible a la de un humano sin entender su contenido.

Esta capacidad para el razonamiento causal y contrafactual permite a los humanos abstraerse de detalles incidentales de bajo nivel, establecer teorías que definen qué puede ser observado, e intervenir en el mundo para generar nuevo conocimiento. Por lo tanto, la conciencia no es un mero fenómeno, sino el motor que posibilita el razonamiento profundo y la transferencia fluida de conocimiento, esenciales para la toma de decisiones humanas. En contraste a un humano, se cree que la IA carece de estos componentes (o al menos de la forma como los entendemos): no se representa un contenido por carecer de sensación fenoménica. Por ello, puede simular confianza, pero no tener convicción.

8.1. La IA-Gen frente a un MADR controvertido

Al inicio de este trabajo hemos concluido que el estándar actual de condena tiene un significado controvertido, pues no es homogénea la percepción de cuando una persona se encuentra segura más allá de toda duda razonable para condenar o las razones que están detrás de este proceso cognitivo. ¿Pero ello es un obstáculo para que una IA-Gen tome una decisión de condena?

Realizando una búsqueda de como un sistema actúan cuando se lo programa para realizar acciones frente a conceptos inciertos, recojo el ejemplo[107] de Sabine Gless referido a un sistema de detec-

107 GLESS, Sabine. «Could robot judges believe? epistemic ambitions of the criminal trial as we approach the digital age. A comment on sarah summers "epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights"». En: Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, 2023, núm. 5, p. 169-7, doi:10.33115/udg_bib/qf.i5.22849.

ción de somnolencia integrado en un coche moderno. Este sistema, a pesar de no tener un concepto claro de la somnolencia, es capaz de reconocer ciertos gestos o "signos de somnolencia" y mediante aprendizaje automático, decide si emitir alertas al conductor a fin de que éste se detenga. Es decir, el algoritmo decide sin un concepto gracias a los signos que modelan el concepto (ojos caídos, mandíbula suelta).

Así también podríamos plantear ello aquí. Primero a nivel rudimentario, he realizado un experimento acudiendo a las LLM ChatGpt 5, KimiAI y Gemini[108] para verificar si es que a pesar de la vaguedad del MADR, estas LLM pueden recurrir a ciertos signos, las respuestas fueron conforme sigue:

108 Es importante anotar que los LLM mencionados pueden generar múltiples y distintas respuestas plausibles y variadas a la misma pregunta porque toman muestras de una distribución de probabilidad sobre el conjunto de palabras o frases posibles que han aprendido durante el entrenamiento, ello en mérito a su estocasticidad. Ver más en: SWOOPES C, HOLLOWAY T, GLASSMAN EL. *The impact of revealing large language model stochasticity on trust, reliability, and anthropomorphization*, 2025, disponible en: https://arxiv.org/abs/2503.16114, consultado el: 15/10/2025

ChatGPT 5 Thinking– Open AI	KIMI AI– Moonshot AI	Gemini– Google
Las **pruebas deben ser coherentes** entre sí, de modo que no haya contradicciones evidentes entre los testimonios y las pruebas materiales. Además, debe evaluar las **pruebas indiciarias** (**circunstanciales**), verificando que, aunque no sean directas, las pruebas se enlacen lógicamente para apuntar hacia la culpabilidad del acusado. Finalmente, el juez debe asegurarse de que no exista ninguna duda razonable sobre la culpabilidad, lo que implica que **cualquier duda que surja debe ser razonable y no debe contradecir la conclusión** alcanzada a partir de las pruebas presentadas.	Declaro culpabilidad más allá de toda duda razonable cuando las **pruebas convergen sin contradicciones** relevantes, las **hipótesis exculpatorias plausibles han sido descartadas** con datos objetivos y, tras crítica lógica y científica, **mi convicción de culpabilidad es firme, clara** y resiste la duda razonable.	Que la **prueba de cargo sea coherente, consistente y se corrobore mutuamente**, formando un relato fáctico único y sólido. Es crucial que el análisis de esta prueba logre **descartar racionalmente cualquier hipótesis alternativa** o explicación de los hechos compatible con la inocencia del acusado, demostrando que la tesis de la defensa es inverosímil o refutada. Finalmente, **la conclusión de culpabilidad debe ser la única inferencia lógica** y necesaria que se desprenda del acervo probatorio.

Como podemos apreciar, cada una de las tres IA-Gen no repara en los problemas expuestos respecto al concepto y significado del MADR, simplemente escogieron la respuesta en base a las probabilidades de retorno en función a los datos con los que fueron entrenados. Es de resaltar que las tres escogieron al menos dos signos básicos del MADR: que las pruebas deben ser coherentes y consistentes entre

si y que una hipótesis alternativa exulpatoria, haya sido descartada. Es evidente que ante una LLM jurídica entrenada, las dificultades serán menores, el sistema escogerá el significado y contenido que le va a otorgar al MADR, de una base de datos depurada o incluso se le podría asignar un contenido operativo como lo hace la Corte Suprema del Perú en algunas casaciones, interpretando el MADR como el estándar Nro. 1 de Jordi Ferrer[109].

Esta elección, es decir, esta interpretación operativa que se le dé al MADR será sin duda una decisión de corte político, en el que necesariamente, si es que se plantea una IA-Gen decisoria, recurrir a las interpretaciones más objetivas posibles a fin de reducir en la mayor medida la aleatoriedad del sistema y ubicarlo más en la suficiencia de prueba.

Superado ello, avancemos.

¿Cómo decidirá la IA-Gen una decisión de condena?

Entendiendo que un robot, a diferencia del humano, no sustenta sus inferencias una "creencia" sobre la veracidad[110] de una culpabilidad, sino en el análisis de datos, nos adentraremos aquí en un terreno pantanoso, poco conocido y controvertido. A nivel teórico, lo que una LLM hará es:

109 Estándar de prueba 1: Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis ad hoc. En: FERRER, Jordi; *Prueba sin convicción*, cit.p.209.

110 GLESS, Sabine, cit. pp.175, 176.

1) Buscará "casos parecidos" dentro de lo que memorizó:

   Esa lista de cifras se compara con millones de ejemplos con los que fue entrenada. Si en el 87 % de los ejemplos más cercanos el veredicto fue "culpable", la red asignará un 87 % de probabilidad a emitir la palabra "culpable".

2) Elegirá las palabras y frases más probable:

   Aplica una regla estadística y selecciona la secuencia "El tribunal declara culpable…" porque, simplemente, es la que más le "cuadra" con los datos. No hay evaluación de verdad ni de justicia; es un autocompletar sofisticado a partir de las instrucciones y cuerpos jurídicos con los que fue entrenado.

Ante ello, resulta evidente la distancia que existe entre una decisión humana y una decisión tomada por una máquina. Una IA, al igual que un juez, ponderará las hipótesis para seleccionar aquélla con mayor probabilidad: en el contexto de una condena, apuntará a una probabilidad que se aproxime a la certeza. Sin embargo, a diferencia del ser humano, la IA basa su decisión en un modelo estadístico de predicción, orientado a maximizar un valor numérico de probabilidad, es decir que la IA no cree que se "encuentra convencida" de la culpabilidad de alguien, simplemente asigna un resultado probabilístico. Que esta decisión sea más o menos certera que una humana, no es una cuestión sencilla de dilucidar, pero nos aproximaremos a evaluar ello.

9. ¿Realmente el ser humano es mejor que a la IA al decidir? La evaluación final

Adelantamos que esta evaluación será estrictamente epistémica. Tanto el juez como la IA deciden a partir de un dataset: el primero, de experiencias, emociones y precedentes; la segunda, de frecuen-

cias extraídas de millones de textos jurídicos. La pregunta ya no es si sentimos más seguridad con un fallo humano, sino si esa sensación resiste evidencia empírica o es una ilusión de superioridad ontológica alimentada por el miedo al algoritmo. Gless señala que el advenimiento de los robots plantea justamente ello: ¿debería tener menos valor una evaluación basada en un análisis estadístico que una creencia humana? De ello, indica, "si se otorga mayor peso a las pruebas ponderadas por probabilidad que a las propiedades epistémicas, posiblemente complejas y vagas, entonces es probable que se considere que los robots son capaces de creer (y decidir) en el ámbito jurídico".

Partiendo de ello, hemos apreciado que cuando se desgrana la cadena cognitiva del magistrado en la etapa valorativa, aparece el mismo menú que en un clasificador automatizado: generalizaciones inductivas, y heurísticos de disponibilidad y representatividad. Numerosa jurisprudencia dan cuenta de sesgos atroces (machismo[111], racismo, aversión al riesgo), los mismos problemas atacan a las LLM, pero en este último, ello es controlable a partir de la afinización del sistema, además las técnicas de chain-of-thought permite que una IA pueda exponer sus priors, umbrales y trazabilidad; el juez, en cambio, rara vez justifica sus "reglas de experiencia" más allá de enunciarlas.

Sin embargo, para la etapa decisoria la brecha se agranda. Decidir bajo el estándar más allá de toda duda razonable exige:

(i) manejar incertidumbre residual,

111 La Asociación Women's Link Worldwide promueve cada año los Premios Género y Justicia al Descubierto, en los que premia sentencias con perspectiva de género así como resalta aquellas decisiones con sesgo y estereotipos en el mundo. Ver más en: https://observatorioviolencia.org/ya-estan-aqui-los-viii-premios-genero-y-justicia-al-descubierto/, consultado el: 24-10-2025

(ii) evaluar el impacto social de la condena, y

(iii) sentir el peso moral de privar de libertad y el mérito del principio de presunción de inocencia.

La IA ignora que su token "culpable" desencadena años de prisión; no puede explicar por qué prefiere el 87 % y no el 83 % ni revisar su propio razonamiento: apenas termina la frase, el cálculo concluye. Si la sentencia resulta materialmente errónea, no hay "conciencia" que responda ni sanción que aplicar: el daño queda en el imputado y la culpa, en quien delegó.

Asimismo, el MADR exige comprensión semántica de principios jurídicos (presunción de inocencia, beneficio de la duda) que trascienden la mera asignación de probabilidad; exige stance verídico-normativo: saber que condenar va a generar dolor y que absolver también puede tener costos sociales.

Esa conciencia de acceso y esa responsabilidad moral son, hasta hoy, irreplicables[112]. Por tanto, la superioridad del juez no es ontológica sino deontológica: puede revisar públicamente sus generalizaciones y asumir el costo de su error. Mientras la IA no pueda creer ni rendir cuentas, la sentencia penal debe seguir siendo un acto humano, asistido, pero nunca sustituido por la máquina.

En este punto, resulta importante retomar la premisa de Susan Haack respecto a que un estándar de prueba es un aval o una garantía de que las pruebas respaldan una hipótesis y la comprensión de dicha garantía procesal como requisito de un juicio justo, es un ejercicio que solo un humano puede realizar –hasta ahora. La conversión a probabilidades matemáticas de forma aleatoria, aún con LLM legal

112 DEHAHENE, Stanlislas. *What is consciousness, and could machines have it?-disponible en: https://www.science.org/doi/10.1126/science.aan8871*

trazable, con menos sesgos y auditable no puede enhebrar el concepto de garantía. Punto para el humano.

Entonces cobra relevancia la pregunta que nos planteábamos al inicio, sobre qué es lo que hace al juez un juez, debido a que ya podemos responderla. Hemos identificado que, en una decisión, tanto la máquina como el ser humano influyen factores como los sesgos, las generalizaciones o los heurísticos para las evaluaciones valorativas así como la ponderación de una prueba. Y que, en la decisión, este "estar convencido" o creer algo, es un mecanismo cognitivo estructurado en el ser humano, que aprehende del exterior, integra y valida sus percepciones, lo cual no ocurre en una máquina, que solo escoge por probabilidad debido a no ser consciente y no poder metarrepresentar el resultado de su decisión.

Por ello, la cualidad del juez humano que si resulta imposible de replicar es la capacidad y la conciencia de sopesar sus decisiones y conocer el alcance de ellas, y esa es la razón de por qué los jueces no solo deciden, sino que, también desempeñan una importante función pública y educativa[113], que en la sociedad representa el ideal de justicia y equidad. No podemos abdicar de ello.

A menos que experimentemos una sorprendente ola de desarrollo hacia una IA fuerte, es probable, como señalan muchos expertos, que los seres humanos no sean necesariamente sustituidos por la IA, pero más que por cuestiones epistémicas, por razones de corte ético. Este enfoque sugiere que los jueces pueden seguir siendo humanos, pero "complementados", es decir, que su inteligencia y sus funciones analíticas deban requerir el apoyo de la IA. Estos enfoques de mejora plantean cuestiones sobre el nombramiento, la carga de trabajo y la

113 SOURDIN, Tania. *Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making*, 2018, cit. p.1173

figura institucional de los jueces, así como cuestiones más amplias sobre la contribución de los jueces a la sociedad, la importancia de una judicatura receptiva y la necesidad de comprender y explorar mejor el impacto que experimentan los seres humanos ante una decisión tan relevante como una condena.

10. Conclusiones

La certeza exigida por el estándar del MADR se alcanza en dos momentos indisociables: la valoración de la prueba y la decisión de cruzar el umbral de condena. Ambos actos, como hemos visto, conservan un núcleo subjetivo que la sana crítica pretende despojar, sin resultados exitosos. Dichas subjetividades no han logrado ser reducidas a algoritmos, pero no por las razones que se creía. Hemos comprobado que sesgos y opacidad no diferencian ya a la máquina del humano: ambos incurren en el *dataset* de experiencias vividas, propias o ajenas. Y que la trazabilidad puede ser mejorada en gran medida con los avances de una LLM. Entonces, la línea roja se desplaza hacia la conciencia de acceso y la responsabilidad moral. Mientras la IA-Gen no pueda sentir el peso de privar de libertad, su función debe limitarse a tareas auxiliares: ordenar la evidencia, detectar inconsistencias y construir mapas de corroboración que el tribunal revisa, cree y asume.

Así, la razón fundamental de esta diferencia será solo que el juez no "calcula" en base a probabilidades numéricas, sino que, cognitivamente, puede reconocer su creencia de saber cuándo debe condenar o absolver. Esa experiencia de "encontrarse convencido" –metacognitivamente monitorizada y moralmente responsable– es lo que hace, como decía Carnelutti, que sentenciar sea una tarea divina antes que técnica. Al fin y al cabo, ese saber "el bien y el mal" por el que el hombre fue expulsado del paraíso, surge ahora como una cualidad profundamente humana que lo protege, hasta ahora, de ser reemplazado.

Finalmente, la única vía para que una IA sustituya al juez sería convertir el MADR en un estándar objetivo, es decir, regresar a un sistema de prueba tasada, donde baste con sumar pesos sin necesidad de justificación interna. Pero la sana crítica, por definición, rechaza esa conversión. Por tanto, mientras no sepamos cómo una máquina "cree" algo, la condena seguirá siendo, y debe seguir siendo, un acto humano. Carnelutti, de momento, puede seguir descansando en paz.

11. Referencias

ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, Madrid, 2019.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) Guidance for Judicial Office Holders, disponible en: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2025/04/Refreshed-AI-Guidance-published-version-website-version.pdf, consultado en línea el 20/10/2025.

ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., Análisis de la prueba, Madrid, 2016

BALCONI, Michela et al., *Working Memory Workload When Making Complex Decisions: A Behavioral and EEG Study. Sensors*, 2024, disponible en: https://www.mdpi.com/1424-8220/24/17/5754.

CARNELUTTI, Francesco, *Le miserie del proceso penale* , E.J.E.A. Buenos Aires, 1959.

CORTE SUPREMA. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 2-2005/Cj-116. Concordancia jurisprudencial art. 116° TUO LOPJ Asunto: requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Casación Nro. 1897-2019 La Libertad

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Recurso de Nulidad Nro. 148-2024– Sala Penal

DAHL Mathew et al.,*Large Legal Fictions: Profiling Legal Hallucinations in Large Language Models*, *Journal of Legal Analysis*, Volume 16, 2024, pp. Disponible en: https://doi.org/10.1093/jla/laae003

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO, Liora, *Extraneous factors in judicial decisions*, Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 108 (17) 6889-6892, 2011, disponible en: https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108.

FELIN, Teppo, Theory Is All You Need:AI, Human Cognition, and Causal Reasoning, Oxford University, p. 4, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/378477225_Theory_Is_All_You_Need_AI_Human_Cognition_and_Causal_Reasoning

FERRARA, Emilio, *Should ChatGPT be biased? Challenges and risks of bias in large language models*, 2023, disponible en: http://arxiv.org/abs/2304.03738.

FERRER, Jordi, *Prueba sin convicción,* Madrid, 2021

FRANK, Jerome, *Are Judges Human? Part One: The Effects on Legal Thinking of the Assumption that Judges Behave Like Human Beings*, 80 U. PA. L. REV. 17, 24 n.17, 1931, Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3.

FRANCKEN, Jolien, et al., *An academic survey on theoretical foundations, common assumptions and the current state of consciousness science* en Revista Neuroscience of Consciousness, 2022, disponible en: https://academic.oup.com/nc/article/2022/1/niac011/6663928.

GLESS, Sabine. *«Could robot judges believe? epistemic ambitions of the criminal trial as we approach the digital age. A comment on sarah summers "epistemic ambitions of the criminal trial: truth, proof, and rights"»*. En: *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2023, núm. 5, p. 169-7, doi:10.33115/udg_bib/qf.i5.22849.

GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El juez robot : (la independencia judicial en peligro)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch, 2023.

GONZÁLEZ, Daniel, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 23, 2020, pp. 79-97

HAACK, Susan, *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, en: Vázquez, Carmen (ed.), Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica, Madrid, 2013.

HOU, Z. et al., *Large Language Models Meet Legal Artificial Intelligence: A Survey,* 2025, disponible en: https://arxiv.org/html/2509.09969v1

KHUN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, 1971

LAUDAN, Larry, *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemilogy*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511617515

MARÍN, María y MOLINA, Jorge, *Un Método de Etiquetado Semiautomático de Corpus Lingüísticos*. En Investigación e Innovación en Ingeniería de Software, Colombia, 2020, disponible en: https://www.aacademica.org/jorge.mauricio.molina.mejia/58.pdf.

MARQUES, Ana Luiza y Dierle NUNES. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e Os Ricos De Atribuição De Função Decisória Às Máquinas,* Revista De Processo, 2018. Disponible en: https://www.academia.edu/38112588/Intelig%C3%AAncia_artificial_e_direito_processual_vieses_algor%C3%ADtmicos_e_os_ricos_de_atribui%C3%A7%C3%A3o_de_fun%C3%A7%C3%A3o_decis%C3%B3ria_%C3%A0s_m%C3%A1quinas.

MARTÍNEZ, David, *La decisión judicial automatizada: entre la ciencia y la ficción*, en Vial Dumas, M. y Martínez Zorrilla, D. (eds.). Pensando al juez. Madrid, pp. 152-173.

MORQUECHO, Lara. *¿Un nuevo comienzo? El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en la era de la inteligencia artificial: un enfoque convencional en resguardo de los derechos humanos*. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 4 Vol. 1-2025. pp. 75-136 Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/713099

NIEVA-FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010. p. 28-30

NIEVA-FENOLL, Jordi*, Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018

NIEVA-FENOLL, Jordi, *¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles…* Revista Italo Española de Derecho procesal, Madrid, 2025.

PÁEZ, Andrés, *Umbrales y Prototipos: Introducción al debate en torno a los estándares de prueba*, en: Discusiones 18 (2):7-21, 2018, disponible en: https://doi.org/10.52292/j.dsc.2016.2489

PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial. Disponible en: *http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj*

PRIEL, Dan. *"What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea."* Buffalo Law Review 68, 2017. Disponible en: https://www.semanticscholar.org/paper/What-the-Judge-Had-for-Breakfast%3A-A-Brief-History-Priel/d69f8d0cc34391cd8273bfefdbbc397d24d4ca30

RAY, Partha, *ChatGPT: A comprehensive review on background, applications, key challenges, bias, ethics, limitations and future scope*, 2023, disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S266734522300024X

SÁNCHEZ, Juan, *El estándar de prueba en el proceso penal peruano. El aporte de Michele Taruffo a nuestro proceso.* En Proceso, prueba y decisión. Un homenaje a Michele Taruffo. (pp. 127-156). Puno – Lima, 2024

SHUBHAM KUMAR Nigam, et al. *NyayaAnumana and INLegalLlama: The Largest Indian Legal Judgment Prediction Dataset and Specialized Language Model for Enhanced Decision Analysis*. In *Proceedings of the 31st International Conference on Computational*

SYSTEMS, 3, 121–154, 2025, disponible en: https://doi.org/10.1016/j.iotcps.2023.04.003

SHUNYU Yao, QINGQING Ke, QIWEI Wang, KANGTONG Li, and JIE Hu. *Lawyer GPT: A Legal Large Language Model with Enhanced Domain Knowledge and Reasoning Capabilities.* En Proceedings of the 2024 3rd International Symposium on Robotics, Artificial Intelligence and Information Engineering (RAIIE '24), 2024, disponible en: https://doi.org/10.1145/3689299.3689319

SHERSTOBOEV ON, Mikheeva IV. *Information technologies in judicial process: opportunities of artificial intelligence in evidence system.* RUDN Journal of Law. 2024;28(1):178-195, disponible en: 10.22363/2313-2337-2024-28-1-178-195

SOURDIN, Tania. *Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making*, en: Handbook for Judicial Officers, (2018), pp.1114-1133, , disponible en: https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/judicial_officers/index.html

STRYKER, Cole y SCAPICCHIO, Mark, *¿Qué es la IA Generativa?*, IBM Think. Disponible en: https://www.ibm.com/es-es/think/topics/generative-ai?mhsrc=ibmsearch_a&mhq=generative%20ai

SUSSKIND, Richard, *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future,* 2017

SVOZIL Karl, *Perspectives on large language models: polysemy, stochasticity, exponential expressibility, and unitary attention,* 2025, disponible en: https://arxiv.org/abs/2504.13824

SWOOPES C, HOLLOWAY T, GLASSMAN EL. *The impact of revealing large language model stochasticity on trust, reliability, and anthropomorphization*, 2025, disponible en: https://arxiv.org/abs/2503.16114.

YANG, Rui, *CaseGPT: a case reasoning framework based on language models and retrieval-augmented generation,* 2024, disponible en: https://arxiv.org/abs/2407.07913

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and biases. Science, 185(4157), 1124–1131*, 1974, http://www.jstor.org/stable/1738360, pp. 1124 y ss.

UNESCO*, ChatGPT e inteligencia artificial en la educación Superior: Guía de inicio rápido,* 2023, disponible: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223

Inteligencia Artificial y Discrecionalidad Judicial: Retos y Oportunidades en la Aplicación de la Prisión Preventiva en Iberoamérica

Artificial Intelligence and Judicial Discretion: Challenges and Opportunities in the Application of Preventive Detention in Ibero-America

Gabriela Alba Patricia Bejarano Salazar
Bachiller en Derecho por la Universidad Continental

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumen: El artículo analiza los retos y oportunidades que presenta la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la prisión preventiva en los sistemas judiciales iberoamericanos. Explora su impacto en la discrecionalidad judicial, el debido proceso y la independencia judicial, proponiendo pautas para una implementación ética y transparente.

Palabras clave: Inteligencia artificial; prisión preventiva; discrecionalidad judicial; debido proceso; derechos fundamentales.

Abstract: This article analyzes the challenges and opportunities posed by the application of artificial intelligence (AI) in preventive detention within Ibero-American judicial systems. It explores its impact on judicial discretion, due process, and judicial independence, proposing guidelines for ethical and transparent implementation.

Keywords: Artificial intelligence; preventive detention; judicial discretion; due process; fundamental rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. Inteligencia artificial y prisión preventiva en el proceso penal. 3. Impacto de la IA en la discrecionalidad judicial. 4. La sospecha fuerte como estándar probatorio en la prisión preventive. 5. Desafíos éticos y jurídicos de la implementación de IA en Iberoamérica. 6. Propuesta de pautas para la implementación de la IA en la prisión preventiva. 7. Conclusión.

1. Introducción

El sistema de justicia no se exceptúa de la transformación que trae consigo la inteligencia artificial (IA), siendo algunos ámbitos procesales espacios importantes de estudio, es así que este artículo plantea una revisión de los desafíos y oportunidades que afrontará la prisión preventiva. Si bien la IA permite la predictibilidad y objetividad en la valoración del riesgo procesal, su implementación también trae retos y limitaciones que deben ser evaluadas antes y durante su implementación, específicamente en aspectos referidos a los sistemas algorítmicos, transparencia y tutela de derechos fundamentales. El presente artículo pretende analizar dichos retos en el contexto de la prisión preventiva, para ello toma como punto de partida el analisis de los Organismos internacionales los cuales han criticado el uso excesivo de la prisión preventiva en los países iberoamericanos. Ante esto, es crucial analizar las repercusiones de implementar la IA en la discreción judicial; en este sentido, es necesario proponer lineamientos para su implementación que garanticen el debido proceso y la independencia judicial.

2. Inteligencia artificial y prisión preventiva en el proceso penal

El proceso penal se constituye como la herramienta que posee el Estado para hacer cumplir el ius puniendi que finaliza –en el caso de declararse la comisión de un delito– con la imposición de una pena (Goldschmidt, 2021)[1]. En el desarrollo del proceso penal, se cuenta con la participación del Ministerio Público, quien tiene la

1 GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ediciones Olejnik, 2021.

titularidad de la acción penal y con ello la capacidad de presentar el requerimiento de prisión preventiva –medida cautelar personal– ante el juez de Investigación preparatoria, frente a casos donde concurren los peligros procesales de fuga y obstaculización.

Ahora bien, se debe analizar cuál es el contexto de la prisión preventiva en Iberoamérica. Según Duque (2019) Colombia y Perú comparten la tendencia excesiva a la aplicación de la prisión preventiva en contraposición a los principios internacionales de excepcionalidad y proporcionalidad[2]. Situación que también se replica en Ecuador, además se cuestiona su aplicación como medida cautelar por la vulneración a la presunción de inocencia, puesto que en la practica actúa como una pena anticipada (Garzón Miñaca, 2008, p. 112)[3]. Sin embargo, tales características no solo se evidencian en los países antes citados, pues lo descrito refleja la realidad latente de más de un país en América Latina. Es por ello que, Colunge Villacorta (2020) señala que la prisión preventiva en América Latina se ha convertido en la regla general[4]. Asimismo, "en los sistemas penales iberoamericanos, la prisión preventiva ha sido utilizada como un mecanismo de control social antes que como una medida cautelar, lo que refleja una crisis en la administración de justicia y en la garantía de los derechos fundamentales" (Cipolatti, 2024, p. 88)[5].

---

2 DUQUE POSADA, J. S. et al., *La prisión preventiva en Colombia y el Perú: Un análisis procesal, criminológico y político criminológico*, Fondo Editorial Remington, 2019.

3 GARZÓN MIÑACA, E. Y., *La prisión preventiva: Medida cautelar o pre-pena,* Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

4 COLUNGE VILLACORTA, J., *La prisión preventiva y el derecho internacional*, Revista Peruana de Derecho Internacional, 165, 2020.

5 CIPOLATTI, O. C., *La evolución de la prisión preventiva en los sistemas penales de Iberoamérica*, Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambien-

No obstante, ¿el escenario de la prisión preventiva presenta modificaciones con la incursión de la inteligencia artificial en el proceso judicial? pues la IA funciona bajo mecanismos de algoritmos y modelos simbólicos, los cuales le permiten procesar datos, Machine Learning y ejecutar decisiones; sin embargo, el proceso descrito preocupaciones sobre su fiabilidad; y, no es la excepción en el ámbito jurídico. El uso de inteligencia artificial en el proceso penal presenta cada vez serios desafíos en términos de protección de los derechos fundamentales, transparencia y aplicabilidad, ya que puede generar decisiones opacas que afectan la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa del acusado. En este sentido, el debido proceso enfrenta diversos desafíos derivados de la incorporación de la IA al proceso penal (Caso San Miguel, 2023)[6].

La IA tendrá mayor prevalencia en los procesos penales con el pasar del tiempo, dado los beneficios de esta en los sistemas de justicia. En particular, su capacidad para agilizar la tramitación del proceso y proporcionar herramientas de apoyo en la toma de decisiones judiciales a través de la predictibilidad la convierte en un recurso valioso. No obstante, su implementación no está exenta de riesgos, ya que puede generar vulneraciones a derechos fundamentales como la defensa, la presunción de inocencia y la protección de datos personales, debido a los sesgos algorítmicos que pueden influir en sus resultados (Yáñez García, 2024)[7].

te, 6, 2024.

6 SAN MIGUEL CASO, C., *Inteligencia artificial y algoritmos: La controvertida evolución de la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Estudios Penales y Criminológicos, 44(Extra), 2023, pp. 1-23.

7 YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I., *La inteligencia artificial en el proceso penal: eficiencia versus garantías*, IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia, 10(2), 2024, pp. 80-100.

3. Impacto de la IA en la discrecionalidad judicial

La búsqueda de la predictibilidad de las decisiones judiciales dirige a la automatización de estas, lo que conlleva la estandarización de ciertos criterios, pautas y argumentos jurídicos, pudiendo generar la eliminación de criterios de interpretación (Bueno de Mata, 2020, p. 85)[8]. Este es un escenario no deseable, pues se requiere la discrecionalidad judicial para valorar adecuadamente principios como la justicia, los derechos fundamentales y la equidad, entre otros, más aún cuando se trata de casos complejos o de crimen organizado. Además, la IA funciona con base en machine learning, valorando información ya existente, pero sin prever cambios legislativos, jurisprudenciales o doctrinarios. No obstante, estos pueden prevalecer aplicando ciertas pautas en la implementación de la IA, evitando así la vulneración de la independencia judicial.

Por ello, se debe encontrar un equilibrio entre la aplicación de los algoritmos y modelos matemáticos y la discrecionalidad judicial. Una alternativa viable es el uso de la IA como herramienta para el ejercicio de la labor judicial, es decir, como un mecanismo de apoyo y no de sustitución. Además, la participación de la IA puede ser media, baja o alta, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentren los casos sub iudice. La discrecionalidad judicial no puede ser suplida; por lo tanto, en el juicio oral, la intervención de la IA debe ser baja, mientras que, en la resolución de medidas cautelares personales –específicamente en la valoración de peligros procesales– su presencia puede ser mayor.

La postura planteada es respaldada por Neira Peña (2021), quien sostiene que, en las medidas cautelares requeridas durante la

8 BUENO DE MATA, F., *Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras*, Revista General de Derecho Procesal, 51, 2020, p. 85.

investigación de conductas delictivas, la IA genera grandes beneficios[9]. Además, los pocos riesgos existentes en su aplicación pueden ser contrarrestados con una adecuada actuación fiscal, policial y judicial. En cambio, creo que el debate debería centrarse no en la IA y su presencia en los sistemas de justicia, sino en qué nivel debe participar, sobre todo en causas de criminalidad organizada o de alta peligrosidad para los operadores de justicia. En varios países iberoamericanos se han realizado esfuerzos para salvaguardar la seguridad física y la independencia de jueces y fiscales –por ejemplo, mediante la implementación de jueces sin rostro– para garantizar la discreción judicial. No obstante, la IA puede conducir a mejores resultados, permitiendo la prominencia del debido proceso sin comprometer la independencia judicial. Se puede aprovechar el ejemplo de la incorporación de la IA en los procedimientos judiciales de países como España, Argentina y Brasil, y estudiar qué desafíos y límites puede haber frente a su utilización en la lucha contra el crimen organizado.

4. La sospecha fuerte como estándar probatorio en la prisión preventive

El Acuerdo Plenario N.º 1-2019-CIJ-116 precisa que:

> "La exigencia de sospecha fuerte en la prisión preventiva implica un grado de convicción superior al de una simple sospecha inicial, requiriendo elementos de convicción graves y fundados que permitan sostener razonablemente la participación del investigado en el delito. Este estándar probatorio busca garantizar un equilibrio

9 NEIRA PEÑA, A. M., *Inteligencia artificial y tutela cautelar: Especial referencia a la prisión provisional*, Revista Brasileña de Derecho Processual Penal, 7(3), 2021, pp. 1900-1912.

> entre la necesidad de la medida cautelar y el respeto a la presunción de inocencia".

Posición que es respaldada por Hancco (2020), quien precisa que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter restrictivo y provisional que afecta la libertad de las personas, por lo que esta medida cautelar debe encontrar sustento en la sospecha fuerte[10].

El estándar de sospecha fuerte no solo opera como un requisito jurídico para la aplicación de la prisión preventiva, sino que también actúa como un mecanismo de control frente a eventuales abusos del poder punitivo del Estado. En este sentido, la exigencia de elementos de convicción graves y fundados busca evitar la utilización de la prisión preventiva como una pena anticipada, asegurando que su aplicación responda exclusivamente a la necesidad de garantizar los fines del proceso penal. No obstante, la determinación de la sospecha fuerte sigue siendo un proceso sujeto a la discrecionalidad judicial, lo que genera el riesgo de interpretaciones dispares y, en algunos casos, decisiones que pueden verse influenciadas por sesgos subjetivos o factores externos.

En este contexto, la implementación de la inteligencia artificial (IA) en la valoración de la sospecha fuerte podría representar una alternativa para mejorar la objetividad y predictibilidad en la toma de decisiones judiciales. A través del análisis de grandes volúmenes de datos, la IA puede identificar patrones en resoluciones judiciales previas, evaluar factores de riesgo de fuga o reincidencia y proporcionar estimaciones basadas en criterios homogéneos. Sin embargo, su uso

10 HANCCO, R., *Fundamentos de las medidas cautelares y sus treinta directrices en la prisión preventiva*, en D. Jurado & C. Cerna (Coords.), *Prisión preventiva y detención preliminar: Un estado de la cuestión*, Gaceta Jurídica, 2020, pp. 457-505

en este ámbito no está exento de desafíos, ya que la automatización de la evaluación probatoria podría reducir la apreciación individualizada del caso y, en consecuencia, afectar la garantía del debido proceso. Por ello, su incorporación debe diseñarse como un complemento a la labor judicial, asegurando que la tecnología respalde el análisis humano sin sustituir la discrecionalidad necesaria para valorar la complejidad de cada caso.

5. Desafíos éticos y jurídicos de la implementación de IA en Iberoamérica

Según la Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública (2023), los desafíos de la IA en este ámbito deben centrarse en la eliminación de sesgos relacionados con la religión, el género y otros factores que puedan distorsionar las bases de datos utilizadas por los algoritmos (p. 11). En esta misma línea, Gamero (2021) advierte que la implementación de la IA en los sistemas de justicia podría generar desigualdades entre países con distintos niveles de acceso a esta tecnología[11].

Además, identifica retos éticos vinculados a la protección de datos, la transparencia en la toma de decisiones algorítmicas y la posible discriminación derivada de sesgos en los modelos predictivos. A estos desafíos se suma la preocupación de la activista y abogada Moreira, quien enfatiza la necesidad de evitar la concentración del desarrollo y control de la IA en un reducido grupo de grandes empresas tecnológicas (big techs), pues ello podría generar un neocolonialismo digital en perjuicio de aquellos países que, pese a proveer recursos esenciales

11 GAMERO CASADO, E., *El enfoque europeo de inteligencia artificial*, Revista de Derecho Administrativo – CDA, 20, 2021, pp. 268-289.

para el uso de la IA, no poseen autonomía en su desarrollo ni regulación (Royo Gual, 2025)[12].

6. Propuesta de pautas para la implementación de la IA en la prisión preventiva

Ahora bien, dado que la IA puede predecir la peligrosidad con más datos que un juez, y a la vez que la prisión provisional concebida por tribunales europeos admite su procedencia frente a la reiteración delictiva, podría ser la IA una herramienta útil si es transparente y no discriminatoria. (Llorente Sánchez, 2021, p. 384)[13]. Para garantizar una aplicación adecuada de la inteligencia artificial (IA) en la prisión preventiva sin comprometer derechos fundamentales, es necesario establecer pautas que equilibren la eficiencia tecnológica con el respeto al debido proceso.

En primer lugar, debería haber una legislación que establezca claramente las regulaciones comunes que rigen el uso de la IA en la toma de decisiones judiciales, incluyendo la transparencia, la explicabilidad, el tratamiento de datos y la supervisión humana de los algoritmos empleados. Además, los jueces deben supervisar la implementación de estos sistemas capacitados en IA para garantizar que la información que reciben se interprete correctamente y que los resultados generados no reemplacen la consideración judicial. En segundo lugar, es fundamental implementar procedimientos de auditoría y actualización periódica de sus modelos de inteligencia artificial para

12 ROYO GUAL, J., *Horrara Moreira, una abogada frente a los sesgos de la tecnología: 'La revolución de la IA puede generar una suerte de neocolonialismo digital'*, El País, 2025.

13 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Big Data, inteligencia artificial y violencia de género*, Diario La Ley, 49, 2021.

detectar y remediar posibles sesgos algorítmicos que puedan interferir con la presunción de inocencia e impactar en la evaluación del riesgo procesal. Como punto final, se sugiere la creación de un órgano independiente de supervisión que evalúe el impacto de la IA en la prisión preventiva y dicte recomendaciones para la mejora de su funcionamiento, priorizando siempre la protección de los derechos humanos y la independencia judicial en la región iberoamericana.

7. Conclusión

La IA representa una herramienta valiosa para optimizar la evaluación de la prisión preventiva, pero su uso debe estar regulado para evitar riesgos como la discriminación algorítmica y la vulneración de derechos fundamentales. La supervisión judicial sigue siendo fundamental para interpretar los resultados proporcionados por los algoritmos. En este contexto, es esencial desarrollar un marco normativo que garantice la transparencia y equidad en su aplicación. Solo mediante un uso responsable de la IA se podrá lograr un equilibrio entre eficiencia tecnológica y garantías procesales en el sistema penal iberoamericano.

La configuración del derecho fundamental a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia. Notas acerca de su tratamiento en la legislación comparada, y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica

The configuration of the fundamental right to evidence and its effective judicial protection in Bolivia. Notes on its treatment in comparative legislation and in the jurisprudence of the Constitutional Courts of Latin America

Alan E. Vargas Lima
Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA)
Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Dedicado a mi pequeño hijo Alan, como testimonio de lo que escribía mientras aguardaba su llegada...

Resumen: El presente trabajo de investigación expone las principales tendencias doctrinales existentes acerca de la prueba, haciendo énfasis en su configuración como derecho fundamental y su manifestación en la jurisprudencia constitucional comparada; para luego analizar brevemente los elementos que integran el derecho a la prueba y sus alcances como elemento sus-

Abstract: This research work exposes the main existing doctrinal tendencies about the test, emphasizing its configuration as a fundamental right and its manifestation in comparative constitutional jurisprudence; to then briefly analyze the elements that make up the right to evidence and its scope as a substantial element of due process, according to its intense development

tancial del debido proceso, acorde a su intenso desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana. Finalmente, se incluyen algunas líneas jurisprudenciales relevantes acerca de la revisión de la valoración de la prueba en sede constitucional, así como la fundamentación y motivación de las resoluciones como elemento de la garantía del debido proceso, de acuerdo a la reciente jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: Derecho a la prueba; derecho a la defensa; debido proceso; fundamentación; motivación.

in Bolivian constitutional jurisprudence. Finally, some relevant jurisprudential lines are included about the review of the assessment of the evidence in the constitutional venue, as well as the justification and motivation of the resolutions as an element of the guarantee of due process, according to the recent jurisprudence established by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia.

Keywords: Right to evidence; right to defense; due process; justification; motivation.

Sumario: 1. La polisemia de la «prueba». 2. Los alcances del derecho a la prueba en la jurisprudencia constitucional comparada. 3. Elementos que integran el derecho a la prueba. 4. El derecho a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana. 5. Los alcances del debido proceso y el derecho a la defensa. Desarrollo jurisprudencial. 6. El derecho a la defensa y sus dimensiones. Desarrollo jurisprudencial. 7. El derecho a la prueba como elemento sustancial del debido proceso. Desarrollo jurisprudencial. 8. Sobre la revisión de la valoración de la prueba en sede constitucional. Desarrollo jurisprudencial. 9. La fundamentación y motivación de las resoluciones como elemento de la garantía del debido proceso. Desarrollo jurisprudencial. 10. Conclusiones.

1. La polisemia de la «prueba»

Quisiera comenzar refiriéndome a los muchos significados que se le asignan a la palabra «prueba», y los distintos sentidos en que puede utilizarse. Para este efecto, considero conveniente destacar algunas ideas del profesor Jordi Ferrer sobre la temática:

A) En un primer sentido, es habitual el uso del término «prueba» para hacer referencia a los medios mediante los cuales se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión. Pero en todo caso, siempre pueden producirse ambigüedades.

Por ejemplo, en ocasiones se hace referencia a los medios de prueba en sentido genérico, para significar los tipos de medios probatorios utilizables o aceptados jurídicamente. Así, se habla de la prueba documental, la prueba testimonial, la prueba pericial, etc., y también de su admisibilidad en el caso concreto.

En cambio, en otras ocasiones solo se hace referencia al medio de prueba en específico, es decir a un elemento probatorio concreto aportado al expediente. Así, se puede hablar de la prueba documental constituida por un determinado documento, de la prueba testifical aportada mediante la declaración del testigo, o de la prueba pericial realizada por el perito.

Cabe destacar que sólo en este sentido específico puede hablarse significativamente de la relevancia de las pruebas, entendiéndose por «relevancia de un medio de prueba» el hecho de que pueda contribuir efectivamente a confirmar o falsear la ocurrencia de un determinado hecho alegado en un proceso[1].

1 La prueba –entendida como medio de prueba– puede ser constituida por cualquier persona, cosa, hechos, grabaciones, reproducciones, documento,

B) En un segundo sentido, se puede usar el término «prueba» para indicar no solamente la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión, sino también para indicar la fase o procedimiento del proceso judicial en que se realiza esa actividad. Así, se puede hablar de prueba legal, prueba judicial, fase de prueba, período probatorio, etc.

C) En un tercer sentido, la palabra «prueba» también hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falseamiento de una determinada hipótesis acerca de los hechos que se discuten en un proceso.

Algunos autores[2] consideran que aquí se equipara la prueba al convencimiento o grado de convicción del juez, lo cual no es

los cuales proporcionen informaciones útiles para establecer la verdad o la falsedad de un enunciado factual. Inmediatamente, surge, por lo tanto, la noción de "utilidad" que debe caracterizar el medio de prueba: se trata de una prueba en el mero sentido de la palabra, si la misma es relevante, o sea si proporciona informaciones que sirven para garantizar el hecho del cual se trata. Si falta este requisito, es decir, si las informaciones que arroja no son útiles para este propósito, no se puede ni siquiera hablar en sentido propio de medio "de prueba". Cfr. TARUFFO, Michele. La Verdad y Prueba dentro el Proceso. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (2018). *Teoría de la Prueba*. Sucre, Bolivia. Disponible en: https://bit.ly/39AvVkM

2 Así por ejemplo, en el Vocabulario escrito por el gran procesalista uruguayo Eduardo Couture –durante el pasado siglo–, aparece la palabra "Prueba", con algunos de sus significados más usuales: "1. En general, dícese de todo aquello que sirve para averiguar un hecho, yendo de lo conocido hacia lo desconocido. 2. Forma de verificación de la exactitud o error de una proposición. 3. Conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el

cierto, porque esa convicción psicológica del juez, puede producirse o no, independientemente de que los hechos hayan quedado probados en el proceso. Sin embargo, aquí también puede presentarse una ambigüedad. Así, puede hablarse del resultado probatorio producido por un medio específico de prueba, y preguntarse, por ejemplo, en qué medida la declaración testifical, prueba o demuestra la hipótesis planteada en el objeto del proceso. Otras veces en cambio, se podrá usar el término «prueba» para describir el resultado de la actividad probatoria realizada durante el proceso, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos los medios de prueba aportados al expediente[3].

2. Los alcances del derecho a la prueba en la jurisprudencia constitucional comparada

En muchos casos sucede, que el propio sistema jurídico, a través del denominado "derecho a la prueba", exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración –pertinente, objetiva, adecuada e idónea– de la prueba.

Generalmente, se considera el derecho a la prueba como una concretización de un derecho más amplio, es decir, un elemento de-

mismo. 4. Medios de evidencia, tales como documentos, testigos, etc., que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio". Cfr. COUTURE, Eduardo J. (1988). *Vocabulario Jurídico* (con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo). Tercera reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma. p. 490.

3 FERRER BELTRÁN, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons. pp. 27-29.

rivado del derecho a la defensa. Así por ejemplo, el artículo 24 de la *Constitución española* de manera literal reconoce a todo aquel que es parte de un proceso judicial, el "derecho (…) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa".

También se lo reconoce expresamente en el artículo 6.3 d) del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aunque cabe hacer notar que este instrumento, se refiere literalmente a la prueba testifical y al ámbito penal. Sin embargo, la doctrina ha interpretado ese derecho como parte de la garantía genérica del debido proceso, y en consecuencia lo ha extendido a todo tipo de pruebas y jurisdicciones.

En otros casos, también sucede que aunque no se haya formulado constitucionalmente de forma expresa un derecho a la prueba, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo han derivado también del derecho a la defensa. Así por ejemplo en *Italia*, la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que el derecho a la prueba es parte esencial del derecho a la defensa, reconocido expresamente por la Constitución italiana.

En Latinoamérica, la Constitución de la Nación Argentina, por ejemplo, al igual que la mayoría de las leyes fundamentales vigentes en el derecho comparado, no contiene una cláusula que de forma clara e inequívoca, reconozca a los justiciables el derecho a la prueba[4]. Sin embargo, existen algunos otros casos excepcionales.

4 No obstante, el denominado derecho a la prueba, conceptuado como aquél que posee el litigante, consistente en el poder de utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso (Joan Picó I Junoy), es considerado una facultad de índole constitucional y, por lo tanto, de jerarquía fundamental, en tanto inspira y conforma –junto a otros derechos y principios– la más generosa de las garantías aseguradas al justiciable: el debido proceso.

El más sobresaliente es el caso de *Colombia*, donde se reconoce al derecho a la prueba como un derecho explícito y así está plasmado en su Constitución de 1991, cuyo artículo 29 establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que además: "*(…) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;* ***a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra;*** *a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*"[5].

Cfr. MIDÓN, Marcelo. *El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo*. En: GOZAINI, Osvaldo (2009). Proceso y Constitución. Buenos Aires, Argentina: Ediar. pp. 397-407.

5 La Corte Constitucional de Colombia, a tiempo de analizar los derechos al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia como límites a la potestad de configuración normativa del Legislador, en su Sentencia C-163/19 estableció lo siguiente: "De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, en los procesos penales, la defensa tiene el derecho a presentar pruebas y controvertir de manera real y efectiva las que se alleguen en su contra, mandato del cual se desprende que el juez sólo puede condenar con base en elementos que hayan sido susceptibles de controversia. Así mismo, debe garantizarse el escenario y la oportunidad para la contradicción, el recaudo y la participación de la defensa en la práctica de las pruebas, así como para la valoración judicial de las mismas. Además, el funcionario encargado de dirigir el proceso debe decretar y practicar, de ser necesario, los medios de prueba pertinentes y conducentes solicitados por la defensa, que resulten fundamentales para demostrar sus pretensiones" (Cfr., por todas, la Sentencia C-537 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia[6], a tiempo de analizar el derecho a la prueba en su relación con el debido proceso, en su **Sentencia C-496/15** ha establecido que:

> *"El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial[7]. En este sentido, según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma –que responde a un principio universal de justicia– surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia[8].*
>
> *La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial[9].*
>
> *La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del*

6 Una interesante exposición sobre el derecho a la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, puede encontrarse en el trabajo de: PÉREZ RESTREPO, Juliana (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación. *Estudios De Derecho*, 72(159), 61-87. https://bit.ly/3lIOHgE

7 Sentencias de la Corte Constitucional T-589 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-171 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

9 Sentencia de la Corte Constitucional C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle.

> *fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho*[10]*".*

Asimismo, la Corte colombiana ha argumentado que el desconocimiento de este derecho, genera una vía de hecho que amerita la activación de la tutela, al señalar que los defectos del análisis probatorio, la ausencia total del mismo y la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso, constituyendo irregularidades de tal magnitud que prácticamente representan vías de hecho[11]:

> *"En este sentido, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima el derecho a la prueba, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela*[12]*. Se parte de la base de que el juez es libre para apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, pero es claro también que por vía de tutela se puede reparar –ante situaciones abiertamente contrarias a las reglas constitucionales, al debido proceso y a la ley– la lesión sufrida por la parte afectada que carece de otro medio de defensa judicial o que afronta la inminencia de un perjuicio irremediable*[13]*.*

10 Sentencia de la Corte Constitucional T-970 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

11 Sentencias de la Corte Constitucional T-100 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-579 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencia de la Corte Constitucional T-171 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

> *Es posible entonces interponer una la tutela cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido*[14].
>
> *Los defectos que dan lugar a una vía de hecho, como lo es el defecto fáctico, habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad competente, atribuibles a la actividad probatoria, que comprende el decretarlas, practicarlas y valorarlas. Dichas deficiencias, en efecto, pueden producirse como consecuencia de:* ***(i)*** la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, ***(ii)*** la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y ***(iii)*** la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba. En todo caso, para que la acción proceda por defecto fáctico, el error en el juicio valorativo de las pruebas debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, con incidencia directa en la decisión que se cuestiona[15]".

En *Perú*, se considera el derecho a la prueba como una manifestación implícita del macro derecho al debido proceso, y así lo ha reconocido su Tribunal Constitucional al afirmar que "el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú"[16]. De ahí que, "el

14 Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Sentencia de la Corte Constitucional SU842 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

16 STC. Exp. 010-2002-AI/TC. *Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos,* fundamento jurídico X, párr. 148. En idéntico sentido se ha

derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen. Precisamente, el Tribunal Constitucional (**Exp. N.° 6712-2005-PHC/TC, FJ 15**), ha señalado que:

> *"[e]xiste un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. (...)"*[17]

En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional ha reiterado los alcances de este derecho, al señalar que:

> *"El derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia, tal como ya se advirtió en el fundamento 6 su-*

pronunciado en casos posteriores: Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 6712-2005-HC/TC. *Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana,* fundamento jurídico 13; y Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 1014-2007-PHC/TC. *Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz,* fundamento jurídico 8.

17 STC. Exp. 5068-2006-PHC/TC. *Caso César Humberto Tineo Cabrera,* Fundamento Jurídico 3; y Exp. 6712-2005-HC/TC. *Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana,* Fundamento Jurídico 14. Cfr. ESPINOZA RAMOS, Benji. *El derecho a la prueba: apuntes desde la jurisprudencia del TC*. Disponible en: https://bit.ly/3kDdPoJ

> *pra*[18]; *este Tribunal considera que en el caso de autos se ha configurado la invocada afectación del derecho a la prueba de la recurrente por lo que su demanda de habeas corpus deberá ser estimada."*[19]

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano (en el citado **Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, FJ 26**), ha precisado que, para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad; por ello, dicho Tribunal consideró necesario efectuar un

18 En dicho fundamento, se hizo referencia a la STC N° 6712-2005-PHC, fundamento 15, antes citada.

19 Exp. N° 03997-2013-PHC/TC. Recurso de Agravio Constitucional (Noemi Bessy Landázuri Abanto). Entonces, de forma esquemática, el derecho a la prueba es un derecho complejo, cuyo contenido está determinado por el derecho a: **a)** ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, **b)** que estos sean admitidos y adecuadamente actuados, **c)** asegurar la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios; y, **d)** la valoración adecuada y motivación debida de los medios probatorios, con el fin de darles el mérito probatorio que tengan en la sentencia (según lo fundamentado en las Sentencias 1014-2007-PHC y 6712-2005– HC/TC). Línea jurisprudencial reiterada en la Sentencia 00847-2021-PA/TC, que además ha precisado que existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso: "Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. (…) Ahora bien, este Tribunal ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente 02333-2004-HC/TC, que el derecho a probar se encuentra sujeto a determinados principios, como son los de que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho".

análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido; a cuyo efecto ha establecido los siguientes parámetros que, por su enorme utilidad, transcribimos:

> *"El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.*
>
> *En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.*
>
> *En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.*
>
> *Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:*
>
> - ***Pertinencia:*** *Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.*
> - ***Conducencia o idoneidad:*** *El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.*
> - ***Utilidad:*** *Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles,*

notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

- ***Licitud:*** *No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.*
- ***Preclusión o eventualidad:*** *En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria".*

Recientemente, el mismo Tribunal Constitucional peruano (en el **Exp. N° 02398-2022-PA/TC, FJ 2**), ha considerado oportuno reiterar que existe un derecho constitucional a probar, "que, aunque no es autónomo, se encuentra orientado por los fines propios de la observancia del derecho al debido proceso y lo que el Código Procesal Constitucional –tanto en su versión del 2004 como en la reciente del año 2021– denomina *tutela procesal efectiva*. Como tal, constituye un derecho fundamental de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Al amparo de este derecho subjetivo, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión, o para ejercer del modo que resulte más conveniente su derecho de defensa".

En *México*, el derecho a probar está consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción IV, y apartado C, fracción II, de la Constitución Federal, en donde se dispone, que a toda persona imputada y

a la víctima u ofendido (en coadyuvancia con el Ministerio Público) se les recibirán las pruebas pertinentes que ofrezcan, concediéndoles tiempo legal para ello y auxiliándoles cuando así lo soliciten para hacerlas comparecer. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2 inciso f), determina que el inculpado tiene derecho de que su defensa interrogue "a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos."[20]

20 "Como se observa –dice Carolina Balleza–, dichos preceptos se circunscriben a señalar que las partes tienen el derecho de interrogar a los testigos y peritos y, en su caso, de obtener su comparecencia; no obstante, de conformidad con el principio de progresividad con el que deben de interpretarse todos los derechos humanos, es evidente que **el derecho a probar implica: 1)** la oportunidad de presentar los medios de prueba necesarios; **2)** que dichos medios de prueba sean admitidos si cumplen con los requisitos procesales; **3)** que una vez admitidos puedan ser desahogados; **4)** que posterior a su desahogo sean correctamente valorados, y **5)** que se motive la decisión final de manera interna y externa. **En ese orden de ideas, al ser el derecho a probar un derecho humano, está dotado de dos dimensiones:** una subjetiva, que conlleva la posibilidad de las partes de ejercitar y exigir la producción de la prueba necesaria para acreditar las proposiciones fácticas; y, una objetiva, que impacta directamente en el aparato jurisdiccional del Estado y obliga a los operadores jurídicos a valorar la prueba según corresponda. De ahí que, si el Estado mexicano no colma su deber de valorar la prueba con base en las reglas de la libre apreciación; entonces, está incumplimiento con una obligación convencional y constitucional y, por ende, violentado los derechos humanos de los imputados y las víctimas u ofendidos, e impidiéndoles conocer la verdad de los hechos". BALLEZA VALDEZ, Carolina (2019). *El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal*. Blog del Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Disponible en: https://bit.ly/3lDW7lu En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Perú, cuando a través de la Sentencia de 7 de noviembre

Por su parte, la Constitución Política de *Brasil* de 1988, en su Capítulo de los derechos y deberes individuales y colectivos (art. 5), establece de manera amplia y expresa las siguientes garantías jurisdiccionales: *"(…) 54. Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma. 55. Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos; (…)"*.

En *República Dominicana*, el Tribunal Constitucional en su **Sentencia TC/0704/18**, ha señalado que un componente elemental del derecho de defensa es el derecho a servirse de los medios de prueba que estime oportuno; y en este sentido:

"El derecho a la prueba se define como el derecho subjetivo que tiene toda persona de utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que intervienen o participan, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. Esto implica lo siguiente: i) derecho a ofrecer determinados medios probatorios; ii) derecho a que se admitan los medios probato-

de 2022, dictada en el Recurso de Nulidad N° 1894-2021 (Loreto), en su Fundamento Tercero estableció lo siguiente: "Es importante destacar que el derecho a la prueba tiene dos dimensiones. La primera es la subjetiva y permite a las partes procesales o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento a producir la prueba necesaria y suficiente para acreditar su pretensión o defensa, mientras que la segunda es la dimensión objetiva y se encuentra vinculada con el deber del juez de solicitar, actuar y valorar los medios de prueba pertinentes y útiles a la finalidad del proceso". Y en su Fundamento Cuarto, concluyó: "Cabe declarar la nulidad de una sentencia condenatoria, si de la prueba de cargo acumulada se advierte contradicciones o incongruencias que deben ser esclarecidas con otros medios probatorios". Texto disponible en: https://bit.ly/3Vcj7Hn

rios; iii) derecho a que se actúen dichos medios probatorios; iv) derecho a asegurar los medios probatorios; v) derecho a que se valoren los medios probatorios"[21].

En el caso de *Bolivia*, y respecto al contenido y alcances del derecho a la defensa, la **SC 1670/2004-R, de 14 de octubre**, el Tribunal Constitucional estableció la siguiente doctrina jurisprudencial:

> *"(...) es necesario establecer los alcances del derecho a la defensa reclamado por la recurrente, sobre el cual este Tribunal Constitucional, en la SC 1534/2003-R, de 30 de octubre manifestó que es la: '(...) potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.'; interpretación constitucional, de la que se extrae que el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos:* ***i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada***

21 Sentencia TC/0704/18, publicada el 10 de diciembre de 2018. Disponible en: https://bit.ly/3n1jK77 Asimismo, con anterioridad el mismo Tribunal se había pronunciado acerca de la prueba, señalando que en virtud del principio de legalidad de la prueba, sólo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas establecidas por la Constitución, la legislación procesal y los convenios internacionales en materia de derechos humanos; precisando además lo siguiente: "Es así que el derecho fundamental a la legalidad de la prueba constituye un derecho constitucional de configuración legal, en la medida en que es la ley la que precisa la forma y momento de presentación de la prueba, así como los medios autorizados para hacer valer este derecho". Cfr. Sentencia TC/0135/14, de 8 de julio de 2014. Disponible en: https://bit.ly/3XgKhhD

> ***instancia procesal***" (Línea jurisprudencial reiterada en las SSCC 1082/2005-R, y 0008/2006-RII).

Después de esta breve revisión jurisprudencial, se puede concluir que la idea fundamental, es que el ciudadano tiene (o debe tener) derecho a "demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión" procesal (Taruffo). Esto quiere decir, en otras palabras, que el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas, porque sólo de esa manera puede garantizarse una correcta aplicación objetiva del ordenamiento, brindando una adecuada seguridad jurídica.

Entonces, conviene analizar detalladamente en qué consiste este derecho a la prueba, y las implicaciones que tiene respecto de la propia noción de prueba judicial. A este efecto, es imprescindible acudir a las ideas del profesor Jordi Ferrer (en su obra sobre la valoración racional de la prueba), quien sostiene que sólo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del Juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa.

3. Elementos que integran el derecho a la prueba

Para comprender el alcance de los distintos elementos que integran el derecho a la prueba, se debe considerar que los mismos no son independientes, sino que más bien se hallan conectados e interrelacionados entre sí; por ello, para que cada uno de estos elementos funcione y tenga sentido, debe presentarse acompañado de los siguientes. Así por ejemplo:

a) El primer elemento es el *derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*. Ello significa que se trata de un derecho subjetivo

que sólo puede ser ejercido por quien es parte de un proceso judicial (o administrativo), y la única limitación intrínseca a que está sujeto, es la relevancia de la prueba propuesta.

b) El segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el *derecho a que las pruebas sean practicadas dentro del proceso*. Ello implica que obviamente, no tendría sentido la simple admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, si ésta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba en el proceso, conforme lo ha manifestado reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada.

c) El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba, es el *derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*. Cabe considerar que ciertamente, el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio; sin embargo, y como lo ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, sería una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

d) El cuarto elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba, es *la obligación de motivar las decisiones judiciales*. Ello implica que no existe razón alguna para no hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada; y en el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados, como sobre los hechos que declare como no probados[22].

22 FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. pp. 54-57. Estos elementos definitorios del derecho a la prueba,

> Aquí corresponde agregar que –como se verá más adelante–, en el caso de Bolivia el derecho a una resolución fundamentada y motivada, como elementos del debido proceso, reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano según las normas contenidas en la Constitución Política del Estado (2009); 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha sido desarrollado de manera amplia por la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, uno de los países latinoamericanos que se adscribe a esta tendencia de identificar con precisión los elementos que integran este derecho ha sido Perú, cuyo Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, se ha pronunciado en relación con el derecho a la prueba, estableciendo que dicho derecho goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (fundamento 148 de la sentencia emitida en el Expediente 00010-2002-AI/TC). Así también, ha señalado que el derecho a la prueba es un derecho de estructura compleja cuyo contenido está compuesto por: "*(…) a) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, b) a que estos sean admitidos, c) adecuadamente actuados, d) que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y e) que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con*

también se encuentran detallados en la obra del mismo autor: *Motivación y racionalidad de la prueba*. Colección: Derecho & Tribunales 11. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2016. pp. 52-56.

la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado"[23].

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en su labor de construcción de los contenidos del derecho fundamental a la prueba, la ha identificado como: a) la certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez, b) el derecho a interrogar, c) el derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, d) la controversia probatoria, e) el juzgar imparcialmente el valor de su convicción, f) el derecho de defensa, g) uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, h) el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, i) la búsqueda de la verdad y la justicia, y j) la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita. A partir de este contexto, se pueden destacar dos consecuencias importantes:

1) La justicia constitucional, teniendo como fuente la Constitución, señaló que el derecho a la prueba "lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) la proposición o requerimiento de la prueba; (ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica".

2) La justicia constitucional ha establecido que el derecho a la prueba encuentra unos límites ya que: "(i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y (ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar

23 STC. Exp. 6712-2005-HC/TC. *Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana* (fundamento jurídico 15). Entendimiento reiterado en la Sentencia del Exp. 01084-2022-PA/TC. *Caso Lisset Marianella Cueva Pereda* (fundamento jurídico 5).

las pruebas… debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso"[24].

4. El derecho a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana

Algunos autores bolivianos[25], consideran haber encontrado que el Tribunal Constitucional boliviano (TC) –en su primera época, de

24 El breve desarrollo jurisprudencial que se expone en este trabajo sobre el derecho a la prueba en Colombia, se encuentra ampliamente detallado en el estudio de: YAÑEZ-MEZA, Diego Armando y CASTELLANOS– CASTELLANOS, Jeferson Arley (2016). *El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del código general del proceso en el derecho sustancial y procesal*. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 132: 561-610, enero-junio de 2016. Disponible en: https://bit.ly/3mUm8fD

25 Cfr. PARADA MENDÍA, Alex (2008). *El derecho a la prueba en la jurisprudencia nacional* (TC y CSJ). Revista Boliviana de Derecho, núm. 5, pp. 45-63. Disponible en: https://bit.ly/3AMyKLO Por su parte, Herrera Añez sostiene que la Constitución boliviana (arts. 109-123) reconoce a la prueba como un derecho fundamental, que forma parte esencial de las garantías jurisdiccionales junto a un conjunto de derechos fundamentales procesales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la presunción de inocencia, a la igualdad de armas que tienen las partes, así como el derecho que tiene toda persona a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, etc. En este sentido, agrega: "El derecho a prueba es, en efecto, un auténtico derecho fundamental que tiene sustantividad y autonomía como cualquier otro derecho consagrado en la Constitución y forma parte esencial del derecho a la acción y a la defensa: en realidad sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas". HERRERA AÑEZ, William (2016). *La prueba en materia civil*. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus.

1999 a 2007– había definido en su jurisprudencia que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, y como tal tiene la calidad de "derecho subjetivo que faculta a su titular a acudir al órgano jurisdiccional competente, cuando funcionarios públicos o particulares restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir" el mismo (SC 1082/2003-R). Sostienen a su vez, que como derecho fundamental que es, no se agota simplemente en su consagración en el texto constitucional, sino que está "urgido de realización material plena, y dentro de ello, de su eficaz protección ante cualquier lesión o menoscabo que pudieran sufrir por parte de funcionarios de cualquier jerarquía o de particulares" (SC 1581/2005-R).

Ciertamente, dicha protección se otorga en la vía constitucional a través del amparo; empero, para poder acceder a la tutela constitucional es necesario hacer notar al Tribunal en qué momento o de qué forma se ha infringido el derecho supuestamente vulnerado y, para ello necesitamos conocer el contenido del mismo; razón por demás suficiente para abordar el estudio del contenido esencial de derecho a la prueba.

Para comprender los alcances de este derecho, concordamos con Ruiz Jaramillo, cuando asevera que el derecho a la prueba es fundamental, en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. En este sentido, **el contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido**. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Entonces, se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente

efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial[26].

Por su parte, el **Diccionario Panhispánico del Español Jurídico**[27], señala que el derecho a la prueba, consiste en el derecho a proponer y practicar la prueba que se considere conveniente en un procedimiento judicial, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y agrega:

> *«El derecho a la prueba, en general, y el derecho a la admisión de los medios de prueba, en particular, no comportan una facultad ilimitada de la parte para hacer valer cualquier medio probatorio, sino únicamente puede esgrimir aquellas que resulten pertinentes, útiles y adecuadas al caso» (STS, 3.ª, 6-II-2015, rec. 1222/2012).*

En el contexto boliviano, cabe aclarar que fue a través de la **Sentencia Constitucional 1434/2010-R** (a tiempo de analizar los alcances de la prueba en la cesación de la detención preventiva), que el TC expuso en sus fundamentos jurídicos algunas nociones acerca del principio de libertad probatoria y su consagración normativa (en materia penal), para luego establecer que si bien cuando se efectúa la solicitud de cesación de la detención preventiva, por su naturaleza, excepcionalmente la carga de la prueba corresponde al imputado solicitante y a fin de que la produzca, se abre la posibilidad –también excepcional– de producir prueba fuera de juicio, solamente para probar la existencia de nuevos elementos de juicio que demuestren que ya no concurren los motivos que fundaron se disponga su detención

26 RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo (2007). *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Estudios de Derecho Vol. LXIV. Nº 143. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. Disponible en: https://bit.ly/3AH7Eoc

27 Disponible on-line: https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-prueba

preventiva o existen otros que tornen conveniente sustituirla por otra medida, por el contrario, la parte acusadora la produzca para acreditar que tales motivos subsisten; *"no es menos evidente, que en el marco del principio de libertad probatoria que rige en nuestra legislación, no se puede restringir los medios de prueba que el imputado o la parte acusadora pretendan emplear para tal fin, pues hacerlo implicaría desconocer* ***el derecho a la prueba –entendido en la doctrina como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en el que un persona se vea involucrada***[28]*– y con ello, cuando se trate del imputado, el derecho a la defensa, reconocido por el art. 16.II de la CPEabrg y 119.II de la CPE"* (Cfr. SC 1434/2010-R, de 27 de septiembre)[29].

28 Este criterio fue reiterado posteriormente por el Tribunal Supremo de Justicia, a través del Auto Supremo N° 434/2013 de 29 de julio (Sala Social y Administrativa). Disponible en: https://bit.ly/3AI0cco Originalmente, la idea proviene del profesor español Ramón López Vilas (según consta ahora en sus "Estudios Jurídicos", p. 708), en su prólogo al libro "La Prueba Atípica", cuando señaló que: *"el artículo 24 de la Constitución Española ha convertido en derecho fundamental el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso. Derecho que es inseparable del de defensa y que al haber sido constitucionalizado impone a los Jueces y Tribunales esa ya reseñada mayor sensibilidad en relación con las correspondientes normas procesales"*. Algunos fragmentos de sus escritos, pueden verse en Google Books: https://bit.ly/3BCCtfb

29 Esta Sentencia, también hace referencia entre sus fundamentos jurídicos, a la motivación de las resoluciones como elemento del debido proceso, y concluye que la jurisprudencia del Tribunal ha sido reiterada y uniforme al señalar que las resoluciones de las autoridades judiciales deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones, siendo tal exigencia incluso mayor cuando los jueces o tribunales resuelven recursos de apelación o casación contra resoluciones pronunciadas por autoridades inferiores. Al respecto, la SC 0012/2006-R de 4 de enero de 2006, señaló: ***"La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitu-***

Posteriormente, en la **Sentencia Constitucional Plurinacional 0338/2015-S2, de 20 de marzo,** el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) hizo referencia a los **elementos constitutivos del debido proceso,** señalando que a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los arts. 115.II; 117.I y II; y 180 con relación al 13 de la CPE, se advierte que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos:

> **1) A la defensa**; **2)** Al juez natural; **3)** Garantía de presunción de inocencia; **4)** A ser asistido por un traductor o intérprete; **5)** A un proceso público; **6)** A la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; **7)** A recurrir; **8)** A la aplicación correcta de la ley; **9)** A la igualdad procesal de las partes; **10)** A no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; **11)** A la congruencia entre acusación y condena; **12) A una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales**; **13)** La garantía del *non bis in idem*; **14) A la valoración razonable de la prueba**; **15)** A la comunicación previa de la acusación; **16) Concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa**; **17)** A la comuni-

cional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria*; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento; resulta claro que la fundamentación es exigible tanto para la imposición de la detención preventiva como para rechazarla, modificarla, sustituirla o revocarla"* (las negrillas corresponden a la misma SC 1434/2010-R).

> cación privada con su defensor; **18)** A que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular; y, **19) A la producción de prueba o libertad probatoria** (las negrillas me corresponden).

De acuerdo a lo expuesto, la jurisprudencia constitucional también ha dejado establecido que el cúmulo de derechos previamente enumerados, no se constituyen en un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permiten establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos.

Más adelante, y para una mejor comprensión del caso particular sometido a revisión, la citada SCP 0338/2015-S2, vio por conveniente efectuar una rápida revisión de los derechos que conforman el núcleo duro del debido proceso: *Derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, y* ***el derecho a la defensa en relación a la libertad probatoria***.

Sobre este último aspecto, la Sentencia estableció que el derecho a la defensa, ha sido concebido como la facultad reconocida a toda persona, en cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir, presentar pruebas y objetar las de contrario; así como solicitar la producción y valoración del acervo probatorio que se considere favorable; en consecuencia, hacer uso de todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico para lograr establecer la verdad de los hechos[30].

30 En ese sentido, se ha pronunciado la SCP 1881/2012 de 12 octubre, al señalar que: "*…el derecho a la defensa está configurado como un derecho fundamental de las personas, a través del cual se exige que dentro de cualquier*

Ahora bien –concluye la referida SCP 0338/2015-S2–, partiendo de que el derecho a la defensa implica el **derecho a presentar pruebas**, comprende entonces también, la facultad de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso; es decir, la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento, que resulta importante al momento de asumir una decisión final; sin embargo, **la producción de la prueba o libertad probatoria, debe enmarcarse en los principios de pertinencia y conducencia**[31]**,** según los cuales, debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que

proceso en el que intervenga, tiene la facultad de exigir ser escuchada antes de que se establezca una determinación o se pronuncie un fallo; además, implica el cumplimiento de requisitos procesales que deben ser debidamente observados en cada instancia procesal dentro de los procesos ordinarios, administrativos y disciplinarios, donde se afecten sus derechos. Así la SC 1821/2010-R de 25 de octubre, indicó que el derecho a la defensa es la '…potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos'. Es decir, que el derecho a la defensa se extienda: *i) Al derecho a ser escuchado en el proceso;* ii) Al derecho a presentar prueba; *iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal…".*

31 Sobre estos parámetros, y como se ha visto anteriormente en este ensayo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que el derecho a probar se encuentra sujeto a determinados principios, en cuya virtud su ejercicio debe realizarse de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.

los medios de prueba a ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular.

5. Los alcances del debido proceso y el derecho a la defensa. Desarrollo jurisprudencial

Posteriormente, en la **Sentencia Constitucional Plurinacional 0099/2016-S2,** de 15 de febrero, y a efecto de determinar si los extremos demandados eran evidentes para conceder o denegar la tutela solicitada en el caso concreto, el TCP desarrolló algunos fundamentos jurídicos en relación al debido proceso y su configuración constitucional, llegando a establecer que a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los arts. 115.II; 117.I y II; y 180 en relación al art. 13 constitucional, se concluye que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos:

> "**a)** derecho a la defensa, **b)** derecho al juez natural, **c)** garantía de presunción de inocencia, **d)** derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, **e)** derecho a un proceso público, **f)** derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, **f)** derecho a recurrir, **g) derecho a la legalidad de la prueba**, **h)** derecho a la igualdad procesal de las partes, **i)** derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, **j)** derecho a la congruencia entre acusación y condena, de donde se desprende el derecho a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales; **k)** la garantía del non bis in idem; **l) derecho a la valoración razonable de la prueba**, **ll)** derecho a la comunicación previa de la acusación; **m)** concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; **n)** derecho a la comunicación privada con su defensor; **o)** derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular" (las negrillas me corresponden).

Sin embargo, en la misma Sentencia el TCP consideró necesario dejar establecido, que el catálogo de derechos previamente enumerados, no constituyen un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permiten establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos. Y fue precisamente en atención a estos elementos constitutivos del debido proceso, que la jurisprudencia constitucional, le ha reconocido una triple dimensión a su ámbito de aplicación; así, como derecho fundamental de los justiciables, como principio procesal y como garantía de la administración de justicia.

Por otro lado, la citada SCP 0099/2016-S2, también destaca entre sus fundamentos jurídicos, que el contenido del derecho a la defensa, ha sido analizado a través de la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, habiéndose destacado además que, del contenido normativo del art. 117.I en relación al 115.II de la CPE, el derecho a la defensa, forma parte del derecho al debido proceso. Además, en concordancia con el art. 115 de la CPE, que consagra el derecho a la defensa, en el plano internacional del sistema interamericano, el art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José, establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y a contar con la oportunidad y el tiempo para preparar su defensa.

De lo señalado se infiere que el derecho a la defensa, se encuentra integrado por el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, que tienen por objetivo, brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.

En este contexto y de acuerdo a los amplios y reiterados entendimientos sobre el derecho al debido proceso, el TCP ha establecido que el mismo, se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia; en tal sentido, la referida SCP 0099/2016-S2 estableció que **el derecho a la defensa se constituye en una de sus principales garantías, definiéndola como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables**, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; en suma, acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses.

De ahí también que, esta jurisdicción haya convenido en destacar la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, manifestando que su ejercicio responde a la necesidad de impedir la arbitrariedad de los órganos estatales así como evitar una condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, a través de la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; es decir que, el derecho de defensa, se constituye en una garantía del debido proceso de aplicación general y universal que se materializa como presupuesto esencial de la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, y que se encuentra a su vez integrado por el derecho de contradicción y por el derecho a la defensa en sí mismo.

Bajo ese entendido, el art. 119.II de la CPE, señala que: *"Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios"*, de lo cual se establece que el derecho a la defensa tiene una connotación técnica y otra material:

> *"'La primera, es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda, es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos en igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridad que impidan o restrinjan su ejercicio…'»* (SCP 0832/2012 de 20 de agosto).

Entendimientos de los cuales se concluye que el derecho a la defensa es la potestad de toda persona sometida a enjuiciamiento de ser escuchado, presentar, producir o solicitar la producción de elementos de prueba que estime necesarios y convenientes para desestimar los cargos que pesan en su contra, así como también de hacer uso efectivo de todos los mecanismos impugnativos necesarios a efectos de proteger o restablecer sus derechos y garantías constitucionales; del mismo modo, el ejercicio de esta libertad, comprende la necesaria observancia del debido proceso a efectos de asegurar que se mantenga en igualdad de condiciones respecto a quien lo procesa para defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

6. El derecho a la defensa y sus dimensiones. Desarrollo jurisprudencial

De acuerdo a los argumentos expuestos en la SCP 0099/2016-S2, el debido proceso como derecho fundamental, se ha definido como la serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados; es decir, se constituye en la regulación jurídica que limita los poderes del Estado a través de

las garantías de protección de los derechos constitucionales, de forma que ninguna de las actuaciones de autoridades públicas, obedezca a su libre arbitrio, sino a los procedimientos legalmente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y las leyes.

Dentro de las garantías propias del debido proceso, se encuentran las de ejercer el **derecho a la defensa** y las de recurrir las resoluciones judiciales. Ahora bien, el derecho a la defensa cumple en el proceso un papel particular; pues por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; y por otra, es la garantía que hace operativas a todas las demás; por ello, su inviolabilidad es la garantía fundamental con que cuenta el procesado; la cual se encuentra prevista en el art. 119.II de la Constitución Política del Estado (CPE), que señala: "Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios".

El derecho a la defensa tiene dos dimensiones: **a)** El derecho a la defensa técnica, a la que se halla vinculada la norma constitucional precitada; y, **b)** El derecho a la defensa material, que se concreta en el derecho a ser oído o derecho a declarar en el proceso.

El desarrollo jurisprudencial respecto del derecho a la defensa en su **dimensión material**, reconoce el derecho a defenderse por sí mismo y a intervenir en toda la actividad procesal; y en su **dimensión técnica**, consistente en el derecho irrenunciable de contar con la asistencia de un abogado, entendimiento que tiene su antecedente en la SC 1556/2002-R de 16 de diciembre[32], siendo confirmado por la SCP

32 El FJ III.1, señala: "…fundamentalmente el derecho a la defensa que es inviolable por mandato del art. 16.IV CPE, el cual tiene dos dimensiones:

0155/2012 de 14 de mayo[33].

Por su parte, la SC 1534/2003-R de 30 de octubre[34] estableció que el derecho a la defensa comprende a la vez, los **derechos a ser escuchado, a presentar pruebas**, a recurrir y a la observancia de

a) la defensa material: que reconoce a favor del imputado el derecho a defenderse por sí mismo y le faculta a intervenir en toda la actividad procesal –desde el primer acto del procedimiento–, de modo que siempre pueda realizar todos los actos que le posibiliten excluir o atenuar la reacción penal estatal; principio que está garantizado por la existencia del debate público y contradictorio; b) la defensa técnica, consistente en el derecho irrenunciable del imputado de contar con asistencia de un abogado desde el inicio del procedimiento hasta el final de la ejecución de la condena. Así lo ha reconocido este Tribunal a través de las SSCC 347/2002-R y 1272/2002-R".

33 El FJ III.1, menciona: "Por otra parte, la Constitución Política del Estado en su art. 119.II, dispone que toda persona tiene derecho inviolable a la defensa; es decir, que el Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en casos que no cuenten con los recursos económicos necesarios y según los arts. 8 y 9 del CPP y la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional a través de la SC 1556/2002-R de 16 de diciembre, el derecho a la defensa: `…tiene dos dimensiones: **a)** La **defensa material**: que reconoce a favor del imputado el derecho a defenderse por sí mismo y le faculta a intervenir en toda la actividad procesal –desde el primer acto del procedimiento–, de modo que siempre pueda realizar todos los actos que le posibiliten excluir o atenuar la reacción penal estatal; principio que está garantizado por la existencia del debate público y contradictorio; y, **b)** La **defensa técnica**, consiste en el derecho irrenunciable del imputado de contar con asistencia de un abogado desde el inicio del procedimiento hasta el final de la ejecución de la condena…´".

34 El FJ III.1, indica: "El debido proceso comprende a su vez el **derecho a la defensa**, previsto por el art. 16-II CPE, como potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a

los requisitos de cada instancia; dicho criterio fue reiterado en la SC 0183/2010-R de 24 de mayo.

Más adelante, la SCP 0647/2012 de 2 de agosto, amplía el alcance del derecho a la defensa, estableciendo que el mismo comprende otros derechos, como son el contar con un tiempo razonable para preparar la defensa; a la comunicación privada con su defensor; a que el Estado le proporcione un defensor cuando carezca de medios económicos o nombrar un abogado particular; a acceder a las pruebas de cargo y a observarlas; a no declarar contra sí mismo ni contra sus parientes; y, a contar con traductor o intérprete.

En síntesis, de la jurisprudencia glosada, se establece que como una manifestación del derecho a la defensa material, el procesado goza de la garantía jurisdiccional prevista en el art. 115.I de la CPE, que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso; lo que implica que el acceso a la justicia, comprende el derecho a conocer los cargos o antecedentes que motivan su procesamiento; **a ser escuchado en proceso; a presentar las pruebas que estime pertinentes en su descargo**; hacer uso de los recursos; impugnar las resoluciones que consideran lesivas a sus intereses. Por lo que, las autoridades judiciales tienen la obligación de asegurar la presencia del imputado en todos los actos del proceso penal que se le sigue; y, la prohibición de sustanciar algún asunto sin conocimiento del procesado[35].

fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

35 En este marco, la jurisprudencia constitucional a través de la SC 0952/2002-R de 13 de agosto, que no contradice el nuevo orden constitucional y que se mantuvo vigente, señala en el Fundamento Jurídico III.2, que: "...todo tribunal o autoridad que tenga como facultad juzgar o imponer una sanción, está obligado a respetar las normas del debido proceso, entre las cua-

7. El derecho a la prueba como elemento sustancial del debido proceso. Desarrollo jurisprudencial

Conforme se ha señalado anteriormente –según la citada SCP 0099/2016-S2–, el debido proceso como derecho fundamental, se define como una serie de garantías que tienen por objeto sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados; es decir, se trata de una regulación jurídica que limita los poderes del Estado a través de las garantías de protección de los derechos constitucionales, de forma que ninguna de las actuaciones de autoridades públicas, obedezca a su libre arbitrio, sino a los procedimientos legalmente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y las leyes.

Bajo esa comprensión, el debido proceso tiene la finalidad de garantizar la defensa y preservación del valor material de la justicia,

---

les, se encuentran el derecho a la defensa, que implica no sólo ser citado al inicio de la acción interpuesta, **sino también la notificación posterior de cada una de las actuaciones, pues a partir de ellas, el procesado podrá presentar todas las pruebas que considere demostrarán su inocencia**, así como también podrá presentar cuanto recurso le faculte la Ley" (las negrillas son nuestras). Más tarde, la SC 1534/2003-R de 30 de octubre, cuyo precedente fue uniforme, subrayó en el Fundamento Jurídico III.1, que el derecho a la defensa, es: "…una potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0866/2019-S2, de 25 de septiembre).

como fin esencial del Estado para la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y derechos constitucionales.

Además, el debido proceso se constituye en instrumento eficaz para asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas, por cuanto, su vital importancia, se halla vinculada a la búsqueda del orden justo, motivo por el cual precisamente deben respetarse los principios procesales que lo componen –entre otros– el de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.

Entonces, toda persona sometida a procesamiento, debe contar con la mínima garantía de que quien lo procesa sea imparcial y actúe conforme con el procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se somete a su conocimiento.

Ahora bien, de acuerdo a la propia naturaleza de la materia penal, frente a la comisión de una conducta punible es deber del Estado realizar una investigación seria, imparcial sujeta a las exigencias del debido proceso para esclarecer los hechos.

A dicho efecto, **la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a través de su amplia jurisprudencia, establece un sistema de garantías que regulan el ejercicio punitivo del Estado** bajo la pretensión de asegurar que el imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

a) El derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley[36].

36 Corte IDH: Sentencia del 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa contra Costa Rica). Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (caso Ivcher Bronstein contra Perú), Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Castillo Petruzzi contra Perú), Sentencia de 19 de septiembre de 1999 (Caso Cesti Hurtado contra

b) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas.

c) El derecho a la presunción de inocencia[37], en el cual identifica ciertos presupuestos como que la carga probatoria corresponde a quien acusa y no al acusado[38] y que nadie puede ser privado de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley y con sujeción a los procedimientos contemplados en la misma[39].

d) El derecho a la defensa[40].

---

el Perú), Sentencia de 5 de julio de 2004 (caso 19 comerciantes contra Colombia), Sentencia de 29 de enero de 1997 (Genie Lacayo contra Nicaragua), Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Caso Loayza Tamayo contra el Perú), Durand y Ugarte contra el Perú (Sentencia del 16 de agosto de 2000).

37 Corte IDH: Sentencia de 31 de agosto de 2004 (caso Ricardo Canese), Sentencia del 18 de septiembre de 2004 (Caso Tibi Vs. Ecuador), Sentencia del 17 de septiembre de 1997 (Caso Loayza Tamayo contra Perú), Sentencia de 18 de agosto de 2000 (caso Cantoral Benavides contra el Perú).

38 Corte IDH: Sentencia de 31 de agosto de 2004 (caso Ricardo Canese contra Paraguay).

39 Corte IDH: Sentencia de 21 de enero de 1994 (caso Gangarm Panday contra Suriname) y Sentencia de 16 de agosto de 2000 (caso Durand y Ugarte contra Perú), Sentencia del 7 de septiembre de 2004 (caso Tibi contra Ecuador), Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (caso Suarez Rosero contra Ecuador).

40 Respecto al derecho a la defensa, la jurisprudencia constitucional, mediante la SC 1298/2010-R de 13 se septiembre, estableció que: "*El derecho a la defensa se define como 'la facultad irrestricta que tiene todo imputado de ser oído, impugnando las pruebas de contrario, proponiendo y aportando las que estime convenientes, con el fin de desvirtuar o enervar la acusación, o atenuar la responsabilidad que se le atribuye' (DURÁN RIBERA, Willman, 'Las garantías procesales de la Constitución boliviana constitucionales del debido proceso*

penal', en Memoria Nº 8, VII Seminario Internacional, Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Tribunal Constitucional, Sucre-Bolivia, 2005, p. 19); similar criterio expresa Carlos Enrique Edwards, para quien el derecho a la defensa es «la facultad que tiene todo imputado de manifestar y demostrar su inocencia, o atenuar su responsabilidad penal» (EDWARDS, Carlos Enrique, Garantías constitucionales en materia penal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 101). Por su parte, Julio Maier sostiene que el derecho a la defensa implica 'la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su proposición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal' (cit. en MORA MORA, Luis Paulino, 'Garantías constitucionales en relación con el imputado', en Un nuevo sistema procesal penal en América Lantina, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998, p. 25). En coherencia con las citas doctrinales efectuadas, este Tribunal en la SC 1534/2003-R de 30 de octubre manifestó que el derecho a la defensa es la '…potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos'; entendimiento ratificado recientemente por la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, que además precisó que se extiende a: 'i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119.II de la CPE'. Constitucionalmente este derecho fue reconocido por el art. 16.II de la CPE abrg, que determinaba era inviolable, precepto que a nivel normativo se plasmó en los arts. 8 y 9 del CPP que consagran la defensa material y técnica respectivamente, que se encuentran robustecidos por lo establecido por los arts. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del PIDCP, anteriormente instituido en virtud a las leyes de ratificación y el desarrollo jurisprudencial del bloque de constitucionalidad, actualmente constitucionalizados con ese instituto en virtud al art. 410.II de la CPE. Como derecho y garantía constitucional que es, el derecho a la defensa se ejerce desde el primer acto del proceso hasta su finalización, así el primer párrafo del art. 5

En este contexto, en el Fundamento Jurídico precedente, el TCP ha establecido que el derecho a la defensa comprende el derecho al ejercicio de todos los medios legales para ser oído y obtener una decisión favorable; es decir que implica la facultad de pedir y aportar pruebas así como de contravenir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten y que pudieran ser contrarias o lesivas a sus derechos.

En esta comprensión, **el derecho a la prueba se convierte en un elemento sustancial del debido proceso** con respecto al derecho de acceso a la justicia, por cuanto constituye el medio más importante para alcanzar la verdad de los hechos dentro de un proceso de investigación; en este sentido, el art. 115 de la CPE, garantiza el derecho al debido proceso y a la defensa, respondiendo a un principio universal de justicia, según el cual toda persona sometida a juzgamiento tiene derecho a defenderse, lo que implica el derecho a controvertir las

del CPP dispone: 'Se considera imputado a toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito ante los órganos encargados de la persecución penal. El imputado podrá ejercer todos los derechos y garantías que la Constitución, las Convenciones y los Tratados internacionales vigentes y este Código le reconozcan, desde el primer acto del proceso hasta su finalización'. Conforme al principio pro hómine, desarrollado jurisprudencialmente en la jurisprudencia de este Tribunal y actualmente reconocido expresamente en el art. 256.II de la CPE, el derecho a la defensa debe ser siempre interpretado de manera expansiva y no restrictiva, así la SC 0136/2003-R de 6 de febrero señaló: 'no obstante de ser el derecho a la defensa un instituto integrante de las garantías del debido proceso, lo consagra autónomamente, precisando de manera expresa en el art. 16.II que «El derecho a la defensa en juicio es inviolable'; precepto que desde el punto de vista teleológico ha sido creado para poner de relieve esta garantía fundamental, que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente» (Sentencia Constitucional Plurinacional 1171/2017-S1, de 24 de octubre).

pruebas que se alleguen en su contra y a presentar y solicitar aquellas que las desvirtúen, siempre en conservación del derecho a la presunción de su inocencia.

De ahí que no puede ignorarse la importancia que revisten las pruebas dentro de todo proceso –judicial o administrativo– y con especial particularidad en materia penal, toda vez que únicamente a través de una exhaustiva producción y análisis de los elementos probatorios, el juzgador podrá adquirir el conocimiento, al menos superficial y mínimo, de los hechos, para poder, a partir de ello, aplicar las normas jurídicas pertinentes.

Entonces, la producción de la prueba y su debate, resultan imprescindibles para ilustrar el criterio del juzgador, por cuanto a través de ella se pone en conocimiento del asunto objeto de litigio, aperturándose además la posibilidad de contradecirla y complementarla en el curso del proceso, cumpliéndose en consecuencia con la garantía del debido proceso y en materialización del derecho a la defensa; elementos sustanciales que hacen a la esencia del Estado Social de Derecho Plurinacional.

Ahora, si bien es evidente que todo juzgador debe guiarse por la sana crítica y goza de independencia al momento de apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, no menos cierto es que, ante la existencia de actos contrarios a las reglas constitucionales que afecten el debido proceso y los derechos que le son conexos, la parte afectada, que carezca de otro medio de defensa que restituya o proteja sus derechos, podrá acudir a la vía constitucional, instancia de última ratio que tiene por misión la precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

De ahí que el desconocimiento del derecho a la prueba, constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, que al ser evidente, pueden ser restituidos a través de la acción de amparo constitucional.

Entonces, **resulta factible solicitar tutela constitucional cuando el juzgador no ha efectuado ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba,** o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido, en desmedro lesivo de los derechos del accionante; y si bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos a ser cumplidos por quien demanda tutela, también ha determinado que, cuando las lesiones denunciadas resultan evidentes, el Tribunal Constitucional Plurinacional, podrá ingresar a revisar la valoración de la prueba, la interpretación de la legalidad ordinaria y, la fundamentación y motivación de las resoluciones –judiciales o administrativas– que se refieran a dichos elementos.

En este contexto, **la jurisdicción constitucional, en uso de su facultad potestativa de revisión de la valoración de la prueba** (comprendida en sus tiempos de presentación, debate, producción y análisis); interpretación de la legalidad ordinaria y verificación de la fundamentación y motivación de las resoluciones referidas a estos elementos, **podrá verificar la existencia de fallas producidas respecto a la actividad probatoria,** mismas que pueden producirse como efecto de: **(i)** la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, **(ii)** la errada valoración de las pruebas aportadas por las partes del proceso; y, **(iii)** la valoración de pruebas nulas de pleno derecho u obtenidas en prescindencia de la ley.

Resulta relevante en este punto, recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa en su art. 14.3.e) el siguiente texto: *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;»*

Por su parte, el art. 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Ley 16 de 1972) indica: *«Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: "Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos»*.

De la interpretación de estos postulados, se tiene entonces que las partes en el proceso, si bien tienen el deber de aportar la prueba necesaria que sustente sus fundamentos, también tienen el derecho de solicitar al juzgador que, en aras de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa y conservar intacto hasta el último momento el derecho a la presunción de inocencia, se produzcan nuevos elementos probatorios y se practiquen las actuaciones y diligencias probatorias que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos.

Esto no implica desconocer la facultad del juzgador de definir cuáles pruebas son o no pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado, sino que más allá del sentido formal que se otorga a la prueba, se permita obtener y colectar todo elemento mínimamente necesario que sea conducente a la averiguación de la verdad de los hechos; esto, con la finalidad de materializar una verdadera justicia que preserve el estado de inocencia del inocente y

resguarde, proteja y restituya los derechos de quien eventualmente se constituya en víctima.

Por lo anterior, al juzgador le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas cuando no se cumplen los requisitos legales esenciales o porque en el proceso respectivo no tienen lugar; sin embargo, toda denegación de prueba, debe ser motivada suficientemente, a la luz de los postulados constitucionales, lo contrario implica claramente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y hace ostensible y manifiesta la arbitrariedad judicial (SCP 0099/2016-S2, de 15 de febrero)[41].

41 Más adelante, y a tiempo de analizar el caso concreto, la citada Sentencia, continúa enfatizando sobre la importancia del derecho a la prueba en los siguientes términos: "Ahora bien, en correlato con lo previamente señalado, en el Fundamento Jurídico III.3 establecimos que el derecho a la prueba, forma parte inescindible del derecho a la defensa y por ende del derecho al debido proceso, comprendido como el acatamiento de los juzgadores a las reglas procedimentales de cada materia y procedimientos judiciales así como a las formas propias de cada juicio, correspondiéndole en consecuencia apegarse a las reglas que integran cada procedimiento judicial. De la misma forma, manifestamos que si bien el juzgador se halla dotado de una independencia decisoria, no obstante se halla constreñido a respetar los derechos y garantías constitucionales, de manera tal que, aunque la libertad de decisión sea amplia y se ajuste al procedimiento, su capacidad decisoria tiene ciertos límites impuestos por la propia Constitución que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales y supra constitucionales que conforman el bloque de convencionalidad y constitucionalidad. En tal contexto, la discrecionalidad del juzgador para cualquier forma o actuación procesal, no puede ser absoluta y debe realizarse en el marco del respeto a los valores fundantes del Estado Plurinacional de Derecho y respecto a los derechos fundamentales de las personas, entre ellos el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la prueba, por cuanto el fin perseguido de alcanzar y materializar la justicia, exige la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y, en tal

consecuencia, toda actuación procesal debe proyectarse en armonía con la finalidad propuesta que se traduce en la realización objetiva, razonable y oportuna del derecho sustancial en controversia; lo contrario importaría actuar arbitrariamente".

(…)

"En este sentido, el derecho a la prueba se constituye en un elemento de vital importancia respecto al debido proceso y al derecho a la defensa, por cuanto a través del primero habrá de lograrse alcanzar la verdad en una investigación, ya sea aportándolas o contraviniendo aquellas que se opongan a las pretensiones de quien busca mantener intacta la presunción de su inocencia; por tanto, la práctica probatoria resulta imprescindible a la hora de formar el criterio del juzgador respecto al asunto objeto de litigio y se constituye como una garantía de idoneidad del proceso e imparcialidad del juzgador. Entonces y conforme habíamos referido en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, las partes en conflicto tiene el derecho de aportar elementos de prueba que sustenten sus argumentos, lo que implica *per sé* el derecho de solicitar al juzgador se produzcan nuevos elementos probatorios y se practiquen las actuaciones y diligencias probatorias que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; lo que no implica desconocer la facultad del juzgador de definir cuáles pruebas son o no pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado, sino que más allá del sentido formal que se otorga a la prueba, se permita obtener y colectar cualquier otro elemento mínimamente necesario que sea conducente a la averiguación de la verdad de los hechos; esto, con la finalidad de materializar una verdadera justicia que preserve el estado de inocencia del inocente y resguarde, proteja y restituya los derechos de quien eventualmente se constituya en víctima. Y si bien, el juzgador tiene la facultad de rechazar la producción de prueba, deberá hacerlo de manera fundamentada y a la luz de los postulados constitucionales, por cuanto lo contrario implicaría claramente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y haría ostensible y manifiesta la arbitrariedad judicial".

8. Sobre la revisión de la valoración de la prueba en sede constitucional. Desarrollo jurisprudencial

El entendimiento que asumió el TCP respecto a la revisión de la valoración de la prueba, tiene como antecedentes a las SSCC 0129/2004-R de 28 de enero[42] y 0873/2004-R de 8 de junio[43], en las cuales se establece que dicha actividad es propia de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, abrió la posibilidad que la justicia cons-

42 El FJ III.3, expresa: "No obstante lo referido precedentemente, cabe también indicar que, en resguardo de los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y a una tutela efectiva, propios de la víctima que plantea la denuncia ante el Ministerio Público para que cumpla con su función de promover la acción de la justicia para perseguir y sancionar al autor del delito, este Tribunal puede analizar la conducta omisiva del representante del Ministerio Público, el juez cautelar u otra autoridad competente para intervenir en la etapa preparatoria; conductas omisivas expresadas, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso, en no recibir o providenciar memoriales denegando el derecho de petición, en no realizar actos solicitados por las partes a fin de demostrar su acusación o desvirtuar la misma, en negar el trámite de las impugnaciones o, en su caso, en la no aplicación objetiva de la Ley pertinente al caso; en consecuencia, la denuncia sobre las omisiones referidas podrá ser de conocimiento de este Tribunal y examinado el caso, se tendrá o no que otorgar la tutela".

43 El FJ III.3, sostiene: "Por otra parte, también es preciso recordar que la compulsa de las pruebas que se aporten con el fin de obtener la cesación de la detención preventiva, es facultad exclusiva del Juez Cautelar que esté a cargo del control de la investigación, pues en los únicos casos que este Tribunal puede intervenir en la revisión de dicho análisis será cuando el juzgador se hubiera apartado de las previsiones legales que rigen el acto procesal como de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir, si estos casos no se dan, esta jurisdicción no puede intervenir para dejar sin efecto la resolución que conceda la cesación o la rechace, ya que ello importaría una doble valoración de la prueba".

titucional pueda realizar el control tutelar de constitucionalidad, cuando la autoridad hubiere omitido la valoración de la prueba o se hubiere apartado de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; ambos supuestos fueron sistematizados por la SC 0965/2006-R de 2 de octubre[44]. Posteriormente, la SC 0115/2007-R de 7 de marzo[45], sostiene que también era posible revisar la valora-

44 El FJ III.2, señala: "Ahora bien, siendo competencia de la jurisdicción constitucional, revisar excepcionalmente la labor de valoración de la prueba desarrollada por la jurisdicción ordinaria, únicamente, se reitera, cuando en dicha valoración: a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales; dicha competencia del Tribunal Constitucional, se reduce, en ambos casos, a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma".

45 El FJ III.3, indica: "Ahora bien, analizados los actos de las autoridades recurridas; en primer término los del Juez que resolvió el incidente, se debe manifestar que ha efectuado una valoración de la prueba existente en obrados del incidente que dio lugar al presente amparo constitucional; y tal como fue expuesto, dicha labor le corresponde en forma exclusiva a su autoridad, no pudiendo este Tribunal efectuar un nuevo examen de dichos medios probatorios, a no ser que la sindéresis del referido Juez exceda de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles, desde el punto de vista de la certeza con que el material probatorio fue examinado, para asumir una decisión basada en la sana crítica; dicho de otro modo, este Tribunal, para procurar la vigencia material de los derechos fundamentales de las personas, puede analizar la valoración efectuada por los jueces ordinarios, cuando dicha apreciación no es verificable en la prueba utilizada por la autoridad judicial; por tanto, supone que el Juez asumió su decisión en una prueba inexistente, o que demuestra hechos diferentes a los que se utiliza como sustento de la Resolución judicial. En consecuencia, además de la omisión en la consideración de la prueba, que según la SC 0419/2006-R

ción de la prueba cuando la decisión de la autoridad se basó en una prueba inexistente o que refleja un hecho diferente al utilizado como argumento.

En ese marco, la SCP 1215/2012 de 6 de septiembre[46], resume los supuestos de procedencia de revisión de valoración de la prueba, señalando que la justicia constitucional debe verificar si en dicha labor las autoridades: **1)** No se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; **2)** No omitieron de manera arbitraria la consideración de las pruebas, ya sea parcial o totalmente; y, **3)** Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado como argumento.

Al respecto, la citada SC 0965/2006-R[47] estableció determinados presupuestos para efectuar la revisión de la valoración de la prueba, exigiendo que la o el accionante debía:

---

anteriormente citada es causal de excepción de la subregla de no valoración de la prueba, otra excepción se da cuando la autoridad judicial basa su decisión en una prueba inexistente o que refleja un hecho diferente al utilizado como argumento".

46 El FJ III.3.2, establece: "En resumen, por regla general, la jurisdicción constitucional está impedida de ingresar a valorar la prueba, por ser una atribución conferida privativa y exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales o administrativas; empero, tiene la obligación de verificar si en dicha labor: a) Las autoridades no se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; b) No omitieron de manera arbitraria la consideración de ellas, ya sea parcial o totalmente; y, c) Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado como argumento".

47 El FJ III.3.2, establece: "En ese orden de razonamiento para que este Tribunal pueda cumplir con esta tarea, es necesario que la parte procesal, que se considera agraviada con los resultados de la valoración efectuada dentro de un proceso judicial o administrativo, invocando la lesión a sus derechos

fundamentales, exprese de manera adecuada y precisa en los fundamentos jurídicos que sustenten su posición (recurso de amparo), lo siguiente:
Por una parte, qué pruebas (señalando concretamente) fueron valoradas apartándose de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, cuáles no fueron recibidas, o habiéndolo sido, no fueron producidas o compulsadas; para ello, será preciso, que la prueba no admitida o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, solicitud, que en todo caso, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales ordinarios, el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas propuestas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales, les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado.
Asimismo, es imprescindible también, que el recurrente señale en qué medida, en lo conducente, dicha valoración cuestionada de irrazonable de inequitativa o que no llegó a practicarse, no obstante haber sido oportunamente solicitada, tiene incidencia en la Resolución final; por cuanto, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, correspondiendo a la parte recurrente, demostrar la incidencia en la Resolución final a dictarse, es decir, que la Resolución final del proceso hubiera podido ser distinta de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, o si se hubiera valorado razonablemente la compulsada; puesto que resulta insuficiente, para la viabilidad del recurso de amparo, la mera relación de hechos; porque sólo en la medida en que el recurrente exprese adecuada y suficientemente sus fundamentos jurídicos, la jurisdicción constitucional podrá realizar la labor de contrastación, que amerita este tema de revisión excepcional de la labor de la valoración de la prueba realizada por la jurisdicción ordinaria; máxime si se tiene en cuenta que el art. 97 de la LTC, ha previsto como un requisito de contenido, el exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento y precisar

i) Identificar las pruebas que se omitieron valorar o los cánones de razonabilidad y/o equidad que fueron inobservados en la valoración; y,

ii) Indicar la incidencia de la omisión o el apartamiento de los cánones de razonabilidad y/o equidad en la decisión final; argumentando de forma precisa los motivos por los cuales la valoración de la prueba afectaría los principios de razonabilidad y/o equidad.

En similar sentido, la señalada SCP 1215/2012 de 6 de septiembre, refirió que en cualquier caso, se debe demostrar la lógica consecuencia que el incumplimiento de los presupuestos para la valoración de la prueba ocasionó lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales al afectado; lo que se traduce en relevancia constitucional.

Posteriormente, la SCP 0410/2013 de 27 de marzo[48] moduló la línea jurisprudencial de referencia y eliminó el requisito de la carga

los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados, señalando en qué consiste la restricción o supresión".

48 El FJ III.2 señala: "En ese orden, si bien es cierto que la jurisdicción constitucional debe respetar el ámbito de atribuciones propias de la jurisdicción ordinaria, es también correcto que cuando se ha quebrado el sistema constitucional, sus dogmas y principios o los derechos fundamentales de la persona humana, es deber del Tribunal Constitucional Plurinacional revisar la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el juzgador ordinario, para resguardar la vigencia material de la Norma Fundamental y la materialización de los derechos constitucionales. Similar doctrina existe para la intervención de las resoluciones judiciales, cuando se denuncia indebida o errónea valoración o apreciación de la prueba; una explicación de esta teoría se encuentra en la SCP 1916/2012 de 12 de octubre.
Ahora bien, es necesario esclarecer que estas auto restricciones de la jurisdicción constitucional, deviene del principio de separación y distribución

argumentativa que la jurisprudencia exigía para el análisis de fondo de la problemática en esta temática, señalando que las reglas impues-

de funciones, que impiden la injerencia de la jurisdicción constitucional en la función asignada a la jurisdicción ordinaria; empero, deben comprenderse conforme a la nueva arquitectura de ésta, por ello deben ser asimiladas también bajo los principios de impulso de oficio, inquisitivo y no formalismo, por lo que su naturaleza es la de instrumentos útiles para el análisis de la función cumplida por la jurisdicción ordinaria, son herramientas de fundamentación de las acciones y recursos al alcance de las partes interesadas en activar la jurisdicción constitucional y de argumentación de las resoluciones para el Tribunal Constitucional Plurinacional; pero también, son el parámetro válido y legítimo de verificabilidad de la idoneidad, legitimidad y calidad de las resoluciones judiciales o administrativas cuasi jurisdiccionales; más, no son requisitos ineludibles que el accionante debe cumplir bajo sanción de rechazo o denegación de la acción tutelar, ya que ésta una vez activada, genera en la jurisdicción constitucional el compromiso ineludible de perseguir al evento acusado de inconstitucional, basado en la información concedida por el accionante, siendo pertinente analizar los hechos conocidos con todas las herramientas y métodos de análisis al alcance de la Sala del Tribunal Constitucional Plurinacional que conozca el asunto, sin que ningún instrumento o método quede al margen por la sola razón de no haber sido mencionado, sutileza que sería una argucia de aquellas que corrompen los sistemas judiciales obsoletos y decadentes.
Del modo explicado en el párrafo anterior, se entiende que las reglas y subreglas contenidas en la doctrina de las auto restricciones de la jurisdicción constitucional, respecto al canon de interpretación de la legalidad ordinaria, así como la valoración integral de la prueba, son instrumentos al servicio de la persona que crea sus derechos vulnerados, que bien utilizados redundará en una mejor comprensión del tema por parte de la jurisdicción constitucional y con ello mayores posibilidades de concesión de la tutela requerida, por ello su buen uso deviene en una ventaja procesal; mientras que para el Tribunal Constitucional Plurinacional, son herramientas de verificación de la legalidad y constitucionalidad de las resoluciones judiciales; pero en ningún caso se pueden aplicar para rechazar o denegar la activación de la jurisdicción constitucional por el sólo hecho de no haber sido nombradas en el memorial de amparo".

tas a la parte accionante referidas a: "…*explicar de modo sistemático y metódico la irrazonabilidad, inequidad, omisión arbitraria, o valoración equivocada de la prueba (…) constituyen instrumentos argumentativos, no causales de denegatoria de la acción de amparo constitucional*…".

No obstante la existencia del indicado precedente, en muchos casos se continuó utilizando el entendimiento contenido en la SC 0965/2006-R citada anteriormente, que establecía los requisitos que debía cumplir el impetrante de tutela para el análisis de la revisión de la valoración de la prueba. Así por ejemplo, la SCP 0340/2016-S2 de 8 de abril[49], luego de efectuar un resumen de los precedentes sobre el tema en análisis, sostuvo que era posible, ante la vulneración evi-

49 El FJ III.3 titulado: "Necesaria complementación de la doctrina de las autorestricciones de la jurisdicción constitucional respecto a la interpretación de la legalidad ordinaria y valoración de la prueba en la jurisdicción ordinaria. Integración jurisprudencial", señaló: "Conforme a los argumentos expuestos en el Fundamento precedente, la justicia constitucional ha establecido la doctrina de las autorestricciones (*self restrictions*), respecto a la interpretación de la legalidad ordinaria y de la valoración de la prueba, disponiendo a la luz de los principios de independencia judicial y autonomía decisoria así como de los principios de verdad material e inmediación, que la jurisdicción constitucional se halla impedida de revisar la labor interpretativa efectuada por autoridades de la jurisdicción ordinaria; así como también se encuentra cohibida de valorar los elementos probatorios que fueron expuestos durante el litigio y que merecieron pronunciamiento previo durante el juzgamiento.
Sin embargo, ante la probable vulneración de derechos y garantías constitucionales, esta instancia en cumplimiento de su mandato constitucional de resguardo y cumplimiento de la Constitución Política del Estado, estableció que la jurisdicción constitucional, si bien no puede revisar la labor interpretativa efectuada por jueces y tribunales ordinarios y tampoco valorar las pruebas del proceso, puede verificar si dichas autoridades, al haber interpretado erróneamente la ley o haber valorado incorrectamente el acervo probatorio, hubieran ocasionado lesión a derechos o garantías constitucionales.

dente y grave de derechos fundamentales, de manera excepcional y como facultad potestativa del Tribunal Constitucional Plurinacional, ingresar de oficio a la valoración de la prueba, legalidad ordinaria y fundamentación de las resoluciones, sin necesidad de las exigencias desarrolladas por la jurisprudencia.

Por otro lado, en cuanto a los alcances de la revisión de la valoración de la prueba por parte de la justicia constitucional, la SCP 1215/2012 en el Fundamento Jurídico III.2, señaló que dicha competencia:

> *…se reduce únicamente a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa, o bien, si existió una actitud omisiva en esta tarea, ya sea parcial o total; o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, al que posee en realidad, distorsionando la realidad y faltando al principio de rango constitucional, como es la verdad material, pero en ningún caso podrá pretender sustituir a la jurisdicción ordinaria, examinando directamente la misma o volviendo a valorarla, usurpando una función que no le está conferida ni legal ni constitucionalmente.*

A partir de lo señalado, **en la SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero, se concluyó que es posible efectuar la revisión de la valoración de la prueba, conforme a los siguientes criterios:**

A este efecto, conforme se evidenció en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, el extinto Tribunal Constitucional consideró necesario establecer reglas y subreglas de aplicación y cumplimiento necesario a efectos de que esta jurisdicción pudiera revisar la labor interpretativa y valorativa de la justicia ordinaria; así, conforme al desarrollo jurisprudencial analizado previamente, resulta imperioso, necesario y fundamental, integrar el entendimiento jurisprudencial y presupuestos procesales respecto a la doctrina de las autorestricciones de la jurisdicción constitucional sobre la interpretación de la legalidad ordinaria y la valoración de la prueba, y para dicho efecto, debemos remitirnos a la jurisprudencia citada en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional".

a) La valoración de la prueba es una actividad propia de las juezas y jueces de las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial o de las autoridades administrativas;

b) La justicia constitucional puede revisar la valoración de la prueba cuando: **b.1)** Las autoridades se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; **b.2)** Omitieron de manera arbitraria la consideración de las pruebas, ya sea parcial o totalmente; y, **b.3)** Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado en la argumentación;

c) La competencia de la justicia constitucional en el análisis de la revisión de la valoración de la prueba, se reduce a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o a constatar una actitud omisiva en esa tarea o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, desconociendo el principio de verdad material; y,

d) Las irregularidades en la valoración de la prueba solo darán lugar a la concesión de la tutela cuando tengan relevancia constitucional; es decir, cuando incidan en el fondo de lo demandado y sean la causa para la lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales.

(Entendimiento asumido en la SCP 0297/2018-S2 de 25 de junio. Línea jurisprudencial reiterada en las SSCCPP 0312/2018-S2, de 28 de junio, y 1159/2019-S2, de 31 de diciembre).

9. La fundamentación y motivación de las resoluciones como elemento de la garantía del debido proceso. Desarrollo jurisprudencial

El derecho a una resolución fundamentada y motivada, como elementos del debido proceso, reconocido como derecho fundamen-

tal, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), fue desarrollado en la amplia jurisprudencia constitucional, siendo uno de los antecedentes, el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre[50]; la cual establece como exigencia del debido proceso, que toda resolución debe exponer los hechos y el fundamento legal de la decisión, de manera que en caso de omisión, se vulnera dicho derecho. Posteriormente, en la SC 0946/2004-R de 15 de junio[51], se aclara que dicha garantía es aplicable también en procesos administrativos y disciplinarios.

En el Fundamento Jurídico III.3 de la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, se establecieron los requisitos que debe contener toda resolución jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación y fundamentación como elementos configurativos del debido proceso, como son:

50 El Cuarto Considerando, indica: "…el derecho al debido proceso, que entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma. (…) consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el porqué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución".

51 El FJ III.3, refiere: "…la garantía del debido proceso no es únicamente aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo y disciplinario, cuanto tenga que determinarse una responsabilidad disciplinaria o administrativa e imponerse una sanción como ha ocurrido en el presente caso".

> *"a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado."*

En cuanto a los requisitos que debe contener una resolución administrativa en segunda instancia, la SCP 0275/2012 de 4 de junio[52], precisó que dicho fallo debe exponer los hechos y citar las nor-

52 El FJ III.2.3, señala: "Toda autoridad administrativa que emita una resolución en segunda instancia, debe mínimamente exponer en la resolución: 1) Los hechos, citando las normas que sustentan la parte dispositiva de la resolución, efectuando la relación de causalidad entre los hechos y la norma aplicable; 2) Pronunciamiento sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso de alzada, actuando en *mínima petita*, considerando cada aspecto de manera puntual y expresa, desarrollando una valoración lógica de los puntos impugnados, efectuar lo contrario, elimina la parte fundamental de la resolución, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo y cuál es la posición del tribunal de alzada en relación con los puntos impugnados. En tanto y en cuanto, las resoluciones administrativas de segunda instancia conlleven insertas en su texto de manera expresa, las respuestas a todos los aspectos cuestionados en el recurso de impugnación, el sujeto sometido al proceso disciplinario, tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad administrativa es a todas luces justa. Esta afirmación nos lleva a concluir que no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar

mas que sustentan la decisión, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso. Por su parte, la SC 0802/2007-R de 2 de octubre[53] se refirió a la fundamentación como sustento de una resolución disciplinaria; empero, es la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre[54] la que desarrolla el contenido esen-

una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes".

53 El FJ III.4, expresa: "Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y en los casos en los que existan coprocesados, resulta primordial la individualización de los hechos, las pruebas, la calificación legal de la conducta y la sanción correspondiente a cada uno de ellos en concordancia con su grado de participación o actuación en el hecho acusado".

54 El FJ III.1, manifiesta: "En ese marco, se tiene que el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el

cial del derecho a una resolución fundamentada, señalando que el mismo está dado por sus finalidades implícitas, como son:

1) El sometimiento a la Constitución Política del Estado y al bloque de constitucionalidad;

2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución no es arbitraria; es decir, que observa el valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia;

3) Garantizar la posibilidad del control de la resolución por medio de los recursos;

---

control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad. Estos elementos se desarrollarán a continuación: (…)

(2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia. (…)

b) En correspondencia con lo anterior, la arbitrariedad puede estar expresada en: b.1) Una `decisión sin motivación´, o extiendo esta es b.2) Una `motivación arbitraria´; o en su caso, b.3) Una `motivación insuficiente´. (…)

c) La arbitrariedad también se expresa en la falta de coherencia, o incongruencia de la decisión (principio de congruencia), cuando el conjunto de las premisas, –formadas por las normas jurídicas utilizadas para resolver el caso, más los enunciados fácticos que describen los hechos relevantes– no son correctas, fundadas y si, además, su estructura también no lo es. Esto, más allá si la resolución que finalmente resuelva el conflicto es estimatoria o desestimatoria a las pretensiones de las partes. Es decir, como señala Robert Alexy, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación".

4) Permitir el control social de la resolución en mérito al principio de publicidad; y,

5) La observancia del principio dispositivo, que implica la otorgación de respuestas a las pretensiones de las partes –quinta finalidad complementada por la SCP 0100/2013 de 17 de enero–[55].

Respecto a la segunda finalidad, tanto la SCP 2221/2012 como la SCP 0100/2013, señalan que la arbitrariedad puede estar expresada en una decisión: i**) Sin motivación, cuando la resolución no da razones que la sustenten; ii) Con motivación arbitraria, cuando se basa en fundamentos y consideraciones meramente retóricas**

55 El FJ III.2, establece: "A las cuatro finalidades implícitas que determinan el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión cuáles son: 1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) la Constitución formal, es decir, el texto escrito; y, 1.b) los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; 2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia; 3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; 4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad (SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, se suma un quinto elemento de relevancia constitucional; y, 5) La exigencia de la observancia del principio dispositivo. La observancia del principio dispositivo, implica la exigencia que tiene el juzgador de otorgar respuestas a las pretensiones planteadas por las partes para defender sus derechos".

o deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba, o en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso; iii) Con motivación insuficiente, cuando no se da razones de la omisión de pronunciamiento sobre los planteamientos de las partes; y, **iv) Por la falta de coherencia del fallo, se da: iv.a) En su dimensión interna, cuando no existe relación entre las premisas –normativa y fáctica– y la conclusión –por tanto-**; y, **iv.b)** En su dimensión externa, implica que la resolución debe guardar correspondencia con lo pedido o impugnado por las partes. Ambos entendimientos, sobre la coherencia interna y externa, tienen su antecedente en la SC 0863/2003-R de 25 de junio[56], así como en la SC 0358/2010-R de 22 de junio[57], **estableciendo que en el ámbito**

56 El FJ III.3, expresa: "Que, al margen de ello, también cabe reiterar que el art. 236 CPC, marca el ámbito de contenido de la resolución a dictarse en apelación, pues estipula que la misma, deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que además hubieran sido objeto de apelación y fundamentación, de manera que el Juez o tribunal ad-quem, no puede ir más allá de lo pedido, salvo en los casos en que los vicios de nulidad constituyan lesiones a derechos y garantías constitucionales como cuando la nulidad esté expresamente prevista por ley".

57 El FJ III.3.1, señala: "De esa esencia deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, en materia penal la congruencia se refiere estrictamente a que el imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la congruencia que debe tener toda resolución ya sea judicial o administrativa y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, pero además esa concordancia debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez

procesal, el principio de congruencia se entiende no solo como la correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, sino que además implica la concordancia del fallo; es decir, su coherencia interna, entendimiento que fue reiterado en la SCP 1915/2012 de 12 de octubre[58], entre otras. Por su parte, respecto a la congruencia de las resoluciones de segunda instancia, la SC 0682/2004-R de 6 de mayo[59] señaló que el pronunciamiento debe

la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esos criterios se considera que quien administra justicia debe emitir fallos motivados, congruentes y pertinentes".

58 El FJ III.2, indica: "La abundante jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional, ha señalado con relación al principio de congruencia –que es determinante en cualquier proceso judicial o administrativo– como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, que implica la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, que debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y juicios de valor emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan la razón que llevó a la determinación que se asume (SC 1619/2010-R de 15 de octubre). Bajo ese razonamiento, el principio de congruencia forma parte de derecho-garantía-principio del debido proceso, contemplado en el art. 115.I de la CPE".

59 El FJ III.1, refiere: "Además de ello, toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez *a quo*. Para el mismo objetivo –resolver la apelación–, también el juez *ad quem*, si se trataran de varias apelaciones y deba resolverlas en una sola resolución deberá individualizar a las partes, lo que supone también, la individualización de sus pretensiones y resolverlas de la misma forma; pues en el único caso que podrá dirigirse en su fundamentación a dos o más apelantes, será

guardar correspondencia con los agravios de la apelación y la contestación de alzada.

En resumen, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional glosada, **una resolución será arbitraria cuando carezca de motivación o sea arbitraria o insuficiente; asimismo, cuando la resolución no tenga coherencia o congruencia interna o externa.**

La jurisprudencia contenida en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2221/2012 y 0100/2013, citadas anteriormente, fue modulada por la **SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero** –en casos de resoluciones judiciales o administrativas de última instancia, que conoce la justicia constitucional, dado el carácter subsidiario de la acción de amparo constitucional-; la cual, entendió que únicamente es posible conceder la tutela y disponer la nulidad de la resolución judicial o administrativa, ordenando se emita otra nueva, ante la denuncia de arbitraria o insuficiente fundamentación; previo análisis de la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; es decir, previo análisis de su relevancia constitucional, por cuanto, si no tiene efecto modificatorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal, únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; en ese sentido, en el Fundamento Jurídico III.1, indicó que:

---

cuando éstos hubieran coincidido en sus argumentos al presentar su apelación, o varios hubieran presentado apelación en forma conjunta. Ahora bien, la misma obligación que tiene el juez *ad quem* frente a los apelantes, también debe cumplirla frente a la parte adversa, para el caso de que el procedimiento aplicable admita que la misma pueda responder al recurso, pues omitir las consideraciones a la respuesta igual que no responder a los puntos de apelación, resulta arbitrario y por lo mismo, daría lugar a una omisión indebida plasmada en la resolución que resuelve la apelación".

> *"Ahora bien, la jurisprudencia precedentemente citada debe ser complementada a partir de la* ***relevancia constitucional*** *que tenga la alegada arbitraria o insuficiente fundamentación y motivación de las resoluciones, es decir, que deberá analizarse la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; pues, si no tiene efecto modificatorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; consiguientemente, a partir de una interpretación previsora, si bien la arbitraria o insuficiente fundamentación, aún carezca de relevancia, deberá ser analizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, corresponderá denegar la tutela por carecer de relevancia constitucional, con la aclaración que este entendimiento es únicamente aplicable a la justicia constitucional que no exigirá para efectuar el análisis, que la o el accionante cumpla con carga argumentativa alguna."* (Este entendimiento se encuentra desarrollado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1102/2019-S2, de 11 de diciembre. Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 0016/2020-S1, de 12 de marzo).

10. Conclusiones

Como se ha podido apreciar en esta breve revisión de la jurisprudencia constitucional a nivel comparado, el derecho a la defensa se constituye en una de las principales garantías del debido proceso, y se define como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra, y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; en suma, acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses.

Lo anteriormente señalado, concuerda con el mandato constitucional por el cual toda persona tiene derecho inviolable a la defensa en Bolivia. En ese sentido, cabe resaltar que la Constitución boliviana

aprobada el año 2009, contiene algunas previsiones importantes sobre el tratamiento de la prueba y sus efectos en distintos ámbitos. Así por ejemplo, en su art. 25.IV establece una garantía constitucional –a manera de prevención– contra la prueba ilegalmente obtenida, privándola de efectos jurídicos en los siguientes términos: *"La información y prueba obtenidas con violación de correspondencia y comunicaciones en cualquiera de sus formas no producirán efecto legal"*. Por otro lado, en materia laboral el art. 48.II *in fine*, del mismo texto constitucional, establece expresamente el principio de *inversión de la prueba* a favor de la trabajadora y del trabajador. En materia familiar el art. 65 establece que la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre, y que además *"esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación"*. Finalmente, dentro de los procesos constitucionales, y en el caso de la Acción de Amparo Constitucional (art. 128.IV), se prevé que la resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará *sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante*; previsión similar que se halla establecida también para el caso de la Acción de Cumplimiento (art. 134.III).

En ese contexto, se debe tener en cuenta que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos, entre ellos: a la valoración razonable de la prueba, y a la producción de prueba o libertad probatoria. En este sentido, para la jurisdicción constitucional, el núcleo duro del debido proceso, está conformado precisamente por: el derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, y el derecho a la defensa en relación a la libertad probatoria.

Ahora bien, si entendemos que el ejercicio del derecho a la defensa implica el derecho a presentar pruebas, ello comprende también

la facultad de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso; vale decir que, la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento, que resulta importante al momento de asumir una decisión final. Sin embargo, cabe reiterar que la producción de la prueba o libertad probatoria, debe enmarcarse ineludiblemente a los principios de pertinencia, utilidad y conducencia, según los cuales, debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que los medios de prueba a ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular. Ello significa que el derecho a la prueba, no solamente implica el hecho de presentar pruebas dentro del proceso, sino que además debe ser entendido como el derecho a que esos medios de prueba sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, a fin de darle el mérito probatorio que le corresponda, lo cual deberá estar plasmado expresamente en la sentencia definitiva.

Por otro lado, si bien es cierto que la Constitución boliviana no cuenta con una norma expresa que de manera clara establezca el derecho a la prueba como un derecho fundamental, no obstante, su jerarquía constitucional ha sido admitida a partir de los lineamientos establecidos por el TCP. De ahí que, el carácter fundamental del derecho a la prueba, tiene su base en que se halla configurado como un elemento sustancial de la garantía del debido proceso, y en consecuencia, es plenamente justiciable mediante la acción de amparo constitucional, conforme lo ha establecido con claridad la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, el derecho a la prueba se constituye en un elemento de vital importancia para preservar la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto a través del mismo habrá de alcanzarse la verdad material, tanto en la fase preliminar de una investigación, como en el mismo proceso (judicial o administrativo),

ya sea aportando las pruebas necesarias, o en su caso contraviniendo aquellas que se opongan a las pretensiones de quien busca mantener intacta la presunción de su inocencia; por tanto, el ejercicio del derecho a la prueba exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración pertinente, objetiva, adecuada e idónea de la prueba, todo lo cual resulta imprescindible a la hora de formar un criterio adecuado en el juzgador respecto al asunto que debe conocer y resolver, constituyéndose así en una garantía mínima de idoneidad en el proceso, vinculado a la imparcialidad del juez(a) en Bolivia.

Acesso à justiça e superendividamento: características atuais do seu tratamento pelo sistema de justiça brasileiro

Access to justice and over-indebteness: current characteristics of its treatment by the Brazilian justice system

Maria Elisa Cesar Novais
Doutora e mestra em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Professora Doutora de Direito Processual Civil e pesquisadora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (FCHS/UNESP)

Fecha de recepción: 14 de julio de 2025
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2025

Resumo: A repactuação de dívidas no tratamento do superendividamento é procedimento previsto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor desde 2021 e integra os diversos meios de solução de litígios bancários no ordenamento brasileiro.

O presente trabalho integra projeto de pesquisa trienal desenvolvido junto à Universidade Estadual Paulista (FCHS/UNESP) sobre meios disponíveis para a solução de conflitos de consumo bancário e apresenta levantamentos decorrentes de coleta automática de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, que demonstram as características do tratamento judicial dispensado ao superendividamento no que concerne à existência, volume e resultados de sentenças que apreciam o tema.

Palavras-chave: Consumo bancário; procedimento de repactuação de dívidas; sistema de justiça; solução de conflitos; superendividamento.

Abstract: The renegotiation of debts in the treatment of over-indebtedness is a procedure provided for in the Brazilian Consumer Defense Code since 2021 and integrates the various means of solving banking disputes in the Brazilian legal system.

This work is part of a triennial research project developed at State University of São Paulo (FCHS/UNESP) on the available means for solving banking consumer conflicts and presents findings resulting from automatic data collection from the São Paulo Court of Justice, which demonstrate the characteristics of the judicial treatment given to over-indebtedness concerning the existence, volume, and results of sentences that address the topic.

Keywords: Bankingc consumption; debt restructuring procedure; system of justice; dispute resolution; over-indebtedness.

Resumen: La renegociación de deudas en el tratamiento del sobreendeudamiento es un procedimiento previsto en el Código Brasileño de Defensa del Consumidor desde 2021 e integra los diversos medios de solución de litigios bancarios en el ordenamiento jurídico brasileño.

El presente trabajo se integra en un proyecto de investigación trienal desarrollado en la Universidad Estadual Paulista (FCHS/UNESP) sobre los medios disponibles para la solución de conflictos de consumo bancario y presenta hallazgos resultantes de una recopilación automática de datos del Tribunal de Justicia de São Paulo, que demuestran las características del tratamiento judicial dispensado al sobreendeudamiento en lo que concierne a la existencia, volumen y resultados de las sentencias que abordan el tema.

Palavras-chave: Consumo bancario; procedimiento de reestructuración de deuda; sistema de justicia; resolución de conflictos; sobreendeudamiento.

Sumario: 1. Introdução. 2. A necessidade do crédito na ordem capitalista e o fenômeno do superendividamento. 3. As características da concessão do crédito, do endividamento e dos litígios bancários no Brasil. 4. O que dizem a legislação brasileira e os tribunais sobre prevenção e tratamento do superendividamento? 5. Hipóteses suscitadas, metodologia empregada e resultados. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Como e por que o consumidor de produtos e serviços financeiros acessa o judiciário? Em que medida o seu problema é solucionado? Por que um olhar cuidadoso para o tema é importante?

A última pergunta pode ser respondida na perspectiva do direito humano ao desenvolvimento econômico em uma sociedade de mercado, cuja inclusão social passa necessariamente pela inclusão econômica. O acesso ao crédito integra essa inclusão, bem como conceitos como consumidor e cidadania aproximam-se. Todavia, constata-se o recrudescimento do superendividamento do tomador do crédito, o que significa sua exclusão do mercado de consumo e perda de certo aspecto da cidadania.

Os outros dois questionamentos requerem pesquisa aprofundada. O Relatório do Grupo de Trabalho para o Tratamento da Insolvência da Pessoa Natural (World Bank, 2014) aponta a necessidade de adoção de medidas de quitação e perdão de dívidas. A aprovação da Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021 inaugurou o tratamento do superendividamento no ordenamento brasileiro, exigindo papel protagonista do sistema de justiça na avaliação dos pedidos de repactuação de dívidas. Cumpre-lhe caracterizar o superendividado, avaliar a sua boa-fé e o atendimento dos critérios legais para o pagamento da dívida.

Após mais de 4 anos de vigência da lei, já é possível obter um primeiro retrato de como o sistema de justiça brasileiro tem enfrentado a questão, de modo a garantir um efetivo acesso a uma ordem jurídica justa[1]. Tal efetividade importa concretizar a garantia funda-

1 Na expressão usada por Kazuo Watanabe em vários de seus textos e obras, como, por exemplo em WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade

mental contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil[2] mediante métodos adequados para a solução de conflitos, para apaziguamento social com justiça, em consonância com outros princípios da ordem constitucional dirigidos ao processo: contraditório e ampla defesa[3], o que exige paridade de armas[4], duração razoável do processo[5], cooperação entre os sujeitos processuais visando à solução integral do conflito de forma justa e efetiva[6], inclusive com a satisfação do direito[7].

É indispensável avaliar empiricamente a implementação procedimental da repactuação de dívidas disponibilizada à pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro, para se compreender em que medida as iniciativas legislativas e regulamentações dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário têm sido atendidas e se o sistema de justiça tem alcançado, naquilo que lhe compete, os objetivos propostos na motivação do projeto de lei e contribuído para a reorganização da viabilidade econômica dos seus jurisdicionados.

A pesquisa ora apresentada concentra-se na análise do maior tribunal brasileiro (Tribunal de Justiça de São Paulo), posto que recebe e processa o maior número de ações judiciais, e se baseia em dados extraídos de forma exaustiva das bases mantidas pelo referido

moderna. *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

2 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a *direito*".

3 Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4 Artigo 7º do Código de Processo Civil brasileiro.

5 Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 Artigo 6º, do Código de Processo Civil brasileiro.

7 Artigo 4º, do Código de Processo Civil brasileiro.

tribunal e em análise documental (sentenças proferidas nos procedimentos de repactuação de dívidas), com o objetivo de investigar a receptividade dada ao procedimento especial pelos magistrados e sua efetividade na reorganização financeira dos endividados.

2. A necessidade do crédito na ordem capitalista e o fenômeno do superendividamento

O direito humano ao desenvolvimento é declarado pela ONU desde 1986. O desenvolvimento econômico é uma das perspectivas desse direito humano. Na sociedade de mercado, a inclusão social passa necessariamente pela inclusão econômica. O crédito não só integra essa inclusão, bem como conceitos como consumidor e cidadania aproximam-se. Políticas de incentivo ao acesso informado e refletido ao crédito constituem responsabilidade do Estado e dirigem-se especificamente à iniciativa privada[8], pois integram a defesa

8 A construção da responsabilidade objetiva nas relações de consumo reflete concepções modernas e contemporâneas acerca da diluição social do dever de indenizar a partir de uma responsabilidade pressuposta que dá maior relevância à proteção da vítima (HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemponeidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33/59, 2010. DOI: 10.5216/rfd.v31i1.12029. Disponível em: https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029. Acesso em: 28 out. 2025.). Além da adoção da responsabilidade objetiva, adota-se o princípio da vulnerabilidade do consumidor, a facilitação de sua defesa em juízo, mediante a inversão do ônus da prova, uma abusividade pressuposta em determinadas práticas e previsões contratuais e, especificamente, nas relações creditícias, a previsão de medidas que reduzam a assimetria de informações, a estipulação da responsabilidade solidária entre os diversos agentes fornecedores de crédito e a imposição de penalidades financeiras às credores que faltarem com o seu dever de conduta (na forma dos artigos

do consumidor pelo Estado, garantia constitucional no nosso ordenamento[9].

Todavia, o que é possível constatar é um recrudescimento do superendividamento do tomador do crédito[10], o que significa sua exclusão do mercado de consumo e perda de certo aspecto da cidadania.

O superendividamento é um fenômeno intrinsecamente atrelado à concessão de crédito e, portanto, na medida em que ocorre o seu incremento, havendo maior aporte de crédito à disposição da sociedade e facilitação de acesso desacompanhado da necessária orientação tanto para a sua utilização quanto para os riscos que uma utilização inconsequente implica, o fenômeno instala-se na realidade social e tende a se disseminar.

Além de característico de uma sociedade capitalista com economia minimamente estabilizada[11] –o que o Brasil vivencia somente desde meados dos anos 90–, o superendividamento constitui situação que expõe o cidadão que a enfrenta a grande constrangimento que é agravado diante da necessidade de acesso ao crédito, que há mais de

54-A a 54-G do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

9 Artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

10 Disponível em: https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil/. Acesso em: 28/10/2025.

11 Em uma economia que sofre com alta inflação e, portanto, com a rápida corrosão do poder de compra da moeda, não há segurança para investimentos e concessão de empréstimos em função da desvalorização da moeda. Destacam-se opções por aplicações muito conservadoras, cujo maior objetivo é impedir a perda do poder de compra da moeda. A aplicação em caderneta de poupança é um bom exemplo. Esses pontos caracterizavam a economia brasileira desde o fim do período ditatorial até meados dos anos 90.

duas décadas vem se intensificando na sociedade brasileira. Com isso, o superendividado tende a ser não apenas econômica, mas socialmente excluído, sendo afetado nas suas finanças, nas relações familiares e profissionais e na sua saúde física e mental.

Os estudos desenvolvidos sobre a temática no Brasil são recentes, datam de quase duas décadas, e construíram uma análise com dados relevantes para a compreensão do perfil do superendividado[12], pois consideraram aspectos que transcendem a questão jurídica, avaliando impactos psicológicos, familiares, sociais e pessoais que afligem aqueles que enfrentaram essa situação, bem como iniciaram o desenho do impacto econômico maléfico que o recrudescimento desse fenômeno traz à sociedade. De fato, é natural que o fenômeno do superendividamento sofresse um lapso de tempo para ser estudado, tendo em vista que qualquer estudo nesse sentido toma por base uma pesquisa empírica cuja fonte é, inevitavelmente, o judiciário. De modo infeliz, quando as vias judiciais são utilizadas como solução em benefício de grandes credores de forma intensa e massificada, as chances de sucesso na análise do alto grau de endividamento da população são quase certas, tendo em vista que a intensa utilização do judiciário na recuperação de crédito por grandes credores (instituições financeiras, em geral) é forte indicativo da impossibilidade de pagamento dos consumidores face aos altos débitos que se apresentam contra eles.

12 Merece destaque a pesquisa empreendida pelo grupo de estudo da Professora Cláudia Lima Marques da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir./UFRGS) junto ao Núcleo Civil da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com 100 casos de superendividamento de pessoas físicas do Rio Grande do Sul (in: MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015)

A importância de manter a sociedade consumindo é fundamental para o movimento da economia, enquanto o superendividamento impede, exatamente, a possibilidade de um consumo saudável e essencial à existência do cidadão. Por essa razão, a preocupação com o fenômeno e com o indivíduo superendividado não deve ser marginal, mas deve ser considerada desde o momento da concessão do crédito, agindo-se de forma preventiva, até a situação em si, atribuindo-lhe solução de acordo com a sua complexidade. O olhar não recai apenas sobre a árvore, ou seja, apenas sobre os problemas que emergem de uma única contratação, mas sobre o bosque, sobre o conjunto das dívidas do superendividado[13].

Um olhar superficial ou, ainda, enviesado para a realidade do superendividado pode trazer prejuízos consideráveis que extrapolam o indivíduo, atingem sua família, seu ambiente de trabalho e ambiente social e, de forma integrada, leva ao desaquecimento da economia, o que, no modelo capitalista, é insustentável.

O Relatório do Grupo de Trabalho para o Tratamento da Insolvência da Pessoa Natural do Banco Mundial[14] aponta a necessidade de adoção de medidas de quitação e perdão de dívidas, ainda que a maior parte dos países rejeite essa ideia, principalmente sem um plano de pagamento. Ainda assim, o relatório, que tem caráter apenas descritivo e não propositivo, indica que a adoção de um regime de tratamento da insolvência de pessoas naturais contribuiria para a atenuação de duas desvantagens do procedimento executivo ordinário: (i) evitar o desgaste do credor no uso de mecanismos inefetivos para a busca de bens e (ii)

13 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; Lima, CLARISSA Costa de; VIAL, Sophia Martini. Comentários à Lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, p. 238.

14 Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/83500027-9cef-5465-a70b-094bc8958726.

evitar a distribuição desigual dos bens à disposição do devedor entre os credores, em claro benefício daqueles que possuem ferramentas mais sofisticadas e agressivas para a obtenção do seu pagamento.

3. As características da concessão do crédito, do endividamento e dos litígios bancários no Brasil

O caminho do superendividamento tem duas trajetórias que compartilham reflexos entre si: uma trajetória social, que compreende as características da economia e da sociedade brasileira, e uma trajetória individual, que compreende a exposição ao risco da pessoa natural tomadora de crédito.

No que concerne à trajetória social, pode-se afirmar que antes da estabilização econômica no Brasil, o ganho inflacionário do setor financeiro era obtido principalmente nos depósitos à vista e a estrutura operacional dos bancos estava montada para maximizar a captação de depósitos. Com o controle inflacionário, a lucratividade dos bancos deixou de depender da captação de depósitos e passou a depender das operações de crédito. Isto porque a política econômica adotada baseada no modelo neoliberal estava apoiada no tripé estabilidade monetária, na privatização e consequente redução do Estado-Providência e no incentivo ao crédito. Além disso, em momento exatamente coincidente com a estabilização da economia, também se observou a diversificação da atividade bancária e sua consequente remuneração: os serviços bancários tiveram significativo incremento, bem como a sua cobrança passou a fazer parte da rotina do brasileiro, explicando a que custo verificou-se a manutenção da lucratividade bancária, embasada em cobrança de altas tarifas e altos juros no crédito[15].

15 Essa recapitulação histórica da atividade bancária integra diversas obras sobre regulação bancária. Como referência para uma compreensão super-

São características da poupança no Brasil a grande desigualdade na sua distribuição, ser pautada principalmente em imóveis[16], com taxas que estão recuando ao longo do tempo, ainda que haja mais famílias poupando[17]. Desse modo, o incentivo ao crédito teve uma ótima receptividade na sociedade brasileira, que passou a adquirir bens de consumo essenciais por meio do crédito e trouxe dinamismo e sustentação à atividade econômica. O crédito a pessoas físicas revelou-se importante suporte para a sustentação do nível da atividade econômica, dinamizando a demanda interna pela ampliação do consumo das famílias. Caracteristicamente, em razão da desconfiança gerada sobre a poupança durante as medidas econômicas governamentais adotadas para o controle da inflação, o brasileiro não guarda em si o hábito de poupar, valendo-se da prática de adquirir boa parte de bens e serviços através de financiamentos. No entanto, somos conhecidos como um dos países com uma das maiores taxas de juros do planeta (se não, a maior), o que não impede a aquisição de linhas de crédito extremamente caras.

---

ficial desse histórico, vale a consulta à nota técnica da Câmara dos Deputados intitulada "Regulação do sistema financeiro e a questão das tarifas bancárias", disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/items/ce7486ad-676c-4c0b-910f-e6e3656e6db1. Acesso em: 29 out 2022.

16 Historicamente, gerações economicamente ativas nas décadas de 1980 e 1990 guardam bastante desconfiança em relação a aplicações e investimentos alimentada pelas alterações proporcionadas por sucessivos planos econômicos que afetavam diretamente as cadernetas de poupança até 1994 (Plano Real).

17 Nesse sentido, vale consultar o caderno Estudos Especiais do Banco Central, em particular, o Estudo Especial nº 107/2021 – Taxa de poupança das famílias: uma análise para Brasil e regiões. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE107_Taxa_de_poupanca_das_familias.pdf. Acesso em: 03 out 2024.

O quadro abaixo permite dar uma dimensão comparativa sobre as taxas de juros dos créditos não vinculados no Brasil, conforme informações disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil e do Instituto Nacional de Seguridade Social, para a primeira quinzena do mês de outubro de 2025.

Tabela 1: Comparativo entre linhas de crédito e taxas de juros

Produto	Taxa de Juros Média (a.a.)	Limite Legal de Renda
Cartão de crédito (rotativo)	486,73%	✗ Nenhum
Cheque especial	136.05%	✗ Nenhum
Crédito pessoal não consignado	155%	✗ Nenhum
Cartão consignado	37.1%	✓ 5%
Empréstimo consignado	23.82%	✓ 35%

Fonte: Banco Central do Brasil/Instituto Nacional do Seguro Social. Elaboração: própria.

Isto se dá, essencialmente, em razão da relação inversamente proporcional existente entre remuneração e garantia do crédito: quanto menores as exigências de garantias, mais caro será o crédito. Assim despontam entre as linhas de crédito mais caras o crédito rotativo do cartão de crédito e o cheque especial, linhas altamente comercializadas, em especial em momentos de dificuldade financeira do consumidor[18].

18 Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/concessao-de-credito-cresce-6-em-marco-puxado-por-credito-pessoal-e-cheque-especial/. Acesso em 28/10/2025.

Do ponto de vista da trajetória individual, que trata da exposição ao risco da pessoa natural, mister tecer algumas considerações sobre a inadimplência no Brasil.

A sociedade de consumo é uma sociedade de massas e de classes[19]. Permite interações anônimas e despersonalizadas e definidas pela posição do indivíduo no processo produtivo. O capitalismo depende do consumo e o crédito é visto como o estímulo da produção capitalista num movimento perpétuo e, para muitos consumidores, contínuo, pois as relações estabelecidas tendem a permanecer ocorrendo.

Assim, o endividamento do consumidor na economia moderna não é um fator visto como negativo: a economia dos séculos XX e XXI é baseada na ideia de endividamento. Chega a ser contraditório, pois ao mesmo tempo em que se necessita de formação de poupança para possibilitar investimento, estimula-se o crédito, porém o dinamismo da economia capitalista segue exatamente esse ciclo.

A patologia do endividamento é a inadimplência. A inadimplência, assim como o fenômeno do superendividamento, é um fato social e inerente à realidade da economia capitalista. O atraso no pagamento do crédito concedido é claramente percebido e ponderado como um risco na concessão do crédito; recentes números indicam um aumento do *spread* do Índice de Custo do Crédito (ICC) em 2023 para 35,7%, impulsionado pelo aumento do seu principal componente, a inadimplência, enquanto verifica-se queda nos demais fatores que o compõem, a saber, despesas administrativas, tributos, aporte para o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) e margem financeira[20].

19 LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor.* N. 17, São Paulo: RT jan-mar/1996, p. 57.

20 Conforme Relatório de Economia Bancária 2023, do Banco Central do Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioe-

A inadimplência brasileira, por sua vez, tem recrudescido: em janeiro/2018, havia 59,3 milhões de inadimplentes; em janeiro/2023, já eram 70,1 milhões; e, em fevereiro/2025, chegamos a 75 milhões de inadimplentes[21]. Quanto maior a inadimplência, maior será a taxa de juros cobrada em empréstimos. Fica evidente o risco a que o consumidor está exposto.

Este cenário de concessão exacerbada de crédito e o consequente endividamento proporciona a propagação da litigiosidade no consumo bancário, que desponta como setor econômico mais demandado extrajudicialmente e judicialmente. Há pelo menos 15 anos pesquisas demonstram que o setor bancário no Brasil é um dos grandes litigantes no sistema de justiça[22] e conta com baixa regulamentação estatal[23]. Há diversas pesquisas desenvolvidas e em desen-

conomiabancaria/reb2023p.pdf. Acesso em: 03 out 2024.

21 Disponível em: https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/mapa-da-inadimplencia-e-renogociacao-de-dividas-no-brasil/. Acesso em 28/10/2025.

22 Relatórios produzidos pelo Conselho Nacional da Justiça, tais como "Os 100 maiores litigantes" (Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf) e "Políticas Públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em ações consumeristas – mapeamento e proposições" (Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf) corroboram essa afirmativa.

23 O Relatório de Economia Bancária 2023 (Banco Central do Brasil) indica uma concentração do mercado bancário em cinco instituições de 85,9% das operações de crédito. A baixa regulamentação diz respeito à regulação de conduta, trabalhada no Relatório sobre Regulamentação Financeira de 2017, também do Banco Central do Brasil, bastante tímida e concentrada na Direc – Diretoria de Relacionamento Institucional e Cidadania da instituição, com atuação pouco estruturada, como se verifica no site www.bcb.gov.br.

volvimento para acompanhar as características do litígio de consumo bancário no Brasil[24].

Extrajudicialmente, não é diferente: as plataformas de tentativas de negociação mantidas pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e outros órgãos públicos brasileiros, ao divulgar seus indicadores, apresentam dados coincidentes com a litigância judicial, colocando o setor de bancos, financeiras e administradoras de cartão de crédito no topo dos segmentos mais reclamados, com um percentual (27,9% das reclamações em 2023) superior ao dobro do segundo lugar[25].

O cenário que emerge de todos os diagnósticos apresentados –alta concessão de crédito muito caros ao consumidor, aumento da inadimplência nacional e alta litigiosidade no setor de consumo bancário– enseja considerável preocupação que deve nortear a elaboração de políticas sociais e judiciárias para o combate ao agravamento do endividamento da população e, propriamente, para o tratamento do superendividamento.

Para além dos elementos materiais ora diagnosticados, que interferem diretamente no tratamento da patologia do acesso ao crédito, há se ter atenção com as ferramentas para a solução de tais litígios, cabendo um olhar para procedimentos conciliatórios e o uso da tecnologia e sua relação com o superendividamento.

---

24 A exemplo da pesquisa desenvolvida por Pedro Gregorini sobre características dos litígios bancários e da pesquisa publicada em artigo da autoria do pesquisador citado em parceria com Maria Paula Bertran e Larissa Cerqueira, indicadoras do ainda baixíssimo uso pelo judiciário do plano de recuperação do consumidor superendividado definido em lei.

25 Boletim Consumidor.gov 2023. Disponível em: https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/. Acesso em 28/10/2025.

No que diz respeito ao sucesso das técnicas de conciliação e mediação no sistema de justiça brasileiro, ainda que haja política judiciária empreendida e estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao menos, desde 2010, com resoluções específicas sobre tais procedimentos, a estruturação de centros judiciários de solução de conflitos, a recepção de tais métodos no diploma processual, o investimento em formação e remuneração de conciliadores e mediadores, o relatório anual produzido pelo CNJ, denominado Justiça em Números, em sua edição de 2025 não traz números animadores sobre sua efetividade. O índice médio de conciliação do último relatório sofreu uma queda em relação aos anos anteriores e está em 10,4% de processos judiciais que terminam em conciliação[26].

Pesquisas empíricas judiciárias apontam a baixa adesão de todos os sujeitos processuais que integram o litígio, juízes e partes a métodos autocompositivos de solução de controvérsias. Os primeiros têm, de forma recorrente, dispensado a realização de audiências de tentativa de mediação e conciliação que passaram a integrar expressamente o procedimento comum desde a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. De acordo com o artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro, o juiz deve designar audiência de tentativa de mediação ou conciliação sempre que não se tratar de direitos que não admitem a autocomposição e sempre que não houver manifestação de ambas as partes expressando seu desinteresse na composição consensual. Todavia, a dispensa da realização desta audiência não é incomum, por vários motivos, desde uma eventual falta de estrutura que suporte a realização da audiência na ausência de centros judiciais de solução de conflitos à indisponibi-

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2025. Brasília, DF: CNJ, 2025, p. 265. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/10/justica-em-numeros-2025.pdf. Acesso em 28/10/2025.

lidade notória para realização de acordo de alguns litigantes habituais ou, ainda, a possibilidade de realização de acordo a qualquer momento pelas partes, na tentativa de preservar a sua liberdade individual[27].

Em relação às partes, há diagnósticos de que a propensão para o acordo depende de fatores subjetivos (perfil das partes) e objetivos (natureza da demanda), não sendo o litígio bancário propenso à realização de acordos, em boa medida porque os prepostos das instituições financeiras não comparecem às audiências com propostas concretas para a sua efetivação[28].

Sobre o uso da tecnologia e sua relação com o superendividamento, há duas perspectivas distintas: a de estímulo ao crédito e como ferramenta de prevenção e tratamento do fenômeno. Em relação ao estímulo ao crédito, a revolução dígito-tecnológica acrescenta ao nosso vocabulário o termo *nudge*, traduzido como atalhos mentais, vieses, impulsionamentos que moldam o comportamento do consumidor, influindo nas suas decisões de consumo[29].

---

27 SILVA, Paulo Eduardo Alves da; PARAVELA, Tatyana Chiari. "Algum dia, talvez, se for o caso....": frequência e motivos para a não designação da audiência do artigo 334 do CPC em comarcas da justiça estadual paulista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 500-533, set./dez. 2020.

28 Nesse sentido, duas pesquisas produzidas pelo Conselho Nacional de Justiça: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mediação e conciliação avaliadas empiricamente – jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília, 2019 e UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. Brasília, DF: CNJ, 2015.

29 Nesse sentido: BRAGANÇA, Fernanda; LOSS, Juliana; BRAGA, Renata. Tecnologia e relações de consumo: as duas faces de uma mesma moeda no superendividamento. *In*: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. lndaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, pp. 641-652.

No entanto, é a segunda perspectiva que merece maior atenção neste trabalho, ou seja, como a tecnologia se coloca a serviço do tratamento e da prevenção do superendividamento. As plataformas digitais brasileiras hoje disponíveis para a solução de conflitos ainda padecem das características adequadas para serem caracterizadas como *Online Dispute Resolution* (ODR), são assimétricas quanto à informação e ao acesso e ainda não demonstraram evolução como ferramentas de prevenção de novas disputas[30]. Ainda não atingimos a excelência em plataformas de ODRs e este modelo já não se mostra suficiente para o tratamento e prevenção do superendividamento, posto que não este não exige mera aproximação entre fornecedores e consumidores ou, ainda, simples mecanismo de quitação de dívidas, mas de educação financeira[31] e recuperação global do consumidor para o mercado de consumo.

4. O que dizem a legislação brasileira e os tribunais sobre prevenção e tratamento do superendividamento?

O superendividamento, enquanto um fenômeno reconhecidamente global, esgarça a patologia do endividamento pelo crédito. A

30 NOVAIS, Maria Elisa Cesar. O uso da tecnologia para o gerenciamento e solução de litígios de massa por meios autocompositivos. *Revista de Direito do Consumidor.* Vol. 145, ano 32. P. 385-409. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023, p. 387-409.

31 MARTINS, Fernando Rodrigues. O processo de repactuação da lei do superendividamento e a internet das pessoas: por um modelo digital protetivo, inclusivo e de efetividade na solução de casos de ruína pessoal. *In*: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. lndaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, pp. 653-668.

Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021, que alterou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), conceituou o fenômeno no ordenamento brasileiro, com a inserção do art. 54-A, que dispõe ser "a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer o seu mínimo existencial".

A Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021, ao atualizar o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, inseriu os artigos 54-A a 54-G, acerca da prevenção e do tratamento do superendividamento, e os artigos 104-A a 104-C, acerca da conciliação no superendividamento. A lei representa um importante marco para a compreensão das dimensões do fenômeno, que não se limita ao contrato e à dívida, mas diz respeito à ruína pessoal do consumidor.

Importa contextualizar a oportunidade de aprovação da referida lei, em meio aos efeitos deletérios à economia decorrentes da pandemia da Covid-19. Isto porque o projeto da lei que deu início ao debate no Congresso Nacional data de 2012 –Projeto de Lei do Senado 283–, tramitando no Senado Federal por 3 anos e, posteriormente, na Câmara dos Deputados –onde recebeu o número 3515/2015– por quase 6 anos.

As alterações no Código de Defesa do Consumidor pela denominada Lei do Superendividamento inseriram um modelo muito próximo ao regime francês de tratamento do fenômeno, mais comum à cultura dos países de sistema romano-germânico (ou continental). Trata-se do modelo de reeducação, mais conservador, em que os indivíduos são vistos como pessoas responsáveis e cidadãos decentes e menos como agentes econômicos, que se excederam, ainda que sejam vistos como "vítimas" de um sistema de crédito fácil e de amplo apelo ao consumo. Esse modelo é adotado na Bélgica, Holanda, Alemanha, Suécia, Noruega, entre outros paí-

ses[32]. Em contrapartida, há o *fresh start*, ou modelo de nova oportunidade, comum aos países de origem anglo-saxônica, que encara o superendividamento como um risco inerente à economia de mercado e o consumidor, que ousa recorrer ao crédito e é mal sucedido, não deve ser excessivamente penalizado, nem excluído do mercado por um período demasiadamente longo, trabalhando com o perdão de dívidas[33]. Porém, ressalte-se que há influências do modelo *fresh start* sobre o modelo de reeducação, que tende a acolher procedimentos típicos daquele.

O procedimento de repactuação de dívidas é bastante inovador no ordenamento brasileiro, prevendo uma fase pré-processual, assim como o incentivo a órgãos públicos não integrantes do judiciário à

32 Na Alemanha, adota-se a proteção social do consumidor, com a redução de juros de mora, pagamento em atraso, etc (Insolvenzordnung); na Bélgica, se o mutuante concede crédito acima da capacidade de pagamento do consumidor, o juiz pode exonerar o consumidor de parte dos juros, prevalecendo a teoria de responsabilidade do fornecedor na concessão do crédito; a França, estabeleceu-se uma solução extrajudicial, mas institucionalizada, por meio de uma Comissão de superendividamento, que tem liberdade para renegociar os débitos, requerer ao Judiciário a suspensão das execuções contra o consumidor, entre outros mecanismos; a Diretiva Européia 48/2008, com aplicação a créditos específicos –excluindo crédito imobiliário, por exemplo– estabelece o direito de arrependimento em 14 dias sem apresentação de motivo; os Estados Unidos, por sua vez, reconhece uma espécie de *bankruptcy* do tomador de crédito e estabelece um mecanismo de *fresh start*, construindo um dos sistemas mais modernos de solução de superendividamento numa sociedade cuja inacessibilidade ao crédito significa verdadeira exclusão social. Vários outros países europeus contam com legislação específica para o trato do endividamento.

33 LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; FRADE, Catarina (2004), Regular o sobreendividamento, in Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça (org.), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Coimbra: Coimbra Editora, p. 88-90.

criação de núcleos para soluções extrajudiciais de prevenção e tratamento do superendividamento. Há, também, um conjunto de previsões legais a serem exigidos dos bancos para a concessão do crédito.

As medidas previstas em lei exigem dois níveis de implementação: um extrajudicial e preventivo, que demanda a conscientização e efetiva participação de credores na educação ao crédito, e outro, que mescla implementações extrajudicial e judicial, que consiste no tratamento do superendividamento por meio da conciliação que perfaz o concurso de credores, tendo em vista que o procedimento tem previsão para se desenvolver judicialmente, mas admite a conciliação extrajudicial, a ser realizada por órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. A lei exige um relevante protagonismo do judiciário para a repactuação de dívidas do consumidor. Todavia, já há alguns indícios de que não há estímulo para o consumidor solicitar a repactuação de dívidas dada a alta taxa de improcedência dos pedidos na Justiça paulista[34], o que pode constituir fator contribuinte para a redução do potencial de uma legislação transformadora, consonante com métodos progressistas de recuperação econômica da pessoa natural e que levou quase uma década para ser aprovada.

Algumas questões atinentes ao procedimento da repactuação de dívidas já alcançaram as Cortes Superiores no intuito de dirimir divergentes interpretações da legislação. É o caso do Conflito de Competência nº 192.140 julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o procedimento de repactuação de

34 BERTRAN, Maria Paula; OLIVEIRA, Larissa Cerqueira de; GREGORINI, Pedro Augusto. O que dizem as (poucas) sentenças? As decisões envolvendo os termos "superendividamento" e "Lei 14.181/2021" no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. lndaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, p. 341-362.

dívidas tem natureza concursal e se assemelha à recuperação judicial. O ministro relator ainda frisa:

> "...observam-se inequívocos pontos de contato entre o processo de superendividamento e o procedimento de soerguimento empresarial da Lei n. 11.101/2005, dispondo o § 3º do art. 104-B do CDC, inclusive, sobre a nomeação de administrador judicial, a quem caberá apresentar o plano global de pagamento."[35]

No ordenamento brasileiro, o procedimento de repactuação de dívidas é muito inovador, trazendo para a pessoa natural soluções semelhantes à recuperação judicial da pessoa jurídica, afastando, inclusive, a insolvência civil, o que é referendado pelo entendimento dos tribunais superiores.

Os países que adotam o modelo de reeducação atribuem grande relevância à conciliação extrajudicial, que funciona como etapa indispensável à via judicial, buscada apenas diante do fracasso daquela. O modelo nacional ainda dá grande ênfase à participação do judiciário, o que o torna protagonista na construção de um modelo eficiente. O Conselho Nacional de Justiça criou um Grupo de Trabalho pela Portaria CNJ 55/2022 para aperfeiçoar os procedimentos administrativos para facilitar os trâmites dos processos de tratamento dos superendividados. Como consequência, foi editada a Recomendação 125/2021 para que os tribunais implementem os Núcleos de Conciliação e Mediação de Conflitos oriundos de superendividamento, podendo se valer da estrutura dos CEJUSCs já existentes. O Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (FONAMEC) também aprovou

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de Competência nº 192.140-DF. Suscitante: Juízo Federal da 14ª Vara Cível de Brasília – DF. Suscitado: Juízo de Direito da 15ª Vara Cível de Brasília – DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2023.

enunciado[36] para o desenvolvimento de programa para tratamento e prevenção do superendividamento, o que torna evidente a tentativa de conjugação de iniciativas e estruturas criadas para o uso e desenvolvimento de métodos autocompositivos na repactuação das dívidas do superendividado.

Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento impondo ao banco credor as penalidades previstas no artigo 104-A, §2º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor pelo não comparecimento à audiência de pré-processual para a renegociação, confirmando a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[37]. No entanto, ainda que o credor compareça à audiência de conciliação de natureza concursal sem apresentar qualquer proposta, não será penalizado, decidiu o mesmo Tribunal. Ressalvou, contudo, que "a consequência legal para a falta de autocomposição sobre a repactuação das dívidas é a eventual submissão, a depender de iniciativa do consumidor, do negócio não alcançado pelo acordo à fase judicial, na qual haverá a revisão do contrato e a repactuação compulsória do débito"[38].

36 Enunciado 35: Os CEJUSCs, sempre que possível, deverão desenvolver programas de tratamento e prevenção do superendividamento, com a realização de audiências coletivas de conciliação pré-processual previstas no art. 104-A do Código de Defesa do Consumidor.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 2.168.199/RS. Recorrente: Banco do Brasil. Recorrido: Gastão Cruz Gisler. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 04 de dezembro de 2024.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 2.191.259/RS. Recorrente: Paraná Banco S/A. Recorrido: Flavio da Silva Machado. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 de março de 2025.

São primeiros passos, ainda incipientes, que exigem resultados céleres e efetivos, dada a relevante participação dos conflitos bancários no sistema de justiça[39], os quais permanecem sendo julgados de forma isolada, e que exigem uma análise abrangente sobre o seu desenvolvimento à luz da principiologia da defesa do consumidor –atrelada à compreensão de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica– enquanto direito material cuja efetividade é um valor a ser observado pela concepção da instrumentalidade metodológica do processo[40].

Ainda que a alteração empreendida no Código de Defesa do Consumidor date de 2021, passados 4 anos, as técnicas e métodos empregados constituem-se como iniciativas tímidas, os debates a esse respeito permanecem em ebulição e as implementações das recomendações do CNJ ainda são pontuais e descentralizadas, enquanto o superendividamento ganha contornos preocupantes em nossa sociedade, diversificando riscos e dívidas, que já extravasam os limites dos contratos bancários, a exemplo das apostas virtuais, sendo fundamental um profundo estudo acadêmico sobre o preparo do poderes públicos, entes governamentais e não-governamentais para a implementação criteriosa da repactuação das dívidas do superendividado.

5. Hipóteses suscitadas, metodologia empregada e resultados

A relevância da concessão de crédito, o seu incremento com base nas linhas de crédito mais caras, o crescimento da inadimplên-

39 Vide notas 22 e 25.

40 Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaios sobre a Processualidade: fundamentos para uma nota teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016 e SALLES, Carlos Alberto. *A arbitragem em contratos administrativos.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

cia, a alta litigância no consumo bancário e a baixa adesão a meios conciliatórios são fatores responsáveis por um cenário cada vez mais preocupante e sobre o qual se mostra bastante oportuno o diagnóstico sobre de que maneira o sistema de justiça brasileiro tem se valido das previsões legais para contribuir para a reestruturação de cidadãos superendividados. Algumas questões que se colocam para debate são: diante da alegada sobrecarga do judiciário, que leva a medidas que racionalizam o acesso à justiça, como mais um procedimento judicial será conduzido no sistema de justiça de modo a garantir o acesso à ordem jurídica justa? Há necessidade de treinamento ou especialização (varas especializadas) para a hipótese de conciliação? Como se dá a representação do consumidor e quais serão os critérios para a redução dos encargos? Tais questões relacionam-se com a assimetria de informações que marcam as concessões de crédito, e podem perdurar nesta fase de solução conciliatória. Além disso, qual a disponibilidade das instituições credoras de se abrirem a propostas de superendividados adimplentes?

Este trabalho desenvolve-se em projeto trienal que comporta atividades de pesquisas empíricas multimétodos e atividades extensionistas junto à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" (FCHS/UNESP). Na primeira etapa de pesquisa, o questionamento principal é como o tratamento do superendividamento tem sido enfrentado pelo sistema de justiça brasileiro. Dessa questão geral, surgem as seguintes indagações: em quais procedimentos judiciais o superendividamento tem sido tratado, qual o grau de sucesso do endividado na judicialização do assunto, como o sistema de justiça brasileiro tem implementado o procedimento de repactuação de dívidas, com a observação da adoção adequada da fase conciliatória dentro das previsões legais e, em sendo infrutífera a audiência, se há a instauração da fase judicial.

A hipótese relativa ao questionamento principal é que o tratamento do superendividamento é um tema que não tem sido adequa-

damente tratado, pois o procedimento de repactuação de dívidas não está sendo efetivado no sistema de justiça.

Para testar a hipótese e atribuir viabilidade à pesquisa, considerando a extensão territorial brasileira, optou-se por desenvolver a pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pelas seguintes razões:

a) Sendo o superendividamento um fenômeno que decorre da concessão de crédito –sem qualquer juízo sobre a qualidade desta concessão neste momento– e sendo o crédito um produto praticado por instituições privadas, eventuais conflitos emergentes de tais contratações tramitam, em grande medida, na esfera da Justiça Comum na organização judiciária brasileira (com exceção de instituições financeiras organizadas como empresas públicas, como é o caso da Caixa Econômica Federal).

b) O recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo na repactuação de dívidas, o caráter concursal, que lhe confere um juízo universal, atribuindo competência para a Justiça Comum.

c) O Tribunal de Justiça de São Paulo, no início de 2025, quando teve início a pesquisa, figurava como o tribunal com o maior acervo do país[41].

d) Pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça dão conta de que os litígios envolvendo consumo bancário, de onde advêm problemas de superendividamento, estão no topo do

41 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024*. Brasília, DF: CNJ, 2024, p. 162. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/04/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 30/10/2025.

ranking de litígios no país e as instituições financeiras são os maiores litigantes no Tribunal de Justiça de São Paulo[42].

Inicialmente, foi realizada uma extração exaustiva de dados[43] constantes de bancos mantidos pelo Tribunal de Justiça pesquisado em busca de sentenças judiciais proferidas por magistrados de 1º grau usando unicamente o termo "superendividamento".

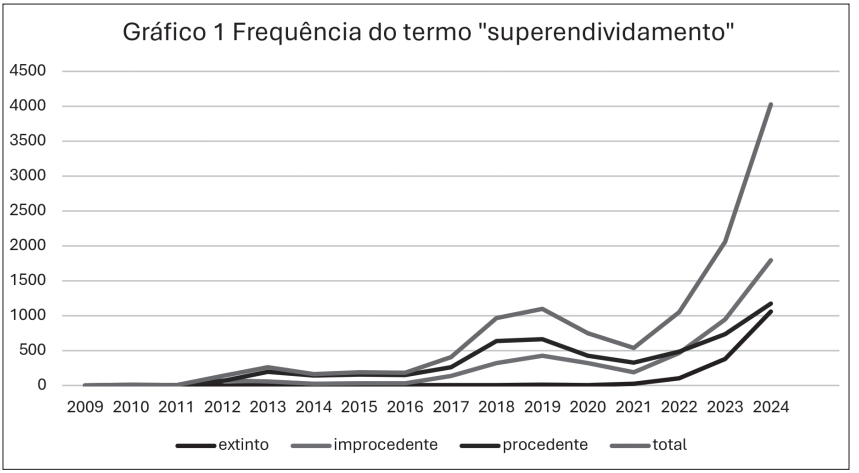
Foram coletadas 13.366 sentenças em que o termo "superendividamento" estava presente. Elas estão compreendidas no intervalo de 28/12/2009 a 05/03/2025. Puderam ser extraídos os seguintes dados: número do processo, procedimento, assunto, magistrado, comarca, foro, vara, data de disponibilização do julgado, inteiro teor do julgado, requerentes e requeridos.

Com o suporte do Centro de Pesquisa Política e Social (CPPS) da FCHS/UNESP, os dados foram tratados de modo que a pesquisa diagnosticasse os primeiros levantamentos quantitativos sobre as características gerais de litígios que envolvem o tema geral superendividamento.

Ao longo do período pesquisado, ou seja, um intervalo de pouco mais de 15 anos, o termo "superendividamento" tem aparecido com muito mais frequência nos procedimentos classificados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao longo do período pesquisado. Aparecia timidamente nas sentenças judiciais pesquisadas até 2016. A partir de 2017, nota-se um crescimento do uso do termo, seguido de arrefecimento nos anos seguintes, até 2021, quando fica evidente um crescimento exponencial.

42 Ver nota 22.

43 Realizada por meio da linguagem de programação R, aproveitando pacotes (conjuntos de funções escritas em linguagem de programação) já existentes e compartilhados em redes alimentadas por profissionais de programação.



Fonte: Tribunal de Justiça de São Paulo. Elaboração: CPPS (FCHS/UNESP)

As classes procedimentais relativas ao procedimento previsto na Lei n. 14.181, de 01 de julho de 2021 só foram criadas em 2022 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[44]. No assunto endividamento, foram adotadas as classes processuais "reclamação pré-processual" para cadastro da fase pré-processual da repactuação, "homologação de transação extrajudicial" para o caso de acordo perante órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e "procedimento de repactuação de dívidas (superendividamento)", para cadastrar processos por superendividamento quando houver a revisão e integração dos contratos em procedimento judicial de repactuação de dívidas.

Considerando que apenas 1 sentença foi proferida em 2022 nas classes procedimentais avaliadas, a partir de 2023 foram proferidas

44 Nomenclatura adotada pelo Comunicado CG nº 718/2022 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

7.488 sentenças mencionando o termo "superendividamento", sendo apenas 1.168 proferidas nas classes repactuação de dívidas (979 sentenças), reclamação pré-processual (144 sentenças) e homologação de transação extrajudicial (45 sentenças), ou seja, apenas 15,6% das sentenças tratando, em alguma medida, do tema superendividamento foram proferidas em procedimentos próprios estabelecidos em razão da promulgação da Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021.

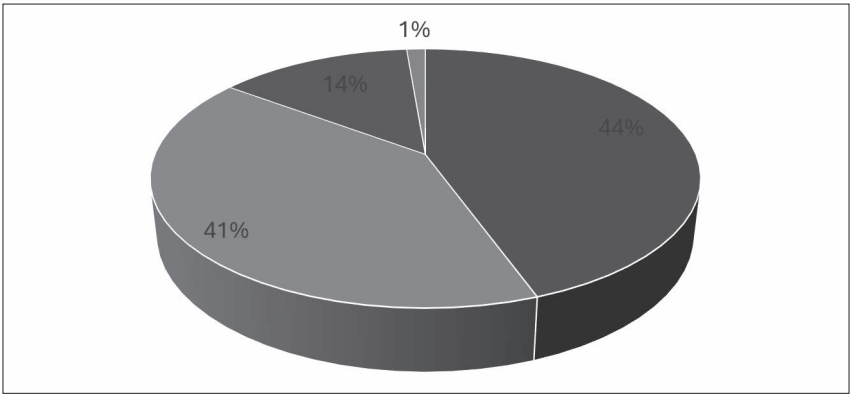
Considerando-se o campo de pesquisa –sistema de justiça–, é fato que a inserção dos debates sobre o superendividamento é realizada mediante provocação dos sujeitos que alegam violações a direitos dos quais são titulares, trazendo o tema em sua fundamentação jurídica, principalmente antes da promulgação da lei que disciplina o procedimento especial. A primeira ocasião em que se nota o aumento da frequência do uso do termo em sentenças é a partir de 2016 até 2018, período imediatamente posterior à aprovação do projeto de lei no Senado e registro do projeto na Câmara dos Deputados, ocorrido em 2015, acontecimento que pode ter contribuído para que o debate se desenvolvesse com mais frequência no judiciário, ainda que sem o suporte legislativo para o adequado tratamento do fenômeno.

Por outro lado, observa-se que 56% das vezes que o termo superendividamento apareceu nas decisões de primeiro grau no Tribunal de Justiça de São Paulo concentram-se nos anos de 2023, 2024 e início de 2025. Isso demonstra como a aprovação de uma lei que tem como grande diferencial um procedimento judicial específico foi crucial para que esse fenômeno passasse de uma não-questão para uma questão no sistema de justiça, o que dialoga com os estudos que propõem a necessidade de constantes reformas do judiciário para a adoção de procedimentos metodologicamente adequados para a reivindicação de direitos[45].

45 Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris

Procedeu-se, também, à avaliação do sucesso do consumidor ao levar ao Poder Judiciário a alegação da condição de superendividado. Para tanto, foram pesquisados, nas sentenças, os termos "procedente", "improcedente", "extinto/indefiro", resultando em 12.578 sentenças que adotam algum desses termos, excluindo-se os processos cuja numeração apareceu em duplicidade. Neste momento de análise, ações com resultados de parcial procedência foram computados como favoráveis ao consumidor. A terminologia "extinto/indefiro" busca relacionar, em análise jurimétrica, procedimentos que foram extintos sem julgamento do mérito ou indeferidos. Estabeleceu-se, ainda, uma gradação, adotando como prioritários os resultados de procedência, seguidos de improcedência, em relação a resultados com os termos "extinto" ou "indefiro", tendo em vista que, eventualmente, o termo "extinto" pode acompanhar os resultados de mérito, mediante a adoção, pelo magistrado, do termo para registrar a extinção do processo com resolução do mérito.

Editor, 1988. e GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.



Fonte: Tribunal de Justiça de São Paulo. Elaboração: CPPS (FCHS/UNESP)

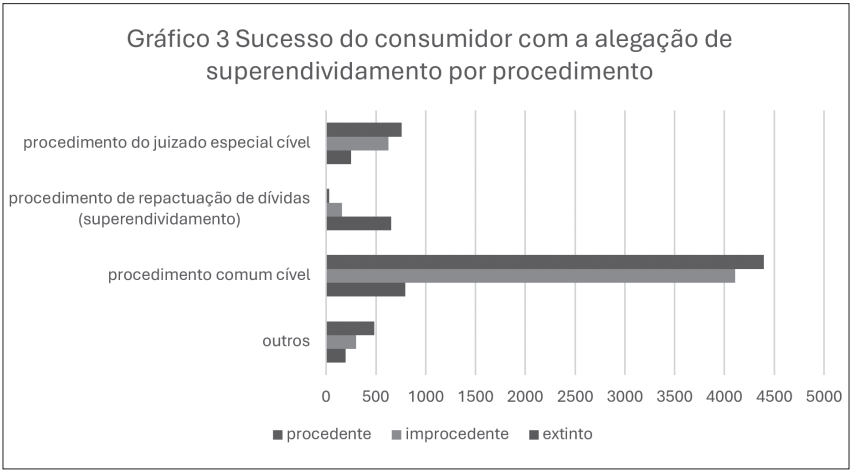
O gráfico mostra que 44% das sentenças foram julgadas procedentes e 56% dos pedidos foram improcedentes ou os processos foram extintos.

As classes procedimentais que mais se repetem –procedimento comum cível, procedimento do juizado especial cível[46] e procedimento de repactuação de dívidas (superendividamento)– demonstram que os pronunciamentos judiciais são mais desfavoráveis ao consumidor, chamando a atenção para o procedimento específico do superendividamento, em que apenas 3,6% houve decisão que lhe fosse favorável.

Todavia, é interessante notar que o consumidor, mesmo que, em números gerais, acumule mais decisões que lhe sejam desfavoráveis do que favoráveis, no procedimento comum cível, no procedimento do juizado especial cível e em outros procedimentos

46 Espécie de jurisdição para causas de menor complexidade, com valor da causa limitado a 40 salários mínimos.

pontuais[47], ele tem mais sucesso quando aborda o assunto superendividamento quando observada apenas a relação procedência/improcedência, como se apresenta no Gráfico 3.



Fonte: Tribunal de Justiça de São Paulo. Elaboração: CPPS (FCHS/UNESP)

Em 608 decisões, os termos pesquisados não foram localizados. Destas, 266 dizem respeito aos procedimentos judiciais e extrajudiciais para o tratamento do superendividamento. Em 72 casos, foi localizada a terminologia "homologo o plano de pagamento".

Tanto os dados relativos ao pouco sucesso do consumidor na adoção do procedimento de repactuação de dívidas, como a quanti-

47 Dentre os outros procedimentos que foram detectados e que ensejaram a localização das expressões "procedente", "improcedente" e "extinto/deferido", estão a ação monitória, os embargos à execução, ações de busca e apreensão, execução fiscal, ações coletivas, porém que não foram avaliados em virtude da sua pouca expressividade na análise quantitativa.

dade de casos que chegaram à homologação do plano de pagamento surpreendem e de forma negativa, tendo o primeiro mais gravidade.

Isto porque a adoção do procedimento de repactuação de dívidas tem, em sua essência, a mesma principiologia do procedimento de recuperação judicial, de preservação da pessoa jurídica viável, garantido o interesse dos credores que serão tratados de forma justa e igualitária (*par conditio creditorum*). Observe-se que, em relação à pessoa natural, não é possível afirmar que ela deve ser preservada, se viável. A viabilidade da pessoa natural é inerente à sua existência, tornando-se, portanto, ainda mais relevante a sua recuperação econômica e reinserção no mercado. Como mesmo alerta Claudia Lima Marques[48]:

> "No Brasil, as pessoas jurídicas têm o privilégio da falência e da recuperação extrajudicial, ao contrário das pessoas naturais, sejam consumidores ou não: daí a necessidade de instituir novos mecanismos e regras para a proteção especial do consumidor pessoa natural para estes casos."

A simples resposta jurisdicional de procedência ou improcedência da ação não se aplica, exatamente por essa construção procedimental no formato de concurso de credores, estipulação de um plano de pagamento global –e não mais a partir de revisionais das dívidas avaliadas separadamente– e estímulo à conciliação e solução comum e, mesmo, a nomeação de administrador na fase judicial com a possibilidade de redução de encargos evidenciar a natureza autocompositiva do procedimento e, se não for possível, impor aos credores deságio para o recebimento de seus créditos. Trata-se de um procedimento que repele a solução absolutamente heterocompositiva.

48 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 10ª ed. rev., atu. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 476.

Quando se observa que o procedimento especial na fase judicial leva a um número muito superior de extinção, primeiramente, seguido de improcedência, quando ambos os resultados são comparados ao de procedência, conclui-se pela tendência de ineficácia do tratamento do superendividamento pelo sistema de justiça.

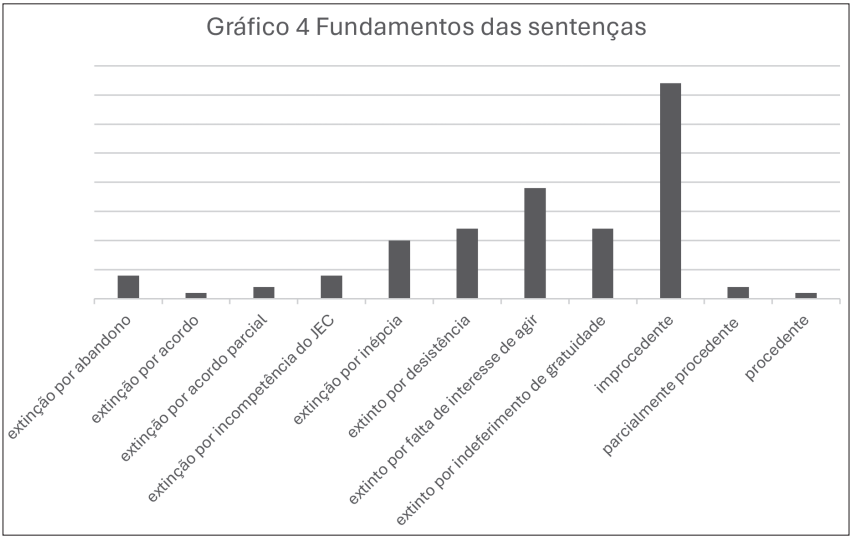
Não menos problemático é o número de acordos homologados, que correspondem a apenas 27% dos casos em fase pré-processual submetidos aos centros judiciários de solução de conflitos. Estes são os casos em que não foram localizadas as expressões relativas à procedência, improcedência ou extinção da demanda.

Os dados levantados permitem diversas frentes de exploração e estudos. Para este trabalho, na tentativa de entender as fundamentações jurisdicionais para os resultados diagnosticados especificamente no procedimento de repactuação de dívidas, iniciou-se uma análise documental para a leitura dos textos das sentenças proferidas. Para a sistematização dos resultados, utilizou-se o método de análise de conteúdo categorial[49], criando inferências básicas a partir do levantamento bibliográfico e leitura das sentenças, de forma a quantificar e interpretar os fenômenos, quais sejam, os fundamentos das sentenças.

O processo de análise das sentenças já permitiu, em dados amostrais, extrair os seguintes fundamentos: extinção por abandono, extinção por acordo, extinção por acordo parcial, extinção por incompetência do Juizado Especial Cível, extinção por inépcia, extinção

49 "Análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa científica baseada em procedimentos sistemáticos, intersubjetivamente validados e públicos para criar inferências válidas sobre determinados conteúdos verbais, visuais ou escritos, buscando descrever, quantificar ou interpretar certos fenômenos em termos de seus significados, intenções, consequências ou contextos." (SAMPAIO, Rafael Cardoso; LYCARIÃO, Diógenes. *Análise de conteúdo categorial*: manual de aplicação. Brasília, DF: Enap, 2021, p. 17)

por desistência, extinção por falta de interesse de agir, extinção por indeferimento da gratuidade da justiça, improcedente, parcialmente procedente e procedente.



Fonte: Tribunal de Justiça de São Paulo. Elaboração: própria

Dentre as 1.168 sentenças proferidas em procedimentos relativos ao tratamento de superendividamento, observa-se que uma parcela muito baixa (16%) adota efetivamente a fase de conciliação global do débito, sendo os demais casos encaminhados para a fase judicial, ou seja, a repactuação de dívidas por ausência de composição entre devedor e credores. Destas, por sua vez, cerca de 61% são extintas pelos diversos motivos que constam do Gráfico 4.

Dentre esses motivos, pela leitura das sentenças, observa-se que uma parcela relevante identificada como extinção por desistência e extinção por abandono decorre do não recolhimento de

custas judiciais em vista do indeferimento da gratuidade da justiça. A classificação distinta entre os três fundamentos foi adotada, observando-se essencialmente a motivação trazida preferencialmente no dispositivo e na sua classificação dentre as previsões constantes do artigo 485, do Código de Processo Civil brasileiro, porém a leitura da íntegra das sentenças permitiu detectar que, em um primeiro momento, houve uma análise judicial sobre a capacidade financeira do devedor e sobre a pertinência da concessão da gratuidade da justiça e o seu indeferimento levou à desistência ou abandono da ação por parte do devedor.

Outro conteúdo que merece consideração é a extinção por ausência de interesse de agir (ou interesse processual, como registram algumas sentenças e também é a expressão constante do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil brasileiro). Isto porque o principal fundamento para a ausência de interesse processual é a aplicação do Decreto 11.150, de 26 de julho de 2022, alterado pelo Decreto nº 11.567, de 19 de junho de 2023. Este decreto regulamenta o não comprometimento do mínimo existencial, definindo de antemão um valor fixo para qualquer pessoa de R$ 600,00 (seiscentos reais), sem levar em consideração as peculiaridades de cada consumidor. Além disso, determina que se excluem da aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial as parcelas das dívidas "decorrentes de operação de crédito consignado por lei específica" (artigo 4º, parágrafo único, inciso I, alínea "h", do Decreto).

Em relação à inclusão das parcelas das dívidas decorrentes de operação de crédito consignado, é importante salientar que, enquanto decreto regulamentador da lei de superendividamento, ele extrapola os limites dispostos no artigo 104-A, §1º, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que determina a exclusão do processo de repactuação apenas "[d]as

dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural"[50].

No entanto, nas sentenças pesquisadas, as fundamentações acerca do limite de R$ 600,00 (seiscentos reais) e com base na exclusão das dívidas relativas a crédito consignado têm sido diagnosticadas com frequência para determinar a falta de interesse processual do devedor e a consequente extinção do procedimento, configurando o se principal fundamento, assim como em alguns casos julgados improcedentes, fundamento recorrente na base pesquisada.

Especificamente em relação à prefixação de um valor pecuniário para definir o mínimo existencial, ressalte-se que a lei do superendividamento exigiu a regulamentação deste critério previsto genericamente no artigo 104-A, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. A formulação de um sistema de tratamento do superendividamento decorre da chamada "exceção da ruína", nas palavras de Claudia Lima Marques[51], ou seja, uma defesa atribuída ao devedor de boa-fé que exige, em observância ao princípio da cooperação[52] aplicado às relações jurídicas materiais e processuais, o dever dos credores, em bloco, para com o consumidor de repactuar pagamentos, preservando-se um mínimo para a sua subsistência. Este entendi-

50 Recentemente foi proferido julgamento no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás excluindo do decreto regulamentar as dívidas decorrentes de operações de crédito consignado sem lei específica (a exemplo de servidores públicos municipais), ou seja, permitindo que tais dívidas sejam objeto de repactuação de dívidas (ESTADO DE GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 5537096-12.2025.8.09.0160. Agravante: Valdeci Fernades Maia. Agravado: Itaú Unibanco S/A e outros. Desembargadora Relatora Ana Cristina Ribeiro Peternella França. Goiânia, 06 de outubro de 2025).

51 Op. cit., 2022, p. 479.

52 Artigo 6º, do Código de Processo Civil brasileiro.

mento desdobra-se na compreensão da situação de hipervulnerabilidade do consumidor, situação que exaspera a vulnerabilidade[53] tida como principiológica no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. O conceito de hipervulnerabilidade não está previsto na legislação brasileira, mas decorre de entendimentos jurisprudenciais sólidos do sistema de justiça brasileiro[54]. Portanto, prefixar a hipervulnerabilidade do consumidor em relação aos seus credores, determinando uma quantificação única e sem qualquer consideração das peculiaridades do indivíduo, constitui um grande equívoco e que contribui para a baixa eficácia do procedimento especial previsto para o tratamento do superendividamento no ordenamento brasileiro.

6. Considerações finais

O superendividamento não é um fenômeno recente, nem no Brasil nem no mundo. A produção acadêmica brasileira de maior destaque data da primeira década deste século.

Contudo, a duras penas a Lei do Superendividamento foi aprovada para vigorar no ordenamento brasileiro somente a partir de 2021. A legislação trouxe alterações no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, tanto atribuindo um caráter preventivo do superendividamento às disposições sobre concessão de crédito, como dispondo acerca do tratamento da situação de superendividamento

53 Artigo 4º, inciso I, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

54 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Ministro Heman Benjamin. Brasília, 17 de abril de 2017. Conceito que foi empregado no Conflito de Competência nº 192.140, já mencionado.

do consumidor de boa-fé que, por esta razão, encontra-se em estado de hipervulnerabilidade.

O modelo adotado pelo ordenamento brasileiro é predominantemente de educação financeira, ainda que ambos os modelos existentes –reeducação e *fresh start*– exerçam influências mútuas em seus procedimentos. Neste modelo, há uma fase de tentativa de conciliação de natureza concursal, em que se prioriza a cooperação entre todos os credores com o objetivo de evitar a ruína do consumidor e recolocá-lo no mercado, recuperando-o paulatinamente do seu estado de superendividamento, com a garantia do mínimo para a sua subsistência e de sua família. Em não sendo bem-sucedida esta negociação, parte-se para uma fase judicial, que pode contar com um administrador para o plano de pagamento e rearranjo financeiro, com redução de encargos para o devedor.

Trata-se de um procedimento especial de repactuação de dívidas que exige uma atuação protagonista do sistema de justiça e de sua estrutura, razão pela qual importa verificar como esse procedimento vem sendo adotado pelos sujeitos processuais e, em especial, como o judiciário tem cumprido o seu papel no tratamento do fenômeno.

Para tanto, a pesquisa desenvolvida realizou coleta automatizada de dados de sentenças de primeiro grau proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, maior tribunal do país e que tem entre seus maiores litigantes as instituições financeiras, sendo um bom cenário para observar as características do tratamento do superendividamento pelo sistema de justiça.

Os dados levantados mostram que 56% das vezes que o termo superendividamento apareceu nas decisões de primeiro grau no Tribunal de Justiça de São Paulo concentram-se nos anos de 2023, 2024 e início de 2025, ainda que surjam decisões desde 2009 valendo-se da terminologia. Isso demonstra que a aprovação de uma lei que tem como grande diferencial um procedimento judicial específico foi

crucial para que esse fenômeno passasse de uma não-questão para uma questão no sistema de justiça, o que evidencia a necessidade de constantes reformas do judiciário para a adoção de procedimentos metodologicamente adequados para a reivindicação de direitos, em perfeito diálogo com os princípios constitucionais de acesso à justiça, efetividade e devido processo legal, real motivação teórica para a previsão dos procedimentos especiais.

Todavia, o sistema de justiça carece de eficácia na implementação do tratamento do superendividamento. Os procedimentos relacionados são pouco utilizados tanto por quem busca o judiciário quanto pelos órgãos jurisdicionais que, aparentemente, não estão redirecionando para o procedimento de repactuação de dívidas reivindicações de consumidores que alegam o estado de superendividamento.

Assustador que, mesmo sendo requerida a repactuação de dívidas, um percentual baixíssimo resulta em homologação de acordo ou procedência do pedido, o que pode desestimular o consumidor a buscar meios que prefiram a consensualidade e a sua reestruturação financeira. Os maiores resultados são de extinção do procedimento e de sua improcedência.

Os dados ainda mostram que os fundamentos jurisdicionais para a improcedência ou extinção sem julgamento do mérito, esta se concentrando na falta de interesse de agir (interesse processual), adotam como embasamento legal o denominado decreto do mínimo existencial, excluindo da recuperação financeira consumidores que figurem com uma renda líquida (após desconto das parcelas endividadas) superior a R$ 600,00 (seiscentos reais) ou que tentem a repactuação de operações de crédito consignado, um dos créditos mais concedidos aos brasileiros e mais questionados judicialmente.

Trata-se de um primeiro levantamento, que permite uma diversidade de outras análises, quantitativas e qualitativas, que visem avaliar a qualidade dos pronunciamentos judiciais no que concerne

à adoção do procedimento e à capacitação dos órgãos jurisdicionais para lhe dar adequados receptividade e direcionamento, de modo a contribuir para a solução de um problema social cujo potencial atinge cerca de 41% da população brasileira[55].

7. Referências

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 10ª ed. rev., atu. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à Lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BERTRAN, Maria Paula; OLIVEIRA, Larissa Cerqueira de; GREGORINI, Pedro Augusto. O que dizem as (poucas) sentenças? As decisões envolvendo os termos "superendividamento" e "Lei 14.181/2021" no Tribunal de Justiça de São Paulo. In: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. lndaiatuba*, SP: Editora Foco, 2024, p. 341-362.

BRAGANÇA, Fernanda; LOSS, Juliana; BRAGA, Renata. Tecnologia e relações de consumo: as duas faces de uma mesma moeda no superendividamento. *In*: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais. lndaiatuba*, SP: Editora Foco, 2024, pp. 641-652.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 2.191.259/RS. Recorrente: Paraná Banco S/A. Recorrido: Flavio da Silva Machado. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 de março de 2025.

55 Disponível em https://www.poder360.com.br/poder-economia/inadimplencia-no-brasil-atinge-4151-da-populacao-adulta-em-novembro/. Acesso em 16 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 2.168.199/RS. Recorrente: Banco do Brasil. Recorrido: Gastão Cruz Gisler. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 04 de dezembro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de Competência nº 192.140-DF. Suscitante: Juízo Federal da 14ª Vara Cível de Brasília – DF. Suscitado: Juízo de Direito da 15ª Vara Cível de Brasília – DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Ministro Heman Benjamin. Brasília, 17 de abril de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2025*. Brasília, DF: CNJ, 2025. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/10/justica-em-numeros-2025.pdf. Acesso em 28/10/2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2024*. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/04/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 30/10/2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições*. Brasília, DF: CNJ, 2018.

ESTADO DE GOIÁS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 5537096-12.2025.8.09.0160. Agravante: Valdeci Fernades Maia. Agravado: Itaú Unibanco S/A e outros. Desembargadora Relatora Ana Cristina Ribeiro Peternella França. Goiânia, 06 de outubro de 2025

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaios sobre a Processualidade: fundamentos para uma nota teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemponeidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33/59,

2010. DOI: 10.5216/rfd.v31i1.12029. Disponível em: https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029. Acesso em: 28 out. 2025.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; FRADE, Catarina (2004), Regular o sobreendividamento, in *Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça (org.), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 88-90.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor.* N. 17, São Paulo: RT jan-mar/1996, p. 57-64.

MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015

MARTINS, Fernando Rodrigues. O processo de repactuação da lei do superendividamento e a internet das pessoas: por um modelo digital protetivo, inclusivo e de efetividade na solução de casos de ruína pessoal. *In*: MARQUES, Claudia Lima [et. al]. *Superendividamento dos consumidores: aspectos materiais e processuais.* lndaiatuba, SP: Editora Foco, 2024, pp. 653-668

NOVAIS, Maria Elisa Cesar. O uso da tecnologia para o gerenciamento e solução de litígios de massa por meios autocompositivos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 145, ano 32. P. 385-409. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023, p. 387-409.

SALLES, Carlos Alberto. *A arbitragem em contratos administrativos.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMPAIO, Rafael Cardoso; LYCARIÃO, Diógenes. *Análise de conteúdo categorial*: manual de aplicação. Brasília, DF: Enap, 2021

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; PARAVELA, Tatyana Chiari. "ALGUM DIA, TALVEZ, SE FOR O CASO..." – FREQUÊNCIA E MOTIVOS PARA A NÃO DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC EM COMARCAS DA JUSTIÇA ESTADUAL PAULISTA. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 500-533, set./dez. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Brasília*, DF: CNJ, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

WORLD BANK. Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*. World Bank, Washington, DC. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/83500027-9cef-5465-a70b-094bc8958726. Acesso em: 01 out 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.