

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 16 - n. 2 (maio-ago. 2024)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 16, n. 2, maio-ago. 2024



Belo Horizonte

2024

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 16, n. 2, maio-ago. 2024)

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall
- Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de
Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas
Gerais, Brasil.

Professor Doutor Álvaro Afonso Pena de
Oliveira Pires - Universidade de Ottawa -
Ottawa, Canadá.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias
Monge - Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad
de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor José Renato Nalini –
Uniregstral - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad de la Cuenca del Plata -
Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Manoel dos Reis
Morais – Escola Judicial Edésio Fernandes
(EJEF) e Escola Nacional de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro
Sálvio de Figueiredo Teixeira - Belo
Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha
- Universidade do Porto - Porto - Portugal
(licenciado das atividades letivas para o
exercício do cargo de Juiz Conselheiro
do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte
Suprema – de Portugal).

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação e editoração gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG

www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 16, n. 2
(maio/ago. 2024) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2024.

ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos
Bibliotecária CRB 13/871

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: PLANOS AMERICANO E BRASILEIRO
Aflaton Castanheira Maluf 15

2

REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES Y OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE, EN EL ORDEN FEDERAL: UN MODELO EN CONTINUO DESARROLLO
Estela B. Sacristán..... 55

3

IL D.D.L. ITALIANO IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE
Giuseppe Cassano..... 111

4

DERECHOS HUMANOS Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert..... 137

5

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN ARGENTINA, A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
Luis Eduardo Rey Vázquez..... 217

6

LIBERTAD VS. SEGURIDAD: NUEVAS TENSIONES A
PROPÓSITO DEL CIBERPATRULLAJE Y LA CREACIÓN
DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
APLICADA A LA SEGURIDAD

Marcelo Alfredo Riquert 253

7

INTERPRETACIÓN EXPANSIVA EN EL DERECHO
AMBIENTAL

Mario Peña Chacón..... 315

8

COMO SERÁ O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO
IBS/CBS?: QUE TIPO DE CONTENCIOSO QUEREMOS
TER, APÓS A REFORMA TRIBUTÁRIA DO CONSUMO?:
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PROJETOS DE LEI
COMPLEMENTAR QUE PRETENDEM REGULAMENTÁ-LO

Murilo Silvio de Abreu..... 325

9

A PROVA ESTATÍSTICA E A PROVA POR AMOSTRAGEM:
APONTAMENTOS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Roberta Vieira Gemente de Carvalho..... 353

10

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA
HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO

Victor Hugo Guerra Hernández..... 377

EDITORIAL

É com alegria, em franca renovação de ânimos e propósitos, que se anuncia mais uma edição da Revista Amagis/Emajs Jurídica, relativa ao quadrimestre maio/agosto de 2024. Procura-se dar continuidade às abordagens sobre temas que desafiam estudos e reflexões para uma atuação inovadora e eficiente no campo da prestação jurisdicional.

Afirma-se o incentivo ao encaminhamento de pesquisas que possam servir ao aperfeiçoamento da Magistratura, dos operadores jurídicos, e de toda a comunidade jurídica, por servir de base reflexiva para uma prestação jurisdicional, no campo mais amplo da produção jurídica, que respeite os parâmetros constitucionais. Destacadamente, os princípios de direitos fundamentais que orientam a justa interpretação.

Resguarda-se a centralidade da disposição de manter o foco na participação do cidadão soberano, credor sempre de respeito e consideração por aqueles que exercem qualquer parcela de poder em nome do Estado. Somente assim pode ser legítimo o exercício do dever/poder, que aí se reveste de autoridade, porquanto se alimenta da chama de democracia viabilizada pela influência dos jurisdicionados.

Os tempos são de crise ética e de renhidos embates no âmbito da prestação jurisdicional. O exercício de cargos públicos, em todos os escalões, exige, além do indispensável preparo técnico e acadêmico, indeclinável postura ética que salvguarde uma atuação transparente, confiável, pautada em rigorosa probidade. A defesa de deliberada discricão, apanágio da eficiência e da moralidade, deve estar coerentemente alinhada nessa distinção de postura e mentalidade. Necessário, para isso, o constante combate os arroubos

do personalismo, e prudente distância das armadilhas do vedetismo.

As relações internacionais influenciam cada vez mais intensamente a compreensão das questões internas dos Estados nacionais. A produção de bens e serviços extrapolaram, há muito, as fronteiras nacionais, expandindo-se para outros territórios. Ainda carece de uma regulamentação adequada a atuação das corporações, para além dos territórios tradicionais, para que seja respeitada a ordem jurídica dos Estados soberanos.

As corporações internacionais, engajadas em torno de maiores lucros e ganhos, não têm pátria, nem coração, muito menos escrúpulos que possam identificar limites na expansão desenfreada de seus campos de comércio e atividade. Ganharam as empresas transnacionais, no espaço de globalização do capital financeiro, poderes sem efetivo controle público. Quando se voltam os olhos para o campo da rede mundial de computadores, a invasão virtual sem controles ainda pode revelar situações inusitadas.

Não raro, os excessos cometidos em nome da liberdade – preponderantemente, a de comércio – mostram-se inteiramente alheios ao comprometimento da soberania de países que se encontram fora do eixo Norte Global. Sempre insistem os donos do dinheiro, para usar uma expressão célebre de Fernand Braudel, em odiosas determinações neocoloniais, ávidos em impor interesses exóticos e em buscar, sem qualquer pudor nem brio, posições de subserviência e cooptação.

Em um quadro de aparente desordem nos meios virtuais, ou pelo menos em um oceano de caos onde navegam como protagonistas tão somente aqueles que detêm tecnologias e recursos, permanecem os demais usuários objetificados por algoritmos sofisticados que perscrutam seus gostos, tendências e hábitos, para instalar – de modo subliminar – desejos de consumo, formas de opinião e – pasmem – convicções em massificação programada de estranhos modos de viver, conviver e até de compreensão do mundo.

Feitas essas breves considerações acerca de um nebuloso contexto atual, as quais servem de provocação para outras pesquisas e estudos, passa-se ao exame dos textos recebidos para esta publicação.

Há temas cuja abordagem exige pesquisa em legislações internacional e brasileira. Especialmente, em se tratando de direitos difusos. Há outros assuntos que, mesmo sendo brasileiros a princípio, exigem uma visita à experiência internacional, para conceitos mais seguros. O caso do pagamento por serviços ambientais reúne as duas condições. A lei brasileira é antiga e carecia de regulamentação. Somente vários anos após, a regulamentação – que veio detalhada em outra Lei e não apenas em um Decreto, anteriormente omitido pelos administradores federais – deu partida ao mais profundo estudo. Está, portanto, incipiente em termos brasileiros, o que requer comparação com outras legislações mais antigas. Quem se propôs a analisar o tema fazendo essa comparação foi o Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf. E enfrenta todos os pontos necessários à compreensão da legislação brasileira. Para compor o texto, são abordados subtemas como a questão ambiental e os instrumentos de proteção à natureza. E os contratos de serviços ambientais são detalhados. O artigo ainda esmiuça o registro do contrato ao pé da matrícula do imóvel no qual estão os serviços ambientais e qualifica as modalidades de obrigações que envolvem o pagador e o recebedor desses serviços ambientais.

A experiência da Professora Estela B. Sacristán, em comentários sobre decisões de Cortes Superiores, vem desde o tempo em que trabalhou na Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, e no Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Em continuidade, desenvolveu estudos acerca da evolução do sistema de recursos no âmbito da Corte Suprema dos Estados Unidos. Suas constantes pesquisas fizeram com que ela notasse que, em se tratando de recursos para reforma das decisões administrativas, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem evoluído não somente nos resultados das decisões, como também no próprio sistema de julgamento. A Autora pesquisou – bem aos estilos norte-americano e espanhol – muitas decisões da Corte Suprema para demonstrar essa evolução contínua. Para tanto, buscou subsídios também em livros e revistas científicas. É uma contribuição relevante ao estudo das Cortes constitucionais.

Já reputado uma autoridade em termos de direito de internet e inteligência artificial, o Professor Doutor Giuseppe Cassano contribui com um artigo científico demonstrando como a legislação italiana vem cuidando da aplicação da inteligência artificial em diversos segmentos ou camadas sociais. A experiência do Autor vem do fato de ter escrito livro sobre o tema e ser valioso colaborador do periódico “Diritto di Internet”, especializado italiano com alcance mundial. Além disso, o Professor leciona “Inteligência Artificial” na Università Luiss di Roma e leciona e é Diretor do Departamento de Ciências Jurídicas da European School of Economics. O texto trata da legislação italiana voltada a garantir o acesso das pessoas de menor idade aos temas da internet e da inteligência artificial e mostra a aplicação da inteligência artificial pelos integrantes do Poder Judiciário em prol da celeridade processual. Explica o Autor que a lei determina apenas que, no Poder Judiciário “os sistemas de inteligência artificial são utilizados exclusivamente para a organização e simplificação do trabalho judicial, bem como para a investigação jurisprudencial e doutrinária”, o que se apresenta genérico ou aberto demais, carecendo de especificações. Pondera o Autor que, se a lei não desce a detalhes é porque continua em poder exclusivo do Magistrado o ato de decisão. Ainda assim, aponta que o art. 189 do Código de Processo Penal italiano permite ao Juiz acolher provas “se forem adequadas para garantir a apuração dos factos e não comprometer a liberdade moral da pessoa.”. Argumenta ainda o Autor que as provas produzidas pela inteligência artificial podem vir a se encaixar nessa condição, na esfera penal. Quanto à área cível, está claro na legislação italiana que somente o Tribunal Cível poderá utilizar a inteligência artificial na formação dos Acórdãos. Um dado interessante é que a Itália prevê, em lei orçamentária, uma despesa de 300 mil euros para cada um dos anos de 2025 e 2026 para Ministério dos Negócios Estrangeiros aplicar em inteligência artificial em sua área de atuação (inclusive, como incentivo às empresas e aos cidadãos).

Outro texto vem da Espanha e a autoria é de um Professor, com título de Doutor, que leciona na Universidad de Jaén, é Codiretor Cadeira de AstroAndalus de Estudios Aeroespaciales y Astronómicos

da Universidad de Jaén, e Professor Titular da Cadeira Jean Monnet Instituciones y Derecho da Unión Europea. Também é Professor honorário da Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Além disso, é Diretor Emérito do Observatorio de la Globalización y Cambio Social de la Universidad de Jaén e Diretor Internacional da RED de Universidades Latinoamericanas y del Caribe, e Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional. Trata-se do Professor Doutor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. Escolheu um tema para ser a base de um longo e capacitado artigo científico. Fala sobre a discriminação de gênero como uma das violações mais flagrantes em relação aos Direitos Humanos. Não somente em relação à violência contra a mulher, as crianças e as classes menos favorecidas. Também nos aspectos civis, como oportunidades de emprego ou de elevação no cronograma da empresa. Anuncia que, em pleno século XXI, não há mais lugar para discriminação das pessoas pelo fato de ocuparem a condição de mulher, o que se insere no Direito da Antidiscriminação como tendência atual em construção.

Em 2019, a reforma constitucional que criou/ampliou o Conselho da Magistratura da Nação Argentina completava 25 anos. Na ocasião, uma Revista científica de renome internacional preparou uma edição comemorativa. Um dos autores foi o Juiz de Direito Luis Eduardo Rey Vázquez. Ao completar trinta anos da reforma constitucional argentina de 1994, o mesmo Professor Luis Eduardo Rey Vázquez, Presidente do Superior Tribunal de Justiça da Província de Corrientes (correspondente a um Tribunal de Justiça de um Estado-membro brasileiro) voltou a escrever um texto falando sobre o Conselho da Magistratura. Desta vez, exclusivo para a Revista Amagis Jurídica, Revista da qual ele faz parte do Conselho Editorial. O artigo faz um “balanço” dos trinta anos de atuação do Conselho de Magistratura como órgão especial em nível de recurso. Faz ampla pesquisa jurisprudencial e busca subsídios em diversos autores.

A aplicação da Inteligência Artificial é um tema que tem gerado indagações acerca de sua aplicação no direito, nos tempos atuais, fenômeno observável em todo o mundo. Um Autor com

amplo reconhecimento sobre o tema é o argentino Marcelo Alfredo Riquert. O seu livro “Inteligencia artificial y derecho penal” está na segunda edição; e o livro que coordena, “Sistema penal e informática”, já chega ao sétimo volume. Sempre, obras de alta envergadura, com cerca de mil páginas cada. O Código Penal que coordena tem vários tomos. Ligando o Direito Penal às novidades da Inteligência Artificial, o Professor citado escreveu o artigo “Libertad vs. seguridad: nuevas tensiones a propósito del ciberpatrullaje y la creación de la unidad de inteligencia artificial aplicada a la seguridad”. A complexidade e aparente dificuldade do tema são amenizadas pela exposição escorreita e pela maneira amigável de o Autor lançar as ideias. A pesquisa está novíssima, com citações de normas argentinas da semana em que terminou o texto, no início de agosto. O texto evidencia o viço de abordagem das principais inovações em relação ao uso da Inteligência Artificial, para o explícito entendimento de que, há urgência de disciplina normativa que logrem contornar e delimitar a aplicação dessa ferramenta que os tempos modernos expõem e ainda não conseguiram apresentar um freio, um controle, uma indicação segura de direção.

É notável a fase adiantada da legislação ambiental na Costa Rica. Um dos expoentes do Direito Ambiental daquele país é o Professor Mario Peña Chacón (Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, com experiências como Coordenador e Professor em Curso de Mestrado em Derecho Ambiental da Universidad de Costa Rica e, também membro da Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza – UICN – e do Centré International de Droit Comparé de l’Environnement – CIDCE). O artigo ora publicado leva a assinatura desse destacado Autor. E reforça a necessidade de consciência ambiental. Demonstra que a aplicação das leis ambientais pode, sim, ser expansiva, ampliada, não se limitando à interpretação literal. Isso porque o meio ambiente é credor da qualidade de direito difuso e cujo benefício transpassa a individualidade ou a proximidade, chegando a todos os seres e em todos os espaços. E essa influência chega ao espaço aéreo, gerando efeitos globais.

O Direito Tributário, como ramo dogmático do Direito, demanda estudo especial e atualizado. Está em trâmite no Congresso Nacional ampla reforma que visa alterar substancial e significativamente a legislação tributária no Brasil. O momento, portanto, é de atenção e acompanhamento. E é o que está fazendo, com distinta qualidade, o Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Murilo Silvio de Abreu, como detalha em artigo elaborado exclusivamente para a Revista Amagis Jurídica. Maior novidade não há, porque as últimas pesquisas para fechamento do texto foram feitas na data da submissão, já no encerramento do mês de agosto. O autor, com expertise já consagrada, argumenta com fundamentação em diversos artigos dos Projetos de Leis em andamento – uns, de autoria do governo central; outros, de autoria de Deputados. Analisa, com especial ênfase, a fase de recursos administrativos, uma vez que os Projetos pretendem que todas as pendências e discussões sejam resolvidas no contencioso administrativo, para não sobrecarregar o Poder Judiciário. O Autor ainda se ocupa em comparar as propostas em andamento não apenas nas inovações, como também com o procedimento centenário em vigor. E demonstra o porquê de em lugar de um inicialmente proposto imposto único, a ser arrecadado pela União, que repassaria parte da arrecadação aos Estados e Municípios, acabou por haver o que o Autor chama de “tributos irmãos siameses” e “tributos irmãos gêmeos”.

A Advogada paulista Roberta Vieira Gemente de Carvalho contribui com um tema que mostra a atualização necessária na forma de os Juízes de Direito adotarem os meios de provas nos processos judiciais. Explica a Advogada, no artigo, que as causas que são propostas ao Poder Judiciário sofreram mutação, com inovações e objetos inexistentes até pouco tempo (como jogos eletrônicos, apostas, dados da inteligência artificial, direitos autorais, inovações tecnológicas, etc.). Igualmente, o próprio Poder Judiciário deve se adaptar. E uma proposta pela autora é a admissão das provas estatísticas e a prova por amostragem (o exame de DNA na identificação de pessoas e indicação de paternidade é um dos exemplos, há tempos admitido como elemento probatório, mesmo indicando

probabilidade), componentes da busca pela verdade processual e pela aplicação da “experiência comum e técnica” do Juiz de Direito ao tomar uma decisão. O texto, inovador, é uma provocação à mudança. É uma proposta a deixar o comodismo naquilo em que não se alinha com a tradição ou conservadorismo típicos do Direito.

Sendo nascido e residente na Colômbia, o Professor Doutor Victor Hugo Guerra Hernández não se limitou ao seu local. Estudou em Havard (Estados Unidos) e leciona na Venezuela e na Colômbia. Conhecedor do Direito Constitucional de vários países, é o mais capacitado para escrever sobre Direito Constitucional Comparado. Fala, inicialmente, da integração constitucional ou a aplicação do Direito Internacional em matérias locais, especialmente em se tratando de Direitos Humanos e Direitos Ambientais. Sempre, em busca da decisão – judicial ou administrativa – mais condizente com os direitos transindividuais e os direitos difusos. Tem a teoria do “préstamo constitucional” em substituição à até então conhecida expressão “transplantes jurídicos”. Explica, em sua teoria, a busca dos conteúdos constitucionais de outros países, para aplicações locais, quando se trata de trazer benefícios e aplicação correta da Justiça. O título do artigo é “El Préstamo Constitucional como una Herramienta del Derecho Comparado”. A análise inclui fundamentação jurídica em textos e Constituições de vários países.

Uma vez mais, o registro de profunda gratidão às Diretorias da Amagis e Emajs pelo firme apoio e estímulo à produção desta Revista científica. Agradecimentos que se estendem a todos os colaboradores e, de modo especial, ao Conselho Editorial, aos Autores desta edição e ao nosso incansável Revisor.

Renova-se o convite à participação nas publicações. E o desejo, ainda, de que seja proveitosa a leitura!

Belo Horizonte, Inverno de 2024
Richardson Xavier Brant
Editor

1

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: PLANOS AMERICANO E BRASILEIRO¹

Aflaton Castanheira Maluf²

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Pagamento por serviços ambientais nas Américas. 3. Pagamentos por serviços ambientais no Brasil. 3.1. Definição quanto a serviços ambientais. 3.2. Participantes. 3.3. Definições legais. 3.4. Definições doutrinárias. 3.5. Possíveis serviços ambientais. 3.6. O mercado de serviços ambientais. 3.7. A Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA). 3.8. O pagamento. 3.9. O contrato de pagamento de serviços ambientais. 3.10. Obrigação *propter rem*. 4. O registro do contrato pagamento de serviços ambientais. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012 (Código Florestal brasileiro), teve como principal função a atualização das regras de proteção da vegetação nativa brasileira. E o fez ao criar normas novas próprias da Lei em assunto e ao modificar, com novas redações,

¹ **Como citar este artigo científico.** MALUF, Aflaton Castanheira. Pagamento por serviços ambientais: planos americano e brasileiro. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 15-53, maio-ago. 2024.

² Doutor em Direito pela FADISP. Mestre e Doutorando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Hélder Câmara. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2840-8978>. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4170730218073942>. **E-mail:** aflaton33@gmail.com

outras legislações. Foram modificados vários artigos da Lei Federal n.º 6.938, de 31-8-1981; da Lei Federal n.º 9.393, de 19-12-1996; e da Lei Federal n.º 11.428, de 22-12-2006.

Teve, quando da sua vinda a lume, a informação de que se tratava de um Código Florestal, o que não adere ao que a nomenclatura tradicionalmente reserva para a edição de “Códigos”. Esses são mais abrangentes e devem aglutinar todas as regras de um segmento. O normal é que um Código, quando do seu nascimento, contenha em si a principal legislação, sobre o tema, existente naquele momento. Poderá até vir a sofrer inserções de novos artigos no futuro, ou podem aparecer leis esparsas dominando assunto que deveria estar no Código. Mas, apenas por força da mutabilidade das condições e das necessidades de adaptação das normas ao que se encontra, como elemento vivo, carecendo de regramento em tempos que se sucedem.

Por não ter essa característica mínima, a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, não deve ser classificada como um “Código” Florestal. Trata-se de mais uma Lei que expede condições e imposições referentes à proteção, conservação e recuperação da vegetação nativa. Em sentido mais técnico e abrangente: Código Ambiental do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n.º 15.434, de 9-1-2020). Um crédito especial: a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, trouxe em seu corpo a seguinte parte, incipiente e receptáculo de então futura legislação complementar e específica:

Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:

I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, [...].

Por menos que tenha sido, o artigo 41, inciso I, da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, considera-se o embrião do *pagamento por serviços ambientais*, que viria a receber legislação especialmente para ele voltada, quase *nove anos* depois. Interstício no qual funcionou a parte ora transcrita como norma programática. A parte “é o Poder Executivo federal autorizado” teve a função de ser uma programação. A título complementar inicial, é necessário perscrutar aportes estrangeiros precedentes.

2 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NAS AMÉRICAS

Ressalte-se que no plano internacional, essa relevante questão ambientalista – que pode ser considerada um eficaz *instrumento econômico a favor do meio ambiente* – começou a ser engendrada no estrangeiro, na década de 90 do séc. XX

En 1993 el Banco Mundial fue uno de los primeros en usar el concepto de “capital natural”, el cual incluye, como su nombre lo indica, todo lo natural que existe en el planeta (4). Dicho concepto fue clave para el avance del capitalismo, debido a que su definición vaga y amplia lo engloba todo. Así, todos los componentes de la naturaleza pueden ser considerados capital naturales y, por ende, ser comercializados. Para ello fue necesario avanzar hacia un enfoque que incluya nuevas formas de consumo; algunos “bienes que produce el capital natural” ya estaban en el mercado como los alimentos, la madera, las fibras vegetales, el petróleo, los minerales, etc. En 1997 surge un concepto clave que aparece en un artículo titulado “el valor de los servicios ecosistémicos y el capital natural del planeta”, publicado por la revista Nature y el libro “los servicios de la naturaleza”, editado por Gretchen Daily (5). En estas publicaciones se usaron los términos “servicios ecosistémicos” o “servicios naturales”, hoy generalizados como servicios ambientales. La noción de “servicio ambiental”, ligado al de “capital natural” entra automáticamente en la lógica de la privatización y la explotación (6), y permitirá apropiarse no sólo de amplios espacios del planeta, sino también de elementos intangibles de los ecosistemas. “Por ser intangibles, los servicios

pueden agruparse o separarse en partes libremente, de acuerdo con los criterios del vendedor. Por ejemplo, una empresa podría vender “regulación climática”, pero le sería mucho más conveniente vender por separado “lluvias de cantidad apropiada”, “temperaturas adecuadas”, “veranos perfectos”, etc., El único límite a la creación de nuevos “servicios” será el de la imaginación de las empresas. Los dos Convenios, de Diversidad Biológica, y Cambio Climático, se han convertido en los instrumentos internacionales que dan cabida a la venta explícita de servicios ambientales. Esto no hubiera sido posible sin la injerencia de organismos financieros internacionales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, los cuales “han financiado y diseñado varios proyectos que contienen elementos importantes para el desarrollo de los pagos por servicios ambientales y que, en muchos casos, aparecen como los principales impulsores y promotores de la propuesta, pues la presentan como alternativa a la pobreza económica y marginación social que existe en las regiones del Tercer Mundo, y que dicen estar combatiendo.”³

As iniciais vazadas no texto transcrito linhas atrás, P.S.A., significam “Pagamento por Serviços Ambientais”. São cópias de outras regiões do planeta que, muito antes, já utilizavam as iniciais P.E.S. como sendo “Payments for Environmental Services” ou “Payments for Ecosystem Services” ou, em Espanhol, “Pago por Servicios Ambientales”. Em visão latino-americana e tropical do assunto central, há a seguinte informação:

Los servicios ambientales son aquellos que brindan – fundamentalmente pero no exclusivamente– las áreas silvestres (sean bosques, pantanos y humedales, arrecifes, manglares, llanuras, sabanas), las áreas que en su conjunto conforman ecosistemas, paisajes, cuencas hidrográficas y eco-regiones. Estos servicios todavía no se valoran adecuadamente y generalmente no se pagan con excepción de unos pocos países. Estos servicios son, entre otros, los siguientes: (i) mitigación de las emisiones de gases con efecto invernadero; (ii) conservación de la biodiversidad; (iii) protección de recursos hídricos, en términos de calidad, distribución en el

³ Disponível em: <<https://www.semillas.org.co/es/qu-son-los-servicios-ambientales>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

tiempo y cantidad de agua; (iv) belleza escénica; y, (v) mitigación de los impactos de desastres asociados con fenómenos naturales (ESPINOZA; GATICA; SMYLE, 1999, folhas XII).

Infere-se, de forma clarividente, que essa temática não foi uma invenção brasileira, normatizada aqui no Brasil em 2012. A prova é que o pesquisador Sven Wunder, do Center for International Forestry Research (Indonésia) e do European Forest Institute, em 2005, publicou o seguinte:

Payments for environmental services (PES) are part of a new and more direct conservation paradigm, explicitly recognizing the need to bridge the interests of landowners and outsiders. Eloquent theoretical assessments have praised the absolute advantages of PES over traditional conservation approaches. Some pilot PES exist in the tropics, but many field practitioners and prospective service buyers and sellers remain skeptical about the concept (WUNDER, 2005, p. 1).⁴

O autor demonstra que alguns programas já estavam implantados – em 2005 –, os quais ainda não tinham muita adesão, porque os destinatários se mostravam céticos. Muito certamente, por falta de uma normatização em várias partes do mundo.

Dois anos após a primeira publicação referida (e ainda cinco distantes anos antes de a primeira lei brasileira se referir ao assunto), o texto original foi revisitado e relacionado às florestas tropicais, e publicado como artigo científico em uma Revista de Jakarta, na Indonésia, no qual ensina:

⁴ Tradução nossa: “Pagamentos por serviços ambientais (PSA) fazem parte de uma nova e mais direta conservação paradigma, reconhecendo explicitamente a necessidade de unir os interesses dos proprietários que estão fora do local. Eloquentes avaliações teóricas elogiaram as vantagens absolutas do PSA sobre as tradicionais abordagens de conservação. Alguns PSA-piloto existem nos trópicos, mas muitos produtores rurais, compradores e vendedores de serviços em potencial permanecem céticos quanto ao conceito”.

Payments for environmental services represent a new, more direct way to promote conservation. They recognize the need to address difficult trade-off by bridging the interests of landowners and external actors through compensations. Theoretical assessments praise the advantages of PES over indirect approaches, but in the tropics, PES application has remained incipient (WUNDER, 2007, p. 48).⁵

Em artigo científico publicado em 2008, em coautoria deste mesmo autor com Stefanie Engel e Stefano Pagiola, escreveram que “Payments for environmental services (PES) have attracted increasing interest as a mechanism to translate external, non-market values of the environment into real financial incentives for local actors to provide environmental services (ES).” (ENGEL; PAGIOLA; WUNTER, 2008, p. 663).⁶

Os serviços ambientais compõem um mercado no qual atuam poucos vendedores mas, principalmente, pouquíssimos compradores (pode ser que essa realidade mude). Não que haja grande número de provedores, mas a própria reduzida quantidade de interessados faz com que não haja um valor expressivo e atraente para a atuação em tom “comercial”

El establecimiento de mercados de servicios ambientales contribuyen de distinta manera al desarrollo sostenible en el medio rural y, en algunos casos, su ámbito de beneficios trasciende el nivel local y adquiere importancia regional y global. Estos servicios aportan y sugieren mecanismos nuevos y novedosos para atender, tanto la

⁵ Tradução nossa: “Os pagamentos por serviços ambientais representam um jeito novo e mais direto de promover a conservação. Eles reconhecem a necessidade de abordar os difíceis compromissos, aproximando os interesses dos proprietários de terras e dos atores externos por meio de compensações. Avaliações teóricas elogiam as vantagens do PSA sobre as abordagens indiretas, mas nos trópicos, a aplicação do PSA permaneceu incipiente.”.

⁶ Tradução nossa: “Os pagamentos por serviços ambientais (PSA) têm atraído cada vez mais interesse como mecanismo para traduzir valores ambientais externos e não mercantis em incentivos financeiros reais para que os atores locais forneçam serviços ambientais (S.A.).”.

conservación de los recursos naturales, la responsabilidad de la sociedad por los impactos de las actividades económicas, como la posibilidad de crear nuevas actividades económicas, más empleos e ingresos en el medio rural. Asimismo, permiten la transferencia de conocimientos y de tecnología, transferencia de recursos financieros de otros ámbitos, nacionales e internacionales, al medio rural. No menos importante, son la oportunidad que ofrece una política de servicios ambientales en el aumento de la conciencia pública por los problemas ambientales locales y globales y un eventual cambio de actitud en los patrones de consumo y de producción (ESPINOZA; GATICA; SMYLE, 1999, folhas 7).

No plano internacional sul-americano, cite-se como primeiro exemplo, a Colômbia (Decreto n.º 953/2013)⁷



Destaque-se aqui, como modelo paradigmático, a Costa Rica. Décadas atrás, esse país da América Central se encontrava em situação de iminente *calamidade nacional ecológica*. Na década de 1980, a Costa Rica já se dera conta de que o colapso ambiental rondava o seu território. Em 1987, o país estava reduzido a apenas 18% de sua cobertura florestal original, estando a maior parte

⁷ Disponível em: <<https://www.minambiente.gov.co/negocios-verdes/pagos-por-servicios-ambientales/>>. Acesso em: 30 jun. 2023

dos remanescentes compreendidos em unidades de conservação (MILARÉ, 2013, p. 863). Tendo em vista essas condições extremas, a Costa Rica normatizou o Pagamento por Serviços Ambientais (P.S.A.) na década de 90, em seu Código Florestal (Lei 7.575, de 5-2-1996). Eis a definição do vigente Código Florestal Costa-Riquenho, de 1996:

ARTÍCULO 3.- **Definiciones**

Para los efectos de esta ley, se considera:

[...].

k) Servicios ambientales: Los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.⁸

As transcrições são propositais. Além de didáticas, demonstram as datas das publicações dos textos, alguns *lustros* antes de a primeira lei brasileira fazer uma ligeira referência a “pagamento por serviços ambientais”, e *décadas* antes de a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, tratar o tema minuciosamente.

Demonstra, especialmente, que o alcunhado “legislador” brasileiro (entenda-se, o Congresso Nacional ou Parlamento Federal) necessita ombrear mais rapidamente com os avanços ambientalistas operados no estrangeiro. Em outras palavras, no plano das normas ambientais, o “legislador” brasileiro precisa sair da “popa”, assumindo a visão conferida pela “proa”, a fim de acompanhar “em tempo real” as novas temáticas ambientalistas.

⁸ Disponível em: <https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=leys_6991_1_27032006.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

3 PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NO BRASIL

O P.S.A. tem suas bases no *princípio ambiental* do Protetor-Recebedor. Princípio que preconiza que aqueles que contribuem para a restauração e preservação da natureza (e dos serviços ecossistêmicos, conseqüentemente) percebam uma justa retribuição. Para Rech (2012), o princípio do Protetor-Recebedor tem no PSA “a forma mais eficaz de multiplicar agentes motivados a preservar a natureza, para que ela continue prestando serviços indispensáveis à preservação da biodiversidade e da própria dignidade humana.” (ALTMANN; NUSDEO, 2022, p. 47).

Há elementos presentes na natureza que são tidos como ofertados permanente e graciosamente pelo próprio meio ambiente. A produção de oxigênio, as nascentes das águas, as chuvas e a produção de alimentos têm essa conotação. No entanto, há dois componentes que afetam esses elementos. Um deles é a ação humana que destrói a capacidade de a natureza produzir alguns desses elementos. O outro – especialmente, a produção de alimentos – vem claramente crescendo da mão humana como fator importante. A plantação, o cuidado, a colheita, o armazenamento e a distribuição são atitudes humanas que agregam força à natureza para que haja a produção alimentícia.

Ainda que a força humana não faça chover, há como colaborar com a formação das condições para a chuva. Se o ser humano não tem a capacidade para fazer o solo, tem habilidade para preservá-lo ou diminuir os impactos que tiram a sua pujança.

Essa parte do trabalho humano, que colabora para que a natureza faça a sua parte, é feito pelos produtores rurais, pelas empresas especializadas em ensino do manejo e pelas Organizações com fins específicos ligados ao meio ambiente.

A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, trouxe o reconhecimento de que os produtores rurais, ao exercerem o seu labor, estão permanentemente aumentando a força da natureza

– ainda que o façam de forma despercebida – para a oferta dos elementos vitais para a vida como um todo. Não somente a vida humana é a beneficiária. E, para retribuir esse reconhecimento, há vias de recomposição de alguns dos gastos levados a efeito não em benefício próprio ou nem em busca de maior produtividade, mas como conservação da natureza.

A Lei em assunto, embora lançada em 2012, no que tange o pagamento de serviços ambientais, figurou mais como norma programática, porque não havia o que se pode chamar de pagamento direto. As formas indiretas existentes sempre se apresentaram de implementação cara, dispendiosa e burocrática. Uma constatação pode ser medida por uma publicação, de 2008, patrocinada pelo Ministério do Meio Ambiente, que reconhecia que, em relação ao pagamento por serviços ambientais “Além do conhecimento insuficiente a respeito da situação fundiária da maioria dos potenciais provedores de serviços ambientais, existem lacunas de conhecimento em relação a aspectos de P.S.A., que podem ou não se tornar barreiras significativas para sua implementação na Amazônia.” (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 88). Um temor que venceu o tempo e varou décadas.

Ainda quanto à possibilidade do pagamento por serviços ambientais, às vezes uma terceira pessoa interessada ou necessitada na aquisição de um direito sobre uma servidão ambiental – implantada a duras penas pelo proprietário ou possuidor do imóvel – vê maior facilidade em pagar a esse alguém que já executou o serviço, do que a própria interessada tomar as providências.

Algum ponto de amenização apareceu com a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021. Foi quando se deu a instituição da “Política Nacional e o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais”. Referida norma federal alterou, também, as Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Com a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, apareceu, efetivamente, a definição do que se classifica como *serviços ambientais* e suas variações de pagamento, bem como identificou quem são o pagador e o beneficiário do pagamento. Também, as diversas vias de remuneração.

3.1 DEFINIÇÃO QUANTO A SERVIÇOS AMBIENTAIS

A expressão “serviços ambientais” recebeu a primeira definição na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, em cujo art. 2.º, inciso III, faz constar que se tratam de “atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos;”. Na visão de Édís Milaré (2013, p. 864), “*Serviços ambientais* são os benefícios que a sociedade e os indivíduos auferem dos ecossistemas naturais”. A nomenclatura “P.S.A.”, embora vigente no Brasil há mais de uma década, só mereceu publicações e definições doutrinárias em quantidade significativa, após referida lei específica, de 2021.

3.2 PARTICIPANTES

No presente tópico e, em verdade, em todo esse texto, aparecerão algumas vezes as expressões “pagador de serviços ambientais” e “provedor de serviços ambientais”. Assim, comporta a definição, nesse subitem, da seguinte forma, com colheita feita na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021:

Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...].

V - pagador de serviços ambientais: poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços ambientais nos termos do inciso IV deste *caput*;

VI - provedor de serviços ambientais: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que,

preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.

Para que haja o pagamento por serviços ambientais, mister se faz que haja um contrato bilateral. Logo, o pagamento por serviços ambientais envolve um vendedor (ou provedor) e um pagador (ou comprador). Em quaisquer dos lados, pode haver uma coletividade, um condomínio ou uma reunião de entidades. Eis que

Em princípio, pode ser comprador de um serviço ambiental qualquer pessoa física ou jurídica que tenha disposição a pagar pelo mesmo. Isto inclui empresas privadas, setor público e Organizações Não-Governamentais – ONG nacionais ou internacionais, entre outros. Uma distinção básica relacionada ao tipo de comprador pode ser feita, por um lado, entre PSA privados (aqueles financiados diretamente pelos usuários dos serviços) e, por outro lado, por PSA públicos (onde o Estado atua como comprador, representando os usuários de serviços ambientais) (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 29).

Em complemento, o estudo indica que

[...] os compradores podem ser os próprios beneficiários ou intermediários (por exemplo, governo, organizações não-governamentais ou agências internacionais). Como notam Pagiola e Platais (2007), a compra de serviços ambientais por governos e outras fontes financiadoras frequentemente ocorre quando se trata de serviços ambientais com caráter de bem público (por exemplo, captação de carbono), que se caracterizam por trazerem benefícios a serem usufruídos pela sociedade como um todo, sem possibilidade de exclusão de determinados grupos. Os beneficiários desses serviços geralmente não têm informação suficiente para a sua valoração, nem podem controlar sua provisão. Teoricamente existem três modalidades de PSA compatíveis com a definição mencionada na seção anterior [...]. Estas se referem à compra direta e sem intermediação; à compra direta com intermediação e

à compra indireta de serviços ambientais. Na realidade, no entanto, a modalidade em que os compradores pagam diretamente aos provedores praticamente ainda não se estabeleceu (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 31).

São pagadoras por definição as empresas que têm por exercício profissional alguma atividade produtora de gases que provocam o efeito estufa e que são deficitárias quanto aos efeitos capazes de mitigação. Também as empresas hidrelétricas e pessoas naturais autorizadas a construir represas que submergem a mata e, destarte, tiram a vida da vegetação e dos seres vivos que não conseguem fugir, além de expulsar os seres vivos que podem se mover. A indústria química, a mineração, a indústria farmacêutica, as empresas e pessoas naturais que extraem minerais (pedras de toda espécie, areia e metais preciosos) e vegetais não renováveis, são outra espécie de público-alvo que sempre tem necessidade de adquirir os serviços ambientais que os provedores podem produzir.

A parte que atua como fornecedora do serviço ambiental é conhecida como vendedora ou provedora. E

Provedor de serviços ambientais pode ser apenas quem demonstra domínio sobre o serviço ambiental, no sentido de poder garantir sua provisão durante o período definido no contrato de transferência. Isto faz com que o grupo de potenciais provedores se limite a pessoas ou entidades com capacidade e direito de excluir terceiros do acesso e/ou uso da terra que provê o serviço ambiental em questão (WUNDER; BÖRNER; TITO; PEREIRA, 2008, p. 30).

Como provedores, podem aparecer Universidades que, por atuarem em segmento do saber destinado à natureza (Geografia, Biologia, Oceanografia, etc.) e empresas de pesquisas ambientais que utilizam dos imóveis rurais tanto para o ensino aos alunos quanto para fins produtivos ou para repassar, aos produtores, as técnicas. As comunidades indígenas, por terem apoio de órgãos da Administração

Pública, têm maior facilidade de vencer os degraus para chegar à qualificação de conhecidos fornecedores de serviços ambientais.

Em relação às pessoas naturais que têm imóveis rurais, têm mais dificuldades de acesso, às vezes por estarem distanciados dos centros urbanos e às vezes por não terem como cumprir para com a burocracia para obtenção dos benefícios. Desta forma, as organizações empresariais têm mais facilidade de se habilitar a ser fornecedoras de serviços ambientais.

Por outro lado, em se tratando de “áreas de exclusão de pesca, podem ser recebedores os membros de comunidades tradicionais e os pescadores profissionais que, historicamente, desempenhavam suas atividades no perímetro protegido e suas adjacências, desde que atuem em conjunto com o órgão ambiental competente na fiscalização da área.” (§ 3.º do art. 8.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Recebedores – termo citado na lei em destaque na linha anterior – são os provedores ou vendedores de serviços ambientais. Recebem valores, recebem pagamento.

3.3 DEFINIÇÕES LEGAIS

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, trouxe alguns conceitos e definições sem os quais não somente não há facilidade para se aplicar a Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, e a própria Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021. E que colaboram muito com definições que, se feitas com palavras menos técnicas, não trariam clareza. O que faz com que a transcrição dos conceitos resulte em uma informação muito mais técnica. A didática indica que, antes de falar de um objeto, ele deve ser definido. Nestes termos, tem-se que transcrever a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, no seguinte segmento:

Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

III - serviços ambientais: atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos;

IV - pagamento por serviços ambientais: transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes;

V - pagador de serviços ambientais: poder público, organização da sociedade civil ou agente privado, pessoa física ou jurídica, de âmbito nacional ou internacional, que provê o pagamento dos serviços ambientais nos termos do inciso IV deste *caput*;

VI - provedor de serviços ambientais: pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas.

Art. 3.º São modalidades de pagamento por serviços ambientais, entre outras:

I - pagamento direto, monetário ou não monetário;

II - prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;

III - compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;

IV - títulos verdes (*green bonds*);

V - comodato;

VI - Cota de Reserva Ambiental (CRA), instituída pela Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012.

§ 1.º Outras modalidades de pagamento por serviços ambientais poderão ser estabelecidas por atos normativos do órgão gestor da PNPSA.

§ 2.º As modalidades de pagamento deverão ser previamente pactuadas entre pagadores e provedores de serviços ambientais.

O próprio conceito de pagamento por serviços ambientais aparece no art. 6.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, para colocar a União como pagadora, “nas ações de manutenção, de recuperação ou de melhoria da cobertura vegetal nas áreas prioritárias para a conservação, de combate à fragmentação de *habitats*, de formação de corredores de biodiversidade e de conservação dos

recursos hídricos.”. Ações que são centralizadas junto ao Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA).

Para a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, (inciso IV do art. 2.º) pagamento por serviços ambientais se caracteriza como “transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes;”.

3.4 DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Como já informando anteriormente, a primeira legislação acerca do pagamento por serviços ambientais, no Brasil, veio às claras em 2012, mas somente no início de 2021 apareceu uma legislação que possibilitou efetivar algum possível benefício. Mesmo passada uma década da implantação da possibilidade, os primeiros passos – pode-se dizer – ainda estão por ser dados.

Em uma síntese, pode-se dizer que o pagamento por serviços ambientais é espécie contratual em que uma atividade até então voluntária de conservação na natureza é adquirida por uma empresa, um ente estatal ou entidade ligada ao segmento ambiental, sob a condição de o vendedor continuar com as obrigações de manutenção do benefício, considerando que a conservação ou o fomento às condições ambientais, que foram negociadas, continuam fixas no imóvel da origem. Trata-se da possibilidade legal de recompensar, financeiramente, quem consegue manter, melhorar ou recuperar um serviço ecossistêmico. Para conceituar serviços ecossistêmicos, melhor mesmo é buscar suporte na Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, que assim expõe:

Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...].

II - serviços ecossistêmicos: benefícios relevantes para a sociedade

gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais, nas seguintes modalidades:

- a) serviços de provisão: os que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;
- b) serviços de suporte: os que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;
- c) serviços de regulação: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas;
- d) serviços culturais: os que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros;

[...].

3.5 POSSÍVEIS SERVIÇOS AMBIENTAIS

Há uma variedade em potencial dos modelos de serviços ambientais que podem ser comercializados. Alguns exemplos são:

- captura de carbono. Existem certos tipos de culturas agroflorestais que captam uma maior quantidade de carbono. Se em vez de o proprietário ou o possuidor da terra utilizarem o imóvel para atividades pecuárias, decidirem reflorestar ou utilizar o manejo do solo de maneira a produzir maior quantidade de ar puro, poderão ser compensados financeiramente. E o são por dois básicos motivos: a abstinência da utilização do imóvel para atividades mais poluidoras e por ter que empregar horas de trabalho na implantação do sistema produtor de melhor ambiente (alínea

- “a” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- “conservação de paisagens de grande beleza cênica;” (inciso IV do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021) ou “conservação da beleza cênica natural;” (alínea “b” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
 - “conservação de remanescentes vegetais em áreas urbanas e periurbanas de importância para a manutenção e a melhoria da qualidade do ar, dos recursos hídricos e do bem-estar da população e para a formação de corredores ecológicos;” (inciso II do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
 - conservação e apoio à continuidade das nascentes e fontes geradoras de recursos hídricos – como manguezais e veredas – bem como a recuperação das bacias hidrográficas;
 - “conservação e melhoria da quantidade e da qualidade da água, especialmente em bacias hidrográficas com cobertura vegetal crítica importantes para o abastecimento humano e para a dessedentação animal ou em áreas sujeitas a risco de desastre;” (inciso III do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
 - “conservação e o melhoramento do solo;” (alínea “g” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
 - “conservação e recuperação da vegetação nativa, da vida silvestre e do ambiente natural em áreas rurais, notadamente naquelas de elevada diversidade biológica, de importância para a formação de corredores de biodiversidade ou reconhecidas como prioritárias para a conservação da biodiversidade, assim definidas pelos órgãos do Sisnama;” (inciso I do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
 - construção de barreiras, barragens e minirrepresas não com o fim de reter água em seu próprio imóvel, mas como meio de controlar enchentes nas partes baixas e deslizamentos das

encostas, bem como poder liberar a água para as regiões mais baixas em época de pouca chuva;

- desmatamento evitado. Quando um imóvel rural ainda é coberto por vegetação – em área excedente à reserva legal, cuja conservação é obrigatória – o proprietário ou possuidor podem ser ressarcidos por não desmatar;
- diminuição da emissão de gases que provocam o efeito estufa, o que se consegue ou reduzindo a própria produção ou usando de retenção do carbono, como o reflorestamento com árvores nativas e regionais;
- favorecimento à biodiversidade conservada (alínea “c” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), com a proteção das espécies animais e vegetais de uma região, a conservação dos ecossistemas e a preservação da diversidade biológica;
- fomento ao turismo ecológico em razão da conservação da beleza das florestas e paisagens naturais, em ambiente apropriado para a permanência da biodiversidade;
- “manejo sustentável de sistemas agrícolas, agrossilvopastoris que contribuam para captura e retenção de carbono e conservação do solo, da água e da biodiversidade;” (inciso VI do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “manutenção das áreas cobertas por vegetação nativa que seriam passíveis de autorização de supressão para uso alternativo do solo.” (inciso VII do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;” (alínea “h” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012);
- preservação de florestas, manguezais, veredas e pântanos com o fim de evitar ou controlar enchentes e deslizamentos em época de chuva, e seca em épocas de menos chuvas;

- “recuperação e recomposição da cobertura vegetal nativa de áreas degradadas, por meio do plantio de espécies nativas ou por sistema agroflorestal;” (inciso V do art. 7.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “regulação do clima” (alínea “e” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Para definir alguns itens transcritos nos tópicos e marcadores deste subitem, vereda é “fitofisionomia de savana, encontrada em solos hidromórficos, usualmente com a palmeira arbórea *Mauritia flexuosa* - buriti emergente, sem formar dossel, em meio a agrupamentos de espécies arbustivo-herbáceas;” (inciso XII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), enquanto que manguezal é

ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência fluviomarinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os Estados do Amapá e de Santa Catarina; [...]. (inciso XIII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Os pântanos fazem parte das áreas úmidas, são “pantanais e superfícies terrestres cobertas de forma periódica por águas, cobertas originalmente por florestas ou outras formas de vegetação adaptadas à inundação;” (inciso XXV do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012), definição que tem algum liame com as várzeas de inundação ou planícies de inundação, classificadas como “áreas marginais a cursos d’água sujeitas a enchentes e inundações periódicas;” (inciso XXI do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Para culminar o subitem, é só lembrar que a Lei Federal n.º 6.938, de 31-8-1981, é portadora, em seu art. 9.º, inciso XIII, de alguns instrumentos econômicos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. E o faz com duas demonstrações de que não se trata de *numerus clausus*, pois utiliza da conjunção exemplificativa “como” e, ao fim, acrescenta “e outros”, para, no meio do inciso, relacionar “concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental”.

3.6 O MERCADO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS

Se a própria consciência ecológica é incipiente, e a ideia de pagamento pelos serviços ambientais prestados pelos provedores ainda engatinha, o mercado para colocação dos serviços ambientais também não se acha sequer bem iniciado. Muito tempo levará para se consolidar.

Há muitas empresas poluidoras que, em vez de colocar os fortes braços em favor da recuperação ou preservação do meio ambiente, lutam com todas as forças para obter elisão. Ou buscam caminhos sinuosos e obscuros na tentativa de evitar ter que parar de poluir ou pagar pela degradação que causam. Poderiam, simplesmente, adquirir serviços ambientais produzidos por outrem, para compensação da condição de serem deficitárias na conservação da natureza.

Da parte do povo, poucos são os que, simplesmente, exigem o fechamento das atividades que poluem ou degradam. O que mais se busca é a diminuição da poluição e da degradação, se essas forem da essência da manutenção da atividade. A reivindicação é que as atividades degradadoras ou poluidoras ajam de maneira a compensar o estrago que causam. Uma das modalidades à disposição é a aquisição de direitos sobre as servidões ambientais ou os serviços ambientais.

3.7 A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS (PNPSA)

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, criou a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais, com as iniciais PNPSA. Política a ser gerida pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). A PNPSA tem objetivos e diretrizes especificadas em vários incisos dos arts. 4.º e 5.º. Dentre os objetivos, destacam-se:

- conscientização e operacionalização para melhoria das condições climáticas, especialmente com a redução das emissões perniciosas de gases; emissões danosas que vêm, principalmente em razão da dizimação (dizimar é reduzir, porque vem da mesma origem do vocábulo e “dízimo” ou da expressão “dez por cento”) ou destruição total das florestas;
- conscientização para que não haja perda da vegetação nativa brasileira;
- incentivo à pesquisa científica em favor da biodiversidade;
- orientação a atuação do poder público, das denominadas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCI) e das entidades privadas quanto ao pagamento dos serviços ambientais.

Dois objetivos, porém, são destaques maiores: “reconhecer as iniciativas individuais ou coletivas que favoreçam a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos, por meio de retribuição monetária ou não monetária, prestação de serviços ou outra forma de recompensa, como o fornecimento de produtos ou equipamentos;” (inciso VII do art. 4.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021) e “incentivar a criação de um mercado de serviços ambientais;” (inciso XIII do art. 4.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Os dois últimos são o coração e o cérebro dos objetivos. Somente em havendo um trabalho de reconhecimento de que os

produtores rurais contribuem, com suas atitudes, para a segurança do meio ambiente saudável, é que podem a eles ser destinada alguma recompensa pelo bem que agregam ao meio ambiente quando exercem o seu labor. E, sem que haja um mercado para a colocação das espécies de pagamento que são feitos em modo distinto da pecúnia (títulos, por exemplo), não há circulação dos bens. Afinal, nada adianta pagar a alguém com uma moeda nova que ninguém aceita, que não tem circulação.

Segundo a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais,

Art. 5.º São diretrizes da PNPSA:

[...];

II - o reconhecimento de que a manutenção, a recuperação e a melhoria dos serviços ecossistêmicos contribuem para a qualidade de vida da população;

III - a utilização do pagamento por serviços ambientais como instrumento de promoção do desenvolvimento social, ambiental, econômico e cultural das populações em área rural e urbana e dos produtores rurais, em especial das comunidades tradicionais, dos povos indígenas e dos agricultores familiares;

IV - a complementaridade do pagamento por serviços ambientais em relação aos instrumentos de comando e controle relacionados à conservação do meio ambiente;

V - a integração e a coordenação das políticas de meio ambiente, de recursos hídricos, de agricultura, de energia, de transporte, de pesca, de aquicultura e de desenvolvimento urbano, entre outras, com vistas à manutenção, à recuperação ou à melhoria dos serviços ecossistêmicos;

[...];

IX - a adequação do imóvel rural e urbano à legislação ambiental;

[...].

3.8 O PAGAMENTO

Quando se fala em pagamento, pensa-se logo em retribuição financeira em moeda corrente nacional – dinheiro em espécie

ou creditado em conta. Há, porém, a possibilidade de pagamento monetário – com entrega de dinheiro – ou não monetário, o qual pode se dar por meio de oferta de produtos ou serviços úteis ao provedor.

Há, destarte, diversos caminhos utilizáveis para a realização de pagamentos, além da entrega de dinheiro, de seta direta, ao produtor dos serviços ambientais. Algumas modalidades complementares dos métodos de pagamento são:

- apoio no trâmite para a exportação, bem como o suporte para que os produtos conseguidos pelo provedor contratante atinjam o patamar exigido pelo mercado externo;
- armazenamento de grãos produzidos pelo provedor, que esperará o melhor momento para a comercialização;
- “comodato;” (inciso V do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;” (inciso III do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- “Cota de Reserva Ambiental (CRA), instituída pela Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012” (inciso VI do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021);
- diminuição dos juros para que se consiga empréstimos destinados a área de belezas naturais, de conservação ambiental ou de pesquisas científicas;
- diminuição dos juros para que se consiga empréstimos destinados a área de transporte e hospitalidade (hotéis, pousadas, guias, etc.) para os ecoturistas;
- ensinamentos tecnológicos por parte das empresas governamentais de pesquisas agropecuárias e agrofloretais;
- entrega de sementes e defensivos agrícolas;
- “prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e

urbanas;” (inciso II do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021):

- prestação de serviços ao vendedor, com utilização de equipamentos que o pagador tem necessidade. Por exemplo, uma empresa compradora que tem um trator que poderá, com ele, abrir um tanque para o vendedor; ou uma roçadeira que cuidará da área de pasto; ou uma empresa que pode utilizar de drones para pesquisas que o vendedor precisa fazer; ou a realização de georreferenciamento do imóvel do provedor ou de alguém do seu contato; ou a colheita mecanizada de plantações; ou o transporte de grãos ou outros produtos que o provedor dos serviços ambientais realiza em seu imóvel, etc.;
- “títulos verdes (*green bonds*);” (inciso IV do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021).

Para se fazer um pagamento, há que se ter um parâmetro, um valor. Para a valorização e métrica dos serviços ambientais, há duas regras principais. A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, descreve que a quantificação pode ser feita por empresa habilitada, já que há a programação de um fomento para a qualificação para a prestação de assistência técnica. Logo, não será, necessariamente, o Poder Público que desempenhará a atividade de medição e valorização dos serviços ambientais. Pode haver delegação da atividade, mediante parâmetros previamente fixados. Eis como compõe a Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021:

Art. 11. O poder público fomentará assistência técnica e capacitação para a promoção dos serviços ambientais e para a definição da métrica de valoração, de validação, de monitoramento, de verificação e de certificação dos serviços ambientais, bem como de preservação e publicização das informações.

Parágrafo único. O órgão central do Sisnama consolidará e publicará as metodologias que darão suporte à assistência técnica de que trata o *caput* deste artigo.

Uma das modalidades de pagamento é a emissão de crédito de carbono que é um “título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável” (inciso XXVII do art. 3.º da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012). É emitido em favor de quem faz, “o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono” (alínea “a” do inciso I do art. 41 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012).

Em favor do provedor também poderá ser emitida a Cota de Reserva Ambiental (CRA) que, quando criada, tinha as finalidades definidas no art. 44 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, a seguir transcrito e que, por acréscimo, contém a definição do objeto:

Art. 44. É instituída a Cota de Reserva Ambiental - CRA, título nominativo representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação:

I - sob regime de servidão ambiental, instituída na forma do art. 9.º-A da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981;

II - correspondente à área de Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos no art. 12 desta Lei;

III - protegida na forma de Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN, nos termos do art. 21 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000;

IV - existente em propriedade rural localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público que ainda não tenha sido desapropriada.

O inciso VI do art. 3.º da Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, colocou a CRA como um título emitido como pagamento ao provedor de serviços ambientais.

A CRA poderá ser resgatada (transformada em dinheiro) ou “transferida, onerosa ou gratuitamente, a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante termo assinado pelo titular da CRA e pelo adquirente.” (art. 48 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012). O adquirente é o já identificado como comprador ou

pagador de serviços ambientais, muitas vezes citadas neste texto. Para segurança do adquirente – de que a CRA é, de fato, um título de crédito válido – há o seu registro “em bolsas de mercadorias de âmbito nacional ou em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil.” (art. 47 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012) no prazo máximo de trinta dias, a partir da data da respectiva emissão. É uma obrigação do órgão emissor.

A necessária análise – ou crítica – é quanto às dificuldades para se obter uma CRA. A Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012, especifica:

Art. 45. A CRA será emitida pelo órgão competente do Sisnama em favor de proprietário de imóvel incluído no CAR que mantenha área nas condições previstas no art. 44.

§ 1.º O proprietário interessado na emissão da CRA deve apresentar ao órgão referido no caput proposta acompanhada de:

I - certidão atualizada da matrícula do imóvel expedida pelo registro de imóveis competente;

II - cédula de identidade do proprietário, quando se tratar de pessoa física;

III - ato de designação de responsável, quando se tratar de pessoa jurídica;

IV - certidão negativa de débitos do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

V - memorial descritivo do imóvel, com a indicação da área a ser vinculada ao título, contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado relativo ao perímetro do imóvel e um ponto de amarração georreferenciado relativo à Reserva Legal.

Art. 48. [...].

§ 1.º A transferência da CRA só produz efeito uma vez registrado o termo previsto no *caput* no sistema único de controle.

§ 2.º A CRA só pode ser utilizada para compensar Reserva Legal de imóvel rural situado no mesmo bioma da área à qual o título está vinculado.

§ 3.º A CRA só pode ser utilizada para fins de compensação de Reserva Legal se respeitados os requisitos estabelecidos no § 6º do art. 66.

§ 4.º A utilização de CRA para compensação da Reserva Legal será averbada na matrícula do imóvel no qual se situa a área vinculada ao título e na do imóvel beneficiário da compensação.

Essa providência de averbação da Cota de Reserva Ambiental (CRA) na matrícula do imóvel provedor (§ 4.º do art. 48 da Lei Federal n.º 12.651, de 25-5-2012) é uma obrigação atribuída ao adquirente (comprador ou pagador de serviços ambientais). Mesmo diminuídas as obrigações de averbação em caso de aquisição por terceiro (que é por conta do adquirente) e do registro da CRA (que o órgão emissor fará) nos órgãos de controle de títulos públicos, as obrigações atribuídas ao provedor ou vendedor dos serviços ambientais estão na casa da quase impossibilidade, quando se trata de uma pessoa natural. É coisa para empresa ou empresários rurais com infraestrutura à disposição. É um alto custo para obtenção de um título que deveria ser um benefício. Por exemplo, precisa estar com o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o georreferenciamento rigorosamente *pari passu* com a legislação.

3.9 O CONTRATO DE PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS

A Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, contém, em seu art. 6.º, em meio a outras especificações, duas referências imperiosas para o desenvolvimento do presente estudo. Fala da “formalização de contrato específico;” (inciso III do § 4.º) e que “O contrato de pagamento por serviços ambientais pode ocorrer por termo de adesão, na forma de regulamento.” (§ 5.º).

Para que haja a celebração do contrato de reconhecimento e pagamento dos serviços ambientais, o primeiro requisito do beneficiário contratado é que haja “importância ecológica da área”. Atingindo esse critério, busca-se por atender, primeiramente, aos “serviços providos por comunidades tradicionais, povos indígenas,

agricultores familiares e empreendedores familiares rurais” (§ 3.º do art. 6.º da Lei 14.119, de 13-1-2021), sendo os agricultores familiares e os empreendedores familiares rurais os conceituados como aqueles da atividade rural que não utilizam área maior do que quatro módulos fiscais; que trabalham em família – portanto, sem colaboradores externos – na atividade; que a família seja a dirigente da atividade e que a renda da família, em maior parte, seja oriunda dessa atividade (art. 3.º da Lei 11.326, de 24-7-2006).

E em condições de igualdade, serão firmadas, também prioritariamente, “parcerias com cooperativas, associações civis e outras formas associativas que permitam dar escala às ações a serem implementadas.” (§ 3.º do art. 6.º da Lei 14.119, de 13-1-2021).

A Federal n.º Lei 14.119, de 13-1-2021, deixou as minúcias do contrato de pagamento de serviços ambientais por conta do regulamento. Mas inseriu cláusulas obrigatórias tanto no contrato quanto a serem mais bem definidas no regulamento da Lei. A redação é a seguinte:

Art. 12. O regulamento definirá as cláusulas essenciais para cada tipo de contrato de pagamento por serviços ambientais, consideradas obrigatórias aquelas relativas:

I - aos direitos e às obrigações do provedor, incluídas as ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental do ecossistema por ele assumidas e os critérios e os indicadores da qualidade dos serviços ambientais prestados;

II - aos direitos e às obrigações do pagador, incluídos as formas, as condições e os prazos de realização da fiscalização e do monitoramento;

III - às condições de acesso, pelo poder público, à área objeto do contrato e aos dados relativos às ações de manutenção, de recuperação e de melhoria ambiental assumidas pelo provedor, em condições previamente pactuadas e respeitados os limites do sigilo legal ou constitucionalmente previsto.

Parágrafo único. No caso de propriedades rurais, o contrato pode ser vinculado ao imóvel por meio da instituição de servidão ambiental.

3.10 OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*

Quando se firma um contrato de pagamento de serviços ambientais, o provedor se compromete não somente a entregar, no ato, um produto ou um serviço, e se livrar do encargo. Compromete, ao contrário, a manter o serviço ambiental pelo prazo contratual. E é uma obrigação *propter rem*, com direito à sequela. Em palavras introdutórias, a sequela se caracteriza por seguir o imóvel independentemente de quem quer que o detenha, ou o possua ou o adquira. É um misto de obrigação vinculada à coisa, e não unicamente à pessoa. A obrigação *propter rem* é

Aquela que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real, permitindo sua liberação pelo abandono do bem. A sua força vinculante manifesta-se conforme a situação do devedor ante uma coisa, seja como possuidor, seja como titular do domínio. [...] Encontra-se na zona fronteira entre os direitos reais e pessoais, visto que por um lado vincula o titular de um direito real e por outro tem caracteres próprios do direito de crédito, consistindo num liame entre o sujeito ativo e passivo, sendo que este último deverá realizar uma prestação positiva ou negativa. Vincula-se a um direito real, objetivando uma prestação devida ao seu titular (DINIZ, 1998, p. 416).

Quem mais bem explica sobre a sequela que é componente da obrigação *propter rem* é Orlando Gomes (1999, p. 21) para quem “As obrigações *propter rem* nascem de um direito real do devedor sobre uma determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. [...] Esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo”.

Assim fica claro: se o vendedor ou provedor de serviços ambientais transferem a propriedade a outrem, esse outrem arcará com o encargo da manutenção da coisa negociada (os serviços ambientais) conforme as cláusulas do contrato.

Dentre os temas tratados no presente texto, não somente o contrato de pagamento por serviços ambientais é uma obrigação *propter rem*. Também quando há a comercialização da Cota de Reserva Ambiental (CRA), a “responsabilidade plena pela manutenção das condições de conservação da vegetação nativa da área que deu origem ao título.” (*caput* do art. 49 da Lei 12.651, de 25-5-2012) é transferida a qualquer adquirente ou sucessor, a qualquer título. Isto porque “A transmissão *inter vivos* ou *causa mortis* do imóvel não elimina nem altera o vínculo de área contida no imóvel à CRA.” (§ 2.º do art. 49 da Lei 12.651, de 25-5-2012).

Para segurança do adquirente, e para que ele não possa alegar inocência quando for cobrado quanto ao encargo, o contrato de pagamento de serviços ambientais é registrado no Serviço de Registro de Imóveis. Tema para o próximo e último item desse texto.

4 O REGISTRO DO CONTRATO PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS

Preliminarmente, sobretudo para quem não tem conhecimentos específicos sobre o microssistema jurídico “notarial e registral” brasileiro, torna-se necessário empreender *noções básicas* sobre referida temática específica. O *ordenamento sequencial* dos atos (físicos ou eletrônicos) destinados aos Oficinas de Registros de Imóveis no Brasil compreende: Matrícula => Registros => Averbações ou Averbamentos. Todos eles (Matrícula + Registros + Averbações) vão coexistir dentro de um *único* “organismo jurídico” destinado ao imóvel. Anote-se que os atos posteriores (Registros + Averbações, contidos na Matrícula) complementam e/ou sucedem os atos lançados anteriormente. Ensina Veloso (2023, p. 156):

Matrícula é o ato inaugural, no Serviço de Registro de Imóveis, para o cadastro do imóvel. [...] A Matrícula não é título de propriedade, mas é o cadastro que comporta os registros e averbações. E esses registros e averbações são os atos registrais que trocam a propriedade

do imóvel, atualizam os dados do imóvel e das pessoas a ele relacionadas e apontam a existência, e marcam suas baixas, quanto aos gravames que incutem sobre o imóvel. [...] Somando a Matrícula e os seguintes registros e averbações, a folha do livro de registro funciona como um espelho da “vida” do imóvel, considerando a matrícula o nascimento do imóvel e, nela, o imóvel recebendo o inicial registro do proprietário e sofrendo as modificações referentes as mudanças de propriedade, a existência de ônus e gravames, as baixas desses empecilhos e as atualizações que têm ligação com os dados tanto dos proprietários quanto do próprio imóvel.

Uma vez celebrado um contrato de pagamento de serviços ambientais, a primeira providência das partes ou interessados (um deles haverá de ser, em regra, o *proprietário do imóvel*) é dirigir-se ao Ofício de Imóveis competente (ou pela *internet*, eletronicamente), formalizando um *requerimento escrito inaugural*.

O *requerimento escrito preliminar* com informações e identificações é necessário, nos termos do Provimento CNJ 61, de 17-10-2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, que “Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional”.

O requerimento inaugural, correspondente a uma “petição inicial” destinada ao Fórum, porém, sem necessidade de Advogado (seja físico ou na forma eletrônica), dará início ao procedimento, para fins do respectivo registro do contrato de pagamento de serviços ambientais, no Serviço de Registro de Imóveis em que se acha matriculado o imóvel. O registro compreende a base obrigacional e real, apta a conferir segurança jurídica *pro futuro* e conhecimento de terceiros (publicidade), na prestação do serviço ambiental, formalizada via contrato.

Portanto, quaisquer imóveis – urbanos e/ou rurais – que estejam “legalizados”, ou seja, que se encontrem de acordo com o

ordenamento jurídico brasileiro, terão necessariamente as respectivas matrículas que os identifiquem e individualizem. Para cada imóvel – seja urbano ou rural – haverá uma *única* matrícula. Dentro da matrícula (física ou eletrônica) do imóvel, ocorrerão os *lançamentos dos atos registrais*.

O registro é feito ao pé da matrícula do imóvel, no fôlio registral. Ou seja, a lavratura das informações da existência de um contrato de pagamento por serviços ambientais se dá no primeiro espaço disponível, para lançamento, na parte (livro ou ficha) em que está a matrícula do imóvel em que está implantado o serviço ambiental negociado.

No caso em tela (P.S.A.) haverá o *lançamento* de um registro específico – dentro da matrícula – do respectivo *contrato de pagamento por serviços ambientais*. O registro do Contrato de P.S.A. será lançado na matrícula de *forma descritiva* – jamais opinativa – contendo, exemplificativamente: quem são os contratantes, os prazos e eventuais prorrogações, valores, área a ser atingida dentro do imóvel, obrigações ambientais, etc.

O registro tem por fundamento o art. 167, inciso I, item 45, da Lei Federal n.º 6.015, de 31-12-1973. Este item condiciona o registro do contrato de pagamento por serviços ambientais “quando este estipular obrigações de natureza *propter rem*;”. Em verdade, por natureza, essa espécie de contratação sempre contém obrigações de natureza *propter rem*, pois é uma prestação de um serviço de trato continuado. O proprietário ou possuidor do imóvel que negociam um serviço ambiental deverão garantir a manutenção e a existência do serviço, pelo prazo contratado.

Pode ser objeto da contratação até mesmo algo muito maior do que uma manutenção, pois há casos de obrigação contraída visando à recuperação de um produto ambiental. Para manter ou para pegar uma parte degradada e recuperá-la, está mais do que evidente que se trata de uma obrigação continuada. Não é como uma compra e venda cuja transferência da coisa se dá com a transição, com a mudança de mão. No caso de contrato de pagamento de serviços ambientais

sequer há troca de mãos quanto ao local do serviço ambiental. Segundo Veloso (2023, p. 292),

Em uma síntese, pode-se dizer que o pagamento por serviços ambientais é espécie contratual em que uma atividade até então voluntária de conservação da natureza é adquirida por uma empresa, um ente estatal ou entidade ligada ao segmento ambiental, sob a condição de o vendedor continuar com as obrigações de manutenção do benefício, considerando que a conservação ou o fomento as condições ambientais, que foram negociadas, continuam fixas no imóvel da origem. Trata-se de possibilidade legal de recompensar, financeiramente, quem consegue manter, melhorar ou recuperar um serviço ecossistêmico.

Se não se tratasse de uma obrigação *propter rem*, não haveria a responsabilidade de eventual adquirente ou sucessor. A própria Lei Federal n.º 14.119, de 13-1-2021, é portadora da descrição de que se se tratar de contratos de pagamento por serviços ambientais, as obrigações assumidas quanto a “conservação ou restauração da vegetação nativa em imóveis particulares, ou mesmo à adoção ou manutenção de determinadas práticas agrícolas, agroflorestais ou agrossilvopastoris, têm natureza *propter rem* e devem ser cumpridas pelo adquirente do imóvel nas condições estabelecidas contratualmente.” (art. 22).

Para que o eventual adquirente – por título gratuito ou oneroso, ou mesmo por meio de sucessão hereditária ou testamentária – não se veja obrigado por situações com as quais não concordaria a ponto de não fechar o negócio, é que há necessidade de registro do contrato no Serviço de Registro de Imóveis. Mesmo em caso de doação ou legado, o donatário pode não aceitar a coisa, se perceber que o encargo é oneroso, pesado ou penoso acima das vantagens concedidas pelo objeto doado (Código Civil, arts. 539, 553, e 1.938).

Anote-se que o item 45 do inciso I do art. 167, da Lei Federal n.º 6.015, de 31-12-1973 (registro do contrato de pagamento por serviços ambientais), foi inserção da Lei 14.119, de 13-1-2021. Em

complemento, esse item 45, foi posteriormente modificado pela Lei 14.382, de 27-6-2022. Ressalte-se, por fim, que referida Lei 14.119, de 13-1-2021 entabulou expressamente “novo registro / cadastro”:
“**Art. 13.** O contrato de pagamento por serviços ambientais deve ser registrado no Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais.”. Esse dispositivo – nos moldes do(Sistema Nacional de Cadastro Ambiental Rural (SICAR/CAR) – ainda não foi regulamentado.

Essa condição é de suma importância para garantir segurança jurídica aos programas de PSA. O registro do contrato de PSA não se confunde e não substitui o Cadastro Ambiental Rural (CAR). Também a averbação da Reserva Legal, prevista no art. 29 da Lei 12.651/2012 (Código Florestal Federal), não afasta a obrigatoriedade de registro do contrato de PSA. O registro do PSA no Registro de Imóveis é formalidade, portanto, complementar ao CAR. É importante lembrar que, de acordo com o art. 6.º, § 4.º, inciso II, da Lei 14.119/2021, o CAR é um dos requisitos gerais para a participação no Programa Federal de PSA e serve como prova do uso ou ocupação regular dos imóveis privados.³⁴ Também destaca-se que, além da necessidade do registro no CRI dos contratos de PSA que impliquem obrigações *propter rem*, todos os contratos de PSA devem ser registrados no Cadastro Nacional de PSA (ALTMANN; NUSDEO, 2022, p. 91).

Essa sobreposição de registros governamentais para o mesmo tema específico (CAR/SICAR, CNPSA ou PNPSA, Ofício de Registro de Imóveis, etc.) operam desfavoravelmente aos interessados, tendo em vista que agregam *complicadores* (vários registros) em vez de *facilitadores* (registro único). Dessa forma, não estão em sintonia com a correta *técnica legislativa* (Decreto Federal n.º 9.191 de 1.º-11-2017):

Simplificação administrativa.

17. O ato normativo implicará redução ou ampliação das exigências procedimentais?

17.1. Em que medida os requisitos necessários à formulação de pedidos perante autoridades podem ser simplificados?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo proposto analisou o Código Florestal e a Lei dos Serviços Ambientais. Foi evidenciado o foco ambientalista desse instrumento, no plano nacional e internacional. Atentou-se ao aspecto registral dos Serviços Ambientais. Buscou-se demonstrar, como objetivo geral, que os Serviços Ambientais devem ser um dos instrumentos protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

Os objetivos específicos dessa investigação compreenderam a demonstração das possíveis ações ambientais, judiciais e extrajudiciais, existentes no sistema jurídico nacional, especialmente a favor dos bens ambientais em sentido macro e micro. No objeto dessa pesquisa, ou estudo de caso proposto – Serviços Ambientais – os protagonistas das ações ambientais, judiciais e extrajudiciais, são os proprietários e posseiros, de forma individual ou coletiva.

Os bens ambientais estão conectados naturalmente às propriedades (direito real). E os direitos reais (em sentido amplo: direito patrimonial) são axiais à proteção do patrimônio ambiental. Portanto, as questões referentes a danos ambientais, geradoras de responsabilidades ambientais, partem, como regra, das condutas ativas ou omissivas, praticadas por proprietários – pessoas naturais ou jurídicas – posseiros e/ou ocupantes, partindo do direito patrimonial (móvel e/ou imóvel, material e imaterial).

As Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) n.º 613, n.º 618 e n.º 623, compreendem desdobramentos desse princípio.

REFERÊNCIAS

ALTMANN, Alexandre; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Política nacional de pagamento por serviços ambientais:**

lei n.º 14.119, de 13 de janeiro de 2021: reflexões para a sua implementação e efetividade. Caxias do Sul: Educus, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento 61, de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário do Judiciário Eletrônico n.º 171, Brasília, DF, 18 out. 2017, p. 13-14.

BRASIL. Decreto 9.191, de 1.º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º novembro 2017.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 2006.

BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.ºs 6.938, de 31 de

agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.ºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

BRASIL. Lei 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jan. 2021, retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 jan. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGEL, Stefanie; PAGIOLA, Stefano; WUNDER, Sven. Designing payments for environmental services in theory and practice: an overview of the issues. In: **Ecological economics**, Ed. Elsevier, v. 65, n. 4, p. 663-674, 2008.

ESPINOZA, Nelson; GATICA, Javier; SMYLE, James. **El pago de servicios ambientales y el desarrollo sostenible en el medio rural**. San José (Cuesta Rica): Unidad Regional de Asistencia Técnica (RUTA), 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Registro de imóveis: da matrícula à averbação: doutrina completa e descomplicada**. Curitiba: Juruá, 2023.

WUNDER, Sven. **Payments for environmental services: some nuts and bolts**. In: **CIFOR Occasional Paper**, Jakarta (Indonesia),

Ed. Center for International Forestry Research (CIFOR), n. 42, p. 1-32, 2005.

WUNDER, Sven. The efficiency of payments for environmental services in tropical conservation. In: **Conservation Biology**, Jakarta (Indonesia), Ed. Wiley, v. 21, n. 1, p. 48-58, feb. 2007.

WUNDER, Sven (Coord.); BÖRNER, Jan; TITO, Marcos Rüginitz; PEREIRA, Lígia. **Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a Amazônia Legal**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2008. (Série *Estudos*, 10).

Recebido em: 15-4-2024

Aprovado em: 21-6-2024

2

REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES Y OMISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN ESTADOUNIDENSE, EN EL ORDEN FEDERAL: UN MODELO EN CONTINUO DESARROLLO¹y²

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION IN THE UNITED STATES, AT THE FEDERAL LEVEL: A CONTINUOUSLY DEVELOPING MODEL

*Estela B. Sacristán*³

¹ **Como citar este artículo científico.** SACRISTÁN, Estela B. Revisión judicial de las decisiones y omisiones de la administración estadounidense, en el orden federal: un modelo en continuo desarrollo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 55-110, maio-ago. 2024.

² El presente trabajo reproduce, en lo principal, el ya publicado, bajo el mismo título, en *Revista de Derecho Administrativo*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, N.º 39 (2024), p. 101-120. Aquí se incorpora un trascendente fallo estadounidense, *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024), de 28-6-2024, producido cuando aquél estaba siendo publicado.

³ Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Abogada (Universidad del Museo Social Argentino, 1992). Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires), y miembro del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de dicha Academia. En el grado, profesora titular de Taller de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente

RESUMEN

Lejos de versar acerca de la revisión judicial del accionar administrativo en el orden federal en los Estados Unidos, el presente encara esa temática desde la doctrina de la separación de poderes. Ella permite un estudio de su desarrollo administrativo, congresional y judicial.

Palabras clave: revisión judicial, decisiones y omisiones administrativas, separación de poderes.

ABSTRACT

Far from analyzing the judicial review of administrative action at the federal level in the United States, I approach said subject matter from the separation of powers doctrine, which allows for the study of its administrative, congressional and judicial development.

Keywords: judicial review, administrative action, separation of powers.

SUMARIO. I Introducción. II. Faz administrativa. II.1. ¿Qué regla la APA? II.2. ¿Quién lidera los procedimientos reglados por la APA? II.3. ¿Qué queda sujeto al régimen de revisión judicial de la APA? III. Faz congresional. III.1. La intención del legislador en la APA. III.2. Cómo “lee” la Suprema Corte esa intención del legislador: *Marbury v. Madison* y la presunción de revisabilidad. III.3. Cómo la doctrina “lee” la presunción de revisabilidad. IV. Faz judicial. IV.1. Nociones de organización de la Justicia Federal. IV.1.a. Cortes de Distrito, Cortes de Circuito. IV.1. No hay jurisdicción exclusivamente contenciosoadministrativa. IV.1.c. Presupuestos constitucionales. IV.1.d. Aspectos a controlar inicialmente. IV.2. Margen y estándares de revisión, vistos desde el Tribunal Judicial Revisor. IV.2.a. Estándar de revisión. Decisor. Procedimiento previo. IV.2.b. El “modelo” adoptado por la APA. IV.2.b.1. Actitud

de posgrado en la UBA, CEARE, Universidad Austral, UCA, entre otras instituciones argentinas y extranjeras. Recibió, entre otros, el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (1995). Autora de un libro basado en su tesis doctoral, sobre tarifas de los servicios públicos, y autora o coautora de numerosas publicaciones, en el país y en el extranjero. Líneas de investigación: vida, propiedad y libertad. Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración pública, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2005 se desempeña en el sector privado. *E-mail:* es@bgcv.com.ar

del órgano judicial. Espectro deferencial. IV.2.b.2. De novo. IV.2.b.3. “Claro error” o “claramente erróneo”. IV.2.b.4. Evidencia sustancial o razonabilidad. IV.2.b.5. “Arbitrariedad y capricho”. IV.2.b.6. Abuso de discrecionalidad. IV.2.b.7. Veda de revisión judicial. V. Supuesto de “agencias independientes”. V.1. La agencia independiente como delegataria. V.2. La ley delegante como medida de exposición al control judicial. V.3. Modulaciones de la revisión judicial del accionar de agencias administrativas “independientes” y “ejecutivas”. VI. Reflexiones finales. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva rica en matices históricos, Merrill explica que el legislador, al aprobar el texto de la *APA*, de 1946, “codificó el modelo de revisión judicial basado en la apelación” (*appellate model of judicial review*) (MERRILL, 2010, p. 389). Dicho modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la Cortes de Apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado.⁴ De tal modo, entran en juego las instituciones propias de la apelación en un juicio civil, y la formación de la decisión en la primera instancia, en la cual se lleva a cabo el juicio.

En su núcleo, la apelación civil “presupone una división de funciones basadas en la distinción entre hechos y derecho.”⁵ En un caso judicial originariamente planteado en sede judicial, de los hechos y del derecho –pero primordialmente de los hechos– se ocupará el *trial court*, al tiempo que, naturalmente, la corte de apelaciones de circuito revisará cuestiones de derecho. Se entiende que la institución iniciante posee mayores habilidades –dadas por la ley– en materia de cuestiones de hecho, y la institución revisora usualmente respetará los hallazgos fácticos efectuados en la instancia judicial inferior.⁶

⁴ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

⁵ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965), con cita de Louis (1986). En similar sentido, Carp y Stidman (1998, p. 53-54).

⁶ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

La elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” ha venido a apoyarse en la distinción reseñada en el párrafo precedente. Se trataría de un modelo de cuño judicial, adoptado y elaborado por los jueces, históricamente moldeado por el juego entre la experiencia legislativa y la interpretación jurisprudencial definitiva del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantándose esa actuación a un escenario distinto: el del Tribunal Judicial revisor (por regla, corte de distrito, salvo que revise una corte de circuito de una cámara de apelaciones federal) controlando el accionar de la agencia.

Tal modelo se aplicaría al “accionar” de la agencia (MERRILL, 2010, p. 410, y su cita). A partir de ello, colijo que no distinguiría entre acción u omisión administrativa, adjudicación o elaboración de reglas o regulaciones.

En cierto modo, dicho modelo comenzó a manifestarse como tal en punto a la habilidad del órgano judicial para la revisión de cuestiones fácticas, lo cual puede ilustrarse, como explica Landis (1938), mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas.⁷ Pero tengamos presente las diferencias entre una primera instancia judicial, que decide con previa participación de un jurado, contacto directo del juez con los testigos, y demás, y una agencia administrativa que decide pero que no integra la rama judicial y que, en el mejor de los casos, será una agencia “independiente”.⁸

Ser destinatario del accionar de órgano o ente de la Administración, sea por acción u omisión, no puede significar verse despojado de la protección de las leyes. Ya en el célebre *Marbury v.*

⁷ Ampliar en el clásico Landis (1938, p. 124-155); en p. 124, dice que el área en la cual los Tribunales insisten en que los hallazgos fácticos no pueden ser finales es un “área interesante”, y a partir de allí reseña la línea jurisprudencial que se inicia con *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1877). Sobre esa jurisprudencia puede verse Sacristán (2007a, p. 114-119) y Sacristán (2007b, p. 235-242).

⁸ Vuelvo sobre ello en la sección V.

Madison, caso que en sí mismo involucraba la revisión de la decisión del Ejecutivo, el *Chief Justice* Marshall enfatizó que “la esencia misma de la libertad civil ciertamente consiste en el derecho de cada individuo de reclamar la protección de las leyes [...]. Uno de los primeros deberes del gobierno es ofrecer esa protección” (*Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 163). Entre esas leyes se incluirá la Constitución, ley de leyes. Y esa protección incluirá la posibilidad de que los jueces “revisen” el accionar de la Administración, posibilidad que puede ser interpretada en forma amplia.

No intento presentar aquí una exposición “exhaustiva” del régimen de revisión judicial del accionar de la Administración en Estados Unidos. Pensemos que hay libros enteros dedicados a ello, como la clásica obra de Jaffe (1965, p. 336) o el ágil volumen de Edwards y Elliot (2018). Mucho menos podría encarar aquí, con el merecido detalle, temas de ricas aristas como la cuestión de la revisión judicial de las cuestiones mixtas de hecho y de derecho.

Antes bien, mi propósito es sólo ofrecer, al lector, una comprensión acerca de los conceptos nucleares comprendidos en la materia de la revisión judicial del accionar administrativo en Estados Unidos en el orden federal, primero considerando un punto de acometida diverso: la visión desde cada uno de los tres poderes o ramas del gobierno. Ello, para luego descender sobre la materia en sí misma, en especial en punto a los estándares de revisión, verdadera “clave de bóveda” que permite comprender los numerosos decisorios que el *case law* o derecho judicial de aquel ordenamiento ofrecen. Ello me permitirá, en general, evaluar la situación en que se hallan las personas frente a la Administración en el ordenamiento seleccionado y habilitará las comparaciones y contrastes que cada lector pueda luego formular ante su propio ordenamiento.

De tal modo, el presente se organiza de la siguiente forma: inicialmente, reseñaré los lineamientos que tomaré en cuenta para el posterior desarrollo, y esos lineamientos comprenden tanto una faz administrativa (sección II), como una faz congresional (sección III)

y una judicial (sección IV). Después encararé, en la sección V, el régimen de la revisión judicial en el supuesto de que haya, involucrada, una “agencia independiente” del Poder Ejecutivo estadounidense. En la sección VI volcaré las conclusiones pertinentes.

II FAZ ADMINISTRATIVA

La faz administrativa del tema que motiva estas líneas lleva a considerar, siquiera en forma muy sucinta, qué regla la Ley de Procedimientos Administrativos o *Administrative Procedure Act*, ó *APA*, y a quiénes alcanza; quién lidera, bajo ella, un procedimiento administrativo; y qué es lo que es pasible de revisión judicial.

II.1 ¿QUÉ REGLA LA APA?

La *APA*, que es una ley federal, codificada, que data en términos generales de 1946, regula dos áreas: procedimientos en sede administrativa, y revisión judicial. Interesa, por su carácter nuclear, la noción de “agency” o agencia.

En lo principal, la *APA*⁹ regla los recaudos procedimentales para la elaboración o revocación de *rules* o reglas o regulaciones, y de *adjudications* o adjudicaciones. Ambos procedimientos ofrecen su versión formal, y su versión informal¹⁰, según haya audiencia formal, en el expediente, o no. La *APA* opera por *default*, razón por la cual prevalecerá la ley sustantiva específica bajo la cual opere la agencia o *agency* de que se trate. “Agencia” es un término que semejaría a lo que en otros ordenamientos se conoce como ente

⁹ Se halla codificada como 5 *United States Code* § 551-559.

¹⁰ En rigor, la *APA* no pronuncia el término “informal,” pero surge implícitamente de sus previsiones y de la doctrina de quienes comentan dicha ley, conf. Rubin (2003, p. 108). De tal modo, existen estas especies: (i) *rulemaking* formal reglado en 5 U.S.C. §§ 553, 556, y 557; (ii) *rulemaking* informal reglado en 5 U.S.C. § 553; y (iii) adjudicación formal reglada en 5 U.S.C. §§ 554, 556, y 557. La (iv) adjudicación informal, como vimos, no se halla reglada en la *APA*. en forma expresa. Ampliar, con provecho, en Carbonell Porrás y Muga (1996).

u órgano de la Administración, con lo que el término incluye órganos o departamentos ejecutivos federales y entes o agencias independientes, mas con las exclusiones que la propia ley fija¹¹. Pacífica jurisprudencia ha excluido, de la noción de *agency* de la *APA*, al Presidente de Estados Unidos¹², con lo cual sus actos no se hallan sujetos a esa ley.

En lo que hace a la revisión judicial, y en forma liminar, vale adelantar que la *APA* hace revisable la mayor parte de lo que se denomina “accionar de la agencia,” sea el mismo acción u omisión¹³.

Con sus variantes, y dada la organización federal estadounidense, el esquema se replicará en cada uno de los 50 estados. Así, cada uno de ellos tendrá, sancionada, su propia *state APA* o *APA* estadual, con su propio régimen estadual de revisión judicial del accionar de las agencias del estado. Ello, sin perjuicio de las previsiones que, en la materia, pueda fijar la Constitución estadual misma, por ejemplo, en materia de revisión judicial de las *rules*.

¹¹ Entre las exclusiones, cabe enumerar: Congreso, cortes de justicia estadounidenses, gobiernos de los territorios o posesiones de Estados Unidos, gobierno del Distrito de Columbia, agencias compuestas por representantes de las partes o representantes de organizaciones de las partes en las disputas determinadas por ellos, cortes marciales y comisiones militares, autoridad militar ejercida en el frente en tiempos de guerra o en un territorio ocupado, entre otros supuestos.

¹² *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, en p. 800-801 (1992), en el que se sostuvo que el accionar del Presidente no pueden ser revisado bajo la *Administrative Procedure Act*, rechazándose la inclusión de la Presidencia en la noción de *agency* de la *APA*. En igual sentido, Edwards y Elliot (2018, p. 137).

¹³ *5 United States Code* § 551 (13): “accionar de la agencia” comprende todo o parte de una regla, orden, autorización, sanción, asistencia, o su equivalente o denegatoria, o la omisión de actuar. Se excluirán, por ende, los pedidos de revisión judicial de publicaciones de la agencia en la *web*, y los informes de prensa, y todos aquellos documentos que no tipifiquen en la conceptualización que establece la *APA*.

II.2 ¿QUIÉN LIDERA LOS PROCEDIMIENTOS REGLADOS POR LA APA?

La APA regla lo relativo a las audiencias, tanto en los procedimientos de *rulemaking* como en los de *adjudication* [5 U. S. C. § 556 (a)]. Dichas audiencias aparecen como el núcleo vital del procedimiento administrativo y aquí es donde aparecen las aparentes similitudes con un procedimiento en sede judicial: las audiencias, en el procedimiento administrativo, deben ser conducidas inexorablemente en forma imparcial¹⁴.

La recepción de pruebas podrá ser presidida por un ALJ o *administrative law judge* o “juez de Derecho administrativo¹⁵”. Tengamos en cuenta, en este punto, que el ALJ toma juramento [5 U. S. C. § 556 (c) (1)], recibe pruebas [5 U. S. C. § 556 (c) (3)] y toma testimonios [5 U. S. C. § 556 (c) (4)].

Asimismo, el ALJ efectúa, en lo que aquí más interesa, determinaciones tanto fácticas como jurídicas: establece la APA que el *record* o registro o expediente mostrará la resolución de cada

¹⁴ 5 U. S. C. § 556 (b) (3). Se trata, por cierto, de una imparcialidad incomparable con la de los jueces judiciales, no obstante los permanentes aportes en pos de su perfeccionamiento, y dan cuenta de ello numerosas publicaciones de la *webpage* de la *Administrative Conference of the United States*, www.acus.gov

¹⁵ Las expresiones *hearing examiner* o examinador de audiencia, *hearing officer* o funcionario de audiencias, o *trial examiner* o examinador de juicio se emplean con significado similar. Conf. Wex (2021). En pos de una caracterización de los ALJs, tenemos que tener en cuenta las importantes diferencias entre éstos y los jueces federales de corte de distrito. Primero, los ALJs se vinculan al Artículo I de la Constitución estadounidense, razón por la cual pertenecen a la rama ejecutiva de gobierno federal. El Senado estadounidense no confirma los nombramientos de jueces efectuados bajo el Artículo I de la Constitución. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito son los del Artículo III de la Constitución estadounidense, por lo que son jueces de la rama judicial. El Artículo II de la Constitución estadounidense habilita al Presidente, “por y con el dictamen y consentimiento del Senado,” para nombrar a los *justices* de la Suprema Corte, a los jueces de corte de circuito, y a los jueces de corte de distrito. Otra importante diferencia entre los ALJs y los jueces federales de corte de distrito es que aquéllos conducen las audiencias después de las cuales el ALJ decide. Por el contrario, los jueces federales de corte de distrito conducen las audiencias en las peticiones (*motions*) y en los juicios (*trials*). Luego de un juicio por jurado (*jury trial*), la corte federal de distrito emite un veredicto.

hallazgo, conclusión o excepción presentados. Agrega la ley que todas las decisiones, incluyendo decisiones iniciales, recomendadas y tentativas, son parte del expediente e incluirán una declaración de (A) los hallazgos y conclusiones, y las razones o bases de las mismas, con respecto a todas las cuestiones materiales de hecho, derecho o discrecionalidad presentadas en el expediente; y (B) la adecuada regla, orden, sanción, remedio, o su denegatoria [5 U. S. C. § 557 (c) (3)].

Dadas las palabras de la *APA* –decisiones “iniciales”, “recomendadas” y “tentativas”–, se infiere que las determinaciones jurídicas y fácticas que efectúe el *ALJ* serán, en principio, pasibles de reconsideración o apelables dentro de la estructura de la agencia (*appellate division* de ésta)¹⁶ de conformidad con el específico régimen de procedimientos de la agencia de que se trate, en el camino del agotamiento de la instancia administrativa.

Cabe poner de relieve que un *ALJ* trabaja en forma independiente, en especial respecto de influencias políticas, o de las partes, y de su independencia dependerá su estabilidad. Su remoción se efectúa ante un *board* o cuerpo especial [5 U. S. C. § 7521 (a)].

II.3 ¿QUÉ QUEDA SUJETO AL RÉGIMEN DE REVISIÓN JUDICIAL DE LA APA?

En principio, y en forma liminar, puede decirse que todo el accionar de la *agency*, por acción u omisión, queda sujeto a revisión judicial [5 U. S. C. § 556 (c) (1)]. La *APA* establece que una persona que sufra agravio en razón del accionar de una agencia, o sea afectada en forma adversa o agraviada por el accionar de la agencia dentro de lo significado por una ley relevante, tiene “derecho a la

¹⁶ Por ejemplo, bajo 29 U. S. C. 160 (d), hasta el momento en que se haya efectuado el planteo en sede judicial, de conformidad con lo establecido, el *Board* podrá, en cualquier momento previa notificación razonable y de la manera en que lo considere adecuado, modificar o dejar sin efecto, total o parcialmente, cualquier determinación u orden efectuada o emitida bajo ella.

revisión judicial” de aquél (5 U. S. C. § 702). También prevé la ley el supuesto de omisión pues se incluye expresamente el supuesto que el funcionario haya “omitido actuar” (5 U. S. C. § 702). Tengamos en cuenta que se emplea el término *right* o “derecho” en punto a la disponibilidad de revisión judicial. De tal modo, hay un verdadero “derecho a la revisión judicial.”

III FAZ CONGRESIONAL

Desde la plataforma del Congreso mismo, resulta inevitable inquirir en la cuestión de cuál fue la intención del Legislador en punto a la revisión judicial en el texto legal relevante, y cómo ha “leído” esa intención la Suprema Corte estadounidense.

III.1 LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA APA

Puede advertirse, *prima facie*, que fue intención del Legislador estadounidense fijar, en la APA, el margen de revisión, así como los estándares o criterios de revisión judicial (5 U. S. C. § 706).

Respecto del margen de revisión judicial, establece la APA que el Tribunal Judicial decidirá *todas las cuestiones relevantes de derecho, interpretará las previsiones constitucionales y legislativas, y determinará el significado o aplicabilidad de los términos del accionar de la agencia* (5 U. S. C. § 706). Las “cuestiones relevantes de derecho” parecerían acotar los supuestos de revisión judicial a las cuestiones jurídicas, excluyendo las cuestiones fácticas. Empero, el sistema se flexibiliza pues, por vía “constitucional” o “legislativa” se puede también argumentar a fin de obtener la revisión de los hechos, sin perjuicio de lo que veremos en el párrafo siguiente.

Según la APA, el Tribunal Judicial, revisor de la decisión administrativa, entenderá en aquellas omisiones, dilaciones y accionar que la APA detalla. Así, dicho Tribunal Judicial revisor debe compeler aquel accionar de la agencia ilegalmente refrenado o

irrazonablemente demorado. Asimismo, dicho Tribunal Judicial debe determinar la ilegalidad y dejar sin efecto aquel accionar, hallazgos y conclusiones de la agencia que sean: (A) arbitrarios, caprichosos, un abuso de discrecionalidad, o, de otro modo, que no sean conformes a derecho; (B) contrarios al derecho, competencia, privilegio, inmunidad constitucionales; (C) un exceso de la jurisdicción, competencia o limitaciones fijadas en la ley, o carentes de derecho bajo la ley; (D) sin observancia del procedimiento requerido por la ley; (E) no sustentados en evidencia substancial en casos sujetos a las secciones que reglan la *adjudications* y *rulemakings* formales o de cualquier otro modo revisados con base en el registro de una audiencia, ante la agencia, establecida por la ley; (F) no garantizados por los hechos en la medida en que los hechos estarán sujetos a ser juzgados *de novo* por el Tribunal revisor (5 U. S. C. § 706).

Respecto de los estándares o criterios de revisión, y sin perjuicio del desarrollo que se efectúa más adelante, puede adelantarse que aquéllos son los que surgen de la norma recién reseñada. Los autores, empero, suelen agruparlos bajo subtítulos diversos, y ello colaborará con su mejor aprehensión.¹⁷

Las principales limitaciones a la revisión judicial provendrían de tres fuentes: primero, la evidencia sustancial; segundo, la arbitrariedad y capricho; tercero, la interpretación de la ley.

Sintéticamente, el primero se aplica para las *adjudications* y *rulemakings* formales: el Tribunal Judicial revisor convalidará la regla o regulación si es razonable o si hay evidencia de la clase que una “mente razonable” aceptaría a los fines de fundar una conclusión,¹⁸ la agencia suele abandonar aquel accionar suyo que haya sido invalidado en sede judicial bajo el *test* de evidencia sustancial.

El segundo estándar es usualmente aplicado a los *rulemakings* informales, y permite que el Tribunal Judicial revisor identifique

¹⁷ Comparar, en tal sentido, las clasificaciones que pueden verse en: Pierce Junior (2011, p. 77-98); Tawil (1993, p. 209-246); Mairal (2021, p. 635-636).

¹⁸ *Consolidated Edison Co. v. NLBR* (1938): a los fines de sostener una conclusión, se requiere “evidencia sustancial” o adecuada “para una mente razonable.”

“errores de juicio.”¹⁹ Se ha afirmado que “la agency debe examinar la data relevante y articular una explicación satisfactoria sobre su decisión”, incluyendo “una conexión racional entre los hechos y la decisión [...]” para salir indemne de este test.²⁰

El tercer estándar, de interpretación de la ley, otrora materializado en los dos pasos previstos en *Chevron*,²¹ dio origen a la oportunamente denominada doctrina de la deferencia. Esta doctrina, de origen no formal legal sino jurisprudencial, nunca ganó su quicio en el Derecho Administrativo: tuvo que ser acotada a los procedimientos formales, tanto de *adjudication* como de *rulemaking*;²² se acusó su carácter claramente contrario a lo que el Legislador había querido según el texto mismo de la APA.²³ De allí que, afortunadamente, su arquitectura haya sido derribada después de cuatro decenios, en *Loper Bright y Relentless*,²⁴ de 6-8-2024. En este último se concluyó en que “los Tribunales no necesitan, y, bajo la APA, no se hallan habilitados para, deferir a la interpretación que la *agency* efectúe respecto del Derecho sobre la sola base de que la ley sea ambigua.”²⁵

Las razones para tan acertada decisión, por parte de la Corte Suprema estadounidense, ya venían perfiladas —entiendo—:

¹⁹ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Abrogado, por otros fundamentos, por *Califano v. Sanders*, 430 U. S. 99 (1977).

²⁰ *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U. S. 29 (1983) 462. Ello incluirá la conexión racional entre hechos y juicio requeridos para aprobar bajo el estándar de los arbitrario y caprichoso.

²¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984).

²² De tal modo, quedaban excluidas de la deferencia de *Chevron* las declaraciones de políticas, los manuales o protocolos de las *agencias*, y otros instrumentos sin fuerza de ley, a diferencia del tratamiento de *adjudications* y *rulemakings* formales, que sí la tienen.

²³ *Consolidated Edison Co. v. NLBR* (1938): a los fines de sostener una conclusión, se requiere “evidencia sustancial” o adecuada “para una mente razonable.”.

²⁴ *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024).

²⁵ *Loper*, en penúltimo párrafo del voto del J. Roberts. Sobre este fallo, cabe remitir al detallado estudio de Bianchi (2024).

- en leyes específicas, menos exigentes;²⁶
- en decisorios de dicho Tribunal en su actual composición cuya mayoría soslayaba invocar aquel precedente; en sentencias de la justicia federal que hacían lo propio;²⁷
- en sistematizaciones doctrinarias que enumeraban aquellos supuestos en que aquel precedente no tenía cabida;²⁸
- en general, en las muchas y sistemáticas críticas²⁹ que aquella doctrina había merecido por parte de los administrativistas.

Se vuelve sobre ello en la sección V., *infra*.

III.2 CÓMO “LEE” LA SUPREMA CORTE ESA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR: *MARBURY V. MADISON* Y LA PRESUNCIÓN DE REVISABILIDAD

La visión de lo que el Legislador ha querido, desde la Suprema Corte estadounidense, se apoya —como ya se adelantara en la sección

²⁶ Esto habría ocurrido en 2010 cuando se aprobó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que fijó estándares mucho menos deferentes que los de *Chevron*.

²⁷ Ver las enumeradas en *Lopez Brightr*, nota al pie 7 del voto del *J. Roberts*.

²⁸ Edwards y Elliot (2018, p. 237) enumeran los cinco supuestos en que no se acordará deferencia *Chevron*: (i) esa doctrina sólo opera cuando el accionar de la agencia tiene la fuerza de la ley; (ii) los Tribunales Judiciales pueden negarse a ser deferentes hacia la interpretación de la ley efectuada por la agencia —ley que esa agencia administra— si el accionar en disputa se sustenta sólo en una delegación implícita del Congreso a favor de la agencia e involucra cuestiones de política social o económica de importancia; (iii) no se debe ninguna deferencia, bajo *Chevron*, cuando la agencia actúa, pero no lo hace empleando la autorización que recibiera por delegación; (iv) no merece deferencia una pretensión procesal planteada por los letrados de una agencia si dicha pretensión no se basa en un accionar de la agencia que tenga fuerza de ley; (v) la interpretación que la agencia efectúe, respecto de una ley formal cuya administración no se halle a su exclusivo cargo, tampoco merece deferencia *Chevron*.

²⁹ Diversas sólidas críticas a la doctrina *Chevron*, en el ámbito legislativo estadounidense, pueden verse en: United States (2016). Además, en Argentina, ha formulado adecuadas advertencias, sobre esta doctrina, Cassagne (2016, p. 86). Ver, asimismo, García de Enterría (1998); Bianchi (2009); Bianchi (2024).

I, *supra*– en la siempre vigente doctrina de *Marbury v. Madison*.³⁰ En dicho célebre decisorio, en el cual se hallaba en juego el accionar de la rama Ejecutiva,³¹ el *Chief Justice* Marshall insistió en que la libertad civil consiste en poder reclamar la protección de las leyes.

Más tarde, en un caso tal vez menos conocido, *United States v. Nourse*,³² el *Chief Justice* recordó la tradicional observancia de este derecho de reclamar, y sentó los cimientos para la moderna presunción de revisión judicial:

Suscitaría alguna sorpresa si, en un gobierno de leyes y de principios dotado de una rama cuya adecuada responsabilidad es decidir cuestiones jurídicas, no solo entre las personas, sino entre el gobierno y las personas, un funcionario ministerial pudiera, según su discrecionalidad, dar inicio a este poderoso proceso y gravar a la persona, tierras y bienes del deudor por cualquier suma que considere adeudada, dejándole al deudor ningún otro remedio que no sea apelar a las leyes de su país si creyera que es injusto el gravamen. Pero esta anomalía no existe; la imputación no puede ser adjudicada a la Legislatura de los Estados Unidos. [...].

³⁰ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

³¹ En el caso se hallaba en juego, en primer lugar, la decisión de la rama Ejecutiva, y no la decisión del Congreso. Por ende, *Marbury* vino a ser un decisorio de Derecho administrativo. En tal sentido, Merrill (2004, p. 481). Recordemos que, en *Marbury*, se hallaban involucrados un funcionario, James Madison, Secretario de Estado del Presidente Thomas Jefferson; y un particular agraviado, William Marbury, quien había sido nominado por el Presidente Adams y confirmado por el Senado como juez de paz del Distrito de Columbia por un período de cinco años. Marbury reclamaba por una omisión del Secretario Madison, quien no le había notificado la designación que le permitiría asumir sus funciones como juez. Sin recibir esa notificación, Marbury no iba a poder asumir sus funciones. De acuerdo con la ley entonces vigente, el Tribunal Judicial que iba a tener que entender en el planteo de Marbury era la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ante ella, en competencia originaria, planteó Marbury su demanda, en pos de obtener una resolución, emanada de la Corte, que le ordenara a Madison entregar la notificación. Consideremos que la Suprema Corte efectuó una revisión casi *de novo*, concluyendo en su incompetencia, bajo la Constitución, para entender en el planteo de Marbury toda vez que una ley del Congreso no podía constitucionalmente ampliar la competencia originaria prefijada en la Norma Fundamental.

³² *United States v. Nourse*, 34 U. S. 8 (1835) 8-9.

Más de un siglo después, en *Bowen*,³³ la Suprema Corte estadounidense recordó ambos precedentes y sostuvo:

Comenzamos con la fuerte presunción de que el Congreso tiene la intención de que haya revisión judicial del accionar administrativo. Desde el inicio, ‘nuestros casos [han establecido] que la revisión judicial del accionar final de una agencia, por parte de una persona agraviada, no será impedida a menos que haya una persuasiva razón para creer que ese fue el propósito del Congreso.’ *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136, 140 (1967) (y sus citas). Ver, en general, L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 339-353 (1965). [...] Comisiones de ambas Cámaras del Congreso han avalado este punto de vista.³⁴

Esta es la senda jurisprudencial, nacida en *Marbury v. Madison*, que ha permitido la elaboración y consagración de la denominada “presunción de revisión judicial,” que se proyecta sobre toda la *APA* (GAFFNEY, 2020, p. 1) y que ha sido reafirmada en el reciente fallo *Loper Bright* en tanto los Tribunales no deferirán a la interpretación que la *agency* efectúe respecto del Derecho sobre la sola base de que la ley sea ambigua. Ello permite enfocar a la revisión judicial –en especial desde la visión del órgano judicial que la lleva a cabo, pero también desde la visión del legislador– en forma armónica con la doctrina de la separación de poderes y de los poderes limitados y controlados, y respetando la sana intención del Legislador congresional al redactar y aprobar la *APA*.

III.3 CÓMO LA DOCTRINA “LEE” LA PRESUNCIÓN DE RE-VISIBILIDAD

La presunción acerca del derecho a la revisión judicial ha sido consagrada por Jaffe en los siguientes términos:

³³ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986).

³⁴ *Bowen v. Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667 (1986) 670-671.

En nuestro sistema [...] un individuo cuyo interés se halla afectado por el accionar administrativo de forma aguda e inmediata, tiene, probablemente, derecho a asegurarse en algún punto una determinación judicial de la validez de aquel. [...] Esta es, para mí, la enseñanza de nuestra historia y tradición. Es nuestro *common law*, y en menor medida el corolario de nuestras constituciones. Soy muy consciente de que esta afirmación puede ser criticada por constituir una generalidad fútil, vacía, inútil. Pienso, por el contrario, que es una afirmación importante, y que si la adopta una corte, podría convertirse en un factor crucial hacia la decisión a revisar. En la mayoría de los casos, las leyes o los decisorios de *common law* dejan en claro la revisibilidad del accionar administrativo a disposición de al menos una o más clases de potenciales actores. Pero en los casos de ambigüedad legislativa o de silencio, y en nuevas situaciones en las que hay factores a favor y en contra, el asunto de la revisibilidad puede tornarse agudo. En tales situaciones, la presunción de revisibilidad juega un rol decisivo. [...] Existe [...] una amplia variedad de grados de revisibilidad tanto del derecho como de los hechos. Empero, las fórmulas de margen de revisión [...] han ido por un proceso de generalización y de simplificación. En la mayoría de los casos el margen de revisión, sea legislativo o *common law*, es prácticamente el mismo. Aquí el propósito es tratar en forma primaria –aunque no exclusivamente– acerca de la revisión judicial vel non, acerca del ‘derecho’ a la revisión a disposición de personas cuyo interés es, verdaderamente, supremo e inmediato (JAFFE, 1965, p. 336).

De este modo, Jaffe deja sentado el verdadero “derecho” a la revisión judicial y, más importante aun, la “presunción” de revisibilidad, sobre todo en supuestos de ambigüedad o silencio de la ley formal. Su postura fue recordada al revocarse la restrictiva “doctrina *Chevron*” en *Loper Bright*.³⁵

IV FAZ JUDICIAL

A fin de encarar, en su faz judicial, la temática de la revisión judicial del accionar de una agencia, bajo la *APA*, se torna menester,

³⁵ *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*, 603 U.S. ____ (2024), p. 16.

primero, recordar, siquiera en forma sucinta, algunas generalidades sobre la organización judicial estadounidense (sección a), para luego reseñar los estándares de revisión judicial del accionar de la *agency* vistos desde la rama judicial (sección b).

Tengamos, liminarmente, presente que las cortes federales tienen jurisdicción en casos que involucren:

- i. al gobierno de los Estados Unidos;
- ii. la Constitución o las leyes federales;
- iii. las controversias entre los estados o entre el gobierno estadounidense y los gobiernos extranjeros.

De allí que un reclamo de un cobro de Seguridad Social tramite ante la justicia federal. En cambio la mayoría de las cuestiones de Derecho de familia se litigarán ante las cortes estatales toda vez que la jurisdicción otorgada por la Constitución a favor de las cortes federales no incluye tal materia (Conf. UNITED STATES COURTS, 2024a).

IV.1 NOCIONES DE ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL

En Estados Unidos, en el orden federal,³⁶ y en lo que aquí interesa, hay cortes de circuito o *circuit courts*, y cortes de enjuiciamiento o *trial courts*. Cada *trial court* se halla a cargo de un *district court judge* o juez de corte de distrito. Existen más de 670 jueces de corte de distrito en todo el país (se sigue UNITED STATES, 2024). La decisión de la corte de distrito es apelable ante la corte de circuito competente. Hay 12 circuitos en todo el país.³⁷ Cada corte de circuito tiene una cantidad variable de jueces; por ejemplo, 6 en el Primer Circuito; 21 en el Noveno Circuito.

³⁶ En general, puede verse Bianchi y Sacristán (2020, p. 383-408).

³⁷ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

Ante las cortes de distrito se registran los hechos (*factual record*) (CARP; STIDMAN, 1998, p. 25); dichas cortes resuelven disputas fácticas relevantes;³⁸ y sólo ante ellas se toman testimonios de testigos. También efectúan determinaciones de credibilidad sobre dichos testimonios.³⁹ Además, el juez de distrito resolverá con previa participación de un jurado (ampliar en BIANCHI, 1999), sean las causas civiles o penales, y el fallo será a favor del actor o demandado (causas civiles) o se resolverá el carácter culpable o inocente del acusado (casos criminales) (RUGG, 2019). En los casos civiles, se otorga enorme importancia a la etapa previa al inicio juicio, privilegiándose el arribo a un acuerdo a fin de evitar este último.⁴⁰

Respecto de las cortes de circuito, los casos en los que entienden siempre habrán sido discutidos en algún otro foro, judicial o no (CARP; STIDMAN, 1998, p. 44). Cualquier caso resuelto por la *district court* puede ser apelado ante la *circuit court*, haya sido resuelto en forma definitiva, o incluso, en algunos casos, si procediere la apelación interlocutoria. Las apelaciones contra la decisión de la corte de distrito son primero escuchadas por un *panel* compuesto por 3 jueces de Corte de circuito; luego, las partes presentan alegatos escritos donde arguyen por qué la decisión de la instancia anterior tiene que ser confirmada o revocada. Luego de la presentación de estos alegatos, la corte de circuito fijará fecha para la audiencia oral,⁴¹ en la cual los letrados, ante la corte de circuito, formularán sus argumentos y contestarán las preguntas que les formulen los jueces.⁴² Las cortes de circuito “reciben” las determinaciones fácticas efectuadas en la instancia judicial anterior,⁴³ y corrigen errores

³⁸ Cueto Rúa (2006, p. 200) enseña que los hechos quedan fijados ante el juez de primera instancia previa selección de los mismos por parte de él.

³⁹ Estarán personalmente en contacto con cada testigo en la sala de audiencias.

⁴⁰ Bajo 28 U. S. C. § 651, cada corte federal de distrito “creará e implementará su propio programa de resolución alternativa de disputas” a fin de promover el empleo de resolución alternativa de disputas en todas las acciones civiles en ese distrito.

⁴¹ Que puede durar, en total, 10 minutos, o 15; en algunas cortes de circuito, 30 minutos.

⁴² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (1803). Se sigue Gaffney (2020).

⁴³ Se halla bien establecida la regla de que la búsqueda de los hechos es responsa-

legales, jurídicos, en los que puedan haber incurrido los jueces de distrito; desarrollan el derecho y establecen precedentes. Como el *panel* estará integrado por tres jueces, se necesitarán al menos dos jueces para revocar lo decidido en la instancia anterior, y al tratarse de una corte de apelación, su competencia será menos amplia.⁴⁴ El paradigma es que los hallazgos fácticos, por parte de la corte de distrito, serán pasibles de muy limitada revisión en la apelación, en un contexto de deferencia judicial; y las conclusiones de derecho, en la apelación, serán pasibles de revisión *de novo*.⁴⁵

Algunas características, de relevancia para este trabajo, que presenta la organización de la justicia federal en Estados Unidos, son las siguientes.

IV.1.A CORTES DE DISTRITO, CORTES DE CIRCUITO

La jurisdicción de los Tribunales Federales es de fuente legal formal. Según 28 U. S. C. § 1331, quienes tienen, por regla, jurisdicción exclusiva para revisar cualquier accionar revisable de la Administración, son las cortes de distrito. Ello, salvo que la ley específica, u otra ley, dispongan que entienda una corte de circuito (conf. EDWARDS; ELLIOT, 2018, p. 145), que es una corte de apelaciones.

bilidad básica de las *district courts*. Conf. *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U. S. 273 (1982) 291. Lo explica muy claramente Frank (1949, p. 4): “Hay dos clases de corte. Una, llamada *trial court*, lleva a cabo ambas partes de la tarea judicial; tanto determina los hechos como aplica las reglas. La otra clase, llamada cortes superiores, cortes de apelaciones, usualmente hacen muy poco respecto de los hechos de los casos. Estas cortes dedican la mayor parte del tiempo a decir, en grado de apelación, si las cortes inferiores, en casos en particular, incurrieron en errores respecto de las reglas. Las determinaciones fácticas por parte del *trial court* son la parte más ardua de la función judicial.”

⁴⁴ Bowen v. Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667 (1986).

⁴⁵ Edwards y Elliot (2018, p. 7), con cita de *Salve Regina Coll. v. Russell*, 499 U.S. 225 en 231-233 (1991), este simple test en dos partes deriva de la firme creencia de que, dadas las respectivas ventajas institucionales de las cortes de enjuiciamiento y de las cortes de apelaciones, la interpretación jurídica se lleva a cabo mejor en el nivel de apelación, y los hallazgos fácticos, en el nivel del enjuiciamiento.

Muchas leyes específicas colocan la revisión judicial del accionar de la Administración en forma “originaria” o directa en las cortes de circuito, y, en este último supuesto, el otorgamiento de jurisdicción es exclusivo,⁴⁶ y de interpretación restrictiva.⁴⁷

Cuando la revisión judicial tiene inicio en la corte de distrito, la revisión de la decisión de ésta se rige por los mismos estándares que gobiernan la revisión ante la cámara de apelaciones, y cuando, bajo 28 U. S. C. § 1291, se lleve, la apelación contra la decisión final de la corte de distrito, a la corte de circuito, el Tribunal en grado de apelación no será deferente hacia el decisor judicial anterior: “Revisamos el accionar administrativo directamente, sin acordar ninguna deferencia en particular hacia el decisorio de la Corte de Distrito.”⁴⁸

En virtud de aquel “doble sistema”, en el que, según los supuestos, puede intervenir una corte de distrito o, en su caso, una corte de circuito, me referiré, en lo sucesivo, al “Tribunal Judicial revisor”, genéricamente, aludiendo al Tribunal que ejerce la revisión judicial, independientemente de que sea una corte de distrito o una corte de circuito.

IV.1.B NO HAY JURISDICCIÓN EXCLUSIVAMENTE CON- TENCIOSOADMINISTRATIVA

En Estados Unidos, en el orden federal, la jurisdicción es territorial; cada juez de distrito podrá entender en causas civiles o penales; las causas se distribuyen entre los jueces según la

⁴⁶ *Whitney National Bank v. Bank of New Orleans*, 379 U. S. 411 (1965).

⁴⁷ Davis y Pierce (1994) mencionan el ejemplo de una ley que confiere, a efectos de la revisión judicial, jurisdicción a la corte de apelaciones en el supuesto de órdenes emitidas después de una audiencia pública; si la agencia decide que no se llevará a cabo una audiencia pública, esa decisión no será apelable ante una corte de apelaciones. *AMVAC Chemical Corp. v. EPA*, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981) (ampliar en DAVIS; PIERCE, 1994, p. 176-177).

⁴⁸ *Mingo Legan Coal Co. v. EPA*, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.

especialización de cada uno.⁴⁹ La revisión judicial del accionar del órgano o ente de la Administración estadounidense carece de un fuero especializado en litigios administrativos.

IV.1.C PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

En este renglón deben incluirse, al menos: primero, la doctrina de la separación de poderes, que los jueces aplicarán, velando por que la *agency* no se arrogue funciones de otra rama del gobierno pues rige el principio de asignación de la competencia, a la agencia, por ley; segundo, la doctrina de la delegación legislativa, que los jueces aplicarán para verificar el margen de competencia que la agencia posee bajo la ley que la crea; y, tercero, el mandato del debido proceso, conforme al cual los jueces asegurarán que nadie pueda ser privado de su vida, propiedad o libertad por la sola decisión de una agencia administrativa.

IV.1.D ASPECTOS A CONTROLAR INICIALMENTE

Entre otros aspectos (remito a CARP; STIDMAN, 1998, p. 47-61), y con ecos de *Marbury*, se controlará que haya un agraviado por el accionar administrativo, verificándose si hay legitimación; gravamen de hecho;⁵⁰ causalidad, v.gr., conexión entre el gravamen

⁴⁹ Los métodos de asignación de causas entre los jueces son variables. La consideración básica es la distribución equitativa y evitar el *judge shopping*. Por ley, el *chief judge* de cada corte de distrito debe velar por que se cumplan las normas y órdenes del Tribunal en materia de asignación de causas. Cada corte tiene, escritas, sus reglas de asignación de causas. La mayoría de las cortes emplea alguna clase de sorteo. Un método simple es rotar los nombres de los jueces disponibles. A veces, los jueces con cierta especialidad reciben ciertas causas (casos criminales complejos; casos sobre asbestos). El beneficio de este sistema es que aprovecha la especialización desarrollada por algunos jueces en ciertas áreas. Existen sistemas para controlar si hay algún conflicto que tornaría impropio que un juez presida un caso en particular. Conf. United States Courts (2024b).

⁵⁰ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

y el accionar de la agencia; ⁵¹ reparabilidad (CUETO RÚA, 2006, p. 200); zona de interés protegida por la ley formal o regulación.⁵²

Se verificará si la *agency* esté alcanzada por la ley específica que establece la revisión, y si esa ley específica autoriza la revisión judicial: ocurre que hay leyes que podrían excluirla o limitarla. Vuelvo sobre ello, al referirme a la “veda de revisión judicial.”

Se estudiará si el accionar de la *agency* es final, y se controlará que no haya otro remedio adecuado en un Tribunal Judicial con respecto a ese accionar toda vez que la ley específica podría establecer un remedio específico diferente a efectos de la revisión judicial. También se verificará si hubo agotamiento de la vía administrativa, y que el caso no sea de jurisdicción primaria administrativa.

Por último, la *APA* parece vedar la revisión judicial de las decisiones discrecionales, y ello no debería sorprender a la luz del antiguo precedente *Curran*, caso en el cual era la ley misma la que confería discrecionalidad [*Curran v. Laird*, 420 F.2d 122 (1954)]. Sin embargo, como veremos *infra*, también las decisiones discrecionales han hallado su sendero hacia una sistematización de criterios para su análisis en ocasión de la revisión judicial, si bien con un cierto posicionamiento en el espectro de grados de deferencia del órgano judicial hacia la agencia,⁵³ y de conformidad con ciertos estándares jurisprudenciales.

⁵¹ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U. S. 555 (1992).

⁵² Aunque según el *Justice* Scalia, en *Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U. S. 118, 127 (2014), dicho test de la zona de interés resultaba ajeno, y debían emplearse herramientas tradicionales para interpretar la legitimación conferida por la ley. Cfr. *Bank of America Corp. v. City of Miami*, n.º 15-1111, *slip opinion*, p. 5 (Mayo 1, 2017), confirmando el criterio de que el test de la zona de interés hace a una investigación de si la ley, que confiere causa para accionar, comprende el reclamo del litigante.

⁵³ Tales los fijados en *Pierce v. Underwood*, 487 U. S. 552 (1988). Ver Davis (2000, p. 64-67).

IV.2 MARGEN Y ESTÁNDARES DE REVISIÓN, VISTOS DESDE EL TRIBUNAL JUDICIAL REVISOR

El tema de este acápite involucra tener en cuenta, primero, una definición siquiera operativa de “estándar de revisión;” con ese concepto en mente, se podrá encarar la afirmación de la doctrina (MERRILL, 2011) en punto a que, de los modelos usuales de revisión judicial (v.gr., el propio del siglo XIX, basado en la bipolaridad; el basado en la jurisdicción o modelo *ultra vires*, como en Reino Unido; y el basado en la apelación judicial), en Estados Unidos, en el orden federal, el legislador, al sancionar la *APA*, habría optado por consagrar este último.

IV.2.A ESTÁNDAR DE REVISIÓN. DECISOR. PROCEDIMIENTO PREVIO

Tiene que tenerse presente, en forma liminar, y en el campo de la revisión judicial en general, que, como explica Davis, los estándares de revisión pueden ser considerados como aquellos que miden el grado de deferencia o respeto debido, por un Tribunal Judicial que revisa, hacia la decisión bajo revisión; la expresión describe la autoridad positiva que la corte de apelación esgrime en su revisión; también define la relación y el poder compartido entre los decisores (DAVIS, 1988, p. 470).

Esos decisores serán,⁵⁴ en ocasiones, la *trial court*, y la *circuit court* como Tribunal revisor, o incluso el jurado y la *circuit court* como Tribunal revisor entre otros supuestos. En otras ocasiones –que son las que aquí más interesan–, esos decisores serán, respectivamente, la agencia administrativa, por un lado, y el Tribunal Judicial revisor, por el otro.

⁵⁴ Davis enumera cinco distintos tipos de decisores, pero, en lo que aquí interesa, estimo relevantes el jurado, el juez del *trial court* y la agencia. Ver Davis (1988, p. 471). También considera solo los tres decisores enumerados Louis (1984, p. 994).

Pero la escena no es totalmente binaria: Davis señala que las agencias, ocasionalmente, llevan adelante lo que parecería ser un procedimiento administrativo de tipo penal o que redundan en una sanción (lo cual –vale tenerlo muy en cuenta– no significará que la agencia administrativa lleve adelante un enjuiciamiento penal o criminal). Asimismo, puede recordarse que, desde la perspectiva general, la decisión bajo revisión podrá ser el resultado de uno de cuatro tipos de procedimientos que se hayan llevado a cabo previamente:

- i. civil;
- ii. criminal o penal;
- iii. administrativo formal; y
- iv. administrativo informal (DAVIS, 1988, p. 471).

¿Qué función tendría el estándar de revisión, en general? La “función nuclear”⁵⁵ de un estándar de revisión será definir el “adecuado rol del Tribunal revisor” al resolver acerca de la conducta de otros decisores⁵⁶ identificando el “grado de deferencia otorgado, por el Tribunal revisor, a la decisión bajo revisión.” (conf. DAVIS; CHILDRESS, 1986, p. 465). Ahora, ¿qué incidencia tendría este aserto en el específico ámbito de la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa? Veamos:

IV.2.B EL “MODELO” ADOPTADO POR LA APA

Desde una perspectiva rica en matices históricos, Merrill explica que el legislador, al aprobar el texto de la APA, de 1946, “codificó el modelo de revisión judicial basado en la apelación” (*appellate model of judicial review*) (MERRILL, 2010, p. 389). Dicho modelo, según el citado autor, “toma prestada” la relación

⁵⁵ *Nelson v. State*, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).

⁵⁶ *Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan*, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).

entre cortes de enjuiciamiento o *trial courts* y la Cortes de Apelaciones en los litigios civiles, relación que, a su vez, remite a la vinculación entre el juez y el jurado.⁵⁷ De tal modo, entran en juego las instituciones propias de la apelación en un juicio civil, y la formación de la decisión en la primera instancia, en la cual se lleva a cabo el juicio.

En su núcleo, la apelación civil “presupone una división de funciones basadas en la distinción entre hechos y derecho.”⁵⁸ En un caso judicial originariamente planteado en sede judicial, de los hechos y del derecho –pero primordialmente de los hechos– se ocupará el *trial court*, al tiempo que, naturalmente, la corte de apelaciones de circuito revisará cuestiones de derecho. Se entiende que la institución iniciante posee mayores habilidades –dadas por la ley– en materia de cuestiones de hecho, y la institución revisora usualmente respetará los hallazgos fácticos efectuados en la instancia judicial inferior.⁵⁹

La elaboración de la materia “revisión judicial del accionar de la Administración” ha venido a apoyarse en la distinción reseñada en el párrafo precedente. Se trataría de un modelo de cuño judicial, adoptado y elaborado por los jueces, históricamente moldeado por el juego entre la experiencia legislativa y la interpretación jurisprudencial definitiva del ámbito de actuación de la rama judicial cuando ha intervenido previamente un órgano judicial, pero trasplantándose esa actuación a un escenario distinto: el del Tribunal Judicial revisor (por regla, corte de distrito, salvo que revise una corte de circuito de una cámara de apelaciones federal) controlando el accionar de la agencia.

Tal modelo se aplicaría al “accionar” de la agencia (MERRILL, 2010, p. 410, y su cita). A partir de ello, colijo que no distinguiría entre acción u omisión administrativa, adjudicación o elaboración de reglas o regulaciones.

⁵⁷ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

⁵⁸ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965), con cita de Louis (1986). En similar sentido, Carp y Stidman (1998, p. 53-54).

⁵⁹ Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

En cierto modo, dicho modelo comenzó a manifestarse como tal en punto a la habilidad del órgano judicial para la revisión de cuestiones fácticas, lo cual puede ilustrarse, como explica Landis (1938), mediante la experiencia en materia de revisión judicial de componentes fácticos de decisiones en materia de tarifas.⁶⁰ Pero tengamos presente las diferencias entre una primera instancia judicial, que decide con previa participación de un jurado, contacto directo del juez con los testigos, y demás, y una agencia administrativa que decide pero que no integra la rama judicial y que, en el mejor de los casos, será una agencia “independiente.”⁶¹

IV.2.B.1 ACTITUD DEL ÓRGANO JUDICIAL. ESPECTRO DEFERENCIAL

Ya vimos que un estándar de revisión estaría enderezado a evaluar lo resuelto por otro decisor, y reflejaría grados de deferencia hacia éste. Ello, en el tema que nos ocupa, se traduciría en diversos grados de respeto, por parte del Tribunal Judicial revisor, hacia el accionar de la agencia.

Deben considerarse, en este punto, y respecto de ese respeto o deferencia, las tensiones que provoca la doctrina de la separación de poderes: no se quiere que la rama judicial “usurpe” competencia de la agencia administrativa; pero, al mismo tiempo, tampoco se quiere que la rama legislativa, mediante la leyes, “sustraiga” poder de revisión que naturalmente el órgano judicial posee; y –es claro–, tampoco se quiere que la agencia administrativa, ajena a la rama judicial, le “imponga,” a ésta última, su decisión.

Con base en las “variables” de una tabla comparativa elaborada por la doctrina (DAVIS, 1988, p. 471),⁶² podemos tomar nota de las

⁶⁰ Ampliar en el clásico Landis (1938, p. 124-155); en p. 124, dice que el área en la cual los Tribunales insisten en que los hallazgos fácticos no pueden ser finales es un “área interesante”, y a partir de allí reseña la línea jurisprudencial que se inicia con *Munn v. Illinois* 94 U. S. 113 (1877). Sobre esa jurisprudencia puede verse Sacristán (2007a, p. 114-119) y Sacristán (2007b, p. 235-242).

⁶¹ Vuelvo sobre ello en la sección V.

⁶² En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

diversas actitudes del Tribunal Judicial hacia la *agency* en lo que aparecería como un espectro o *spectrum*, y algunas particularidades:

IV.2.B.2 DE NOVO

Primero, no habrá deferencia alguna hacia la agencia en aquellos casos en que se deba juzgar, *de novo*, en sede del Tribunal Judicial revisor. Siguiendo el esquema de revisión apelada, se tratará de una revisión plenaria, independiente, meticulosa y libre, en la que se encarará el asunto como si se recreara una (imaginaria) primera audiencia en sede administrativa. En este poco frecuente supuesto, habrá que ver si la ley específica aplicable, en forma expresa, permite que, ante el Tribunal Judicial revisor, se juzguen, de *novo*, hechos y derecho provenientes de la agencia administrativa.⁶³ En caso afirmativo, el Tribunal Judicial revisor podrá basarse en el expediente o registro administrativo, o crear uno suyo (DAVIS; CHILDRESS, 1986, § 15.2).

Sin perjuicio de claros ejemplos que cita la doctrina (MAIRAL, 2021, 635), incluyendo la generalizada revisión *de novo* cuando los procedimientos de determinación de los hechos por la agencia resultan inadecuados (BENDOR; YADIN, 2019, p. 377), es ilustrativo el supuesto de 8 U. S. C. § 1252(b)(5)(B), sobre revisión judicial de órdenes de expulsión. Dicha norma, con sano criterio establece que, si el peticionante alega ser un nacional de los Estados Unidos, y la corte de apelaciones resuelve que se presenta una genuina cuestión fáctica en punto a la nacionalidad del peticionante, esa corte transferirá el procedimiento a la corte de distrito de los Estados Unidos correspondiente al distrito judicial en el cual el peticionante reside para una nueva audiencia sobre el reclamo de nacionalidad y una decisión sobre tal reclamo “como si la acción hubiera sido iniciada ante la corte de distrito [...]”

⁶³ La ley expresamente tiene que permitir que se juzgue *de novo*. El silencio o ambigüedad de la ley se entenderá como negativa (CASS; DIVER; BEERMANN, 1994, p. 185). En igual sentido, Davis (1988, p. 475).

IV.2.B.3 “CLARO ERROR” O “CLARAMENTE ERRÓNEO”

Segundo, tendría que haber un mínimo respeto o deferencia por parte de un Tribunal Judicial revisor cuando opere el estándar de “claro error” o estándar de lo “claramente erróneo.” Esta es la clase de error que crea una firme convicción en el juzgador acerca de dicho error.⁶⁴ Sin embargo, se debate si este estándar, propio del régimen de apelación civil bajo la regla 52(a) de las respectivas Reglas Federales de Procedimiento Civil y hábil para revisar con escasa deferencia las determinaciones fácticas de la *trial court* (ampliar en RUBIN, 2003, p. 128), se aplica a la revisión de las determinaciones fácticas de una agencia.⁶⁵ Alternativamente, se aplicaría el estándar de razonabilidad o “evidencia sustancial” previsto en la *APA*.

IV.2.B.4 EVIDENCIA SUSTANCIAL O RAZONABILIDAD

Tercero, el estándar de razonabilidad o de “evidencia sustancial,”⁶⁶ y sus especies, *rational basis review* y *hard look doctrine*,⁶⁷ presenta mínima deferencia. Este estándar opera tanto para revisar decisiones de un jurado como para revisar ciertas decisiones de la agencia administrativa.

⁶⁴ *U.S. v. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364 (1948) 394-395: bajo las *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 52(a), un hallazgo fáctico, por parte del *trial court*, es ‘claramente erróneo’ cuando, si bien hay evidencia para sustentarlo, el Tribunal Judicial revisor, ante la evidencia toda, queda con la convicción definitiva y firme de que se cometió un error.

⁶⁵ A favor de su aplicación para hechos históricos y hechos que producen hechos finales generadores de principios, Louis (1984, p. 1001 y sus citas). En contra, pues solo se aplicaría a los hallazgos fácticos de jueces y magistrados: Davis (1988, p. 471); Rugg (2019, p. 3), quien propicia la aplicación del estándar de “evidencia sustancial,” que enseguida recordaremos.

⁶⁶ Originado ya en *U. S. v. Union Pacific R. Co.*, 226 U. S. 61 (1912) 84, en el cual se afirmó: “esta Corte declaró que se debe dar, a la ley, una interpretación razonable,” criterio posteriormente recogido en la *APA*.

⁶⁷ *Motor Vehicle Manufacturers Association of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983), en el cual se sostuvo que la Corte de Apelaciones había errado al no “intensificar el margen de su revisión con base en su lectura de los hechos legislativos.”

En el caso del jurado, el margen para la revisión de sus determinaciones fácticas es muy estrecho y el veredicto quedará incólumne, salvo no haya “evidencia sustancial” que lo respalde.⁶⁸ En el caso de la agencia, este estándar podrá conllevar menos o más deferencia que en un litigio civil (DAVIS, 1988, 478), y será hábil para la obtención de la revisión del accionar “formal” de la *agency*, es decir, el que se produce luego de una audiencia formal que conste en el expediente. La revisión bajo el estándar de “evidencia sustancial,” originariamente previsto en una antigua ley,⁶⁹ está consagrado en *APA* § 706(2)(E), y se aplica tanto a las *adjudications* formales como a los *rulemakings* formales. Esa aplicación, a su vez, exige distinguir entre dos supuestos, que hacen a cómo llegó la agencia a su decisión, y a otros factores:

- primero, si la agencia administrativa actuó con apego a los usos de los órganos judiciales, el estándar de “evidencia sustancial” operará como si fuera el estándar de “claro error.” (DAVIS, 1988, p. 471);⁷⁰
- segundo, si la agencia actuó de otra manera, el Tribunal Judicial revisor será deferente hacia el conocimiento especializado (*expertise*) de aquélla, la complejidad de los asuntos debatidos ante ella en sede administrativa, la claridad de las leyes que fijan los deberes de la agencia, entre otros extremos, y aplicará este estándar como si estuviera revisando las determinaciones que efectúe un jurado, cuyo

⁶⁸ *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979) 319: La cuestión relevante es si, luego de revisarse la evidencia bajo la luz más favorable a la acusación, cualquier juzgador racional de los hechos hubiera hallado los elementos esenciales del crimen más allá de una duda razonable.

⁶⁹ Ley de la *Federal Trade Commission* de 1914, 38 Stat. 719 (1914), sección 5 (c): “cualquier persona, sociedad o Sociedad anónima a la que la Comisión le ordene cesar y desistir de emplear cualquier método de competencia o accionar o práctica puede obtener la revisión de tal orden en la Corte de Apelaciones de Circuito de los Estados Unidos [...] interponiendo [...] una petición por escrito. [...] La Comisión, en el acto, certificará y presentará, ante la corte, una transcripción de todo el expediente [...]. Las determinaciones con respecto a los hechos, en tanto respaldadas por evidencia, serán concluyentes.”

⁷⁰ En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

veredicto será confirmado salvo que –como vimos–, no medie evidencia sustancial para sustentarlo (DAVIS, 1988, p. 471).⁷¹

La Suprema Corte, en su momento, definió a la “evidencia sustancial” como “más que un mero resplandor [*scintilla*];” agregó que “significa tal evidencia relevante como la que una mente razonable aceptaría como adecuada para respaldar una conclusión.”⁷² Sin duda, la definió mediante una fórmula aplicable al veredicto de un jurado. La doctrina administrativista, por su parte, se sugirió que, en lugar de “mente razonable,” se utilizara el criterio de “mente razonante.”⁷³ Con posterioridad a la sanción de la *APA*, la Suprema Corte visualizó a la evidencia con mayor amplitud, y afirmó que, en una investigación, en sede administrativa, se debe conferir peso adecuado tanto a la prueba a favor de una alegación como a la prueba en contra de ella, y que son inválidas las decisiones adoptadas sin tomar en consideración “toda la evidencia,” tanto incriminatoria como exculpatoria, contenida en el registro o expediente administrativo.⁷⁴

IV.2.B.5 “ARBITRARIEDAD Y CAPRICHO”

Cuarto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia, del Tribunal Judicial revisor hacia el accionar de la agencia, cuando, bajo *APA* § 706(2)(A),⁷⁵ medie “arbitrariedad y capricho,” o,

⁷¹ En similar sentido, Rugg (2019) y su remisión a Davis (1988).

⁷² *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U. S. 197 (1938) 229, caso en que la Suprema Corte encaró la duda planteada por el caso diciendo: “Coincidimos en que la ley, al establecer que ‘las determinaciones del *Board* con respecto a los hechos, en tanto sustentadas en evidencia, serán concluyentes’ significa sustentadas en evidencia sustancial.”

⁷³ “Razonante a partir de la evidencia,” (JAFPE, 1965, p. 596).

⁷⁴ *Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board*, 340 U. S. 474 (1951) 488.

⁷⁵ En rigor, 5 U. S. C. § 706(2)(A) contiene 4 supuestos distintos: accionar “arbitrario,” “caprichoso,” “abuso de discrecionalidad,” y “de cualquier otro modo no de conformidad con el Derecho.” Pero se lo suele ver bajo el rótulo genérico de “arbitrariedad.” Alguna vez sostuvo, el entonces juez Scalia, que era una

simplemente, “arbitrariedad,” y su especie, “claro error de juicio” o *clear error judgement*.⁷⁶ Éste último no tiene que ser confundido con el “claro error” antes reseñado, del cual constituiría una especie, y resultaría, por ende, más limitado (conf. RUBIN, 2003, p. 127, n. 143, y sus citas).

El estándar de “arbitrariedad” se aplica para el accionar “informal” de la agencia, sean *adjudications* o *rulemakings*, cuando no hay audiencia en el expediente administrativo o, directamente, no hay expediente administrativo. Se diferencia del anterior estándar, de razonabilidad o “evidencia sustancial,” en razón de qué es lo que el Tribunal Judicial revisor controla. Bajo el test de razonabilidad o “evidencia sustancial,” el Tribunal Judicial revisor se centra en la prueba y revisa:

- i. cómo la agencia evaluó la evidencia (“toda” la evidencia del expediente, como vimos al final del acápite precedente); y
- ii. cómo aplicó la evidencia al decidir. En cambio, en el estándar de “arbitrariedad y capricho.”

El Tribunal Judicial revisor se centra en la decisión misma y controla:

- i. la justificación de esa decisión por parte de la agencia;
- ii. si esa decisión puede ser lógicamente inferida a partir de la evidencia.

Originariamente empleado en forma ciegamente deferente,⁷⁷ lo cual es llamativo en el marco de procedimientos informales, este

suerte de “cajón de sastre”, conf. *Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors*, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984). Sin perjuicio de ello, aquí diferencio el “abuso de discrecionalidad” en razón del tipo de accionar administrativo que supone.

⁷⁶ Originado en *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, cit. en nota al pie 34.

⁷⁷ *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U. S. 176, 185 (1935), con cita de *Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin*, 293 U. S. 194, 209 (1934).

estándar, de “arbitrariedad y capricho” ha sido moldeado por la práctica judicial; la jurisprudencia ha ido exigiéndoles, a las agencias, que produzcan un expediente en el que consten las “bases” de su decisión, lo cual ha permitido que quien solicite la revisión acuda, no al estándar de “arbitrariedad y capricho,” sino al de razonabilidad o “evidencia sustancial,” que conlleva una menor deferencia (DAVIS, 1988, 480).

IV.2.B.6 ABUSO DE DISCRECIONALIDAD

Quinto, habrá, comparativamente, sólo una cierta deferencia cuando medie el “abuso de discrecionalidad” de *APA* § 706(2)(A): el estándar toma por sentado que podrá haber decisiones discrecionales bajo la ley aplicable porque ésta habilita para ello, y el litigante tendrá que demostrar que se configuró un “abuso” o exceso de discrecionalidad.

Nuevamente, resultará ilustrativo acudir al modelo de la apelación judicial respecto de la decisión de una *trial court*. Se ha definido a este estándar como “el error llano, la discrecionalidad ejercida en pos de un fin no justificado por la evidencia, un fallo que es claramente contrario a la lógica y efectos de los hechos tal como son determinados.”⁷⁸ En sede judicial, en ocasión del *trial*, el juez toma decisiones regladas, y decisiones discrecionales. Éstas últimas pueden incluir instrucciones al jurado; admisión o inadmisión de pruebas; concesión o denegación de peticiones las partes, entre otros supuestos.⁷⁹ En ocasión de la apelación, se suelen respetar estas decisiones discrecionales en razón del posicionamiento del juez respecto del caso. Pero se verificará un “abuso” de discrecionalidad cuando la corte de distrito no aplique el Derecho correcto o apoye su decisión en una

⁷⁸ *Rabkin v. Oregon Health Sciences University*, 350 F.3d 967, 977 (9th Cir. 2003). Ver también: *In re Korean Air Lines Co., Ltd.*, 642 F.3d 685, 698 n.11 (9th Cir. 2011).

⁷⁹ Ver, por ej., *U.S. v. Walrath*, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003). Ver *Federal Criminal Procedure Code*, Regla 30.

determinación fáctica claramente errónea;⁸⁰ cuando la corte de distrito falle en forma irracional;⁸¹ cuando la corte de distrito incurra en error de Derecho;⁸² cuando la corte de distrito interprete erróneamente una ley⁸³ o apoye su decisión en una visión errónea del Derecho;⁸⁴ cuando el expediente no contenga evidencia alguna para sustentar la decisión de la corte de distrito.⁸⁵ Además, se revocará la decisión y se devolverá el caso a la *trial court* para ulteriores determinaciones cuando ésta no haya considerado todas las opciones disponibles, no haya considerado factores relevantes, o haya considerado factores irrelevantes. También podrá haber revocación y devolución si del expediente no surgiera, en forma adecuada, el razonamiento empleado por el juez para arribar a su decisión discrecional.

En la *APA* la expresión “discrecionalidad” aparece en más de una ocasión. Comparemos, por ejemplo, 5 U. S. C. § 701 (a) (2), que veda la revisión judicial de materias confiadas a la discrecionalidad de la agencia, y 5 U. S. C. § 706 (2) (A), que habilita la revisión judicial cuando medió un “abuso” de discrecionalidad. Podría, en este contexto inferirse que resultarían aplicables, a este último supuesto y *mutatis mutandi*, las causales generadoras de la configuración del “abuso” enumeradas en el párrafo precedente.

⁸⁰ Ver *Jeff D. v. Otter*, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011) y su cita de *Casey v. Albertson's Inc.*, 362 F.3d 1254, 1257 (9th Cir. 2004).

⁸¹ Ver *Chang v. United States*, 327 F.3d 911, 925 (9th Cir. 2003); *Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California*, 618 F.3d 1066, 1084 (9th Cir. 2010), en el que se concluyó que la corte de distrito no había fallado de forma irracional.

⁸² Ver *Koon v. United States*, 518 U.S., 81 (1996) 100: Una corte de distrito, por definición, abusa de su discrecionalidad cuando incurre en un error de Derecho. Ver, asimismo, *Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration*, 635 F.3d 1135, 1137 (9th Cir. 2011), con cita de *Koon; Forest Grove School Dist. v. T.A.*, 523 F.3d 1078, 1085 (9th Cir. 2008), aplicando *Koon; United States v. Martin*, 278 F.3d 988, 1001 (9th Cir. 2002), aplicando *Koon*.

⁸³ *United States v. Beltran-Gutierrez*, 19 F.3d 1287, 1289 (9th Cir. 1994).

⁸⁴ *Richard S. v. Dep't of Dev. Servs.*, 317 F.3d 1080, 1085-86 (9th Cir. 2003). Ver, asimismo: *Fox v. Vice*, 563 U.S. 826 (2011), 832 (2011), en el cual se reconoce que la *trial court* tiene amplia discrecionalidad cuando, “pero sólo cuando, juega por las reglas correctas.”

⁸⁵ *Oregon Natural Res. Council v. Marsh*, 52 F.3d 1485, 1492 (9th Cir 1995).

En la práctica, parecería haber mayor deferencia comparativa hacia la *agency* que hacia la *trial court*. Ello podría vincularse con que el Tribunal Judicial revisor –en la especie, corte de apelación– no posee el conocimiento especializado de la agencia, por lo que no podrá evaluar fácilmente cómo la agencia empleó la discrecionalidad (DAVIS, 1988, p. 480-481; RUGG, 2019, p. 4-5). Sin embargo, en ocasiones, ciertos accionares de las agencias han sido considerados no exentos de revisión judicial aun cuando parecían tipificar en 5 U. S. C. § 701 (a) (2): someter a censo, materia no confiada a la discrecionalidad de la agencia quien no puede, según su libre albedrío censar o no; la recisión de un programa de acción afirmativa de alivio para niños inmigrantes.⁸⁶ En ambos casos se halló sustento en la razonabilidad a efectos del análisis de la decisión discrecional y el eventual abuso de discrecionalidad.

IV.2.B.7 VEDA DE REVISIÓN JUDICIAL

Por último, cuando la ley formal vede la revisión judicial, se configurará un máximo de respeto o deferencia del Tribunal Judicial revisor hacia la agencia. Aunque ello pueda parecer llamativo, existen leyes, en Estados Unidos, que no permiten la revisión de cierto accionar de la agencia. Un ejemplo de tal supuesto es el de las determinaciones de beneficios dispuestas por la Administración de Veteranos pre-1989, las cuales se hallaban regladas en una ley que no establecía la revisión judicial. El beneficiario debía ineludiblemente aceptar la suma fijada (lo cual, se argüía, brindaba seguridad presupuestaria). Tal política legislativa fue posteriormente modificada.⁸⁷

⁸⁶ Respectivamente, *Department of Commerce et al. v. New York et al.*, 588 U. S. ____ (2019); y *Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al.*, 591 U. S. ____ (2020).

⁸⁷ Ver *Johnson v. Robinson*, 415 U. S. 361, en 365 (1974), revisándose una ley, 38 U. S.C. s. 211(a), que expresamente vedaba la revisión judicial de las decisiones del Administrador de la Administración de Veteranos. Ahora, estas irrevisibilidades no parecen ser definitivas: la ley de beneficios para veteranos citada se modificó en 1988, estableciéndose la revisión judicial de ciertas decisiones

Otro supuesto de veda de revisión judicial por parte de cierto órgano judicial revisor en particular se verifica cuando el decisorio judicial podría contradecir la intención del Legislador, cual sería el caso de que se interrumpa o impida el fluido funcionamiento de un marco regulatorio complejo.⁸⁸

¿Son absolutas las vedas de revisión judicial? Consideremos el caso de la CRA o *Congressional Review Act*. Esta ley habilita al Congreso estadounidense para aprobar la abrogación de una *rule* emitida por una agencia federal, sin alcanzar el accionar del Presidente, es decir, sus órdenes ejecutivas y demás directivas, las cuales se hallan fuera de su ámbito de aplicación. La CRA constituye una de las herramientas con las que cuenta para controlar el accionar de las agencias federales, y ello se engarza con el esquema de leyes que, al crearlas, delegan, en ellas, competencias. Sancionada en 1996, la CRA propició que, por resolución conjunta de ambas Cámaras, se dejen sin efecto una *rule* en 2002-2002; 16 *rules* en 2017-2018; 3 en 2021-2022. Pues bien, la sección 805 de la CRA ley establece que, bajo ella, ninguna determinación, hallazgo, accionar u omisión podrá ser sujeto a revisión judicial (5 U. S. C. § 805). ¿Cómo se ha interpretado tal máxima restricción? Se la ha interpretado en el sentido de que no es absoluta, vedando el reclamo sobre la conformidad con la CRA, pero permitiendo la impugnación constitucional de la resolución conjunta de desaprobación emitida bajo dicha ley.⁸⁹

finales de la Administración. Esto prueba el diálogo entre las ramas Judicial y Legislativa y las consecuentes enmiendas legislativas de conformidad con las decisiones judiciales.

⁸⁸ Ver *Block v. Community Nutrition Inst.*, 467 U.S. 340, en 346-347 (1984). Además, la revisión judicial puede ser vedada en una corte en particular si la ley establece que un esquema íntegro que derive la revisión judicial hacia una corte en particular en determinadas circunstancias. *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*, 510 U.S. 200, en 208-209 (1994); *Elgin v. Department of Treasury*, 567 U. S. 1, en 12-18 (2012). Cit. en: Cole (2016).

⁸⁹ *Center for Biological Diversity v. Bernhardt*, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019), esp. 561. Cit. en: Carey et al. 2021, 25, n. 148.

En general, ante leyes que vedan la posibilidad de revisión judicial, cuando se impugna con bases constitucionales, el Tribunal Judicial revisor leerá las normas excluyentes de la revisión de modo tal que se preserve su rol como órgano encargado del control de constitucionalidad.⁹⁰ De tal modo, se apuntará a que no se sacrifique tan trascendente rol.

V SUPUESTO DE “AGENCIAS INDEPENDIENTES”

De conformidad con 5 U. S. C. § 701 (b)(1), se halla comprendida en la noción de agencia administrativa “*cada autoridad del Gobierno de los Estados Unidos,*” (con exclusión, como vimos en la sección II, entre otros, al Presidente y a las cortes de justicia).⁹¹ Esas autoridades administrativas –que pueden denominarse agencias (*agencies*), comisiones (*commissions*), organismos (*boards*) o departamentos (*departments*)– no existirán si no hay ley previa del Congreso que las cree y les delegue competencias.

Algunas *agencies* son “*comisiones reguladoras*” que cuentan con un directorio colegiado, independiente, cuyos miembros sólo pueden ser exonerados por justa causa y, por ende, se las suele llamar “*independent agencies*” o “agencias independientes.”⁹² Las mismas, distinguibles por su campo de acción regulatoria, se hallan enumeradas en la *Paperwork Reduction Act* o ley de reducción del trabajo en soporte papel, de 1995 y comprenden, por ejemplo, a la

⁹⁰ Ver *McNary v. Haitian Refugee Center, Inc.*, 498 U.S. 479, en p. 498 (1991), en el que se afirmó que una veda de revisión judicial de fuente legal formal no impide que el Tribunal Judicial revise impugnaciones constitucionales a la conducta de la agencia; *Johnson v. Robison*, 415 U.S. 361, en p.367 (1974), en el que se sostuvo que una disposición legal formal que veda la revisión judicial no impide que los Tribunales Judiciales entiendan en impugnaciones constitucionales a la ley. Cit. en: Cole (2016).

⁹¹ Ver notas al pie 10 y 11 y texto correspondiente.

⁹² Ver *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U. S. 477, en p. 483 (2010), conforme al cual el Congreso puede, bajo ciertas circunstancias, crear agencias independientes administradas por funcionarios principales nombrados por el Presidente, a quienes el Presidente puede remover según su libre voluntad, pero sólo por una causa justificada (*good cause*).

Agencia Federal Reguladora de la Energía o la Comisión Federal de Comunicaciones.⁹³ Con capacidad de síntesis, Verkuil explica que la independencia de estos reguladores se basa en tres recaudos de fuente legal formal: el requisito de nombramiento bipartidario; el requisito de servir por períodos fijos; y el requisito de remoción limitada a causas expresamente previstas (VERKUIL, 1988, p. 259; VERGARA BLANCO, 2017, p. 51). Se concretará, así, la independización respecto del poder político, asegurándose un alejamiento respecto de las “decisiones puramente políticas.” (VERGARA BLANCO, 2017, p. 47 y 49). Esas tres características serán las que diferencian al miembro del *board* o directorio de una de ellas, por un lado, y un funcionario de la rama ejecutiva, por el otro.

En lo que aquí interesa, si se considera su quehacer, que es “determinar algunos estándares técnicos y dirigir procedimientos en su materia; o sea, tareas eminentemente técnicas” (VERGARA BLANCO, 2017, p. 48), advertiremos que:

- i. la “independencia” incidirá en las determinaciones fácticas que efectúen en el marco de procedimientos llevados adelante ante ellas;
- ii. tal competencia se vinculará, a su vez, con el juicio “experto” o técnicamente especializado del que harán uso al efectuar esas determinaciones fácticas.

En cierto modo, si se tienen en cuenta –entre otros extremos localizables en la instancia de creación de estas agencias por parte del Congreso– los variables y crecientes cúmulos de información requeridos para las tomas de decisión, se concluirá en que su razón de ser radica, al menos, en la eficiencia. En efecto, en lugar de que el Congreso tenga que aprobar el texto legislativo y, además, legislar en detalles propios de una reglamentación especializada –con el *enforcement* o ejecución de su cumplimiento en cabeza de la rama

⁹³ *Paperwork Reduction Act*, 44 U. S. C. 3501 et seq., § 3502 (5).

Judicial, la cual compelerá ese cumplimiento sobre una base caso por caso—, las agencias independientes logran que se obtenga el mismo resultado, pero a un menor costo. Así, a partir de su creación, y en tanto habilitadas por la ley formal, dictan reglas o *rules* proveyendo los detalles propios de esa ley formal, y resuelven *adjudications* y *licencings*. En suma, se las creó y se las crea para que se facilite —se eficiente, en rigor— la función de gobierno.

Renglón aparte merecen las denominadas “*agencias ejecutivas*” o “agencias del Ejecutivo,” o “de la rama Ejecutiva” (*executive agencies*) que operan bajo la dirección de un solo administrador que cumple las órdenes o instrucciones del Presidente. Estas agencias ejecutivas se hallan ubicadas dentro de órganos liderados por miembros del Gabinete del Presidente. Por ejemplo, la *National Highway Traffic Safety Administration*, o administración nacional de seguridad del tránsito en las autopistas, funciona en el *Department of Transportation* o ministerio de transporte. A todo evento, tanto esa administración nacional como este ministerio son “agencias administrativas.”

V.1 LA AGENCIA INDEPENDIENTE COMO DELEGATARIA

Como vimos, la agencia administrativa es “delegataria” o “delegada” del Congreso. Ha dicho la Suprema Corte estadounidense que una agencia federal “literalmente no tiene poder alguno [...] salvo que y hasta tanto el Congreso le confiera poderes.”⁹⁴ Ahora, la forma en que se visualizará —sobre todo en sede judicial— esa delegación legislativa, no prevista en la Constitución estadounidense, pero tradicionalmente reconocida y convalidada constitucionalmente salvo las célebres excepciones producidas en el *New Deal* (ampliar en BIANCHI, 1990, p. 82-86), tomará en cuenta el reparto constitucional de competencias; en particular, el deber, en cabeza del Presidente, de velar por que las leyes sean “fielmente ejecutadas” bajo el Artículo

⁹⁴ *Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission*, 476 U. S. 355, en p. 374 (1986).

II de la Constitución en el marco de lo que conocemos como “*Take Care Clause*,” caso contrario, se producirá agravio a la doctrina de la separación de poderes.

V.2 LA LEY DELEGANTE COMO MEDIDA DE EXPOSICIÓN AL CONTROL JUDICIAL

La ley creadora de la agencia, además de conferirle competencias, podrá fijar estándares y condiciones para la revisión judicial; establecer cuándo habrá revisión judicial *de novo*; qué hechos, determinados en sede administrativa, podrán o no podrán ser revisados por el Tribunal Judicial revisor.⁹⁵ En otras palabras, será el legislador congresional mismo el que decidirá cuán pasible de revisión judicial será el accionar de la agencia, protegiéndolo o exponiéndolo al escrutinio de los magistrados. Y en caso de que la ley formal no establezca esos criterios, se aplicarán los de la *APA*. Asimismo, si el Congreso hubiere omitido especificar cuál será la corte federal que ejercerá la revisión judicial, entenderá una corte de distrito de conformidad con 28 U. S. C. § 1331.

V.3 MODULACIONES DE LA REVISIÓN JUDICIAL DEL ACCIONAR DE AGENCIAS ADMINISTRATIVAS “INDEPENDIENTES” Y “EJECUTIVAS”

No se podría negar que es necesario que las decisiones de la agencia administrativa independiente sean pasibles de control jurisdiccional (VERGARA BLANCO, 2017, p. 50). La revisión judicial del accionar de la agencia administrativa independiente, entiendo, puede verse como orientada por los dos extremos mencionados al inicio de esta sección: independencia y *expertise* o especialidad. Ambos componentes aparecerían hábiles para proveer una suerte de “blindaje” respecto de las decisiones de la agencia

⁹⁵ Respectivamente, pueden verse: *Food Stamp Act* de 1964, § 13, con su régimen de revisión judicial *de novo* por parte de una corte de Distrito, y la *Surface Mining Control and Reclamation Act* de 1977, § 526 (a)(2)(b).

independiente, ante la revisión judicial. Sin embargo, esa protección debería ser armónica no solo con su *expertise* sino, en especial, con su independencia.⁹⁶ En punto a ello, entiendo que no podría ser igual esa protección en el supuesto del accionar de una agencia reguladora independiente, que en el supuesto del accionar de una agencia ejecutiva, de marcada menor independencia respecto de los decisores políticos. A todo evento, más allá de la eficiencia que se quisiera lograr colocándose institucionalmente a la agencia en una posición de mayor o de menor independencia, esa finalidad debería armonizarse con el innegable derecho a la revisión judicial dada la máxima imparcialidad que asegurará.

En una investigación con firmes bases en la Economía y el Derecho se llegó a la conclusión de que, sobre 568 leyes reglando en materia de revisión judicial entre 1947 y 2016, 55 leyes la excluyen; y otras 46 la excluyen dadas ciertas condiciones (McCANN; SHIPAN; WANG, 2021, p. 92). ¿Ocurre lo mismo en el específico supuesto de las agencias independientes y de las agencias dependientes del Ejecutivo? ¿Se amplía la “base de revisión judicial” si la agencia es menos independiente a fin de que el Tribunal Judicial revisor sofrene al Ejecutivo? ¿O se verifica un supuesto distinto, en el que el Tribunal Judicial revisor sofrena o recorta la independencia de la agencia independiente?

La investigación citada, liderada por Pamela McCann y coautores, propicia la siguiente lectura de los datos que analiza: una mayor independencia de la agencia coincidirá con más posibilidades de revisión judicial. Se evita, de ese modo, que la agencia independiente alcance una suerte de independencia extrema. La agencia independiente pasa, entonces, de ser controlada por la Política, a ser controlada por la Justicia.

⁹⁶ Cobran relevancia, en este aspecto, entiendo, la fortaleza de la independencia y especialidad más allá de las políticas partisanas coyunturales; la aplicación de las salvaguardas procedimentales que brinda la ley, con su presupuesto de imparcialidad; las modulaciones propias de la materia que motivara el accionar administrativo; la especialización y la profesionalización.

También varía el margen de revisión según las características específicas de la agencia independiente y cuánto según querrá el Congreso exponerla al escrutinio judicial en la letra de la ley (McCANN; SHIPAN; WANG, 2021, p. 33). Todo ello brindaría los consecuentes diversos grados de exposición a la revisión judicial. Por cierto, si, a mayor independencia respecto del Ejecutivo, mayor control judicial, ello no excluirá el control político congresional, más intenso también cuanto más independiente sea la agencia,⁹⁷ lo cual se condice con el hecho de que son independientes del Poder Ejecutivo, pero no del Congreso que las crea e insufla competencias.

Finalmente, en punto a la revisión del accionar de estas agencias, se aplicarían los lineamientos ya recordados en la sección IV del presente. Interesa poner de resalto que los autores, por su parte, se han pronunciado a favor de que el accionar regulatorio quasi judicial, como ser la interpretación de leyes regulatorias y la aplicación de sanciones, sean revisadas, por el Tribunal Judicial revisor, en forma plenaria o *de novo* (BENDOR; YADIN, 2019, p. 378). También aseguran que, si bien las reglas o *rules* son revisadas por los jueces bajo la *APA*, § 701-706 a fin de determinar su conformidad con la ley formal, la Constitución y los procedimientos de la *APA*, el sistema dista de ser perfecto (ROSE-ACKERMAN, 2022, esp. sección 3). La jurisprudencia, por su parte, en ocasiones, al encarar el caso, abandona el criterio general de escudriñar inicialmente la delegación legislativa efectuada a favor de la agencia, para identificar si hay “clara autorización congresional” a favor de ella.⁹⁸ También considera que la imposición de sanciones se revisa si mediare abuso de discrecionalidad⁹⁹ y se las deja sin efecto si no están previstas en la ley o justificadas por los hechos.¹⁰⁰

⁹⁷ Strauss (1984, p. 592), quien recuerda que, como dijo un anterior Director de la Federal Trade Commission, las agencias independientes no tienen una línea telefónica directa con la Casa Blanca; están, ante el Congreso, sin protección. Cit. en Emerson (2022, p. 416).

⁹⁸ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____ (2022).

⁹⁹ *Saberi v. Commodity Futures Trading Commission*, 488 F.3d 1207, en p. 1215 (9th Cir. 2007)

¹⁰⁰ *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. ____ (2022).

Chevron fue socavado todas las veces en que la Suprema Corte, reivindicando su rol constitucional en el *judicial review*, soslayó su aplicación en casos que claramente clamaban por ella (PIERCE JUNIOR, 2022). Puede haber incidido, en esta sana actitud, la actuación congresional aprobando, en forma sectorial, el abandono de la correspondiente doctrina (Ley cit. n. 44). Se advierte igual temperamento en proyectos de ley de modificación del margen de revisión judicial de la APA.¹⁰¹ Hoy, después de *Loper Bright* y *Relentless*, de Junio de 2024, bien podemos celebrar la recuperación de espacio decisorio en cabeza del órgano judicial en punto al ejercicio de la revisión judicial, de claro linaje constitucional.

VI REFLEXIONES FINALES

Al inicio del presente, me preguntaba acerca de la pertinencia de este trabajo atento las características únicas que perfilan el régimen respectivo en Estados Unidos.

Puedo decir que el desarrollo efectuado me permitió refrescar una visión sobre la experiencia estadounidense, en el nivel federal, con base en tres puntos de vista sobre un mismo objeto, y las tres faces resultantes. La faz administrativa permite reparar en las particularidades de la APA, entre las que se destacan los alcances subjetivos (y sus exclusiones), la figura del denominado “juez de Derecho administrativo” o ALJ y su legendaria independencia, y, en general, los alcances objetivos de aquella ley (sección II).

¹⁰¹ *Separation of Powers Act (SOPRA)*, que requeriría que los Tribunales Judiciales revisores examinen “*de novo* las cuestiones relevantes de derecho, incluyendo la interpretación de las previsiones constitucionales y legales formales efectuadas por las agencias.” *Regulatory Accountability Act*, S. 3208, que requeriría que los Tribunales revisores judiciales tomen en consideración factores adicionales, tales como la profundidad y validez del razonamiento efectuado por la agencia, al efectuar la determinación de cuánto incidirá la interpretación efectuada por la agencia respecto de su propia *rule*. Ver Scheffner (2020, hojas 3-4).

La faz congresional repara en la “piedra fundamental” del sistema: el apoyo en clásicos cánones de la revisión judicial que permite el establecimiento de una presunción de revisión judicial del accionar administrativo (sección III).

La sección IV se centra en la revisión judicial de ese accionar en su faz judicial, considerando presupuestos que tengo por esenciales, tales como la forma en que se hallan organizados los Tribunales Federales estadounidenses y la ubicación de la agencia como litigante, para converger en una sucinta propuesta de sistematización de actitudes del órgano judicial según el menor o mayor respeto que el accionar administrativo amerite por parte del Tribunal Judicial revisor. Se destaca, en ese firmamento, la influencia del modelo revisor en grado de apelación, tal que el órgano judicial visualiza a la decisión de la agencia como si fuera la de una instancia (judicial) anterior.

El estudio de la faz judicial, con una revisión judicial teñida por el modelo de la revisión en grado de apelación, parecería suficiente para convencernos de que, efectivamente, estamos ante una materia, del Derecho comparado, estadounidense en la especie, incomparable, si se quiere; en especial, en vistas de los presupuestos de organización judicial federal en aquella Nación. Tributan, a esa incomparabilidad, un complejo de instituciones que insertan al régimen reseñado en un medio muy preocupado por no solo por la eficiencia sino por la eficacia de la actuación de la agencia.¹⁰²

La *APA* fija procedimientos formales y permite procedimientos informales, éstos últimos constituyen la regla y no

¹⁰² Entre esas instituciones, podemos tener en cuenta las *Sunset Laws*, que pueden fijar la fecha de extinción de una agencia o incluso darla por extinguida si no puede probar periódicamente su eficacia. Se suma la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, que desde 1964 estudia problemas de la Administración, y en ella están representadas las agencias reguladoras independientes (*independent regulatory commissions*) y los ministerios o *departments*. El Presidente puede controlar el presupuesto de las agencias y reorganizarlas. La *APA* inspiró la *Uniform APA (Model State APA)*, modelo para los estados, y en su momento 27 estados la adoptaron sin más.

requieren audiencia, al tiempo que el particular sabrá que si solicita un procedimiento formal eventualmente habrá una etapa de revisión judicial, con todos sus costos de litigación. El régimen de los *ALJs* presidiendo audiencias orales, que el público puede usualmente presenciar, aleja al procedimiento administrativo del mero trámite burocrático enderezado sólo a que se alcance el agotamiento de la vía administrativa (sección IV)

Por último, en la sección V vuelco algunas reflexiones propias de la revisión judicial de las decisiones de las agencias administrativas, sean “independientes,” o “ejecutivas.” El supuesto de agencias independientes se resuelve con énfasis en los cimientos de su independencia respecto del poder político, su conocimiento técnico, y los respectivos efectos en materia de revisión judicial, en el marco de un escenario jurisprudencial que nos muestra la defunción de la denominada “doctrina *Chevron*.” (sección V).

Para concluir, entiendo que trasladar, sin más, desde una visión iusadministrativa, el régimen de revisión del accionar por acción u omisión de la *agency* en Estados Unidos, en el orden federal, a un ordenamiento jurídico distinto, se erige en una operación no desprovista de riesgos. Ello, en tanto no se privilegie una necesaria consideración previa de los innumerables factores históricos e institucionales y asimetrías resultantes ínsitos en el punto de acometida. Sólo la consideración de estos permitirán el recurso a la experiencia aquí recordada, sea para investigar, argumentar, comparar, contrastar o –en fin– propiciar, ante los diversos foros, un mejor andamiaje para que los particulares obtengan, en sede judicial, la revisión del accionar de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

BARCZEWSKI, Benjamin (18-5-2023). *Chevron deference: A primer*. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44954>>.

BENDOR, Ariel; YADIN, Sharon. Regulation and the separation of powers. In: **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, Ed. University of Southern California Gould School of Law, v. 28, p. 357-385, 2019.

BIANCHI, Alberto. El control judicial bajo la doctrina de la deferencia. En: **Control de la administración pública: administrativo, legislativo y judicial**. 2. edición. Buenos Aires: Rap, 2009. p. 583-634.

BIANCHI, Alberto. **El juicio por jurados: la participación popular en el proceso**. Buenos Aires: Abaco, 1999.

BIANCHI, Alberto. **La delegación legislativa**. Buenos Aires: Ábaco, 1990.

BIANCHI, Alberto B. Un cambio significativo en la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el control judicial de los reglamentos administrativos (una referencia necesaria para el principio judicialista en la Argentina. Comunicación para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de 11-7-2024, En: **La Ley**, Buenos Aires, 2024 (en prensa).

BIANCHI, Alberto; SACRISTÁN, Estela. Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina. En: MANILI, Pablo L. (Dir.). **Derecho constitucional del siglo XXI: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi**. Buenos Aires: Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2020. p. 383-408.

CARBONELL PORRÁS, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CAREY, Maeve; DAVIS, Christopher (12-11-2021). The Congressional Review Act (CRA): frequently asked questions. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43992>>.

CARP, Robert; STIDMAN, Ronald. **The Federal Courts**. Washington (D.C.): Congressional Quarterly, 1998.

CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack. **Administrative law**. 2. ed. Boston: Little Brown, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. 2. Ed. Actual. Montevideo / Buenos Aires: BdeF, 2016.

COLE, Jared. (7-12-2016). An introduction to judicial review of Federal Agency Action. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R44699.pdf>>.

CUETO RÚA, Julio. El buen juez de primera instancia. En: **Revista Sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho / Universidad de Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 195-209, 2006.

DAVIS, Kenneth Culp; PIERCE, Richard. **Administrative law treatise**. t. III. Boston: Little Brown, 1994.

DAVIS, Martha S. A basic guide to standards of review. In: **South Dakota Law Review**, Vermillion (South Dakota), Ed. South Dakota Law School, v. 33, Issue 3, p. 469-483, 1988.

DAVIS, Martha S. Standards of review: judicial review of discretionary decisionmaking. In: **The Journal of Appellate Practice and Process**, Tucson (Arizona), Ed. University of Arizona James E. Rogers College of Law, v. 2, Issue 1, p. 47-84, 2000.

DAVIS, Martha S.; CHILDRESS, Steven Alan. Standards of review in criminal appeals: Fifth Circuit illustration and analysis. In: **Tulane Law Review**, Tulane (New Orleans), Ed. Tulane University Law School, v. 60, Issue 3, p. 461-561, 1986.

EDWARDS, Harry T.; ELLIOT, Linda A. **Federal standards of**

review: review of district court decisions and agency actions. third edition. [S. l.]: Thomson Reuters, 2018.

EMERSON, Blake. Liberty and democracy through the administrative state: a critique of the Robert's Court political theory. In: **Hastings Law Journal**, San Francisco (California), Ed. University of California College of the Law, v. 73, p. 371-436, 2022.

FRANK, Jerome. **Courts on Trial:** myth and reality in American Justice. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1949.

GAFFNEY, Jonathan M. (8-12-2020). Judicial review under the Administrative Procedure Act (APA), Washington D.C.: Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <https://www.everycrsreport.com/files/2020-12-08_LSB10558_babd79c50d2e4d559e06c1e0a31490db815f7558.pdf>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho administrativo:** obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 1.271-1.295.

JAFFE, Louis. **Judicial control of administrative action.** Boston: Little Brown, 1965.

LANDIS, James. **The administrative process.** New Haven: Yale University Press, 1938.

LOUIS, Martin. Allocating adjudicative decision making authority between the trial and appellate levels: a unified view of the scope of review, the judge/jury question, and procedural discretion. In: **North Carolina Law Review**, Chapel Hill (North Carolina), Ed. North Carolina School of Law, v. 64, 993-1.048, 1986.

LOUIS, Martin. Trial and appellate levels: unified view of the scope of review, the judge/jury question, and procedural discretion.

In: **North Carolina Law Review**, Chapel Hill (North Carolina), Ed. North Carolina School of Law, v. 64, p. 993-1.047, 1984.

McCANN, Pamela; SHIPAN, Charles R.; WANG, Yuhua. Measuring the legislative design of judicial review of agency actions. In: **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 39, p. 123-159, 2021.

MAIRAL, Héctor. **Control judicial de la administración pública**. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2021.

MERRILL, Thomas W. Marbury v. Madison as the first great administrative law decision. In: **John Marshall Law Review**, Chicago, Ed. John Marshall Law School, v. 37, Issue 4, p. 481-522, 2004.

MERRILL, Thomas W. Article III, agency adjudication, and the origins of the appellate review model of administrative law. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 111, p. 939-1.003, 2011.

MERRILL, Thomas W. The origins of American-style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). **Comparative administrative law**. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar, 2010. p. 389-414.

PIERCE JUNIOR, Richard J. Is Chevron deference still alive? In: *The Regulatory Review*, Pennsylvania, Ed. Penn Program on Regulation (University of Pennsylvania, July 14, 2022. Disponible en: <<https://www.theregreview.org/2022/07/14/pierce-chevron-deference/>>.

PIERCE JUNIOR, Richard J. What do the studies of judicial review of agency actions mean? In: **Administrative Law Review**, Washington, Ed. Washington College of Law, v. 63, Issue 1, p. 77-98, Winter 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Democracy and executive power: administrative policymaking in comparative perspective. In:

Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Madrid, Ed. Marcial Pons, v. 6, p. 155-182, 2022.

RUBIN, Edward. It's time to make the administrative procedure act administrative. In: **Cornell Law Review**, New York, Ed. Cornell Law School, v. 89, Issue 1, p. 95-190, November 2003.

RUGG, Julia. **Identifying and understanding standards of review**. Washington (D. C.): The Writing Center Georgetown University Law Center, 2019.

SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Abaco, 2007.

SCHEFFNER, Daniel (23-7-2020). Administrative law reform legislation in the 116th Congress. Washington (D.C.): Congressional Research Service, prepared for Members and Committees of Congress. Disponible en: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10523>>.

STRAUSS, Peter. The place of agencies in government: separation of powers and the fourth branch. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 84, p. 573-669, 1984.

TAWIL, Guido. **Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa**. t. II. Buenos Aires: [S. n.], 1993.

UNITED STATES. Department of Justice (2024). Introduction to the Federal Court System. U. S. Attorneys, Justice 101. Disponible en: <<https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts>>.

UNITED STATES. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Public Law 111-203).

UNITED STATES. Federal Rules of Civil Procedure, Regla 52(a).

UNITED STATES. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 30.

UNITED STATES. Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 719 (1914), sección 5.

UNITED STATES. Supreme Court. AMVAC Chemical Corp. v. EPA, 653 F.2d 1260 (9th Cir. 1981).

UNITED STATES. Supreme Court. Association of Data Processing Serv. Orgs. v. Board of Governors, 745 F.2d 677 (D.C. Cir. 1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Bank of America Corp. v. City of Miami, n.º 15-1111, slip opinion, p. 5 (Mayo 1, 2017).

UNITED STATES. Supreme Court. Block v. Community Nutrition Inst., 467 U.S. 340 (1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Borden's Farm Prods. Co. v. Baldwin, 293 U. S. 194 (1934).

UNITED STATES. Supreme Court. Bowen v. Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667 (1986).

UNITED STATES. Supreme Court. Cachil Dehe Band of Wintun Indians of the Colusa Indian Cmty. v. California, 618 F.3d 1066 (9th Cir. 2010).

UNITED STATES. Supreme Court. Califano v. Sanders, 430 U. S. 99 (1977).

UNITED STATES. Supreme Court. Casey v. Albertson's Inc., 362 F.3d 1254 (9th Cir. 2004).

UNITED STATES. Supreme Court. Center for Biological Diversity v. Bernhardt, 946 F.3d 553 (9th Cir. 2019).

UNITED STATES. Supreme Court. Chang v. United States, 327 F.3d 911 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

UNITED STATES. Supreme Court. Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

UNITED STATES. Supreme Court. Consolidated Edison Co. v. NLBR (1938).

UNITED STATES. Supreme Court. Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197 (1938).

UNITED STATES. Supreme Court. Curran v. Laird, 420 F.2d 122 (1954).

UNITED STATES. Supreme Court. Department of Commerce et al. v. New York et al., 588 U. S. ____ (2019).

UNITED STATES. Supreme Court. Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al., 591 U. S. ____ (2020).

UNITED STATES. Supreme Court. Elgin v. Department of Treasury, 567 U. S. 1 (2012).

UNITED STATES. Supreme Court. Evans v. Eaton Corp Long Term Disability Plan, 514 F.3d 315, 320 (4th Cir. 2008).

UNITED STATES. Supreme Court. Forest Grove School Dist. v. T.A., 523 F.3d 1078 (9th Cir. 2008).

UNITED STATES. Supreme Court. Fox v. Vice, 563 U.S. 826 (2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788 (1992).

UNITED STATES. Supreme Court. Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board, 561 U. S. 477 (2010).

UNITED STATES. Supreme Court. In re Korean Air Lines Co., Ltd., 642 F.3d 685 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).

UNITED STATES. Supreme Court. Jeff D. v. Otter, 643 F.3d 278 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Johnson v. Robinson, 415 U. S. 361 (1974).

UNITED STATES. Supreme Court. Johnson v. Robison, 415 U.S. 361 (1974).

UNITED STATES. Supreme Court. Koon v. United States, 518 U.S. 81 (1996).

UNITED STATES. Supreme Court. Lexmark, International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U. S. 118 (2014).

UNITED STATES. Supreme Court. Loper Bright Enterprises v. Raimondo and Relentless, Inc. v. Department of Commerce, 603 U.S. _____ (2024).

UNITED STATES. Supreme Court. Louisiana Public Service Commission v. Federal Communications Commission, 476 U. S. 355 (1986).

UNITED STATES. Supreme Court. Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555 (1992).

UNITED STATES. Supreme Court. Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 163 (1803).

UNITED STATES. Supreme Court. McNary v. Haitian Refugee Center, Inc., 498 U.S. 479 (1991).

UNITED STATES. Supreme Court. Mingo Legan Coal Co. v. EPA, 829 F.3d 710 (D.C. Cir. 2016) 718.

UNITED STATES. Supreme Court. Motor Vehicle Manufacturers

Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 463 U. S. 29 (1983).

UNITED STATES. Supreme Court. Munn v. Illinois 94 U. S. 113 (1877).

UNITED STATES. Supreme Court. Nelson v. State, 68 P.3d 402, 406 (Alaska Ct. App. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Oregon Natural Res. Council v. Marsh, 52 F.3d 1485 (9th Cir 1995).

UNITED STATES. Supreme Court. Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 U. S. 176 (1935).

UNITED STATES. Supreme Court. Pierce v. Underwood, 487 U. S. 552 (1988).

UNITED STATES. Supreme Court. Pullman-Standard v. Swint, 456 U. S. 273 (1982).

UNITED STATES. Supreme Court. Rabkin v. Oregon Health Sciences University, 350 F.3d 967 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Richard S. v. Dep't of Dev. Servs., 317 F.3d 1080 (9th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. Saberi v. Commodity Futures Trading Commission, 488 F.3d 1207 (9th Cir. 2007).

UNITED STATES. Supreme Court. Salve Regina Coll. v. Russell, 499 U.S. 225 (1991).

UNITED STATES. Supreme Court. Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

UNITED STATES. Supreme Court. Strauss v. Commissioner of the Social Security Administration, 635 F.3d 1135 (9th Cir. 2011).

UNITED STATES. Supreme Court. Thunder Basin Coal Co. v. Reich, 510 U.S. 200 (1994).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Beltran-Gutierrez, 19 F.3d 1287 (9th Cir. 1994).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Martin, 278 F.3d 988 (9th Cir. 2002).

UNITED STATES. Supreme Court. United States v. Nourse, 34 U. S. 8 (1835).

UNITED STATES. Supreme Court. Universal Camera Corp. v. National Labor Relations Board, 340 U. S. 474 (1951).

UNITED STATES. Supreme Court. U.S. v. Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948).

UNITED STATES. Supreme Court. U. S. v. Union Pacific R. Co., 226 U. S. 61 (1912).

UNITED STATES. Supreme Court. U.S. v. Walrath, 324 F.3d 966 (8th Cir. 2003).

UNITED STATES. Supreme Court. West Virginia v. EPA, 597 U. S. ____ (2022), del 30 de junio de 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. Whitney National Bank v. Bank of New Orleans, 379 U. S. 411 (1965).

UNITED STATES CODE. 5 United States Code § § 551-559.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 702.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 706.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 805.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 3105.

UNITED STATES CODE. 5 U. S. C. § 7521 (a).

UNITED STATES CODE. 28 U. S. C. § 651.

UNITED STATES CODE. 29 U. S. C. 160 (d).

UNITED STATES CODE. 38 U. S.C. s. 211(a).

UNITED STATES CONGRESS. House of representatives (15-3-2016). The Chevron doctrine: constitutional and statutory questions in judicial deference to agencies, Washington D. C.: U. S. Government Publishing Office, Hearing before the Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives One Hundred Fourteenth Congress, March 15, 2016, Serial n.º 114-68. Disponible en: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114hhr99454/pdf/CHRG-114hhr99454.pdf>>.

UNITED STATES CONGRESS. Regulatory Accountability Act, S. 3208.

UNITED STATES CONGRESS. Separation of Powers Restoration Act (SOPRA) H. R. 1927 y S. 909.

UNITED STATES CONGRESS. Surface Mining Control and Reclamation Act de 1977 (Public Law 95-87), § 526 (a)(2)(b).

UNITED STATES CONGRESS. Uniform APA (Model State APA).

UNITED STATES COURTS. Federal Courts and the public. 2024a. Disponible en: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public>>.

UNITED STATES COURTS. How judges are assigned to cases. 2024b. Disponible en: <<https://www.uscourts.gov/faqs-filing-case>>.

UNITED STATES GOVERNMENT. Digital Gov. Paperwork Reduction Act, 44 U. S. C. 3501, § 3502 (5).

UNITED STATES GOVERNMENT. Food Stamp Act de 1964 (Public Law 88-525) § 13.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile. En: **Revista de Derecho Administrativo Económico**, Santiago, Ed. Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 25, p. 45-58, 2017.

VERKUIL, Paul R. The purposes and limits of independent agencies. In: **Duke Law Journal**, Durhan (North Carolina), Ed. Duke University School of Law, p. v. 1988, n. 2/3, 257-279, 1988.

WEX Definitions Team. Voz “ALJ”. 2021. Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/wex/alj>>.

Recebido em: 22-7-2024.

Aprovado em: 27-8-2024

3

IL D.D.L. ITALIANO IN MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE¹

*Giuseppe Cassano*²

RIEPILOGO

L'innovazione è un motore di progresso economico, inclusione sociale e salvaguardia ambientale essenziale per assicurare all'Italia prosperità e competitività nel contesto europeo e globale. La transizione digitale costituisce, insieme alla transizione ecologica, una delle due direttrici fondamentali per lo sviluppo socioeconomico e la sostenibilità dei Paesi membri dell'U.E.. Tra le sfide innovative più importanti c'è sicuramente lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (IA). L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel nostro Paese si pone come opportunità chiave per superare le attuali problematiche economiche e sociali.

ABSTRACT

Innovation is a driver of economic progress, social inclusion and environmental protection essential to ensuring Italy's prosperity

¹ **Como citar este artigo científico.** CASSANO, Giuseppe. Il D.D.L. italiano in materia di intelligenza artificiale. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 111-136, maio-ago. 2024.

² Professore Dottore in Giurisprudenza. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche – della Innovazione, di Internet e della Intelligenza Artificiale – di Roma, Firenze e Milano della European School of Economics. Direttore degli Stati Generali di Internet e della Intelligenza Artificiale e già Docente di Istituzione di Diritto privato nell'Università Luiss di Roma. Membro del Comitato AgCOM – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – per la Intelligenza Artificiale. *E-mail: gcassano@tiscali.it*

and competitiveness in the European and global context. The digital transition constitutes, together with the ecological transition, one of the two fundamental directions for the socio-economic development and sustainability of the EU member countries. Among the most important innovative challenges is certainly the development of artificial intelligence (AI). The use of artificial intelligence in our country presents itself as a key opportunity to overcome current economic and social problems.

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. Crescita economica del Paese. 3. La nuova normativa, principi e finalità. 4. Uno sguardo ai principi generali. 5. Sul rapporto tra IA e informazione e riservatezza dei dati personali. 6. IA e sviluppo economico. 7. Disposizioni in materia di sicurezza e difesa nazionale. 8. Utilizzo dell'IA in ambito sanitario e di disabilità. 9. IA, dati sanitari e ricerca scientifica. 10. Utilizzo dell'IA in materia di lavoro. 11. IA e professioni intellettuali. 12. Principi in materia di Pubblica Amministrazione. 13. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria. 14. Strategia nazionale, autorità competenti, risorse. 15. Misure di sostegno ai giovani e allo sport. 16. Investimenti nei settori dell'IA. 17. Delega al Governo in materia di IA. 18. Tutela degli utenti e del diritto d'autore. 19. IA e disposizioni penali. 20. IA e disposizioni finanziarie. Riferimenti.

1 PREMESSA

Con la seduta n. 78 del 23 aprile 2024, all'esito della quale il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge “Recante disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale”, l'Italia si accinge ad avere la propria fonte interna di regolamentazione organica di un settore che tanti dibattiti sta alimentando in questi ultimi tempi³.

³ Ci si limita in questa sede a citare quanto pubblicato, in ideale rapporto di continuità, sulle pagine di Rivista Diritto di Internet. Ferrari (2020, p. 178 ss.); Gallone (2022, p. 161 ss.); Giuliani (2022, p. 426 ss.); Moro-Visconti (2023, p. 180 ss.); Tassone (2023, p. 213 ss.); La Rosa (2023, p. 483 ss.); Rossi (2023, p. 617 ss.); D'Antono e Ruocco (2023, p. 661 ss.); Moro-Visconti e Frank (2023, p. 821 ss.); Arnone (2024, p. 13 ss.); Capaccioli e Vaciago (2024, p. 157 ss.); Moro-

Il tema dell'intelligenza artificiale (IA) diventa di dominio pubblico – e tutti se ne occupano – all'indomani dell'avvento (era il novembre del 2022) della nota Chat GPT (*Generative Pre-Trained Transformer*) e, oggi, può dirsi che il suo uso sia ormai ricorrente in molti settori.

Ci si avvale dell'IA, invero, nell'*automotive*, nell'arte e nella musica, nell'elaborazione dati, nella medicina, nella programmazione di software ed ancora per il riconoscimento vocale, nei mercati azionari e finanziari, per operazioni di marketing mirato (profilazione dell'utente), per i sistemi di erogazione dell'energia elettrica, per il funzionamento degli smartphone di ultima generazione, etc.

L'IA già vanta diversi suoi riconoscimenti e regolamentazioni a livello legislativo⁴ e, se pensiamo al cinema, il Maestro *Stanley Kubrick* nel 1968 anticipava, nella suo capolavoro “2001: Odissea nello spazio”, il nocciolo del dibattito di questi giorni, se l'uomo sarà sostituito dalla macchina.

Visconti (2024, p. 167 ss.); Cassano e Di Ciommo (2024, p. 187 ss.).

⁴ Il D.L. 7 maggio 2024, n. 60 (“Ulteriori disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione”) all'art. 26 (“Funzionamento del sistema informativo per l'inclusione sociale e lavorativa - SIISL”) espressamente prevede che “Al fine di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, il Sistema Informativo per l'inclusione sociale e lavorativa utilizza, nei limiti consentiti dalle disposizioni vigenti, gli strumenti di intelligenza artificiale per l'abbinamento ottimale delle offerte e delle domande di lavoro ivi inserite”. Il D.Lgs. 25 marzo 2024, n. 41 (“Disposizioni in materia di riordino del settore dei giochi, a partire da quelli a distanza”) all'art. 14 (“Tutela della salute del giocatore”) prevede che per perseguire la piena e affidabile protezione della salute del giocatore attraverso misure idonee a prevenire ogni modalità di gioco che possa generare disturbi patologici del comportamento o forme di gioco d'azzardo patologico “l'offerta di gioco e le relative modalità di svolgimento dovranno essere supportate da idonei strumenti di tecnologia avanzata, con particolare riguardo anche agli strumenti dell'intelligenza artificiale”. Il Nuovo Codice degli Appalti Pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), all'art. 30 (“Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici”) espressamente prevede che per migliorare l'efficienza “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale (...)”. Nella “Delega al Governo per la riforma fiscale” (D.Lgs. 9 agosto 2023, n. 111) si prevede all'art. 17, I, lett. f, che “per la revisione dell'attività di accertamento” si potenzi l'utilizzo di tecnologie digitali, “anche con l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale”.

2 CRESCITA ECONOMICA DEL PAESE

Filo conduttore dello schema di DDL in esame è la volontà di intercettare le opportunità di crescita economica e sociale che le nuove tecnologie offrono al contempo governando un fenomeno di cambiamento epocale che potrebbe, altrimenti, prestarsi ad usi impropri e dannosi, fermo restando la centralità dell'essere umano che non dovrà essere scalzato dall'intelligenza artificiale.

Una prima questione che l'interprete è chiamato a risolvere è data dal rapporto tra il Regolamento europeo sull'AI (approvato il 13 marzo 2024 dal Parlamento Europeo e ormai prossimo ad essere emanato) e il DDL nazionale: quest'ultimo, nelle intenzioni e nelle dichiarazioni del Governo, non si “sovrappone” al primo “ma ne accompagna il quadro regolatorio in quegli spazi propri del diritto interno” tanto è che al comma 2 dell'art. 1 si prevede espressamente, quanto forse ovviamente, che “le disposizioni della presente legge si interpretano e si applicano conformemente al diritto dell'Unione Europea”⁵.

Alcune note critiche, riportate nelle pagine che seguono, hanno solo lo scopo di mettere in luce punti della normativa che possono essere migliorati giacché si tratta di un testo destinato ad essere oggetto dei lavori parlamentari e, di conseguenza, di modifiche ed emendamenti.

3 LA NUOVA NORMATIVA, PRINCIPI E FINALITÀ

Il Capo I della futura Legge nazionale sull'IA detta principi e finalità dell'intervento normativo in esame.

L'art. 1 (Finalità e ambito di applicazione) prevede che la legge reca principi in materia di “ricerca, sperimentazione, sviluppo,

⁵ Tale inciso normativo comporta che, a qualsiasi livello si pongano in essere, le operazioni di interpretazione ed applicazione delle disposizioni nazionali dovranno essere conformi al diritto euro-unionale (sia già esistente, che avvenire) così evitandosi la frammentarietà in un settore tanto strategico per l'economia quale è quello della IA.

adozione e applicazione di sistemi e modelli di intelligenza artificiale” promuovendone un utilizzo “corretto, trasparente e responsabile”, in una dimensione – come detto – antropocentrica, per coglierne le opportunità e ferma restando la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull’impatto sui diritti fondamentali della stessa IA.

Quanto alle definizioni l’art. 2 indica cosa si intende per: a) sistema di intelligenza artificiale; b) dato; c) modelli di intelligenza artificiale.

Precisamente:

- a) un sistema di intelligenza artificiale è “un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali”;
- b) dato è “qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva”;
- c) i modelli di intelligenza artificiale sono “modelli che identificano strutture ricorrenti attraverso l’uso di collezioni di dati, che hanno la capacità di svolgere un’ampia gamma di compiti distinti e che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni”.

Il Legislatore nazionale ha qui attinto all’AI ACT (si veda la definizione di “sistema di intelligenza artificiale” di fatto sovrapponibile nei due testi) per cui si dovranno ben coordinare i due testi in modo che alle modifiche della normativa europea corrispondano anche le medesime modifiche al testo nazionale.

4 UNO SGUARDO AI PRINCIPI GENERALI

Quanto ai principi generali l'art. 3 prescrive che tutto ciò che attiene all'IA debba avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà previste dalla Costituzione, del diritto dell'U.E. e dei principi di trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati personali, riservatezza, accuratezza, non discriminazione, parità dei sessi e sostenibilità.

Inoltre sistemi e modelli di intelligenza artificiale dovranno essere sviluppati ed applicati nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale dell'uomo, della prevenzione del danno, della conoscibilità e della spiegabilità. Né l'IA potrà pregiudicare lo svolgimento con metodo democratico della vita istituzionale e politica.

Per garantire il rispetto di tali diritti e principi deve essere assicurata

la cybersicurezza lungo tutto il ciclo di vita dei sistemi e dei modelli di intelligenza artificiale, secondo un approccio proporzionale e basato sul rischio, nonché l'adozione di specifici controlli di sicurezza, anche al fine di assicurarne la resilienza contro tentativi di alterarne l'utilizzo, il comportamento previsto, le prestazioni o le impostazioni di sicurezza.

Infine, ancora all'art. 3 è garantita alle persone con disabilità il pieno accesso ai sistemi di IA e alle relative funzionalità o estensioni, su base di uguaglianza e senza alcuna forma di discriminazione e di pregiudizio.

5 SUL RAPPORTO TRA IA E INFORMAZIONE E RISERVATEZZA DEI DATI PERSONALI

L'art. 4, richiamando alcuni fondamentali principi del GDPR, prescrive che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale

nell'informazione avvenga senza pregiudizio alla libertà e al pluralismo dei mezzi di comunicazione, alla libertà di espressione, all'obiettività, completezza, imparzialità e lealtà dell'informazione (CAPPARELLI, 2024, p. 480 ss.).

Tale utilizzo deve altresì garantire il trattamento lecito, corretto e trasparente dei dati personali e la compatibilità con le finalità per le quali sono stati raccolti, in conformità con il diritto euro-unionale in materia di dati personali e di tutela della riservatezza.

Il Legislatore si è preoccupato poi di disciplinare espressamente l'accesso alle tecnologie di IA da parte dei minori.

L'accesso a tali tecnologie, da parte dei minori degli anni 14, richiede il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale.

Il minore degli anni diciotto, che abbia compiuto quattordici anni, può invece esprimere il proprio consenso per il trattamento dei dati personali connessi all'utilizzo di sistemi di IA, purché le informazioni e le comunicazioni siano facilmente accessibili e comprensibili.

6 IA E SVILUPPO ECONOMICO

Capitolo centrale – quello delle opportunità economiche sottese all'utilizzo dell'IA – che si declina (art. 5) in quattro punti fondamentali e precisamente nell'impegno programmatico per lo Stato, e le altre autorità pubbliche, di:

- a) promuovere l'utilizzo dell'IA come strumento per migliorare l'interazione uomo-macchina nei settori produttivi e migliorare la produttività in tutte le catene del valore e le funzioni organizzative, nonché quale strumento utile all'avvio di nuove attività economiche;
- b) favorire un nuovo mercato dell'IA, che dovrà essere oltre che innovativo anche “equo, aperto e concorrenziale”, e di ecosistemi innovativi;

- c) facilitare la disponibilità e l'accesso a dati di alta qualità per le imprese che sviluppano o utilizzano sistemi di IA e per la comunità scientifica e dell'innovazione;
- d) indirizzare le piattaforme di *e-procurement* delle PPAA (di cui all'art. 1, II, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165) in modo che, nella scelta dei fornitori di sistemi e modelli di intelligenza artificiale, vengano privilegiate quelle soluzioni che garantiscono la localizzazione ed elaborazione dei dati critici presso data center posti sul territorio nazionale, nonché modelli in grado di assicurare elevati standard in termini di trasparenza nelle modalità di addestramento e di sviluppo di applicazioni basate su IA generativa.

7 DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SICUREZZA E DIFESA NAZIONALE

Un limite all'applicazione della normativa in esame è rappresentato dalla materia della sicurezza e della difesa nazionale (art. 6).

Precisamente vengono escluse dall'ambito di applicazione del DDL in esame quelle attività svolte per scopi di sicurezza nazionale, per la cybersicurezza nazionale⁶ e, ancora, per scopi di difesa dalle forze armate e dalle forze di polizia.

8 UTILIZZO DELL'IA IN AMBITO SANITARIO E DI DISABILITÀ

Procediamo ora ad una prima lettura delle disposizioni di settore (Capo II) soffermandoci su sanità (FACCIOLI, 2023, p. 732 ss.) e disabilità.

⁶ Si consideri che il DDL espressamente prevede, all'art. 16, l'utilizzo dell'IA per il rafforzamento della cybersicurezza nazionale.

L'art. 7 muove dall'affermazione di principio per cui l'utilizzo di sistemi di IA deve contribuire al miglioramento del sistema sanitario e alla prevenzione e alla cura delle malattie, nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona, anche in materia di protezione dei dati personali.

L'IA non può selezionare e condizionare l'accesso alle prestazioni sanitarie con criteri discriminatori e al paziente è riconosciuto il diritto ad essere informato circa l'utilizzo di tecnologie di intelligenza artificiale e sui vantaggi, in termini diagnostici e terapeutici, derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie, nonché di ricevere informazioni sulla logica decisionale utilizzata.

I sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito sanitario costituiscono un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa alla professione medica.

Si prescrive, ancora, la periodica verifica e l'aggiornamento dei sistemi di IA al fine di minimizzare il rischio di errori così da garantirne la piena affidabilità.

I sistemi di intelligenza artificiale sono altresì chiamati a migliorare le condizioni di vita delle persone con disabilità e ad agevolare l'accessibilità, l'autonomia, la sicurezza e i processi di inclusione sociale delle medesime persone anche ai fini dell'elaborazione del progetto di vita di cui all'art. 2, II, lett. a) n. 1), L. 22 dicembre 2021, n. 227.

Per il supporto alle finalità di cura, e in particolare per l'assistenza territoriale, è prevista l'istituzione di una piattaforma di IA la cui progettazione, realizzazione, messa in servizio e titolarità sono attribuite all'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS) in qualità di Agenzia nazionale per la sanità digitale.

Tale piattaforma avrà il compito di erogare servizi di supporto:

- a) ai professionisti sanitari per la presa in carico della popolazione assistita;

- b) ai medici nella pratica clinica quotidiana con suggerimenti non vincolanti;
- c) agli utenti per l'accesso ai servizi sanitari delle case di comunità.

9 IA, DATI SANITARI E RICERCA SCIENTIFICA

Sono dichiarati di rilevante interesse pubblico (art. 8, l) i trattamenti di dati, anche personali, eseguiti da soggetti pubblici e privati senza scopo di lucro (no profit) per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di IA per finalità di prevenzione, diagnosi e cura di malattie, sviluppo di farmaci, terapie e tecnologie riabilitative, realizzazione di apparati medicali, incluse protesi e interfacce fra il corpo e strumenti di sostegno alle condizioni del paziente, di salute pubblica, incolumità della persona, salute e sicurezza sanitaria, in quanto necessari ai fini della realizzazione e dell'utilizzazione di banche dati e modelli di base.

Al comma II si prevede espressamente che

ai medesimi fini, fermo restando l'obbligo di informativa dell'interessato che può essere assolto anche mediante messa a disposizione di un'informativa generale sul sito web del titolare del trattamento e senza ulteriore consenso dell'interessato ove inizialmente previsto dalla legge, è sempre autorizzato l'uso secondario di dati personali privi degli elementi identificativi diretti, anche appartenenti alle categorie indicate all'articolo 9 del regolamento UE n. 679/2016, da parte dei soggetti di cui al comma 1.

Orbene detti trattamenti (cioè quelli dei commi 1 e 2 appena riportati) devono essere oggetto di approvazione da parte dei comitati etici interessati e devono essere comunicati all'Autorità garante per la protezione dei dati personali e possono essere iniziati decorsi

trenta giorni dalla predetta comunicazione se non oggetto di blocco disposto dalla medesima Autorità Garante.

La norma merita una riflessione critica: da un lato, presenta un “vuoto” quanto all’ipotesi della ricerca da parte di soggetti con scopo di lucro e, dall’altro lato, deve altresì essere necessariamente coordinata con quanto prevede il “nuovo” art. 110 (Ricerca medica, biomedica ed epidemiologica), Codice della Privacy (D.Lgs. n. 196/2003) nel testo in vigore dallo scorso primo maggio.

E tale operazione di coordinamento non è affatto scontata.

Il regime autorizzatorio previsto dal DDL (per l’uso secondario dei dati medici) contrasta invero con il diritto dell’U.E. e con il richiamato (nuovo) art. 110 che non solo esclude l’approvazione del Garante (a fronte di un trattamento necessario per un interesse pubblico ovvero quando sia una legge ad attribuirgli finalità pubblica) ma ha eliminato anche la consultazione preventiva del Garante (in riferimento all’uso secondario dei dati medici sempre per ricerca medica), spettando al Garante individuare le garanzie da osservare.

Chiudono il cerchio dell’IA nella sanità le disposizioni in materia di fascicolo sanitario elettronico, sistemi di sorveglianza nel settore sanitario e governo della sanità digitale.

10 UTILIZZO DELL’IA IN MATERIA DI LAVORO

Con riferimento al mondo del lavoro il DDL in esame detta il principio generale dell’antropocentrico (art. 10): l’uomo dunque non è destinato ad essere sostituito dalle macchine e all’IA è affidato il compito di migliorare le condizioni di lavoro, di tutelare l’integrità psico-fisica dei lavoratori, di accrescere la qualità delle prestazioni lavorative e la produttività delle persone in conformità al diritto dell’Unione Europea.

Il Legislatore vuole un utilizzo dell’intelligenza artificiale in ambito lavorativo sicuro, affidabile, trasparente e che non si ponga

in contrasto con la dignità umana né violi la riservatezza dei dati personali.

È così garantito non solo il diritto del lavoratore ad essere informato dell'utilizzo dell'IA ma anche l'osservanza dei diritti inviolabili del lavoratore senza discriminazioni in funzione del sesso, dell'età, delle origini etniche, del credo religioso, dell'orientamento sessuale, delle opinioni politiche e delle condizioni personali, sociali ed economiche, ancora una volta in conformità con il diritto dell'U.E.,

Al tempo stesso è istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali l'osservatorio sull'adozione di sistemi di intelligenza artificiale nel mondo del lavoro (art. 11) – presieduto dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali o da un suo rappresentante – per massimizzare i benefici e contenere i rischi derivanti dall'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito lavorativo.

L'Osservatorio avrà il compito di:

- definire una strategia sull'utilizzo dell'IA in ambito lavorativo;
- monitorare l'impatto sul mercato del lavoro;
- identificare i settori lavorativi maggiormente interessati dall'avvento dell'IA;
- promuovere la formazione dei lavoratori e dei datori di lavoro in materia di IA.

11 IA E PROFESSIONI INTELLETTUALI

Per le professioni intellettuali, l'art. 12, nei due commi che lo compongono, stabilisce che la decisione finale sia assunta dal professionista che potrà avvalersi dell'utilizzo di sistemi di IA solo per esercitare attività strumentali e di supporto alla sua attività.

Si prevede, per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, che le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista siano comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo.

12 PRINCIPI IN MATERIA DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Si disciplina l'utilizzo dell'IA da parte della P.A. (art. 12) per

- incrementare l'efficienza degli uffici pubblici;
- ridurre i tempi di definizione dei procedimenti amministrativi;
- aumentare qualità e quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese.

Il tutto fermo restando che è assicurata agli interessati la conoscibilità del funzionamento e la tracciabilità dell'utilizzo dell'IA che avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale in modo che sia garantito il rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale.

13 L'UTILIZZO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELL'ATTIVITÀ GIUDIZIARIA

L'art. 14, nei suoi “soli” e “brevi” due commi che lo compongono, nelle intenzioni del Legislatore disciplina l'impatto della IA sull'amministrazione della giustizia ma, a ben vedere, riporta solo mere petizioni di principio.

La previsione (I comma) secondo cui “i sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario nonché per la ricerca

giurisprudenziale e dottrinale” è non solo eccessivamente generica ma anche priva di disposizioni cogenti che ci si aspettava di trovare nell’economia di un testo di riforma così importante.

E così il Legislatore non affronta, quanto alla giustizia penale (PICOTTI, 2024, p. 293 ss.; UBERTIS, 2024, p. 439 ss.), i temi oggi più dibattuti in riferimento alle indagini preliminari (si pensi alla “polizia predittiva”⁷) e, in riferimento al dibattimento, all’assunzione delle prove a mezzo dell’IA.

Il Legislatore si limita a porre il principio per cui è sempre riservata al Magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento.

Certamente è il Magistrato a decidere ma oggi il codice di rito per il processo penale già prevede le prove atipiche (art. 189 c.p.p.) che spetta al Giudice assumere se idonee ad assicurare l’accertamento dei fatti e non pregiudicano la libertà morale della persona.

E non vi è ragione di ritenere che le prove atipiche generate a mezzo di IA non si possano utilizzare al fine di assumere la decisione finale di un processo penale.

Quanto poi alla giustizia civile l’unico cenno è dato dalla previsione per cui tra le materie di competenza esclusiva del Tribunale civile si aggiungono le cause che hanno ad oggetto il funzionamento di un sistema di intelligenza artificiale (art. 15).

⁷ Cfr. Ongaro e Simonini, *Software italiano Giove per la polizia predittiva: pro e contro*, secondo cui “oggi in Italia stiamo assistendo ad un dibattito sulle sorti di Giove, il software di polizia predittiva che sfrutta la tecnologia di *KeyCrime*. *KeyCrime* – sviluppato già nel 2004 per la predizione di rapine commerciali – è utilizzabile per entrambi i settori di pubblica sicurezza e giudiziario. Si tratta di un’IA ibrida tra *person-based* e *place-based predictive policing* con miglioramenti rispetto ai sistemi statunitensi ed europei più noti, quali *PredPol*, *Palantir*, *HunchLab* e *Precob*” reperibile al link <<https://www.agendadigitale.eu/documenti/giustizia-digitale/ia-in-polizia-e-giustizia-predittiva-opportunita-e-rischi-del-software-italiano-giove/>>.

È doveroso a questo punto uno sguardo all'AI ACT che, al considerando 61, riconosce che i sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

Sottolinea altresì l'opportunità, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, di classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti.

Anche i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dagli organismi di risoluzione alternativa delle controversie a tali fini dovrebbero essere considerati ad alto rischio quando gli esiti dei procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie producono effetti giuridici per le parti.

L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei Giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana.

Non è tuttavia opportuno estendere la classificazione dei sistemi di IA come ad alto rischio ai sistemi di IA destinati ad attività amministrative puramente accessorie, che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi.

14 STRATEGIA NAZIONALE, AUTORITÀ COMPETENTI, RISORSE

Con le disposizioni del Capo III il Legislatore intende disciplinare la strategia nazionale per l'IA, le autorità nazionali competenti e il delicato tema delle risorse da investire⁸.

All'art. 17 si introduce la strategia nazionale per l'IA, predisposta e aggiornata dalla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di innovazione tecnologica e transizione digitale, d'intesa con le Autorità nazionali di intelligenza artificiale di cui a breve parleremo e sentito il Ministro delle imprese e del *made in Italy* per i profili di politica industriale e di incentivazione e il Ministro della difesa per gli aspetti relativi ai sistemi di intelligenza artificiale impiegabili in chiave duale, ed è approvata con cadenza almeno biennale dal Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD).

Si vuol così favorire la collaborazione tra le PP.AA. e i soggetti privati quanto allo sviluppo e all'adozione di sistemi di IA, il coordinamento dell'attività della P.A. in materia, la promozione della ricerca e della diffusione della conoscenza in materia di IA, anche indirizzando le misure e gli incentivi finalizzati allo sviluppo imprenditoriale e industriale dell'intelligenza artificiale.

Quanto alle cennate autorità nazionali per l'intelligenza artificiale (art. 18) esse sono l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN) con il compito di garantire l'applicazione e l'attuazione della normativa nazionale ed euro-unionale in materia di IA⁹.

Ciascuna per quanto di rispettiva competenza, assicurano – tra l'altro – l'istituzione e la gestione congiunta di spazi di

⁸ È autorizzata all'art. 19 la spesa di euro 300.000 annui per ciascuno degli anni 2025 e 2026 per la realizzazione di progetti sperimentali volti all'applicazione dell'IA ai servizi forniti dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale a cittadini e a imprese.

⁹ Si affida dunque un compito così delicato ad Autorità strettamente collegate al Governo e non già ad Autorità Amministrative indipendenti.

sperimentazione finalizzati alla realizzazione di sistemi di IA conformi alla normativa nazionale e dell'Unione europea, sentito il Ministero della difesa per gli aspetti relativi ai sistemi di intelligenza artificiale impiegabili in chiave duale.

Resta da chiedersi quale sia il ruolo del Garante per la privacy che non viene interessato da questa riforma che si limita a prevedere all'ultimo comma dell'art. 18 che "Restano ferme le competenze, i compiti e i poteri del Garante per la protezione dei dati personali".

15 MISURE DI SOSTEGNO AI GIOVANI E ALLO SPORT

Il DDL in commento (art. 20) prevede che per poter beneficiare del regime agevolativo a favore dei lavoratori rimpatriati si terrà conto dell'aver svolto un'attività di ricerca nell'ambito delle tecnologie di intelligenza artificiale.

Ed altresì si favorisce l'accessibilità ai sistemi di intelligenza artificiale per il miglioramento del benessere psicofisico attraverso l'attività sportiva, anche ai fini dello sviluppo di soluzioni innovative finalizzate a una maggiore inclusione in ambito sportivo delle persone con disabilità.

Con la precisazione che i sistemi di intelligenza artificiale possono essere utilizzati anche per l'organizzazione delle attività sportive.

16 INVESTIMENTI NEI SETTORI DELL'IA

L'art. 21 è la norma dettata in tema di investimenti: in linea con la strategia nazionale e al fine di supportare lo sviluppo di imprese operanti nei settori dell'IA, della cybersicurezza, del calcolo quantistico, delle telecomunicazioni e delle tecnologie per questa abilitanti, è stanziata la somma di un miliardo di euro per l'assunzione di partecipazioni nel capitale di rischio direttamente o indirettamente, di:

- a) PMI con elevato potenziale di sviluppo ed innovative, aventi sede operativa in Italia, che operano nelle tecnologie dell'intelligenza artificiale, della cybersicurezza e del calcolo quantistico e delle tecnologie per queste abilitanti, nonché nel settore delle telecomunicazioni con particolare riferimento al 5G e alle sue evoluzioni, al *mobile edge computing*, alle architetture aperte basate su soluzioni *software*, al Web 3, all'elaborazione del segnale, anche in relazione ai profili di sicurezza e integrità delle reti di comunicazione elettroniche, e che si trovano in fase di sperimentazione (*seed financing*), di costituzione (*start up financing*), di avvio dell'attività (*early-stage financing*) o di sviluppo del prodotto (*expansion, scale up financing*);
- b) imprese, anche diverse da quelle innanzi indicate ma comunque finalizzate alla creazione e allo sviluppo di campioni nazionali nei settori e nelle tecnologie di cui si è appena detto.

Tali investimenti saranno effettuati mediante utilizzo delle risorse del Fondo di sostegno al venture capital di cui all'art. 1, comma 209, L. 30 dicembre 2018, n. 145.

17 DELEGA AL GOVERNO IN MATERIA DI IA

Alla centralità dell'uomo, nell'economia dello schema in esame, corrisponde a ben vedere anche la centralità della delega al Governo (art. 22) chiamato così a svolgere un ruolo chiave nel guidare il Paese nella svolta verso l'IA.

In via di estrema sintesi è da rilevare come il Governo sia chiamato: a designare come autorità nazionali competenti ai fini dell'attuazione del regolamento, un'autorità di vigilanza del mercato, un'autorità di notifica, nonché del punto di contatto con le istituzioni

dell'U.E.; a percorsi di alfabetizzazione e formazione in materia di IA (in particolare per i professionisti); al potenziamento dell'IA nelle scuole nelle università e nei centri di ricerca.

Il Governo è, altresì, delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per definire organicamente la disciplina nei casi di uso di sistemi di intelligenza artificiale per finalità illecite.

18 TUTELA DEGLI UTENTI E DEL DIRITTO D'AUTORE

Il Capo IV si compone degli articoli 23 e 24 così tutelando, da un lato, gli utenti e, dall'altro lato, il diritto d'autore delle opere generate con l'ausilio dell'IA.

Si prevedono, in particolare, nell'ambito del T.U. per la fornitura di servizi di media audiovisivi¹⁰, le misure volte a favorire l'identificazione e il riconoscimento dei sistemi di IA nella creazione di contenuti testuali, fotografici, audiovisivi e radiofonici.

E cioè a dire, quando un contenuto sia stato completamente, o solo parzialmente, generato, ovvero modificato o alterato dai sistemi di IA, in modo tale da presentare come reali dati, fatti e informazioni che non lo sono, dovrà presentare (a cura dell'autore o del titolare dei diritti di sfruttamento economico, se diverso dall'autore) un elemento o segno identificativo, anche in filigrana o marcatura incorporata con l'acronimo "IA" (nel caso di "audio" tale adempimento avverrà attraverso annunci audio ovvero con tecnologie adatte a consentire il riconoscimento).

Si tratta quindi di una marchiatura cui fanno eccezione l'opera o un programma manifestamente creativo, satirico, artistico o fittizio, fatte salve le tutele per i diritti e le libertà dei terzi.

Si rimette poi ad uno specifico regolamento dell'AGCOM il compito di dettare e definire le misure attuative.

¹⁰ D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 208.

Quanto alla tutela del diritto d'autore delle opere generate con l'ausilio di IA si incide nell'ambito della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633) prevedendo una disciplina specifica per le opere create con l'ausilio di sistemi di IA, assicurando l'identificazione delle opere e degli altri materiali il cui utilizzo non sia espressamente riservato dai titolari del diritto d'autore.

Ma si ha una vera “tutela del diritto d'autore delle opere generate con l'ausilio dell'intelligenza artificiale”?

A ben vedere il Legislatore della riforma esclude la tutela autoriale in riferimento a quelle opere generate con l'IA (in tal senso già si sono espressi anche altri Paesi U.E. e gli USA): ciò emerge dalle modifiche che si intendono apportare all'art. 1 L. n. 633/1941.

Il primo comma oggi prevede: “Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione”.

Se non vi saranno modifiche al DDL si avrà il seguente nuovo testo:

Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno “umano” di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione “anche laddove create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché costituenti risultato del lavoro intellettuale” (le parti aggiunte sono riportate tra le virgolette caporali)¹¹.

Quindi saranno tutelate le opere dell'ingegno umano – e tali saranno anche quelle create con l'ausilio di strumenti di IA purché

¹¹ Nella stesura del DDL in esame, antecedente alla bollinatura della Ragioneria Generale dello Stato, si prevedeva – a chiusura della norma – l'aggiunta dell'inciso “, anche laddove create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché il contributo umano sia creativo, rilevante e dimostrabile” formula che aveva, da subito, sollevato più di una perplessità.

purché costituenti risultato del lavoro intellettuale – ma non le opere create esclusivamente con l’IA.

Il tutto senza dimenticare che la L. 27 dicembre 2023, n. 206 (Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del made in Italy) ha previsto la nuova figura dei “Creatori digitali” (art. 27, I) ovvero “gli artisti che sviluppano opere originali ad alto contenuto digitale”.

Con la precisazione che

per tutelare i diritti sulle opere dei creatori digitali, con decreto del Ministro della cultura, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, è istituito un repertorio delle opere dei creatori digitali nel registro pubblico generale delle opere protette, di cui all’articolo 103 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (art. 27, II).

Se vi è dunque un apposito repertorio è ben possibile la richiesta di registrazione di opere frutto integrale dell’IA.

Infine nel DDL in esame si prevede ancora l’introduzione del nuovo art. 70-*septies* (sempre nel contesto della L. n. 633/1941) secondo cui “La riproduzione e l’estrazione di opere o altri materiali attraverso modelli e sistemi di intelligenza artificiale anche generativa, sono consentite in conformità con gli articoli 70-*ter* e 70-*quater*”.

In tal modo si consente l’uso di opere protette da parte dei sistemi di IA in uso da parte degli organismi di ricerca e degli istituti di tutela del patrimonio culturale per scopi di ricerca scientifica.

19 IA E DISPOSIZIONI PENALI

Al quinto ed ultimo capo del DDL troviamo le disposizioni penali, e non poche sono le novità in arrivo. Filo conduttore è il contrasto dell’abuso dell’IA.

Si registra (art. 25) in primis una nuova aggravante (art. 61, I, n. 11-*decies*) consistente nell’aver “commesso il fatto mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato”.

Poi ancora si prevede:

- a) in tema di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) che “La pena è della reclusione da uno a tre anni se il fatto è commesso mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale”;
- b) in tema di rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio all’articolo all’art. 501, III, il nuovo n. 2-bis secondo cui le pene sono raddoppiate “se il fatto è commesso mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale”;
- c) il nuovo art. 612-quater che punisce la condotta di “illecita diffusione di contenuti generati o manipolati con sistemi di intelligenza artificiale”.

Ancora l’impiego di sistemi di IA sarà punito nei reati di truffa (art. 640 c.p.), di frode informatica (art. 648-bis c.p.), di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (artt. 648 ter c.p.) e, ancora, nell’aggiotaggio (art. 2637, I, c.c.).

La Legge sul diritto di autore (n. 633/1941) punirà, all’art. 171, I, chi “riproduce o estrae testo o dati da opere o altri materiali disponibili in rete o in banche di dati in violazione degli articoli 70-ter e 70-quater, anche attraverso sistemi di intelligenza artificiale” e, infine, per l’ipotesi della “Manipolazione del mercato” nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) all’art. 185, I, (secondo cui “chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri

artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni”), è aggiunto il seguente periodo: “Se i fatti sono commessi mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale, la pena è aumentata”.

20 IA E DISPOSIZIONI FINANZIARIE

L’art. 26, ultima norma del DDL qui in esame, ricorre all’ormai nota e diffusa formula di chiusura secondo cui

Dall’attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono all’adempimento delle disposizioni della presente legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Stessa formula si trova adoperata all’ultimo comma dell’art. 11 cit. riferito all’assenza di costi per l’istituzione e il funzionamento dell’Osservatorio sull’adozione di sistemi di IA nel mondo del lavoro.

È un bene, da un lato, l’assenza di nuovi costi per i contribuenti ma occorre, dall’altro lato, riflettere e chiedersi se una riforma a costi zero non sia destinata a rimanere solo una riforma sulla carta.

Riusciranno autorità e ministeri a dare concretezza ad una riforma che necessita sicuramente dell’apporto degli esperti senza intaccare le finanze pubbliche (di là del miliardo di euro già stanziato per le imprese ex art. 21 e dalla spesa di euro 300.000 annui per ciascuno degli anni 2025 e 2026 ex art. 19)?

Il tempo darà risposta al quesito; certa è, ad oggi, l’esiguità dell’impegno economico pubblico su cui comunque è lecito attendersi

l'innesto di forti investimenti privati con innegabili effettivi positivi per il sistema.

RIFERIMENTI

ARNONE, Candida. L'uso dei servizi di intelligenza artificiale da parte dei minori: solo una questione di "age verification"? In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 6, n. 1, p. 13-22, 2024.

CAPACCIOLI, Stefano; VACIAGO, Giuseppe. Criticità del trattamento automatizzato e dell'intelligenza artificiale nel sistema tributario. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 6, n. 1, p. 157-166, 2024.

CAPPARELLI, Marilù. Disinformazione online, intelligenza artificiale e ruolo dell'autoregolamentazione. In: **Giurisprudenza italiana**, Turin, Ed. Utet Giuridica, n. 2, p. 480-483, 2024.

CASSANO, Giuseppe; DI CIOMMO, Francesco. Atti digitali di "Gli stati generali del diritto di internet e della intelligenza artificiale", LUISS 14, 15, 16 dicembre 2023. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 6, n. 1, p. 187-199, 2024.

D'ANTONO, Virginio; RUOCCO, Ciro Maria. L'intelligenza artificiale "pronuncia" sentenze? Un leading case peruviano. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, n. 4, p. 659-668, 2023.

FACCIOLI, Mirko. Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria. In: **La nuova giurisprudenza civile commentata**, Padova, Ed. Cedam, n. 3, p. II, p. 732-743, 2023.

FERRARI, Mariangela. La seducente perfezione di algoritmi e intelligenza artificiale nelle procedure amministrative alla luce dei modelli di responsabilità civile. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 2, n. 1, p. 177-185, 2020.

GALLONE, Giovanni. Il consiglio di stato marca la distinzione tra

algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 4, n. 1, p. 157-168, 2022.

GIULIANI, Chiara. Dalla nozione di “algoritmo di trattamento” e di intelligenza artificiale ai riflessi della tecnologia blockchain sul rapporto di lavoro dei riders. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 4, fascicolo 3, p. 611-620, 2022.

LA ROSA, Alessandro. La tutelabilità dell’opera creata col supporto di sistemi di intelligenza artificiale. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, fascicolo 3, p. 481-490, 2023.

MORO-VISCONTI, Roberto. La valutazione delle startup nell’intelligenza artificiale. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 6, fascicolo 1, p. 167-174, 2024.

MORO-VISCONTI, Roberto. Le società medtech e biotech: piattaforme digitali, intelligenza artificiale e valutazione economica. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, fascicolo 1, p. 187-198, 2023.

MORO-VISCONTI, Roberto; FRANK, Vivien. Chatbot e intelligenza artificiale generativa: valutazione economica. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, fascicolo 4, p. 821-838, 2023.

PICOTTI, Lorenzo. Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ipsoa, v. 30, fascicolo 3, p. 293 ss., 2024.

ROSSI, Adelaide. Opere in cerca d’autore: creatività, copyright e sistemi di intelligenza artificiale generativa di immagini. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, fascicolo 4, p. 617-628, 2023.

TASSONE, Bruno. Riflessioni su intelligenza artificiale e soggettività giuridica. In: **Diritto di internet**, Pisa, Ed. Pacini, anno 5, fascicolo 2, p. 213-232, 2023.

UBERTIS, Giulio. Processo penale telematico, intelligenza artificiale e costituzione. In: **Cassazione Penale**, Milano, Giuffrè, v. 64, fascicolo 2, p. 439-450, 2024.

Recebido em: 2-8-2024

Aprovado em: 27-8-2024

4

DERECHOS HUMANOS Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO¹y²

HUMAN RIGHTS AND GENDER NON-DISCRIMINATION

*Juan Manuel de Faramiñán Gilbert*³

RESUMEN

La discriminación por razón de género puede calificarse como una de las violaciones más flagrantes contra los derechos humanos. A pesar de los ingentes esfuerzos realizados desde las organizaciones internacionales y desde la sociedad civil, sin embargo, aún se perpetúa de una manera inmisericorde la conculcación de los derechos más

¹ **Como citar este artículo científico.** FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. Human rights and gender non-discrimination. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 137-216, maio-ago. 2024.

² La Revista Amagis Jurídica agradece al Anuário Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (número 26, 2023-2024, p. 43-84), por autorizar la publicación en Brasil.

³ Profesor Doctor Catedrático (*Emeritus Professor*) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén, Codirector de la Cátedra AstroAndalus de Estudios Aeroespaciales y Astronómicos de la Universidad de Jaén. Titular de la Cátedra Jean Monnet Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Director emérito del Observatorio de la Globalización y Cambio Social de la Universidad de Jaén. Director Internacional de la RED de Universidades Latinoamericanas y del Caribe que trabajan sobre tecnología, política y derecho del espacio ultraterrestre. Profesor honorario de la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional. *E-mail*: jmfarami@ujaen.es

elementales de las mujeres y las niñas. Esta ponencia trata de esclarecer los modelos que puedan gestar una arquitectura de género en la defensa de los derechos de la mujer y establecer un análisis pormenorizado de los instrumentos al alcance y las herramientas para la integración en el marco de las propuestas de igualdad. Se pretende contribuir a cambiar los paradigmas retrógrados con el fin de alcanzar un cambio social y de mentalidades que otorgue a las mujeres su verdadero protagonismo en la comunidad internacional del siglo XXI.

Palabras clave. Discriminación por razón de género; Arquitectura de género; Instrumentos internacionales en defensa de las mujeres y las niñas; Herramientas para la integración en materia de género; Propuestas de igualdad en materia de género.

ABSTRACT

Gender discrimination can be considered one of the most flagrant violations of human rights. Despite the enormous efforts made by international organisations and civil society, however, the violation of the most basic rights of women and girls is still perpetuated in a merciless manner. In this sense, this work we tries to clarify the models that can create a gender architecture in the defence of women's rights and to establish a detailed analysis of the instruments available and the tools for integration within the framework of equality proposals. It is an effort to change the paradigms that have become stagnant in retrograde behaviour in order to achieve a social and mentality change that will give women their true protagonism in the international community of the 21st century.

Keywords. Gender discrimination; Gender architecture; International instruments in defence of women and girls; Tools for integration in the field of gender; Proposals for equality in the area of gender.

SUMÁRIO. 1. Introdução. I.1. Arquitetura de género. I.2. Ações específicas. I.3. Modelos de garantia. II. El marco internacional. II.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. II.2. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. II.3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de

Belém do Pará). II.4. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. II.5. Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas. II.6. En el ámbito europeo. III. Discriminación y abuso en materia de género. III.1. Los perfiles de la violencia de género. III.2. Una violencia persistente. IV. Integración en materia de género. IV.1. Herramientas de integración de género. IV.2. Instrumentos de comprobación. V. Propuestas de igualdad. V.1. El control de las estructuras existentes. V.2. Objetivos estratégicos. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN

Resulta evidente, aunque no por ello cabe silenciarlo, que la cuestión de la no discriminación por razón de género representa una de las columnas vertebrales de los Derechos humanos. Sin embargo, aún encontramos ejemplos retrógrados de machismo explícito y, lo que es más preocupante, resabios de micromachismo que perviven en el imaginario de numerosas colectividades que se suponen civilizadas. La violencia de género es uno de los exponentes más execrables que, como un larvado efecto dominó, se ha ido extendiendo a lo largo y ancho del planeta sin que las autoridades logren detener los asesinatos, la trata de mujeres, las violaciones, o activar la defensa de los derechos relativos la libertad y salud sexual y reproductiva.

I.1 ARQUITECTURA DE GÉNERO

Se ha destacado que determinados grupos de mujeres se enfrentan a diario a diferentes modalidades de discriminación, no solo por ser mujeres, sino que se ven agraviadas por factores basados en la edad, las condiciones económicas, las etnias o las discapacidades, donde estas condiciones particulares se agravan por su condición femenina. Lo que se refleja en el aforismo discriminatorio de “ser pobre, ser negra y ser mujer” que refleja con palabras muy básicas la perversa situación de muchas mujeres.

Por tanto, cuando nos referimos a la arquitectura de género se comparte la idea de que, con el fin de proteger los derechos humanos en materia de género, se necesita partir de una visión antropológica que nos permita analizar las estructuras sociales y las relaciones de poder con el fin de lograr estructurar, sobre todo desde la vía jurídica, las garantías oportunas no solo para un marco social y comunitario sino también para los modelos más íntimos de la vida familiar.

Desde el punto de vista sociológico, este esfuerzo mejora la visión que la sociedad tiene en relación con las cuestiones de género e implica un esfuerzo bien programado de leyes, políticas y programas de acción; es decir, se requiere la elaboración de un diseño de carácter integral que logre cambiar los comportamientos estereotipados del patriarcalismo y alcance a elaborar acciones que beneficien la igualdad e impidan la discriminación.

Uno de los principales escollos en el diseño de esta arquitectura es cierta reticencia de algunos sectores a tomar conciencia de que la violencia contra las mujeres es un problema de derechos humanos que afecta a la comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, que no se circunscribe solamente al ámbito interno de los Estados ya que conculca de un modo global la capacidad de las mujeres para disfrutar de derechos y libertades en plano de igualdad con los hombres.

No resulta baladí catalogar la violencia de género en el plano de las violaciones a los derechos humanos. Por ello, la elaboración de una arquitectura de género precisa y reclama la integración de los temas relacionados con el género dentro de procedimientos y programas que evalúen acciones bien planificadas en las que se recojan esquemas legislativos de protección y garantía, políticas sociales de integración, programas de formación en igualdad, sistemas de monitoreo de los proyectos implementados y sistemas de evaluación que permitan ir avanzando a través de modelos de capacitación y concienciación, tanto dirigidos a mujeres como a hombres sobre la necesaria igualdad y no discriminación en materia de género.

Tengamos en cuenta que la elaboración de una arquitectura bien fundamentada tiene que apoyarse en pilares sólidos, que deberán construirse con base en las lecciones aprendidas, fomentando los mecanismos de ensayo/error, analizando de este modo las deficiencias y los métodos de mejora, así como los desafíos futuros.

De este modo, en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (NACIONES UNIDAS, 2024a), el quinto objetivo resulta muy contundente al referirse a “lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”. Se destaca que la igualdad de género no es solo un derecho humano fundamental, sino que es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible y, sin embargo, se señala que a pesar de los avances realizados aún perviven numerosas dificultades, puesto que tenemos leyes y normas sociales discriminatorias e incluso generalizadas; al punto que las mujeres siguen estando infrarrepresentadas a todos los niveles de liderazgo y se indica que “una de cada cinco mujeres y niñas de entre 15 y 49 años afirman haber sufrido violencia sexual o física de manos de una pareja íntima” (NACIONES UNIDAS, 2024a)⁴.

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) relativo a las mujeres y a la igualdad de género, el *mainstreaming* o la integración desde la perspectiva de género implica el proceso de “evaluar las implicaciones para las mujeres, los hombres y las personas con diversas identidades de género de cualquier acción planificada –incluida la legislación, las políticas o los programas– en todos los ámbitos y a todos los niveles.” (NACIONES UNIDAS, 2024b). Ello implica la realización de un esfuerzo puntual en unir en una dimensión integral el diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de estas políticas

⁴ Además, resulta sumamente preocupante que los efectos de la pandemia de la COVID-19 pudiesen revertir los escasos logros alcanzados en materia de igualdad de género y derechos de las mujeres. Se ha señalado, en el citado documento, que “el brote de coronavirus agrava las desigualdades existentes para las mujeres y niñas a nivel mundial; desde la salud, la economía, hasta la seguridad y la protección social”.

y programas aplicadas de manera conjunta a mujeres, hombres y personas con diferentes identidades de género, con la voluntad de beneficiarles por igual y evitar las discriminaciones y la desigualdad.

Se deduce que la configuración de una arquitectura de género implicaría un particular esfuerzo de integración en el marco de dos grandes vertientes, tal como se refleja en los trabajos de la Oficina del ACNUDH; por un lado, institucionalizar la igualdad de género en la cultura, la estructura y los procesos relativos a los derechos humanos y, por otro lado, lograr promover la igualdad de género en todos los ámbitos que cubre el mandato de las Naciones Unidas relativos al mecanismo de los derechos humanos, a las operaciones sobre el terreno y a las cooperación técnica en investigación e integración, teniendo en cuenta la necesidad de emprender acciones concretas relativas a la igualdad de género.

I.2 ACCIONES ESPECÍFICAS

Un caso tipo de estas acciones, que puede dar luz a la cuestión que estamos tratando, es la Promoción de la rendición de cuentas de las Naciones Unidas (UN-SWAP Y UCT-SWAP) (UN WOMEN, 2024a). En efecto, en 2012, promovido por ONU Mujeres, se acuerda un Plan de Acción (UN-SWAP) sobre la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, lo que dio lugar a un paso importante, dado que por primera vez en la historia se permitió que las cuestiones de género se incorporasen de manera sistemática y medible en todas las principales funciones institucionales del sistema de las Naciones Unidas. De este modo, entre 2012 a 2017, se utilizó una escala de calificación de cinco puntos para cada indicador de desempeño, que va desde la calificación de “no aplicable” hasta la calificación de “excede los requisitos”, lo que ha permitido analizar el progreso del sistema de un modo uniforme y progresivo y articularlo evolutivamente⁵.

⁵ La primera fase de ONU-SWAP constaba de 15 indicadores de desempeño basados en mandatos intergubernamentales. Un total de 66 entidades de la ONU

Al expirar la duración inicial de UN-SWAP, se puso en marcha en 2018 una segunda generación con una consulta más amplia incorporando modificaciones y lecciones aprendidas, como, por ejemplo, el alineamiento con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Téngase en cuenta que la primera fase se centró en la planificación de la perspectiva de género y, en cambio, la segunda fase se concentró en el análisis de los resultados y en las actividades de seguimiento sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible relativos a los temas de género.

Por otra parte, con el UNCT-SWAP, se crea un Marco de Cooperación para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, con el fin de que las entidades de desarrollo de la Organización coloquen a la igualdad de género en el centro de la programación “impulsando la participación activa de mujeres y hombres y el empoderamiento de mujeres y niñas.” (UN WOMEN, 2024a). De tal modo, que el Cuadro de mando⁶ es un marco de rendición de cuentas que promueve una mejor planificación, programación y resultados, como una acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género con el apoyo de sus Estados miembros.

La arquitectura de género implica que con la política de igualdad de género se compromete a todo el personal de las Naciones Unidas en un plan de ejecución interna, que pondrá en funcionamiento estructuras administrativas capaces de controlar la evolución de criterios que favorezcan el empoderamiento femenino.

De este modo, se ponen en marcha varios planos de acción. Por un lado, se potencia la Sección de Derechos Humanos de la Mujer y Cuestiones de Género (WRGS) con dos funcionarios a tiempo completo dedicados a la labor de integración de las cuestiones de

(94 por ciento), que corresponden a más del 99 por ciento del presupuesto de la ONU, informaron anualmente sobre los progresos realizados.

⁶ El Cuadro de mando está organizado en torno a siete dimensiones: planificación; programación y seguimiento y evaluación; asociaciones; comunicaciones y promoción; liderazgo y cultura organizacional; arquitectura y capacidades de género; recursos y resultados.

género; por otra parte, se agrupan a los expertos en género como Asesores Regionales de Género (RGA), tanto en la Oficina de Nueva York como en las Oficinas regionales de Líbano, Senegal, Panamá y Etiopía, con fin de alcanzar resultados evidentes en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Cabe señalar que la estructura de la RGA se ha manifestado como un mecanismo muy eficaz para lograr resultados de alcance regional, ya que han logrado superar las deficiencias de personal y de financiación, puesto que en los sistemas de evaluación se ha destacado la importancia de contar con un personal dedicado a las cuestiones de género dentro de las organizaciones regionales donde se han alcanzado buenas prácticas. Por ejemplo, el modelo de Protocolo sobre Femicidio dirigido por la Oficina Regional para Centroamérica, o el Apoyo a las defensoras de los derechos humanos a cargo de la Oficina Regional para Oriente Medio y Norte de África.

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH) no ha priorizado la provisión de fondos para mantener el buen funcionamiento de la estructura y la necesidad de regularizar los puestos en la RGA, dado que sin una financiación regular resultará complicado poder mantener la estructura de la RGA y se debilita el impacto de los resultados obtenidos (UNITED NATIONS, 2017). Para ello, se necesita aplicar una planificación estratégica, puesto que como se señala en el Informe *Evaluation of the OHCHR Regional Gender Advisors Structure Final Evaluation Report* (UNITED NATIONS, 2017, hojas 47-50) la falta de una dirección estratégica global tuvo consecuencias para el buen funcionamiento de la estructura y ha conducido a una falta de claridad sobre el papel de la estructura en su conjunto y de los asesores regionales a nivel individual.

No obstante, la estructura de las RGA se apoyó en el poder de convocatoria de las Naciones Unidas con el fin de reunir a parlamentarios así como a representantes de la sociedad civil y

defensores de los derechos humanos en todas las regiones en las que se alcanzó un importante diálogo e intercambio de ideas a nivel regional y si bien, se logró cierta claridad de lo que significa la integración de género, siguen existiendo retos no alcanzados con respecto a los derechos de las mujeres en el mundo laboral o de tomar una mayor conciencia en el contexto de las ODS. No debemos olvidar que lo que se busca en el marco de esta nueva arquitectura es que las RGA contribuyan con todas las estrategias temáticas a eliminar las causas estructurales de la desigualdad de género y de la discriminación contra las mujeres; y se ha puntualizado, en el citado informe, que como es habitual dentro del sistema de las Naciones Unidas, el uso de herramientas para medir el impacto es uno de los elementos más débiles de la estructura de la RGA⁷.

Se destaca, además, que encontrar un equilibrio adecuado entre el personal especializado y la integración de las cuestiones de género por parte del personal general es un reto para todo el sistema de las Naciones Unidas en esta última década; incluso se puede apuntar que, actualmente, no existen entidades en el sistema de la Organización que puedan cumplir con sus mandatos relacionados con el género, sin contar con el personal especializado en estas materias⁸.

De ahí, que en el citado Informe se recomienda que todos los puestos en las RGA deberían regularizarse y extenderse a todas las organizaciones regionales. Además, se reclama una planificación estratégica dentro de la estructura de la RGA de carácter cuatrienal, de tal modo que los resultados deban tener sus correspondientes indicadores medibles y una política de recaudación de fondos como

⁷ As is common with much of the UN system, use of tools for measuring impact was one of the weaker element of the RGA structure (UNITED NATIONS, 2017, hojas 50).

⁸ Finding the right balance between specialized staff and gender integration by general staff is one that has challenged the entire UN system over the last decade. Currently there are no entities in the UN system that could meet their gender-related mandates without specialist gender staff (UNITED NATIONS, 2017, hojas 50).

un requisito mínimo de los Estados donantes y la futura sostenibilidad de la estructura que es la que fundamenta la arquitectura de género; sobre todo, porque este nuevo marco de planificación no requiere de un cambio significativo en los actuales planes de la estructura de la RGA ni se aparta de la planificación de las organizaciones regionales. Simplemente, se busca que la estructura de la RGA ser rebautizada y logre funcionar como una red en el marco de esta nueva planificación.

Ahora bien, para poder funcionar como una red, se indica en el citado Informe que la estructura actual debería centrarse en lograr, por un lado, verdaderos resultados a nivel de la red y, por otro lado, realizar un intercambio de experiencias de carácter interregional en las que las RGA visiten organizaciones regionales distintas a las suyas y logren crear una programación conjunta de varias regiones cuando surjan puntos en común, como por ejemplo, ese reto permanente que es la promoción del mundo laboral de las mujeres, o la difusión de información relevante⁹.

I.3 MODELOS DE GARANTÍA

Dentro de estos sistemas de evaluación resulta fundamental la rendición de cuentas sobre los resultados basados en el marco de la planificación y revisados durante las reuniones anuales de arquitectura de género con el fin de poder evaluar su relevancia sobre una temporalidad anual e incluyendo un enfoque en las áreas estratégicas y que, como conclusión, se elabore una breve nota con el fin de orientar el trabajo de las RGAs y el intercambio de conocimientos; y lo que resulta más interesante es que se recomienda que las organizaciones regionales dediquen un 30% de su tiempo a la integración de las cuestiones de género y un 50% de su programación sustantiva.

⁹ Se recomienda que como mínimo se realice una conferencia telefónica cada seis meses entre las organizaciones implicadas con el fin de intercambiar los datos sobre el progreso de la planificación y la alineación de prioridades y la logística (UNITED NATIONS, 2017, hojas 52).

Siguiendo con esta línea de actuaciones, cabe señalar que el Consejo de Derechos Humanos (CDH) adoptó la Resolución 6/30 de 2007 sobre la *Integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de las Naciones Unidas* en donde se reconoce

la importancia de examinar, desde una perspectiva de género, la intersección de múltiples formas de discriminación y condiciones desventajosas, en particular sus causas fundamentales y consecuencias y sus efectos para el adelanto de la mujer y el disfrute de esta de todo los derechos humanos; con el fin de formular y aplicar estrategias, políticas y programas destinados a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y realzar la función de la mujer en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de políticas antidiscriminatorias en que se tengan en cuenta las cuestiones de género (NACIONES UNIDAS, 2007).

Se resalta la necesidad de garantizar la plena participación de la mujer en los niveles de mando medio y superior que deberían estar presentes en la elección y nombramiento de los órganos de los tratados y mecanismos de derechos humanos, de los tribunales y cortes internacionales, así como en los organismos especializados y en los órganos subsidiarios del Consejo de Derechos Humanos.

Se trata de una discriminación reiterativa que ha sido reflejada por María Antonia García de León (1994) en la obra *Élites discriminadas. Sobre el poder de las mujeres*, donde la carrera profesional de las mujeres suele tropezar con incontables obstáculos de todo orden. Como, desde la antropología, destaca María Dolores Fernández-Fígares (2009, p. 178),

esa inveterada costumbre de no citar en las bibliografías a las mujeres [...] constituye una de las situaciones recurrentes que se detectan en el ámbito académico [...]. Esta discriminación se vive como una situación de dominio y plantea un debate sobre las formas eficaces de contrarrestarla y reparar la injusticia cometida contra las mujeres en el ámbito del conocimiento científico.

Ello implica un cambio de paradigma en el que se debe comenzar con la corrección en el uso del lenguaje correlativo al género y la necesidad de integrar la perspectiva de género en todos los sectores de la vida social. Tal como se refleja en la Resolución 6/30 se hace necesario un examen periódico universal y un seguimiento de las conclusiones obtenidas con el fin de fortalecer la arquitectura de género. Como se señala en el párrafo decimoquinto de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, relativa a la Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos (NACIONES UNIDAS, 2024c) de 2007, en el que se determinan los mecanismos de examen periódico universal, y donde se indica, en su *punto k*, la necesidad de “integrar plenamente una perspectiva de género”, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo y las particularidades de los países.

Cabe señalar que en el marco de esta arquitectura de género un paso importante ha sido la distinción establecida entre los conceptos de sexo y género, dado que el sexo se basa en las características de los órganos sexuales de carácter biológico y físico, mientras que el concepto de género resulta mucho más amplio y omniabarcante, ya que incluye valores y costumbres, así como características vitales que pertenecen al ámbito de la voluntad y no de la naturaleza y permiten transformar y evolucionar.

Nos encontramos ante un cambio de paradigma en la perspectiva de género, lo que presenta la posibilidad de deconstruir los arraigados conceptos patriarcales y generar recambios, relecturas y reconsideraciones que marchen hacia una conceptualización de las relaciones humanas dentro de una clave igualitaria.

II EL MARCO INTERNACIONAL

Acabar con la violencia de género precisa necesariamente conocer los instrumentos legales que la combaten. De tal modo, conviene analizar pormenorizadamente la evolución jurídica de los

instrumentos legales que han regulado el marco a favor de la igualdad entre hombres y mujeres, tanto desde el plano internacional, como europeo y nacional.

Estas herramientas jurídicas, así como el futuro de las mismas en relación con la lucha por la igualdad de género y la no discriminación, son el resultado de una larga marcha que ha supuesto enormes esfuerzos de militancia social y de ir avanzando y ganando nuevas categorías jurídicas. Dentro de esta lucha, el derecho se ha comportado como el instrumento más idóneo para forjar las garantías que se requieren, teniendo en cuenta la necesidad de afrontar siglos de modelos patriarcales, que han querido dejar a la mujer en un segundo plano y, aún peor, le han negado efectividad jurídica teniendo que ser representada por su padre, tutor o marido hasta fechas muy recientes.

Tengamos en cuenta, como apunta María del Carmen Muñoz Rodríguez, que

los instrumentos internacionales y europeos han creado progresivamente un marco jurídico para garantizar la igualdad y erradicar la discriminación por género. En este sentido, entre otros se han establecido una serie de vías para la protección de las personas afectadas. Si la violación proviniera del ámbito nacional, y los procedimientos internos no dan los frutos jurídicos deseados por la persona reclamante, se abren varias vías internacionales para la defensa de los derechos (MUÑOZ RODRÍGUEZ, 2012, p. 145).

II.1 LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW)

En este importante instrumento jurídico, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, firmada en 1979 y que entra en vigor el 3 de septiembre de 1981, se destaca que la expresión “discriminación contra la mujer” (IIDH, 2008a, p. 196) debe entenderse como toda distinción, exclusión o restricción basada en

el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social y cultural o en cualquier otra esfera.

Como señala Eva Díez Peralta,

en el plano normativo, la Comisión sobre el Estatuto Jurídico y la Condición Social de la Mujer decidió, en 1974, iniciar los trabajos preparatorios del que luego se convertiría en el tratado más representativo en la materia, y uno de los principales instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, a saber: [...] la Convención de 1979, o Carta de Derechos Humanos de las Mujeres, como también se la llama, se puede considerar el primer instrumento internacional de ámbito universal que proscribe, con carácter general, la discriminación por razón de sexo, prohibición que se extiende abiertamente a la esfera pública y a la privada (DÍEZ PERALTA, 2011, p. 100).

Ello implica que los Estados Partes se encuentran obligados no solo a condenar toda discriminación contra la mujer sino también a llevar a cabo una política apropiada encaminada a eliminar todo tipo de discriminación. De tal modo, se comprometen, entre otros aspectos, a consagrar en sus constituciones nacionales y en su legislación interna el principio de igualdad de género; a adoptar las medidas adecuadas y las sanciones correspondientes cuando se produzcan discriminaciones contra la mujer; a establecer en el marco de los tribunales nacionales la protección jurídica de los derechos de la mujer; a derogar las disposiciones penales nacionales que constituyan una discriminación de género.

Para la Convención, estas cuestiones implican un esfuerzo en modificar los patrones socioculturales y de conducta, con la idea eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que puedan estar basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera

de los sexos y garantizar una educación familiar que incluya una comprensión adecuada de la maternidad, como una función social en el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres, relacionada con la educación y desarrollo de sus hijos.

Resulta necesario, tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública de su país y garantizar su derecho a votar en todas las elecciones y referendos y a ser elegibles, además de poder participar en la formulación de las políticas gubernamentales y ocupar cargos públicos en todos los planos administrativos, así como también en todo tipo de organizaciones no gubernamentales.

Resulta importante destacar que las mujeres deben tener los mismos derechos que los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad, con la idea de evitar que el matrimonio con un extranjero o el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa o la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge; y le permitan a la mujer los mismos derechos que al hombre respecto de la nacionalidad de sus hijos.

Como apunta, Sixto Sánchez Lorenzo,

respecto del principio de no discriminación, contenido en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana, la Corte señala que dicho principio se extiende a los demás derechos recogidos en la Convención, de forma que, en relación al derecho a la nacionalidad, “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”, y que “los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad.” (SÁNCHEZ LORENZO, 2015, p. 115-116).

Los Estados Partes deberán adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, otorgando las mismas oportunidades y los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo y el derecho a igual remuneración e igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor. Sin duda, prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo e implantar, a su favor, la licencia de maternidad con sueldo pagado.

Se hace necesario eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales permitiéndole participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo, beneficiarse de los programas de seguridad social, obtener el acceso a los créditos y préstamos agrícolas, así como gozar de las condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Con la idea de que se cumplan todas estas premisas y muchas otras, que figuran exhaustivamente recogidas en la Convención que estamos analizando, se ha establecido un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (IIDH, 2008, artículo 17 de la Convención, p. 202), compuesto por expertos de gran prestigio y competencia en estas materias teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos. Se reunirá todos los años por un periodo que no exceda de dos semanas para examinar los informes que presenten los Estados Parte y que se harán llegar, también, al Secretario General de las Naciones Unidas.

II.2 PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

El Protocolo Facultativo (IIDH, 2008, p. 207), sobre el que no se admite reserva alguna por parte de los Estados firmantes

(IIDH, 2008, art. 17), fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y entra en vigor el 20 de diciembre de 2000, por lo que viene a complementar las actividades y alcance del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Por tanto, se reconoce su competencia para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado y, también, la competencia de quien actúe en nombre de esas personas o grupo de personas.

Las comunicaciones deberán presentarse por escrito y no podrán ser anónimas, debiendo tratarse de una violación cometida en un Estado que sea parte en la Convención y que además lo sea del presente Protocolo. En esta línea de actuaciones, el Comité no examinará ninguna comunicación que no haya agotado previamente todos los recursos de la jurisdicción interna (salvo que esta tramitación se haya prolongado injustificadamente o no sea probable que brinde como resultado un remedio efectivo). Además, considerará inadmisibles toda comunicación que se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o lo haya sido con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales; o que sea incompatible con las disposiciones de la Convención; o que sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; o que constituya un abuso de derecho; o que los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo, salvo que los hechos continúen produciéndose con posterioridad a esa fecha.

Una vez que la comunicación haya sido recibida y aceptada, el Comité podrá, antes de llegar a una conclusión, solicitar al Estado Parte que adopte las medidas provisionales necesarias con el fin de evitar posibles daños irreparables a las víctimas. Por su parte, el Estado dispondrá de seis meses para presentar al Comité las explicaciones o declaraciones que aclaren la cuestión e indique

las medidas correctivas que ha aplicado. El Comité tras examinar la comunicación presentada hará llegar sus recomendaciones a las partes interesadas, que serán de carácter confidencial, cuando haya recibido información fidedigna que revele violaciones graves y sistemáticas cometidas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Dado el caso, el Comité podrá encargar a uno a más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un Informe al Comité y, cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, podrá incluir en la investigación una visita a su territorio.

II.3 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ)

Esta Convención fue adoptada en Belém do Pará en Brasil el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (IIDH, 2008d). Se inspira en la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer adoptada en la vigésimo quinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres y ante la necesidad de adoptar una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos. En su artículo 1 viene a reafirmar que debe entenderse como violencia contra la mujer a cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, ya sea esta violencia perpetrada en el seno de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal que comprende violación, maltrato o abuso sexual; o también en la comunidad y que sea llevada a cabo por cualquier persona y que comprenda, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar

de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o en cualquier otro lugar, o que, para colmo de males, sea tolerada o perpetrada por el Estado o sus agentes.

Por ello se recogen una serie de derechos de las mujeres, que son inalienables, como el derecho a la vida; a su integridad física, psíquica y moral; a la libertad y seguridad personales; a no ser sometida a torturas; a que se respete su dignidad inherente a su persona y se proteja a su familia; así como, el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la amparen contra actos que violen sus derechos; a la libertad de asociación; a profesar ideas y creencias propias dentro de la ley; y a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y participar en los asuntos oficiales y en la toma de decisiones.

Otro aspecto importante es el hecho de que los Estados Partes y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva con el fin de esclarecer situaciones de violencia de género. Además, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida podrá presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas, por lo que la citada Comisión podrá considerarlas de acuerdo con las normas y requisitos estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II.4 LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó una Relatora Especial (NACIONES UNIDAS, 2024d) sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, el 4 de marzo de 1994 (resolución 1994/45),

indicando que fuese una experta independiente quien indagara las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres con el fin de investigar, recomendar y promover soluciones para su erradicación¹⁰.

Desde marzo de 2006, la Relatora Especial presenta informes al Consejo de Derechos Humanos, conforme a la decisión 1/102 del Consejo. La renovación más reciente del mandato se produjo mediante la resolución 50/7 por la que se nombró a S.^{ra} Reem Alsalem¹¹ (Jordania) Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, desde agosto de 2021.

II.5 GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

En 2010 el Consejo de Derechos Humanos creó un Grupo de Trabajo (NACIONES UNIDAS, 2024e) sobre la cuestión de la Discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, a fin de promover la eliminación de las leyes que discriminan directamente a las mujeres y/o tienen un efecto discriminatorio sobre ellas. Este mandato se crea con el fin de redoblar los esfuerzos por eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas en todo el mundo.

Fue en el decimoquinto periodo de sesiones celebrado en 2010, cuando el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 15/23 estableciendo este Grupo de Trabajo compuesto por cinco

¹⁰ Relatoras Especiales: Radhika Coomaraswamy (Sri Lanka) (1994 - julio de 2003); Yakin Erturk (Turquía), (agosto de 2003 - julio de 2009); Rashida Manjoo (Sudáfrica) (agosto de 2009 - julio de 2015); Dubravka Šimonović (Croacia), (desde agosto de 2015 a julio 2021); Reem Alsalem (Jordania) (desde agosto de 2021).

¹¹ Máster en Relaciones Internacionales por la Universidad Americana de El Cairo, Egipto (2001) y Máster en Derecho de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2003). Es consultora independiente sobre cuestiones de género, derechos de los refugiados y los migrantes, justicia de transición y respuesta humanitaria.

expertos independientes¹² en el marco de una representación geográfica equilibrada y con el cometido de que trabajan en grupo. Este mandato fue renovado en junio de 2019 mediante la Resolución 41/6 cambiando su denominación de Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la Discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica por la de Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la Discriminación contra las mujeres y las niñas.

De tal modo, los mandatos de procedimientos especiales, tanto del Consejo de Derechos Humanos como del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, le autoriza a intervenir directamente ante los gobiernos en relación con las denuncias sustanciadas sobre violaciones de los derechos humanos y la aplicación de la legislación y las políticas relacionadas con estos temas y que incluyen la realización de llamamientos urgentes y cartas de denuncia.

Estas comunicaciones son cartas enviadas por los Procedimientos Especiales a los Gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales, empresas militares o de seguridad en las que se informa sobre las denuncias de violaciones de derechos humanos, tanto en el pasado como actuales, o inquietudes relacionadas con proyectos de ley, legislación, políticas o prácticas que no cumplen con las leyes y normas internacionales de derechos humanos. De este modo, cuando sea necesario, las expertas del Grupo de Trabajo pueden solicitar de las autoridades competentes que se tomen las medidas adecuadas para prevenir o detener una violación, así como investigarla y llevar a la justicia a los responsables, además de asegurarse de que las víctimas o sus familias dispongan de los

¹² Los miembros actuales son: presidenta S.^{ra} Melissa Upreti (Nepal/USA), S.^{ra} vicepresidenta Dorothy Estrada-Tanck (México), S.^{ra} Elizabeth Broderick (Australia), S.^{ra} Ivana Radacic (Croacia) y S.^{ra} Meskerem Geset Techane (Etiopía). Ex miembros: S.^{ra} Emna Aouij (Túnez) (2010-2017), S.^{ra} Kamala Chandrakirana (Indonesia) (2010-2017), S.^{ra} Alda Facio (Costa Rica) (2014-2020), S.^{ra} Frances Raday (Israel/Reino Unido) (2010-2017), S.^{ra} Eleonora Zielinska (Polonia) (2010-2017), S.^{ra} Patricia Olamendi Torres (México) (2012-2013), S.^{ra} Mercedes Barquet (México) (2011-2012).

recursos necesarios, si bien cabe destacar que los Procedimientos Especiales no tienen el poder ni la autoridad para hacer cumplir sus puntos de vista o recomendaciones.

No obstante, como apunta Cesáreo Gutiérrez Espada,

cuando un Estado se suma a un tratado internacional de derechos humanos (y desde que el mismo esté en vigor para él) adquiere la obligación de cumplir sus disposiciones. En principio, como en estos tratados se indica, la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo en su Derecho interno el pleno respeto de los derechos y libertades, todos, reconocidos. [...] Pero, la cuestión cambia si un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por nuestro país, o uno de sus Protocolos, crea órganos internacionales (Comités) a los que otorga competencias para emitir Informes u Observaciones Generales relativos a la clarificación o precisión de los derechos y libertades regulados y/o para pronunciarse sobre quejas, comunicaciones o reclamaciones de personas físicas o jurídicas que se hallen bajo jurisdicción de los Estados partes y consideren violados alguno(s) de sus derechos. Y cambia en la medida que las Observaciones o Dictámenes de esos Comités, cuando un Estado Parte en el tratado ha aceptado, formal, expresa y libremente la competencia del Comité para llevar a cabo esas tareas, los Informes u Observaciones del Comité y en particular sus Dictámenes sobre las reclamaciones individuales, tengan o no formalmente la naturaleza de resoluciones judiciales, difícilmente pueden entenderse como manifestaciones de una interpretación no auténtica del tratado en cuestión (GUTIÉRREZ ESPADA, 2018, p. 850).

En esta línea, recuerda Carlos Villán Durán, que

nueve de los principales tratados internacionales de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus protocolos o cláusulas facultativas, establecen que sus respectivos comités (órganos compuestos de personas expertas e independientes) puedan recibir quejas individuales («comunicaciones» en el texto literal de los tratados) dirigidas contra un Estado parte por presunta violación de alguno de los derechos reconocidos en el tratado de cuya

aplicación se ocupan. [...] La finalidad del procedimiento es obtener del comité correspondiente que se pronuncie sobre si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto (dictamen) y se extraigan las consecuencias jurídicas, debiendo el comité determinar las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar, que serán proporcionales a la gravedad de la violación cometida. El procedimiento de quejas es, por lo tanto, contradictorio e implica que el Estado pueda ser sancionado. No obstante, los dictámenes de los comités sobre el fondo no son sentencias en sentido estricto, pues no son emitidos por tribunales internacionales. Pero sí son órganos de personas expertas revestidos por el tratado correspondiente de autoridad para pronunciarse sobre si ha habido violación o no de sus disposiciones, por lo que sus dictámenes, además de adoptar la forma de un fallo judicial, tienen un innegable valor jurídico. No obstante, al no tener los dictámenes la fuerza ejecutiva de una sentencia, calificamos el procedimiento de cuasi-judicial (VILLÁN DURÁN, 2022).

II.6 EN EL ÁMBITO EUROPEO

Parece oportuno reseñar con cierta exhaustividad los avances legislativos que se han realizado en el ámbito europeo, dado que se trata de pasos importantes en el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

En la Unión Europea (FARAMIÑÁN GILBERT, 2014) se han realizado muchos avances de carácter jurídico que, sin duda, sirven para concienciar el problema al que debemos enfrentarnos, pero que no serán nunca suficientes, puesto que sobre la violencia contra las mujeres debemos oponer un grado de “tolerancia cero”, que no admita excusas sociales ni atenuantes jurídicos, y el peso de la ley debe caer inexcusablemente sobre sus autores; como bien apunta María del Carmen Muñoz Rodríguez (2007, p. 259-281).

Además de las medidas adoptadas en el marco de la Unión Europea, de las que conviene destacar la Directiva 2012/29 UE¹³

¹³ La mencionada Directiva, adoptada en 2012, establece normas mínimas sobre los derechos, la protección y el apoyo de las víctimas de delitos en la UE, y hace referencia expresa a las víctimas de la violencia de género, las víctimas de la violencia sexual y las víctimas de la violencia en las relaciones personales.

sobre las víctimas de delitos, en otros ámbitos como el Consejo de Europa se puso en marcha en 2011, y ha entrado en vigor en 2014, el Convenio de Estambul que aborda de manera exhaustiva las distintas formas de violencia contra la mujer, como la violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual, el acoso y el hostigamiento sexual.

Cada año, desde 2001, la Comisión Europea (UNIÓN, 2024a) informa al Consejo Europeo de Primavera de los logros conseguidos en materia de igualdad entre mujeres y hombres en los Estados miembros de la Unión Europea y presenta futuros retos, prioridades y orientaciones estratégicas. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio fundamental de la Unión Europea, por lo que ha contribuido sustancialmente a la promoción de la mujer, así como a la mejora de la vida de las mujeres y los hombres por medio de un *corpus* legislativo considerable sobre la igualdad de trato y la integración explícita de la perspectiva de género en las políticas y los instrumentos de la Unión.

Aunque se constata una tendencia positiva hacia una sociedad y un mercado laboral con mayor igualdad entre mujeres y hombres, persisten todavía desigualdades entre hombres y mujeres, generalmente en perjuicio de la mujer. En la actualidad, la legislación comunitaria en materia de igualdad de género constituye un pilar fundamental en la política de igualdad de oportunidades en Europa. En esta legislación se regula una amplia serie de cuestiones, entre las que destacan el acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la retribución laboral, los regímenes de Seguridad Social, el trabajo autónomo y la protección de las mujeres embarazadas y de las que acaban de dar a luz.

Cabe reseñar una ingente cantidad de acciones legislativas de la Unión Europea, ya sean como directivas o reglamentos, tales como la Directiva 75/117/ CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros respecto a la aplicación del principio de igualdad de

retribución salarial entre mujeres y hombres, donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de sexo en materia de remuneración y abre la vía jurisdiccional a las personas que se han visto perjudicadas, protegiendo a quienes reclamen frente a la reacción de quienes les han empleado. Asimismo, invita a los Estados miembros a erradicar cualquier discriminación y a informar al personal laboral de las medidas adoptadas.

En esta línea de análisis conviene recordar el ingente desarrollo legislativo llevado a cabo en la Unión Europea en el marco de numerosas directivas. Así, la Directiva 76/207/CE del Consejo de 9 de febrero de 1976 (modificada por la Directiva 73/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, y por la Directiva 54/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. (en su segunda modificación, incluyó a la Directiva 54/2006 –sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a los regímenes profesionales de seguridad social– y las unifica en un único texto).

Otros textos relevantes son: la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978 que obliga a los Estados miembros a aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social. La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, para la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Asimismo: la Directiva 2000/78/ CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y que tiene como objetivo luchar contra la discriminación –ya sea por motivos de religión, discapacidad, edad u orientación sexual– en el acceso al empleo y a la ocupación; la promoción y la formación profesional;

las condiciones de empleo y de ocupación; y la pertenencia o participación en determinadas organizaciones. Cabe destacar que esta Directiva reconoce y valida la diferencia de trato en tres situaciones especiales: exigencias profesionales esenciales; diferencias de trato basadas en la edad que garanticen la protección de derechos y las acciones positivas para prevenir o compensar desventajas. La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro. La Directiva 2006/54/CE de 26 julio 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual. Asimismo, insta a los empresarios a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, endurece las sanciones en caso de discriminación y prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (deroga la Directiva 96/34/CE).

Cabe añadir: la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, en la que se establecen objetivos para la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad (deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo). La Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Esta Directiva dispone la aproximación de las sanciones por la trata de seres humanos en los distintos Estados miembros y de las medidas de apoyo destinadas a las víctimas y, además, crea la figura del Coordinador para la lucha contra la trata de seres humanos europeo. La Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, con la que crea la Orden europea de protección, destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que

puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual y faculta a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro (esta Directiva se ha visto reforzada por el Reglamento (UE) n.º 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que garantiza el reconocimiento de dichas medidas en toda la UE); o la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Como es sabido, la legislación europea no solo se apoya en el modelo de las directivas, sino que se refuerza notablemente por los reglamentos. En este sentido, por lo que respecta a los reglamentos, cabe destacar el Reglamento (CE) 1698/2005 del Consejo de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al Desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural, que establece las normas generales que regulan la Política Comunitaria de Desarrollo Rural para el periodo de programación 2007-2013. El Reglamento hace especial hincapié en la necesidad de fomentar la igualdad de género y el desarrollo sostenible y destaca que, en el contexto de su acción a favor del desarrollo rural, la Comunidad pretende eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación.

También, el Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión. El Reglamento incorpora las prioridades comunitarias en materia de crecimiento económico y desarrollo sostenible, establecidas en la Estrategia de Lisboa (2000) y en la Estrategia de Gotemburgo (2001), definiendo los objetivos de los Fondos, los requisitos que deben cumplir los Estados miembros, las regiones que pueden beneficiarse de esos Fondos, los recursos

financieros disponibles y los criterios aplicables para decidir su asignación. En su texto hace referencia al Principio de Igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación afirmando que la Comunidad y los Estados miembros velarán por la inclusión de las cuestiones de género en todas las etapas de la ejecución de los Fondos.

Por su parte, el Reglamento n.º 1382/2013, destina una importante suma en millones de euros hasta 2020 y en él se combinan seis programas del período de financiación 2007-2013, entre los que se hallan el programa *Daphne III* (Decisión n.º 779/2007/CE) y dos secciones (No discriminación y diversidad e Igualdad de género) del programa comunitario para el empleo y la solidaridad social *Progress* (Decisión n.º 1672/2006/CE)¹⁴. En el anexo se especifica que la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres se financiará, junto con otras medidas contra la discriminación (UNIÓN, 2024b).

Como bien señala Eva Diaz Peralta

con el objetivo de maximizar la protección que se ofrece a todas las víctimas de la violencia de género en toda la Unión, deben aprovecharse plenamente los instrumentos legislativos en vigor, que aun cuando no tienen como designio único y principal la lucha contra las manifestaciones de violencia machista, sin embargo, constituyen un acervo normativo notable que resulta muy útil en este ámbito. Se trata, especialmente, de las previsiones derivadas de la Directiva sobre los derechos de las víctimas y los instrumentos de reconocimiento mutuo de las órdenes europeas de protección y de investigación, que pretenden asegurar un nivel de protección más efectivo, entre otras, a las víctimas de violencia de género y de violencia sexual, y que responden a las necesidades especiales de estas personas profundamente vulnerables (DÍEZ PERALTA, 2019, p. 181).

¹⁴ Para 2014, el Parlamento consiguió que la Línea presupuestaria (Promoción de la no discriminación y la igualdad) aumentara en créditos de compromiso, a fin de paliar la brusca caída en la financiación en comparación con años anteriores. Además, se asignó un importante suplemento económico a la Línea presupuestaria con el fin de ayudar, entre otros objetivos, a proteger y luchar contra toda forma de violencia ejercida sobre las mujeres.

III DISCRIMINACIÓN Y ABUSO EN MATERIA DE GÉNERO

En el contexto de esta ponencia, interesa destacar el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionada con los “Impactos de casos de discriminación y violencia contra mujeres, niñas y adolescentes” (OEA, 2019a), en el que se indica que las mujeres, niñas y adolescentes corren un riesgo mayor de ser víctimas de discriminación y violencia, ya que se tiende a hacer caso omiso de sus derechos y a silenciar constantemente sus necesidades; “en las Américas, encuentran distintas formas de violencia y discriminación en el empleo, la educación, la atención de la salud, la esfera política, la vida privada y otros ámbitos sociales.” (OEA, 2019a, *ítem 1*)¹⁵.

III.1 LOS PERFILES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género se ejecuta de manera física, sexual, psicológica, económica, espiritual, obstétrica o simbólica y su expresión más extrema es el feminicidio. En todo el mundo, el 35% de las mujeres han experimentado violencia física o sexual ejercida por su pareja o ex pareja y, según los informes de las Naciones Unidas, alrededor del 38% de las mujeres en América Latina y el Caribe han soportado situaciones de violencia de pareja al menos una vez en su vida¹⁶.

A estos modelos discriminatorios cabe agregar otras manifestaciones de discriminación que aumentan su vulnerabilidad, en especial si nos referimos a mujeres indígenas o afrodescendientes, a mujeres con discapacidades, a mujeres con sida, a mujeres lesbianas, a mujeres trans, a mujeres en situación de movilidad humana, o a

¹⁵ Agrega, además, que “Asimismo, los Estados de la región siguen enfrentando numerosas dificultades para cumplir su obligación de responder de manera adecuada y eficaz a la discriminación histórica y estructural a la desigualdad y a la violencia contra ellas”.

¹⁶ Naciones Unidas. *The World's Women 2015: Trends and Statistics*, 2015, capítulo 6: “Violence against women”.

mujeres que se han visibilizado como defensoras de los derechos humanos.

Por ello resulta evidente la necesidad de prestar especial atención a determinadas comunidades o grupos que hayan sufrido discriminación a lo largo de la historia, por lo que una perspectiva de género resulta fundamental en el desarrollo de la protección y garantía de los derechos humanos. En esta línea de compromiso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos trabaja a través de Relatorías, tanto sobre Derechos de las Mujeres, como sobre Derechos de la Niñez, recogiendo denuncias y peticiones sobre situaciones en las que se haya violentado el goce de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes y analizando a través de un sistema de estudio los casos individuales.

Es a partir del análisis de estos casos como se elaboran Recomendaciones que se dirigen a los Estados a fin de que cumplan sus obligaciones en relación con el respeto a la igualdad y a la no discriminación y se les conmina a tomar las medidas oportunas con el fin de proteger a las mujeres y de que se reparen los daños causados a las víctimas como consecuencia de las violaciones cometidas. Tengamos en cuenta, que en esta última década se han acrecentado de manera exponencial los flujos migratorios y en estos desplazamientos geográficos las mujeres y las niñas son sujetos de explotación por parte de mafias de delincuencia organizada. Como denuncia Pablo Antonio Fernández Sánchez (2017, p. 126), “este flujo migratorio se debe, fundamentalmente, a la organización de las mafias que trafican con seres humanos, inicialmente con inmigrantes, aunque en muchos casos también con fines de explotación sexual.”.

Estas medidas individuales consisten en la restauración de los derechos infringidos, implicando acciones de compensación, satisfacción, rehabilitación y medidas de verdad y justicia. Por otra parte, a nivel global, las recomendaciones pueden dirigirse a fortalecer las garantías de no repetición o a medidas de rehabilitación estructural que impliquen “reformas políticas públicas, reformas del

marco jurídico del Estado o medidas de fortalecimiento institucional” (OEA, 2019a, p. 8, *ítem 9*).

En muchos casos, la Comisión¹⁷ ha solicitado a los Estados de la región que proporcionen una reparación individual a las víctimas mediante el pago de indemnizaciones, disculpas públicas y restablecimiento de la verdad y la justicia.

Sobre esta idea del derecho a la verdad y a la justicia, señala, Ana Gemma López Martín, que

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha extraído el derecho a la verdad del derecho a acceder a un juicio justo y a la protección judicial (artículos 8 y 15 CADH) y del derecho a la información (artículo 13 CADH). Y ha subsumido el derecho a la verdad en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener un esclarecimiento de los hechos relacionados con la violación y las correspondientes responsabilidades de los órganos competentes del Estado, mediante la investigación. También ha reconocido el derecho a saber la verdad total, completa y pública sobre los

¹⁷ Caso 12.632, Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin (Argentina); Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil); Caso 12.053, Comunidad Maya del Distrito Toledo (Belize); Caso 11.556, Corumbiara (Brasil); Caso 12.001, Simone André Diniz (Brasil); Caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña y otros (Chile); Caso 12.469, Margarita Barbería Miranda (Chile); Caso 12.799, Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka) (Chile); Caso 11.654, Masacre de Riofrio (Colombia); Caso 12.009, Leydi Dayan Sánchez (Colombia); Caso 10.455, Valentín Basto Calderón y otros (Colombia); Caso 12.713, José Rusbel Lara y otros (Colombia); Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo (Colombia); Caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros (Cuba); Caso 12.127, Vladimiro Roca Antúnez y otros (Cuba); Caso 11.992, Dayra María Levoyer Jiménez (Ecuador); Caso 9.903, Rafael Ferrer Mazorra y otros (Estados Unidos); Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos); Caso 11.204, Statehood Solidarity Committee (Estados Unidos); Caso 12.534, Andrea Mortlock (Estados Unidos); Caso 12.626, Jessica Lenahan (Estados Unidos); Caso 10.573, José Isabel Salas Galindo y otros (Estados Unidos); Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala); Caso 9.111, Ileana del Rosario Solares Castillo y otros (Guatemala); Caso 11.565, Hermanas González Pérez (México); Caso 12.551, Paloma Angélica Escobar Ledezma y otros (México); Casos 10.247, Luis Miguel Pasache Vidal y otros (Perú). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-anexo2-es.pdf>

hechos que acontecieron, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos como parte del derecho a la reparación por las violaciones de los derechos humanos. En la interpretación dada por la Comisión, el derecho a la verdad es el derecho a una búsqueda judicial de la verdad, a la investigación y a las sanciones judiciales de los responsables (LÓPEZ MARTÍN, 2014, p. 150).

Además, de cómo acabamos de señalar, recomendar al Estado la necesidad de abordar los problemas estructurales que han conducido a estas violaciones, con la idea de que se adopten leyes, políticas públicas y programas de capacitación con el fin de combatir la violencia y la discriminación de género.

Una vez publicado el informe y las recomendaciones, de acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de la Comisión, podrán determinarse medidas de seguimiento tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias con la idea de verificar el cumplimiento de los acuerdos (LÓPEZ MARTÍN, 2014, p. 8, *ítem 1*).

Resulta importante señalar que las medidas de reparación se apliquen siguiendo un enfoque intersectorial con pleno conocimiento de las circunstancias particulares de cada caso, dado que se ha observado que la conculcación de sus derechos no es igual para todas las mujeres, niñas o adolescentes, donde se deberán tener en cuenta factores como el origen étnico, la edad, la situación económica, las características lingüísticas y culturales y, en particular, cuando se hayan dado casos de violencia sexual. En el caso de las niñas se ha observado la estigmatización social cuando se ha producido una violación y las dificultades añadidas de la menor para comunicar lo sucedido, por lo cual se reclama de los Estados el deber de actuar en estos casos con mayor diligencia, rapidez y eficacia.

A los efectos de realizar un seguimiento efectivo del cumplimiento de las Recomendaciones la Comisión utiliza cinco criterios: a) cumplimiento total, b) cumplimiento parcial sustancial,

c) cumplimiento parcial, d) pendiente de cumplimiento y e) incumplimiento. De tal modo, que cabe resaltar que la Comisión entiende que

la eficacia del sistema interamericano depende en gran medida del cumplimiento de las decisiones de sus órganos, entre ellas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de fondo de la Comisión y las soluciones amistosas mediadas por la Comisión, en los cuales constan las recomendaciones y los acuerdos sobre la plena reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos (LÓPEZ MARTÍN, 2014, p. 41, *ítem* 75).

Esto permitan empoderar a las víctimas y proporcionales los recursos para rehacer su vida en la medida de lo factible.

Si nos atenemos a la jurisprudencia en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, las medidas de rehabilitación consisten en “poner a disposición servicios especializados, individualizados, preferenciales, accesibles, integrales, culturalmente apropiados y gratuitos, así como medicamentos y, en los casos en los que corresponda, bienes y servicios”¹⁸. Todos estos esfuerzos han servido para motivar a los Estados a reconocer su responsabilidad internacional por las violaciones de los derechos humanos y, sobre todo, a pedir disculpas públicamente a las víctimas¹⁹. En estos actos de reconocimiento de la responsabilidad internacional, el Estado admite que no cumplió con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y reconoce la necesidad de reparar el daño causado por las violaciones que se han perpetrado; con el añadido, en ciertos casos, de restaurar la reputación de la víctima siempre

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Reparaciones y Costas), Serie C n° 205, párr. 529.

¹⁹ Por ejemplo, el 7 de julio de 2008, el Estado brasileño realizó una ceremonia pública en la cual rindió homenaje a Maria da Penha Maia Fernandes por su lucha por las mujeres víctimas de violencia doméstica¹⁴⁴. Además, el vicegobernador del estado de Ceará pidió disculpas públicamente a Maria da Penha por la demora del poder judicial en resolver su caso.

que la víctima no haya manifestado su voluntad de permanecer en el anonimato (OEA, 2018a, párrs. 125 a 127).

Dentro de las medidas de verdad y justicia, los Estados están obligados a identificar, enjuiciar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de las violaciones de derechos humanos, así como a aquellos que les proporcionan asistencia y encubrimiento y a prevenir e investigar tales violaciones. Dado que con la investigación y las sanciones se procura difundir la verdad de los hechos y además administrar justicia, se requiere que el Estado realice estas investigaciones con seriedad y no como una simple formalidad. Asumido por el Estado, como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares (OEA, 2007a, n. 171, párr. 62), le implica tomar todas las medidas adecuadas para prevenir la repetición de violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados tienen la obligación de adoptar, adaptar o derogar leyes o normas con el fin de garantizar que no se repitan estas violaciones.

III.2 UNA VIOLENCIA PERSISTENTE

Sin embargo, hay que reconocer que a pesar de todas estas medidas se sigue discriminado y la violencia contra las mujeres no se ha reducido, especialmente en el marco de la violencia doméstica que evidencian numerosos casos de feminicidio, retrasos injustificados en las investigaciones y procedimientos judiciales y sobre todo en altas tasas de impunidad.

Además, según informa ONU-Mujeres (2024), los datos sobre la violencia contra las mujeres y las niñas indica que ha aumentado significativamente durante estos últimos años. A nivel global se calcula que unos 736 millones de mujeres (que sería una de cada tres mujeres) ha experimentado violencia física o sexual por parte de su pareja o ex pareja y un 30%, entre quince años o más, ha sufrido violaciones por alguien que no era su pareja y, además, los casos de acoso sexual se elevan a un 70%. Las investigaciones

realizadas demuestran que las consecuencias posteriores a la violencia genital perduran en forma de depresiones, embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual, trastornos de ansiedad, miedo a circular por las calles, etc. Por otra parte, a nivel planetario la violencia contra las mujeres afecta de forma desproporcionada a aquellas que viven en países y regiones con ingresos bajos y menos desarrollados. Las tasas de feminicidio han aumentado de manera alarmante y se calcula que 81.000 mujeres y niñas fueron asesinadas en 2020 y unas 47.000 de ellas lo fueron a manos de su pareja, parientes o conocidos.

En el contexto de este análisis, no podemos dejar de mencionar los efectos de la pandemia originada por la COVID-19 (FARAMIÑÁN GILBERT, 2021a; FARAMIÑÁN GILBERT, 2021b, FARAMIÑÁN GILBERT, 2021-2022, p. 71-94) sobre las mujeres y niñas en la que se ha detectado la intensificación de la violencia en el ámbito doméstico, que ha confirmado lo que se ha llamado como “una pandemia en la sombra” (UN WOMEN, 2021). Se han recabado datos en los que se ha detectado que durante la pandemia se ha intensificado la violencia contra las mujeres y las niñas en todo el mundo, confirmando que hasta octubre de 2021, en cincuenta y dos países se habían puesto en funcionamiento planes de prevención de la violencia como respuesta a la COVID-19 y ciento cincuenta países habían adoptado medidas para fortalecer los servicios prestados a las mujeres sobrevivientes de la violencia; sin embargo, se ha comprobado que no han resultado suficientes para integrar las medidas que integren la eliminación de la violencia contra las mujeres (UNDP, 2022)²⁰.

Resulta alarmante que todavía existan países en los que no se hayan aprobado leyes sobre violencia en el ámbito doméstico o sobre acoso sexual en el lugar de trabajo. En un análisis realizado

²⁰ Por ejemplo, las búsquedas realizadas en varios países asiáticos relacionadas con la violencia física, “incluyendo palabras claves como ‘señales de abuso físico’, ‘relación violenta’, ‘tapar moretones en el rostro’ aumentaron un 47% en Malasia, un 63% en Filipinas y un 55% en Nepal entre octubre de 2019 y septiembre de 2020”.

por *Women's Health Surveys* (AUSTRALIAN, 2020), llevado a cabo en 2020, una de cada cuatro encuestadas, es decir el 23,9%, indicó que había sufrido algún tipo de violencia por parte de su pareja o de su ex pareja; una de cada diez mujeres, es decir un 11,1 %, informó sufrir acoso por parte de su pareja dominante y controladora, cifra que se ve aumentada entre mujeres con discapacidad, o sea un 18,%, siendo de un 19,5% las que se atrevieron a denunciar haber sufrido abuso emocional; se corrobora que el mayor número de víctimas de violencia física y sexual se ha dado entre mujeres de 18 a 24 años.

Como ha señalado Jane Fisher, en el citado informe,

estereotipadamente, pensamos que toda violencia es un acto físico, mientras que las formas más comunes de violencia que experimentan las mujeres son el abuso emocional y las conductas controladoras. Estas son situaciones muy dañinas que experimentan algunas mujeres en sus relaciones íntimas y, como ha demostrado la encuesta, estos comportamientos son mucho más comunes de lo que generalmente se cree (AUSTRALIAN, 2020)²¹.

En efecto, estos estereotipos refuerzan la posición dominante del hombre sobre la mujer y perpetúan la desigualdad de género, dado que los comportamientos dirigidos a controlar el cuerpo de las mujeres, su autonomía o su contacto con otras personas ajenas al entorno familiar guardan una fuerte correlación con el aumento de la violencia en la pareja. Por otra parte, no debemos olvidar que muchas mujeres han sido objeto de violencia sexual exterior al matrimonio por parte de alguien que no es su pareja o su marido, pero que se trata de un drama subyacente dado que muchas mujeres forzadas y violadas se resisten a denunciar como consecuencia del estigma que existe en algunos países; de acuerdo con los datos disponibles, solo un 1% de ellas han solicitado alguna vez ayuda profesional o han denunciado. Por ejemplo, en Medio Oriente y en África del Norte,

²¹ J. Fisher AO, profesora del Finkel de Salud Global y de la Mujer, Facultad de Salud Pública y Medicina Preventiva.

entre el 40% y el 60% de las mujeres han experimentado acoso sexual en la calle, basado en comentarios sexuales, persecución o seguimiento.

A todos estos aspectos relacionados con la discriminación y abusos en materia de género debemos agregar la trata de mujeres, o los casos de matrimonios infantiles, o la mutilación genital femenina, o la violencia en línea.

En relación con la trata, se ha detectado que, de cada diez víctimas a nivel mundial de trata de personas, aproximadamente cinco eran mujeres adultas y dos eran niñas; generalmente se produce con fines de abuso sexual y se ha incrementado durante la pandemia del coronavirus “afectando de forma desproporcionada a las mujeres, a quienes se ha reclutado, a menudo en persona o en línea, con fines de explotación sexual.” (ONU MUJERES, 2024).

Por fortuna, en esta última década, la tasa de matrimonios infantiles a nivel mundial se ha reducido; sin embargo, es un problema que sigue latente en determinados países, dados los estereotipos sociales y las costumbres ancestrales muy arraigadas que mantienen aún cifras preocupantes sobre mujeres jóvenes, de entre 20 y 24 años, que fueron obligadas a casarse contra su voluntad antes de cumplir los 18 años. A ello se añade la práctica de la mutilación genital femenina, que se realiza, sobre todo, en los países de África Occidental como una práctica inveterada que resulta muy difícil erradicar.

En la era digital, el acoso en línea se ha ido propagando de un modo preocupante y se ha registrado que una de cada diez mujeres en la Unión Europea afirma haber experimentado ciberacoso desde los quince años; lo que implica haber recibido correos electrónicos o mensajes SMS sexualmente explícitos, no deseados y ofensivos, o insinuaciones inapropiadas, en el marco de las redes sociales. Ello se ha debido “al creciente alcance de la red Internet y la rápida difusión de la información por móvil y el uso generalizado de las redes sociales, especialmente desde el inicio de la pandemia de la COVID-19, junto con la prevalencia ya existente de la violencia

contra las mujeres y las niñas, hayan supuesto un mayor impacto de las tasas de violencia.”²².

IV INTEGRACIÓN EN MATERIA DE GÉNERO

En el marco de la Resolución 6/30 del Consejo de Derechos Humanos (NACIONES UNIDAS, 2007), sobre la integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de las Naciones Unidas, se propone a los mecanismos de derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos y a su Comité Asesor, así como, a los Procedimientos Especiales, que integren de forma regular y sistemática una perspectiva de género en la ejecución de su mandato con el fin de llevar a cabo un análisis cualitativo de los informes que se vayan elaborando sobre las cuestiones que afecten a las múltiples formas de discriminación contra las mujeres y las niñas; teniendo en cuenta los esfuerzos realizados por la mayoría de los procedimientos especiales y otros mecanismos de derechos humanos.

IV.1 HERRAMIENTAS DE INTEGRACIÓN DE GÉNERO

Se ha puesto en evidencia la necesidad de articular un programa de trabajo en el que se disponga de tiempo suficiente, durante una sesión anual, con el fin de poder analizar y debatir puntualmente sobre los derechos de la mujer, incluidas las medidas que puedan adoptar los Estados con el fin de poder hacer frente a las violaciones de los derechos humanos que sufren las mujeres, y en particular la violencia de género y poder establecer prioridades y programas para el futuro.

²² “En Estados Unidos, dos de cada diez mujeres jóvenes de entre 18 y 29 años han experimentado acoso sexual en línea y una de cada dos ha recibido imágenes explícitas impropiedades. En Pakistán, el 40 % de las mujeres ha experimentado distintas formas de acoso por Internet. Durante la pandemia, las mujeres y las niñas han usado Internet con mayor frecuencia, si bien existe una brecha digital de género. Además, cuando las mujeres y las niñas tienen acceso a Internet, experimentan violencia en línea con más frecuencia que los hombres” (ONU MUJERES, 2024).

En la medida que se han detectado numerosos obstáculos y problemas en relación con la aplicación de esta Resolución se requiere del Consejo de Derechos Humanos que formule recomendaciones y medidas concretas con el fin de hacerles frente (NACIONES UNIDAS, 2007).

Ha sido también en el marco académico donde han surgido importantes propuestas y recomendaciones. Se ha señalado que ante las diversas carencias de los estudios de género se hace necesario ejercer la crítica “pero, bajo las garantías de control del sesgo androcéntrico que revistas científicas, tribunales, pruebas de habilitación, etc., han exhibido tradicionalmente (de ahí, la necesidad social que ha originado la ley de paridad, en muy diversas instancias, como medida de control e igualdad).” (GARCÍA DE LEÓN; FERNÁNDEZ-FÍGARES, 2009, p. 206 y ss.).

Dentro de las recomendaciones que se apuntan en la obra *Antropólogas, politólogas y sociólogas (Género, Biografía y Ciencias Sociales)* (GARCÍA DE LEÓN; FERNÁNDEZ-FÍGARES, 2009, p. 206 y ss.) se establecen una serie de parámetros que deberían tenerse en cuenta con el fin de establecer nuevas perspectivas a la investigación en materia de género. En este sentido, se plantea la necesidad de elaborar monografías especializadas en materia de género, evitando los balances excesivamente generales que se están produciendo. Es decir, se plantea la necesidad de nuevas investigaciones que “fragmenten el campo” con estudios en profundidad. Por otra parte, se evidencia la necesidad de potenciar el grado de institucionalización de los estudios de género con la creación de cátedras específicas; la inclusión de los estudios de género en los planes de estudio, tanto en la enseñanza secundaria como en la universitaria; los equipos de investigación y la continuidad en estas líneas de estudio; y apoyar con medidas específicas la puesta en marcha de congresos, revistas especializadas o premios a la excelencia científica en estas materias. Se propone, también, la creación de asociaciones profesionales de mujeres especialistas en género y la conveniencia de lograr una perspectiva generacional entre las mujeres científicas expertas

en género dentro de las ciencias sociales y la comparativa con el colectivo global de científicas sociales, con la idea de realizar un análisis comparativo y fomentar un relevo generacional “en las mejores condiciones y sin pérdida del legado acumulado” (GARCÍA DE LEÓN; FERNÁNDEZ-FÍGARES, 2009, p. 207-208), que deberían reflejarse en diccionarios especializados por materias e investigadoras, entendidos como “instrumentos de colectividad, cultura cinética, tradición y transmisión del legado” (GARCÍA DE LEÓN; FERNÁNDEZ-FÍGARES, 2009, p. 208).

Se propone impulsar lo que se ha dado en llamar el “enfoque biográfico”, ligado a los problemas de identidad, especialmente crucial al tratarse de la identidad de las mujeres en momentos como los actuales, en los que se está gestando, lenta pero inexorablemente, un cambio social inigualable.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha planteado una serie de herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en las organizaciones que trabajan derechos humanos (IIDH, 2008b) y, en particular, aquellas que tienen oficinas especializadas en la tutela de los derechos de las mujeres. Se trata de herramientas de diversa naturaleza y clasificadas de la siguiente manera: como instrumentos de “planificación, armonización, monitoreo, evaluación, investigación, atención de casos, rendición de cuentas y capacitación.” (IIDH, 2008b, p. 127).

IV.2 INSTRUMENTOS DE COMPROBACIÓN

Para el caso del Instrumento de planificación, se tendrá en cuenta la manera de organizar el trabajo anual de tutela y promoción de los derechos humanos de las mujeres con el fin de que la institución, al final del año, haya identificado y organizado el trabajo de tutela y promoción de los derechos humanos en materia de género.

El Instrumento de armonización, se enfoca al análisis comparativo de la legislación nacional y la internacional, lo que

permite identificar lo qué se ha logrado y cuánto falta por avanzar, en el país en cuestión, en el marco de su legislación nacional e introducir los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, ya sean aquellas convenciones internacionales, hayan sido o no sean ratificadas por el Estado, que recojan los derechos de las mujeres, con el fin de identificar las lagunas jurídicas existentes en su legislación nacional. De este modo, se podrá realizar un seguimiento de los mecanismos y promover la adopción de nuevos estándares, así como incidir en la agenda legislativa generando nuevos proyectos de leyes más avanzados en materia de género.

Por lo que se refiere al Instrumento de monitoreo anual, se trata de controlar la labor que en estas materias ha realizado la institución durante un año con el fin de verificar si se ha llevado a cabo la labor planificada y en el caso de que hayan quedado tareas pendientes poder retomarlas en el año siguiente.

El Instrumento de evaluación, se propone la utilización del modelo DAFO (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades) con el fin de conocer las potencialidades que presenta la institución; entendiendo como debilidades a los factores de carácter interno que limitan la acción institucional, junto a las amenazas que son factores de carácter externo que atentan contra la promoción de los derechos que analizamos. Frente a estos factores perjudiciales, tanto endógenos como exógenos, se oponen las fortalezas que implican, en su ámbito interno, la mejora de los equipos directivos y la presencia de mujeres expertas en estas materias y en la toma de decisiones y con unidades especializadas; a lo que habría que integrar a las oportunidades, que son factores externos, que contribuyen a crear un ambiente favorable con otras organizaciones o redes que trabajan estos temas, así como, la toma de contacto con otras personas expertas en estas materias.

Los Instrumentos de investigación, implican la propuesta de una metodología de investigación jurídica con perspectiva de género, realizando un análisis del marco legal desde una triple óptica: formal normativa, estructural sustantiva y cultural. El

primer aspecto normativo implica un análisis de los instrumentos legales²³, el segundo de carácter sustantivo alude a los mecanismos, procedimientos e instituciones²⁴ que permiten la aplicación de las normas existentes; y la perspectiva cultural implica informar a la ciudadanía sobre la normativa y los mecanismos existentes y en qué medida interfieren los operadores del derecho con sus opiniones y prejuicios.

Por lo que se refiere al Instrumento de comunicación, sobre la afectación de los derechos humanos de las mujeres, se ha creado un formulario modelo para presentar una comunicación (ver formulario IIDH, 2006a, p. 144 y ss.) al Comité de la CEDAW (*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*)²⁵. La comunicación deberá postularse por escrito, firmada nominalmente, deberá estar relacionada con un Estado que sea parte de la Convención y del Protocolo Facultativo y siempre que se hayan previamente agotado todos los recursos de la jurisdicción interna y que la violación se haya cometido con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo con relación al Estado implicado.

El Instrumento relativo a la atención de casos, se encuentra muy relacionado con el instrumento anterior y plantea la posibilidad de rellenar una aplicación (formulario de atención) sobre casos en los que se hayan generado violaciones de los derechos humanos de las mujeres (ver formulario IIDH, 2006a, p. 147 y ss.).

El Instrumento para registro de información, constituye un elemento básico para poder monitorear y evaluar el trabajo de las

²³ Constitución política, leyes, tratados internacionales, etc.

²⁴ Cortes, instituciones gubernamentales, otras instituciones estatales, políticas gubernamentales, etc.

²⁵ El Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. En este Protocolo se autoriza al Comité de la CEDAW (integrado por 23 expertos y expertas independientes) a recibir y considerar las comunicaciones de violaciones de derechos de las mujeres presentadas por personas, grupos de personas o en nombre de esas personas o grupos, que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención de la CEDAW.

instituciones que se ocupan de proteger los derechos humanos y sirven, además, como un modelo de rendición de cuentas ante la sociedad civil, donantes y otras instituciones públicas. En este sentido existen dos modelos: el registro estadístico y el registro anual sobre tutela de los derechos de las mujeres. El registro estadístico, permite revisar cuantitativamente las acciones realizadas por la institución y los expedientes tramitados por denuncias de violación o afectación de derechos humanos de las mujeres y el registro anual sobre tutela, se ocupa de recoger la información de tipo cualitativo sobre esta labor de tutela tomando como referencia el plan de trabajo de la institución e identificando los resultados obtenidos, los problemas surgidos y las acciones recomendadas.

El Instrumento de capacitación, implica lo que ha dado en llamarse un “juego de dominó” que se realiza como complemento a una charla o sesión de capacitación sobre los instrumentos de comunicación e investigación, creados mediante el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW, con el fin de evaluar el grado de comprensión de las participantes respecto de la aplicación de los instrumentos comentados; lo que permite, a través de un sencillo juego (ver formulario IIDH, 2006a, p. 152 y ss.)²⁶ conocer el grado de conocimiento adquirido en las sesiones de capacitación.

V PROPUESTAS DE IGUALDAD

Resulta evidente que las mujeres siguen viviendo en una situación de desigualdad y de particular desventaja, lo que se evidencia

²⁶ “El procedimiento es el siguiente: se presentan una serie de preguntas y sus correspondientes respuestas de manera que quien conduzca el ejercicio tenga toda la información pertinente. Posteriormente, se presentan preguntas y respuestas mezcladas, de manera que esas páginas puedan fotocopiarse y recortar los recuadros (cartas), con el fin de iniciar el juego del dominó. Antes de repartir las cartas del dominó, se separa una con la que se será inicio al juego y se coloca en el centro de la mesa. Luego, se reparten las cartas restantes entre las y los participantes. Cada participante debe cuidar que las otras personas no vean sus cartas. La persona que tenga la carta con la respuesta a la pregunta de la carta inicial, debe colocarla al lado. Así sucesivamente, cada persona va colocando la respuesta y calza con cada pregunta, como en el dominó”.

en los distintos planos de su existencia ya sea en el ámbito privado como en el público. Los estudios realizados en esta materia, como se puede colegir en la bibliografía que se adjunta, se preguntan en qué medida se puede emprender con éxito un proceso de transversalidad de la perspectiva de género y que ayuden a alcanzar una igualdad real.

V.1 EL CONTROL DE LAS ESTRUCTURAS EXISTENTES

Todo ello evidencia la necesidad de contar con estructuras, organizaciones y movimientos de derechos humanos que incorporen la perspectiva de género mediante la práctica de relaciones no discriminatorias y sin duda igualitarias. Se trata de un reto siempre presente y todos los esfuerzos realizados, si bien son importantes, aún resultan insuficientes. Tengamos en cuenta que la lucha y la reivindicación de los derechos humanos para las mujeres se han ido afianzando en estas últimas décadas e incluso, hasta hace muy poco tiempo, en países catalogados como civilizados las mujeres carecían de estatus cívico, por lo que se han tenido que enfrentar a una histórica discriminación demandando derechos que ya poseían los hombres, en donde se entendía algo tan lacerante para las mujeres como que solo los hombres nacían libres e iguales. Tengamos en cuenta que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que surge de la Revolución francesa en 1789, habla de los hombres y los ciudadanos y aunque en la actualidad hemos deseado interpretarla desde una perspectiva global, la realidad era otra, y lamentablemente se refería solo al mundo masculino y desde una perspectiva androcéntrica²⁷.

²⁷ Fue Olympia de Gouges quien propuso una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana en la que proclamaba que las mujeres nacen libres e iguales en derechos a los hombres, lo que le llevó a la guillotina el 3 de noviembre de 1793. Se recomienda la lectura de *La Declaración de Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿una declaración de segunda clase?*, 2015, Gloria Ramírez, Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UNAM (RAMÍREZ, 2015).

Si se desea alcanzar una estructura social igualitaria se hace necesario y urgente un esfuerzo de carácter global que ponga de manifiesto “que los roles y estereotipos asignados a hombres y mujeres son patrones socioculturales, creados por la sociedad y no obra de la naturaleza, por ello y en la medida que estas asignaciones sociales generan desigualdad y discriminación, pueden y deben ser transformadas.” (IIDH, 2008, p. 175). Por ello se agrega que, entendidas correctamente las diferencias de género, se puede alcanzar una paridad entre seres humanos diferentes, con una igualdad que garantice el acceso a ejercer y a disfrutar de los derechos, “lo que requiere una transformación de patrones y estereotipos profundamente arraigados en la cultura y en las personas.” (IIDH, 2008, p. 175).

Con el propósito de establecer estrategias que fomenten la igualdad, el Consejo de Europa (2018-2023, hojas 9) impulsado por la Comisión de Igualdad de Género y apoyándose en los instrumentos existentes y reforzando su acervo en este ámbito ha establecido una nueva Estrategia para el periodo 2018-2023. La misma se basa en seis puntos estratégicos: prevenir y luchar contra los estereotipos de género y el sexismo; prevenir y luchar contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica; garantizar el acceso igualitario de la mujer a la justicia; conseguir una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones, tanto políticas como públicas; proteger los derechos de las mujeres y las niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo; y, conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas.

V.2 OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

Por lo que se refiere al primer objetivo estratégico, relacionado con los estereotipos y el sexismo, hay que tener en cuenta que se trata de modelos o ideas sociales y culturales que atribuyen a las mujeres y a los hombres una serie de características preconcebidas en relación con el sexo. Tengamos en cuenta que estos estereotipos

se convierten en el sustrato idóneo para hacer pervivir y justificar comportamientos sexistas que representan un tope a la igualdad de género. Lo que se ha dado en llamar la “masculinidad hegemónica” se mantiene a través de estereotipos que alimentan comportamientos no solo machistas, sino sobre todo micro-machistas, que resultan muy difíciles de desarraigar.

En el documento del Consejo de Europa se habla de modelos de segregación horizontal y de segregación vertical (CONSEJO, 2024, hojas 10, *ítem* 42). De tal modo, que las desigualdades estructurales y las persistencia de los estereotipos de género afectan del tal manera que provocan una evidente segregación horizontal en determinadas ocupaciones y en ciertos sectores de la actividad económica donde la presencia masculina es muy importante (por ejemplo, en el ámbito de la ciencia y la tecnología, la industria pesada, la construcción y el ejército), frente a otras esferas en las que predominan las trabajadoras (por ejemplo, los servicios asistenciales, la educación, las labores de secretaría o administrativas, enfermería o recursos humanos, aunque, a menudo, peor retribuidas), dentro de esquemas aún rígidos que no parecen cambiar. Por otra parte, se suma la discriminación a partir de una segregación vertical, sobre todo en el marco del mercado de trabajo, dado que en un mismo sector laboral incluso en el que predominan las mujeres, los puestos superiores en términos salariales y jerárquicos son detentados por hombres.

Todos estos perfiles son los que están perpetuando la marginación económica y social de las mujeres, a lo que hay que unir, dentro del segundo objetivo estratégico CONSEJO, 2024, hojas 13, *ítem* 46), el hecho de prevenir y luchar contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica²⁸. Sin duda, la violencia genera terribles consecuencias físicas y psicológicas y la violencia doméstica

²⁸ Tengamos presente, el Convenio de Estambul sobre violencia contra la mujer y violencia doméstica; el Convenio de Lanzarote sobre la protección de los niños y las niñas contra la explotación y el abuso sexual; el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Ver: (COUNCIL, 2024).

ha alcanzado en estos momentos cifras desproporcionadas, hasta convertirse en una lacra social que es necesario y urgente erradicar; a la que hay que unir no solo la violencia contra la mujer sino también la violencia vicaria, en la que el victimario ataca a una hija o un hijo con el fin de causar el doble de dolor a la madre.

El tercero de los objetivos (CONSEJO, 2024, hojas 16, *ítem* 52) se relaciona con el acceso a la justicia considerado como un derecho humano y un elemento esencial del Estado de derecho en el ámbito de los modelos democráticos, relacionados con el derecho a un juicio justo y a los mecanismos de reparación y compensación adecuados. Conviene resaltar que, si bien el acceso a la justicia puede presentar dificultades para cualquier persona, se ve agravado cuando se trata de mujeres,

debido a la desigualdad de género en la sociedad y en el sistema de administración de justicia. Las desigualdades económicas y sociales que persisten entre mujeres y hombres y los sesgos y estereotipos de género dan lugar a desigualdad de acceso a la justicia para mujeres y hombres. Los hechos también apuntan a la existencia de un techo de cristal en el sistema judicial (CONSEJO, 2024, hojas 16, *ítem* 52. Ver también, ESPAÑA, 2016).

Tales barreras se hacen más evidentes durante las investigaciones y juicios, especialmente en los casos de violencia de género, y su impacto es más significativo en las mujeres expuestas a formas de discriminación variadas e intersectoriales en el marco de lo que se ha denominado un “rompecabezas judicial” que excluye a las mujeres, por lo que se debe acabar con este desequilibrio de género, de tal modo que garantice un acceso igualitario a la justicia.

Por lo que respecta al cuarto objetivo estratégico (CONSEJO, 2024, hojas 18, *ítem* 57), se trata de conseguir una participación equilibrada de las mujeres con respecto a los hombres en la toma de decisiones, tanto políticas como públicas. Resulta palpable que la

escasa presencia de la mujer en los puestos claves de la vida pública sigue siendo una deuda social que debemos corregir. Como se señala en el Documento “Por un planeta 50-50 en 2030: demos un paso por la igualdad de género” (ver UN WOMEN, 2024b), impulsada por las Naciones Unidas para conmemorar el Día Internacional de las Mujeres en 2015, se hacen necesarias acciones para comprometer a los países en pos de alcanzar una igualdad de género para 2030, dado que todavía en la mayoría de los Estados miembros de las Naciones Unidas “la participación plena y equitativa de las mujeres en los cuerpos legislativos, ejecutivos, judiciales, diplomáticos y administrativos a escala local, regional y nacional continúa por debajo de las normas acordadas por el Consejo de Europa” (CONSEJO, 2024, p. 18, *ítem* 58).

El objetivo estratégico quinto (CONSEJO, 2024, p. 20, *ítem* 62), resulta de especial importancia en este momento histórico en donde el siglo XXI se ha convertido en “el siglo de las migraciones” (FARAMIÑÁN GILBERT, 2015, p. 42-44) y cada vez y con mayor frecuencia y cantidad vemos desplazarse buscando asilo y seguridad a mujeres migrantes y refugiadas.

Se destaca su gran precariedad en cuanto a su seguridad y protección personal, física y sexual, o ser víctimas de trata, en particular, cuando viajan solas, se encuentran embarazadas o lo hacen junto a niños y niñas, en casos en los que se ven expuestas a diversas formas de violencia de género, no solo en su país de origen sino en su traslado a un país de acogida e incluso a su llegada en este país.

Finalmente, la estrategia sexta (CONSEJO, 2024, p. 22, *ítem* 67), se refiere a lograr la transversalización de género en todas las políticas y medidas, mediante la transversalización del enfoque de género, tal como se recoge en la Recomendación n.º R (98) 14²⁹ sobre transversalización de género y en la siguientes

²⁹ Recomendación n.º R(98)14 sobre Transversalización de género; Recomendación CM/Rec (2007) 13 sobre transversalización de género en la educación; Recomendación CM/Rec (2008) 1 sobre inclusión de las diferencias de género en las políticas sanitarias; Recomendación CM/Rec (2013) 1 sobre igualdad de género y medios de comunicación; Recomendación CM/Rec (2015) 2 sobre

Recomendaciones sobre educación, medios de comunicación, deportes y sector audiovisual. En la medida en que estos modelos de transversalización tienen como objeto la reorganización, la mejora, el desarrollo, la evaluación de las políticas de género, de tal modo que las mismas puedan ser incluidas en todos los niveles y etapas, y a través de este neologismo de la transversalización³⁰ se intenta conceptualizar la necesidad de realizar políticas que atraviesen de forma transversal varios campos. Ello implica la promoción de una cultura institucional con perspectiva de género, incluyéndola en todos los planes, programas y proyectos, en los que los conceptos de igualdad y equidad deberán estar presentes de manera coherente, integral y transversal en todas las actividades que se lleven a cabo en una institución.

VI CONCLUSIONES

Como recopilación de todos los epígrafes anteriores, podemos concluir recordando que la lucha por la igualdad de género y la no discriminación ha sido una larga marcha que ha supuesto enormes esfuerzos de militancia social y de ir avanzando y ganando nuevas categorías jurídicas (FARAMIÑÁN GILBERT, 2014). El Derecho es el instrumento más idóneo para forjar las garantías que se necesitan, teniendo en cuenta la necesidad de afrontar siglos de modelos patriarcales, que han querido dejar a la mujer en un segundo plano y, aún peor, le han negado efectividad jurídica teniendo que ser representada por su padre, tutor o marido hasta fechas muy recientes, como ya se ha señalado.

A lo largo del camino por alcanzar la igualdad en el que se han tenido que superar numerosos escollos sociales y jurídicos, ha

transversalización de género en el deporte; y Recomendación CM/Rec (2017) 9 sobre igualdad de género en el sector audiovisual.

³⁰ Este neologismo nace en la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrado en Nairobi en 1985, como una necesidad estratégica que logre involucrar a todas las entidades de la política y la gestión pública con el fin de alcanzar cambios estructurales en materia de género.

surgido a la luz pública algo que permanecía oculto en el reducto familiar como una secuela del modelo de posesión patriarcal: la lacra de la violencia de género. Dentro de los importantes esfuerzos realizados en la Comunidad internacional contra la discriminación y la violencia sufrida por las mujeres cabe destacar la tarea de las Naciones Unidas que ha sido sumamente importante, pues ha ejercido una labor de concienciación en la opinión pública internacional, de la que conviene señalar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, también apodada la Carta de los Derechos Humanos de las Mujeres. La Convención puso en evidencia la discriminación estructural que padecen las mujeres en el marco de una sociedad estructurada bajo el modelo masculino y que ha realizado encomiables esfuerzos por empoderar a la mujer como protagonista y sin segregaciones. En este sentido y siguiendo los cauces abiertos en 1979, se han logrado avances tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, conocida como la Convención de Belém do Pará; la Resolución WHA 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública, proclamada en 1996 por la OMS; la Resolución de 1997 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas; o la Declaración de 1999, como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros.

Hay que tener en cuenta, también, los avances realizados en el marco de la Unión Europea pues, en el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se afirma que la dignidad humana es inviolable, y que debe respetarse y protegerse. En el artículo 2 se garantiza el derecho a la vida, y en el artículo 4 se prohíben la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes. En el artículo 21 se reconoce el derecho a la no discriminación,

incluida la ejercida por razón de sexo, y en el artículo 47 se garantiza el derecho al acceso a la justicia.

En esta línea, cabe destacar los pasos que se han ido dando en el marco del Parlamento Europeo, que ha desempeñado un papel muy destacado en el apoyo a la política de igualdad de oportunidades, como, por ejemplo, con el Informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; pero, sobre todo, a través de su Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (FEMM). Debemos tener en cuenta que desde 1957 fecha de los originales Tratados de las Comunidades Europeas de entonces, se consagró el principio de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres para un mismo trabajo y que en la actualidad se han reflejado en el reciente Tratado de Lisboa en su artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Téngase presente la Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y para proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa *Daphne II*) y en la que se ha fijado la posición y estrategia de la Unión a este respecto.

No perdamos de vista que los Tratados que instituyeron las Comunidades Europeas, en la década de los años cincuenta se basaron en fundamentos de carácter económico y que el avance hacia la protección y defensa de los Derechos Humanos se fue labrando de manera progresiva a través de la jurisprudencia pretoriana de su Tribunal de Justicia, que fue abriendo nuevas vías garantistas inspirándose en los Principios Generales del Derecho de los países miembros y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa que, finalmente, se han reflejado en la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en el Tratado de Lisboa y que, aunque no se integra en el Tratado, el artículo 6 del Tratado de Unión Europea (TUE) le reconoce valor jurídico obligatorio.

Se hace necesario un esfuerzo específico que garantice la igualdad de género y rechace de manera categórica cualquier tipo

de discriminación hacia las mujeres y las niñas. Recordemos que en el citado artículo 2 del TUE, la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. Por ello, se destaca que estos principios y valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el artículo 3.3 del Tratado de Unión Europea (TUE) también reconoce que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres; y así se corrobora en el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al indicar que en todas sus acciones la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y promoverá su igualdad. Sin olvidar el artículo 19 del TFUE, que prevé que el Consejo por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Además, el artículo 153 del TFUE permite a la Unión Europea actuar en el ámbito más amplio, como es el de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Dentro de este marco, el artículo 157 del TFUE autoriza, también, la acción positiva para potenciar la autonomía de las mujeres. Resulta importante el artículo 19 del TFUE, dado que en él se contempla la posibilidad de legislar para luchar contra todas las formas de discriminación, entre otras: por motivos de sexo. La legislación dirigida a luchar contra la trata de seres humanos, en especial de mujeres y niños, se ha adoptado sobre la base de los artículos 79 y 83 del TFUE, y el programa *Derechos, Igualdad y Ciudadanía* financia, entre otras, todas aquellas medidas que contribuyen a la erradicación de la violencia contra las mujeres que encuentra su fundamento jurídico en el Tratado de Lisboa en el artículo 168 del TFUE.

De tal modo que, estos objetivos, de “integración de la dimensión de género”, se reflejan en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión, convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; o en el artículo 23 de la Carta, que resulta más específico al indicar que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todo los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución y que, incluso, el principio de igualdad no impide la “discriminación positiva”, es decir, el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

No obstante, lo más significativo ha sido la Declaración número 19 que se ha adoptado entre la Unión y los Estados miembros, relativa al artículo 8 del TFUE, y que se incluye dentro del Acta Final de la Conferencia Intergubernamental, que ha adoptado el Tratado de Lisboa, en la que la Conferencia conviene en que, en su empeño general por eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre, la Unión tratará en sus distintas políticas de combatir la violencia doméstica en todas sus formas. A lo que agrega, que será preciso que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas.

La mayoría de las mujeres víctimas de violencia no denuncian sus experiencias ni a la policía ni a una organización de apoyo a las víctimas de este tipo de delitos. En este sentido se recogen los datos de la encuesta que ha realizado la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)³¹, y que en su Informe calcula que 13

³¹ *Dignidad, Violencia de género contra las mujeres. Una encuesta a escala de la Unión Europea*, European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). Helping to make fundamental rights. A reality for everyone in the European Union. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (para mayor información: EUROPEAN, 2024).

millones de mujeres en la Unión Europea experimentaron violencia física durante los 12 meses previos a la entrevista de la encuesta. Esa cifra equivale a un 7 % de mujeres con edades de entre 18-74 años en la Unión Europea, y que 3,7 millones de mujeres en la Unión Europea experimentaron violencia sexual durante los 12 meses previos a las entrevistas de la encuesta. Esta cifra equivale a un 2% de mujeres con edades de entre 18-74 años. Una de cada 20 mujeres mayor de quince años (5%) ha sido violada.

Como hemos visto, la violencia de género abarca numerosos delitos contra las mujeres que vulneran su dignidad como ser humano y se registran como tipos penales, como la agresión sexual, la violencia doméstica, la violencia de género, por citar algunos ejemplos más paradigmáticos. Los datos actuales resultan alarmantes por el incremento que se ha producido en estos últimos años y que se evidencian con mayor difusión en los medios de comunicación de masas, lo que reclama sistemas de prevención que eviten o detecten a tiempo la posible comisión de tales delitos, que deben ser regulados por la legislación tanto de la Unión Europea como de los países miembros, entre los que se encuentran España y Portugal; y, sin duda en el marco de la Organización de las Naciones Unidas y el resto de las Organizaciones internacionales, ya sean regionales o de vocación universal.

Hay que tener en cuenta que la violencia contra las mujeres no sólo afecta a ellas de manera directa, sino que tiene consecuencias para su familia, sus hijos y su entorno social, de manera que, en numerosos casos, ya sea por vergüenza o por falta de información, les inhibe para presentar a tiempo la denuncia pertinente antes de que se consume el delito contra ellas; generando una violencia vicaria que se ceba sobre seres aún más indefensos como son los niños y las niñas.

Se trata de un arduo trabajo de concienciación social y de implementación legislativa que si bien han comenzado a dar pasos importantes, estos no resultan todavía significativos, puesto que a lo

largo del orbe y en pleno siglo XXI aún perviven estas lacras basadas en modelos culturales, anquilosados en estructuras patriarcales, que permiten la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados, los crímenes llamados de honor en el seno de una misma familia, las violaciones en el ámbito de la pareja y la violencia que se traduce en asesinatos, torturas, degradación física y psicológica de mujeres y niñas.

Es el carácter androcéntrico sobre el que se basan las legislaciones internacionales lo que movió a Hilary Charlesworth y a Christine Chinkin a denunciar el hecho de que los textos jurídicos aún se basan en lo que ellas indicaban que era una tendencia masculina sobre una visión del mundo androcéntrica, en donde “las mujeres se han encontrado al margen del orden jurídico internacional.” (CHARLESWORTH; CHINKIN, 2000, nota 18, p. 48).

Frente a estas reflexiones cabe plantearse un giro de paradigma y generar un empoderamiento de género que permita no solo visualizar a las mujeres sino sobre todo otorgarles el protagonismo que les corresponde en la sociedad de nuestro siglo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CRUZ, Vera María. **La violencia simbólica entretejida en la enseñanza del derecho penal**. San José (Costa Rica): Ed. Universidad de Costa Rica, 2002.

ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. Barcelona: Tauros, 1974.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Jean Hailes for Women Health. Encuesta de Salud de la Mujer. 2020. Disponible en: <<https://www.jeanhailes.org.au/research/womens-health-survey/survey2020>>.

BADILLA, Ana Elena; TORRES, Isabel. La protección de los

derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos. En: **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes**. San José (Costa Rica): IIDH, 2004.

CAMPILLO, Fabiola; GUZMÁN, Laura; BAREIRO, Line. Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género. En: **El IIDH, Módulos I y II**. San José (Costa Rica): IIDH, 1996.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Protección de los derechos humanos de la mujer: estándares internacionales. Lima (Perú): Ed. Comisión Andina de Juristas. 2000.

CRUZ BLANCA, María José. De un derecho penal discriminatorio por razón de sexo al derecho penal de género: una posible interpretación constitucional de los nuevos tipos penales. En: JIMÉNEZ DÍAZ, María José (Coord.). **La ley integral: un estudio multidisciplinar**. Madrid: Dyckinson, 2009.

ESPAÑA. Comisión Europea del Consejo de Europa para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ). Los sistemas judiciales europeos: eficacia y calidad de la Justicia. En: **Estudios de la CEPEJ**, Madrid, Ed. CEPEJ, n. 23, 2016 (datos de 2014).

CHARLESWORTH, Hilary; CHINKIN, Christine. **The boundaries of international law: a feminist analysis**. Manchester: Manchester University Press, 2000.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE DISTRITO FEDERAL, México. Disponible en: <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=peg_ind>.

CONSEJO DE EUROPA. Ministerio de Asuntos Exteriores de Cooperación. Oficina de Interpretación de Lenguas. Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023. 107/18 EML/MA/RG. 2024. Disponible en: <<https://rm.coe.int/estrategia-de-igualdad-de-genero-del-coe-es-msg/16808ac960Una>>.

COUNCIL OF EUROPE PORTAL. Preventing and Combating Violence against Women. Strasbourg (France). 2024. Disponible en: <<https://www.coe.int/en/web/genderequality/violence-against-women>>.

COSTA RICA. Poder Judicial de la República de Costa Rica. **Política de igualdad de género en el Poder Judicial**. San José (Costa Rica): Poder Judicial, 2002.

DÍEZ PERALTA, Eva. El marco jurídico y político para prevenir y combatir la violencia contra la mujer en la Unión Europea: una aproximación global. En: **Revista General de Derecho Europeo**, Zaragoza, Iustel, v. 49, 2019.

DÍEZ PERALTA, Eva. Los derechos de la mujer en el derecho internacional. En: **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, Ed. Asociación de Profesores de Derecho Internacional, v. LXIII, n. 2, julio-diciembre, 2011.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. 2024. Vienna (Austria). Disponible en: <<http://fra.europa.eu/en/publication/2014/vaw-survey-results-at-a-glance>>.

GARCÍA DE LEÓN, María Antonia. **Élites discriminadas**: sobre el poder de las mujeres. Barcelona: Anthopos, 1994.

GÓMEZ GÓMEZ, Elsa. Equidad, género y salud: retos para la acción. En: **Revista Panamericana de Salud Pública**, Ed. OPAS, v. 11, n. 5-6, p. 454-461, maio-jun. 2002.

FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. Del marco internacional al nacional: el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la Unión Europea, la Orden de Protección Integral y las Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en España. En: Serie Working Papers, 03/2014. Ed. Fundación Internacional Baltasar Garzón, Fibgar, febrero 2014. Disponible en: <www.fibgar.com>.

FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. El universo pos-Covid-19 y la recuperación de las libertades individuales. **Peace and Security - Paix et Sécurité Internationales**, Issue 9, January-December, 2021b.

FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. La noche de las ideas o algo de luz sobre los flujos migratorios. En: **Abogados/Revista del Consejo General de la Abogacía Española**. Especial Refugiados, número extraordinario, Madrid, Ed. Consejo General de la Abogacía Española, p. 42-44, octubre 2015.

FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la COVID-19. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Tânger, Ed. Hispano-Arábica, n. 25, p. 71-94, 2021-2022.

FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de. The post-Covid-19 universe and the recovery of individual freedoms. En: **Peace and Security - Paix et Sécurité Internationales. EuroMediterranean Journal of International Law and International Relations**, Jerez-Cadiz, Ed. Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Cádiz, Issue 9, January-December, 2021a.

FERNÁNDEZ-FÍGARES, María Dolores. Antropología de género y antropólogos: un análisis cualitativo de las entrevistas, área de antropología. En: GARCÍA DE LEÓN, María Antonia; FERNÁNDEZ-FÍGARES, María Dolores (Coord.). **Antropólogos, politólogos y sociólogos: género, biografía y ciencias sociales**. Madrid: Plaza y Valdes, 2009.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar; CRUZ BLANCA, María José (Coord.). **Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar**. Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2007.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. Migrantes, refugiados y víctimas del tráfico de personas en el Mediterráneo (entre la política y los derechos humanos). En: **IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, Nueva Época, v. 11, n. 40, junio-diciembre 2017.

GARCÍA DE LEÓN, María Antonia; FERNÁNDEZ-FÍGARES, María Dolores. Conclusiones generales: nuevas perspectivas de investigación: recomendaciones. En: GARCÍA DE LEÓN, María Antonia; FERNÁNDEZ-FÍGARES, María Dolores (Coord.) **Antropólogas, politólogas y sociólogas: género, biografía y ciencias sociales**. Madrid: Plaza y Valdés, 2009.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión. En: **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, v. 10, n. 2, p. 836-851, octubre 2018.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). San José (Costa Rica): IDH, 2008d. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1829/herramientas_integrar_genero_ddhh-2008.pdf>.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Curso Auto-formativo “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”. San José (Costa Rica): IIDH, 1998. Disponible en: <<http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH/>>.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. San José de Costa Rica: IDH, 2008a. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1829/herramientas_integrar_genero_ddhh-2008.pdf>.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos. San José de Costa Rica: IDH, 2008b. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1829/herramientas_integrar_genero_ddhh-2008.pdf>.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS

HUMANOS. La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina. San José (Costa Rica): IIDH, 2008e.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. La historia de los derechos humanos con perspectiva de género. Módulo 3. San José (Costa Rica): IIDH, 2008f.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **La transformación de prácticas organizativas e institucionales para la integración de la perspectiva de género en los derechos humanos.** San José (Costa Rica): IIDH, 2004.

IIDH - INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. San José de Costa Rica: IDH, 2008c. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1829/herramientas_integrar_genero_ddhh-2008.pdf>.

LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos en el derecho internacional. En: **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, Madrid, Ed. Real Centro Universitario Estorial-Maria Cristina, v. XLVII, p. 133-162, 2014.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. Igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual. En: MARIÑO MENENDEZ, Fernando M.; GÓMEZ GALÁN, Manuel, FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel (Coord.). **Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa.** Madrid: Cideal, 2011.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. La igualdad entre las mujeres y los hombres en la Unión Europea. En: FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar; CRUZ BLANCA, María José (Coord.). **Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar.** Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2007.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. La igualdad entre

las mujeres y los hombres en la Unión Europea. En: **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**: ombudsman y derechos humanos de las personas migrantes. San José (Costa Rica): IIDH, 2003.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. Principales instrumentos internacionales para la cooperación en favor de la igualdad y contra la discriminación por razón de género. En: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. (Director); PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen; CEBADA ROMERO, Alicia (Coord.). **Instrumentos y regímenes de cooperación internacional**. Madrid: Trotta, 2012. p. 31-150.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena, A/ CONF.157/23 del 12 de julio de 1993a.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución AG/RES/53/117 en Prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, 1999a.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/53/117, 1 de febrero de 1999, sobre salud de la mujer y la niña. 1999d.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/54/210, 1 de febrero de 2000, sobre la mujer en el desarrollo. 2000h.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/56/126, 25 enero 2002, sobre mujeres de edad. 2002g.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución AG/RES/56/129 sobre Mejoramiento de la situación de la mujer en las zonas rurales del 30 enero 2002b.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución A/RES/56/129, 30 enero 2002, sobre la mujer en zonas rurales. 2002h.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/58/206, 11 de febrero de 2004, sobre la mujer en el desarrollo. 2004b.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/164, 20 diciembre 2004, sobre mejoramiento de la situación de la mujer en el Sistema de Naciones Unidas. 2004c.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/165, 20 diciembre 2004, sobre erradicación de los delitos de honor cometidos contra la mujer y la niña. 2004d.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/166, 20 diciembre 2004, sobre trata de mujeres y niñas. 2004e.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/167, 20 diciembre 2004, sobre eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres. 2004f.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/59/168, 22 febrero 2005, sobre seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer. 2005.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General Naciones Unidas. Resolución AG/RES/54/210 “La mujer en desarrollo”, 2000a.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución AG/RES/56/126 sobre la Situación de las Mujeres de Edad en la Sociedad. 25 de enero del 2002a.

NACIONES UNIDAS. Biblioteca. Documentación de la ONU: Derechos Humanos. 2024c. Disponible en: <<https://research.un.org/es/docs/humanrights/charter>>.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 1999/40 sobre Trata de Mujeres y Niñas del 26 de abril de 1999b.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 2001/49. La Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. 24 abril 2001a.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 2002/50. Integración de los Derechos de la Mujer en Todo el Sistema de las Naciones Unidas. 51.^a sesión. 2002c.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 2002/58. Violencia Contra las Trabajadoras Migrantes. 2002d.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 2003/44. Integración de los Derechos Humanos de la Mujer en Todo el Sistema de las Naciones Unidas. NNUU, 2003a.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resolución 2003/45. La Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. 23 de abril de 2003b.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos, NNUU, Resolución 2002/52, 23 de abril de 2002, sobre eliminación de la violencia contra la mujer. 2002i.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. Resolución 1994/45, sobre nombramiento de una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. 1994f.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/41, sobre la integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de Naciones Unidas. 1999g.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. Resolución 2003/44, sobre integración de los derechos de la mujer en todo el Sistema de las Naciones Unidas. 2003c.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n. 14: El derechos al disfrute más alto posible de salud (artículo 12) (22.º período de sesiones, 2000b). Para. 8.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n. 16: La igualdad de los derechos del hombre y la mujer al disfrute de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (34.º período de sesiones, 2000c).

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recomendación General sobre salud de las mujeres. 2000k.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Comentario General n. 04, 30/07/81, sobre igualdad entre los sexos. 1981.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación General n. 28, 29/03/2000, sobre igualdad de derechos entre mujeres y hombres. 2000j.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Recomendación General n. 25, 20/03/2000, sobre la discriminación racial en relación con la discriminación de género. 2000i.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación general n. 28: Artículo 3 – La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68.º período de sesiones (2000d).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 1, sobre lineamientos para informes. 1986.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación

General n. 2, sobre lineamientos para informes. 1987b.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 3: Campañas de educación y divulgación, Sexto período de sesiones (1987a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 3, sobre programas de educación e información pública. 1987c.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 4, sobre reservas. 1987d.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 5, sobre medidas especiales de carácter temporal. 1988b.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 6, sobre mecanismo nacional efectivo y publicidad. 1988c.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 7, sobre recursos. 1988d.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 8, sobre el artículo 8. 1988e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 9, sobre datos estadísticos. 1989b.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 10, sobre el décimo aniversario de la adopción de la CEDAW. 1989c.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 11, sobre servicios de asesoría técnica para informes. 1989d.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 12, sobre violencia contra las mujeres. 1989e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 13: Igual remuneración por trabajo de igual valor, Octavo período de sesiones (1989a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 13, sobre igual remuneración para trabajo de igual valor. 1989f.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 14: La circuncisión femenina, Noveno período de sesiones (1990a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 14, sobre circuncisión femenina. 1990d.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 15: Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), Noveno período de sesiones (1990b).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 15, sobre mujer y VIH/SIDA. 1990e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 16: Las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas, Décimo período de sesiones (1991a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 16, sobre trabajo no pagado de las mujeres en empresas familiares urbanas y rurales. 1991d.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 17: Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto, Décimo período de sesiones (1991b).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación

General n. 17, sobre medidas y cuantificación de las actividades domésticas no remuneradas de las mujeres y su reconocimiento en el PNB. 1991e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW, Recomendación General n. 18: Las mujeres discapacitadas. Décimo período de sesiones (1991c).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 18, sobre mujeres con discapacidad. 1991f.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW, Recomendación General n. 19: La violencia contra la mujer, 11.º período de sesiones (1992a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 19, sobre violencia contra las mujeres. 1992b.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 20, sobre reservas. 1992c.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW, Recomendación General n. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 13.º período de sesiones (1994a).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 21, sobre igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. 1994e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 22, sobre artículo 20 de la Convención. 1995a.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW, Recomendación General n. 23: Vida política y pública, 16.º período de sesiones (1997).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 23 sobre mujeres en la vida política y pública, 1999e.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW, Recomendación General n. 24: Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, 20.º período de sesiones (1999c).

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 24, sobre mujeres y salud. 1999f.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Recomendación General n. 25, sobre medidas especiales de carácter temporal. 2004g.

NACIONES UNIDAS. Comité de la CEDAW. Reglamento para el Protocolo Facultativo de la CEDAW. En: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/rules/part3/part3S.html>. Visitado: 24 junio 2008.

NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n. 25: Párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW - Medidas especiales de carácter temporal. 30.º período de sesiones (2004a).

NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observación general n. 25: relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género (56.º período de sesiones, 2000e).

NACIONES UNIDAS. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación sobre discriminación de género y discriminación racial. 2000-l.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 6/30. Integración de los derechos humanos de la mujer en todo el sistema de las Naciones Unidas. 33.ª sesión. 14 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_6_30.pdf>.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. Resolución 1325, sobre la mujer, la paz y la seguridad. 2000m.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución S/RES/1325 sobre la mujer y la paz y la seguridad, 31 de octubre 2000f.

NACIONES UNIDAS. Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, CADH (1969a).

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, CVRC (1963).

NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, CIPDTMF (1990c).

NACIONES UNIDAS. Declaración Conjunta de las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer, DCREDM (2002f).

NACIONES UNIDAS. Declaración Conjunta de las Relatoras Especiales sobre los Derechos de la Mujer, 8 de marzo del 2002e.

NACIONES UNIDAS. Declaración de Cartagena sobre Refugiados, DCR (1984).

NACIONES UNIDAS. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, DSJRPD (1994d).

NACIONES UNIDAS. Declaración del Milenio, DM (2000g).

NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, DEDM (1969b).

NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer DEVM (1993d).

NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados - de Emergencia o de Conflicto Armado, DPMNEECA (1974).

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos

Humanos, DUDH (1948).

NACIONES UNIDAS. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de Intolerancia o Declaración de Durban. Agosto-Septiembre 2001c.

NACIONES UNIDAS. Declaración y Programa de Acción de Viena. UN, 1993b. Apartado n. 18. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>.

NACIONES UNIDAS. Grupo de Trabajo sobre la discriminación de las mujeres y las niñas. 2024e. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-women-and-girls>>.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, A/CONF.171/13/Rev.1, El Cairo, Egipto, 1994b.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes (E/CN.4/2002/94 y Add.1). 2002j.

NACIONES UNIDAS. Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres. 1997.

NACIONES UNIDAS. Informe de la S.^{ra} Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001b.

NACIONES UNIDAS. Informe final presentado por la actual Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias (E/CN.4/2003/75 y sus adiciones). 2003d.

NACIONES UNIDAS. Integración de género. El ACNUDH y los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género. 2024b. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/women/gender->

integration>.

NACIONES UNIDAS. Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. 2024a. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>>.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP (1966b).

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC (1966a).

NACIONES UNIDAS. Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, PACMM (Beijing, 1995b).

NACIONES UNIDAS. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, PACIPD (El Cairo, 1994c).

NACIONES UNIDAS. Programa de Acción de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de Intolerancia.

NACIONES UNIDAS. Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, PACMDH (Viena, 1993c).

NACIONES UNIDAS. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, PSJ (1988a).

NACIONES UNIDAS. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966c).

NACIONES UNIDAS. Relator Especial violencia contra las mujeres y las niñas. 2024d. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-violence-against-women>>.

OBANDO, Ana Elena. **Nuestros derechos no son optativos:** por la implementación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) a través de su protocolo facultativo: una guía. Kuala Lumpur: IWRAW-Asia Pacific, 2008.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso Marta Zaire vs. Honduras. 2000b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso M M vs. Perú. 2000c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso María Mamérita Mestanza vs. Perú. 2003c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso María Merciadri de Morini vs. Argentina. 2001e.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile. 2002b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Acuerdo de Solución Amistosa, Caso Paulina Ramírez vs. México. 2007b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.1977 (XXXIV-O/04) sobre designación de mujeres para cargos ejecutivos superiores en la OEA. 2004a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.2011 (XXXIV-O/04) sobre integración de la perspectiva de género en las cumbres de las Américas. 2004b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.2012 (XXXIV-O/04)
sobre violencia contra las mujeres Convención Interamericana
para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,
Convención de Belen do Pará. 2004c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.2019 (XXXIV-O/04) sobre
combate al delito de la trata de personas, especialmente mujeres,
adolescentes, niñas y niños. 2004d.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.2023 (XXXIV-O/04) sobre
promoción de los derechos humanos de la mujer y la equidad y la
igualdad de género. 2004e.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Asamblea General. Resolución AG/RES.2021 (XXXIV-O/04)
sobre fortalecimiento de la Comisión Interamericana de Mujeres.
2004f.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Impacto
del procedimiento de solución amistosa (Segunda edición), OEA/
Ser. L/V/II.167 Doc. 31, 1 de marzo de 2018a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe
Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3. 13 abril 2000a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe
n. 4/01, caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra vs.
Guatemala. 19 de enero de 2001a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe
n. 31/96, caso 10.526, Dianna Ortiz vs. Guatemala. 16 de octubre
de 1996a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 32/02, Solución Amistosa de Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile. Petición 12.046. 12 de marzo de 2002a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 38/96, caso 10.506, X y Y vs. Argentina. 15 de octubre de 1996b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 53/01, caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México. 4 de abril de 2001b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. 16 de abril de 2001c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 71/03, petición 12.191, Solución Amistosa de María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú. 10 de octubre de 2003a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe n. 103/01, caso 11.307, María Merciadri de Morini vs. Argentina. 11 de octubre de 2001d.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
Más Derechos para más gente. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 233, de 14 de noviembre de 2019a, Anexo 2, “Impactos de casos de discriminación y violencia contra mujeres, niñas y adolescentes (violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América latina y en el Caribe)”.
Disponibile en: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-anexo2-es.pdf>>.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belem do Para”, CIPSEVM (1994).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, CICDPM (1948).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer, CINM (1933).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, CIDCM (1949).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1979).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, CNMC (1957).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, CDPM (1952).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007a (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C n. 171.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia n. 42 del 3 junio de 1999a.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003b. Serie A n. 18.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Final, 1 marzo 1996, Caso Comadres vs. El Salvador (N.10,948). 1996c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Final, 1 marzo 1996, Caso Raquel Martín Mejía vs. Perú (N. 10,970). 1996d.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Final, 4 febrero 1992, Caso Rosa Marta Cerna vs. El Salvador (N.10,257). 1992.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Final, 15 de octubre de 1996, Caso X y Y vs. Argentina (N. 10,506). 1996e.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Informe Final, 16 de abril 2001, Caso María da Penha Maia Fernandez vs. Brasil (N. 12,051). 2001f.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Informe Final, 16 de octubre de 1996, Caso Diana Ortiz vs. Guatemala (N.10,526). 1996f.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Informe Final, 19 de enero 2001, Caso María Eugenia Morales vs. Guatemala (N. 11,625). 2001g.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, sobre Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. 1984b.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 2002c.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 2003d.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984a. Serie A n. 4. 185.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1999c).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, PPRSTPMN (2000d).

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia n. 42 del 3 junio de 1999 y sentencias previas, Caso María Elena Loaiza Tamayo vs. Perú. 1999b.

ONU MUJERES. Hechos y cifras: Poner fin a la violencia contra las mujeres. 2024. Disponible en: <<https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La incorporación de la Perspectiva de género en la formulación programática y organizacional de las agencias del sistema de Naciones Unidas.** San José (Costa Rica): OIT, 2008.

PACHECO, Gilda; CAMPILLO, Fabiola; LARA, Silvia.

Lineamientos para la integración de la perspectiva de género en los organismos de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. San José (Costa Rica): IIDH y Red de las Defensorías de las Mujeres, 1998.

PROEQUIDAD, GTZ Y DINEM. Género y cambio en la cultura organizacional. Santa Fé de Bogotá (Colombia), 2000.

RAMÍREZ, Gloria. La Declaración de Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges 1791: ¿una declaración de segunda clase? México. UNAM. 2015. Disponible en: <https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/catedra/materiales/u1_cuaderno2_trabajo.pdf>.

RICO, María Nieves. El proceso de institucionalización del enfoque de género en el trabajo sustantivo de la CEPAL. Lima: CEPAL, 2000.

RODRÍGUEZ, Guiselle; MELÉNDEZ, Narda; VELÁSQUEZ, Emma; FUENTES, María Alicia. Tomándole el pulso al género: sistemas de monitoreo y evaluación sensibles al género. En: **Serie Hacia la Equidad: módulo 4.** San José (Costa Rica): Arias: 1999.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. Derechos humanos y competencia exclusiva del estado en materia de nacionalidad (La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014: caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana). En: **Revista Española de Derecho Internacional**, Sección Notas, Madrid, Ed. Asociación de Profesores de Derecho Internacional, v. 67, n. 2, julio-diciembre, 2015.

UNDP. Futuro de dados intercâmbio. Rastreador Global de Resposta de Gênero à COVID-19. COVID-19 Global Gender Response Tracker. 14 de novembro de 2022. Disponible en: <<https://data.undp.org/gendertracker/>>.

UN WOMEN. Measuring the shadow pandemic: violence against women during COVID-19. 24 nov. 2021. Disponible en: <<https://data.unwomen.org/publications/vaw-rga>>.

UN WOMEN. Planet 50-50 by 2030: step it up for gender equality. 2024b. Disponible en: <<https://www.unwomen.org/en/get-involved/step-it-up>>.

UN WOMEN. Promoting UN accountability (UN-SWAP and UNCT-SWAP). 2024a. Disponible en: <<https://www.unwomen.org/en/how-we-work/un-system-coordination/promoting-un-accountability>>.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 75/117/ CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 76/207/CE del Consejo de 9 de febrero de 1976.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/78/ CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2006/54/CE de 26 julio 2006.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010a.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010b.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012a.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012b.

UNIÓN EUROPEA. European Institute for Gender Equality. Centro de Recursos y Documentación del EIGE. 2024b. Disponible en: <<http://eige.europa.eu/content/rdc>>.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) 1698/2005 del Consejo de 20 de septiembre de 2005.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) n.º 606/2013, de 12 de junio de 2013.

UNIÓN EUROPEA. 2024a. Disponible en: <http://europa.eu/index_es.htm>.

UNITED NATIONS. Human Rights. Evaluation of the OHCHR Regional. Gender Advisors Structure. Final Evaluation Report. 6 th August 2017. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/AboutUs/Evaluation/RegionalGenderAdvisorsStructure.pdf>>.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Aspectos procesales en las quejas individuales ante los órganos cuasi-jurisdiccionales de las Naciones Unidas. En: PASCUAL VIVES, Francisco; GONZÁLEZ SERRANO, Andrés (Dir.); RODRÍGUEZ PATARROYO, Juliana Carolina (Coord.). **Litigación Internacional y Protección de los Derechos Humanos**. Madrid: La Ley, julio 2022.

WOMEN WATCH. Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/index.html>>.

Recebido em: 5-7-2024

Aprovado em: 31-7-2024

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN ARGENTINA, A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994¹

Luis Eduardo Rey Vázquez²

SUMARIO. I. Breve introducción del tema. II. Desarrollo. II.1. El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional. II.1.1. Control judicial del procedimiento de selección. II.1.1.1. TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10-8-2001, “Araldi, Liliana A. c/ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo - s/recurso de inconstitucionalidad legislatura”. II.1.1.2. TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21-11-2001, “Spisso, Rodolfo R. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (legislatura) s/amparo”. II.1.1.3. Suprema Corte de Justicia de la

¹ **Como citar este artículo científico.** REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina, a 30 años de la reforma constitucional de 1994. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 217-251, maio-ago. 2024.

² El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso – a cargo de la titularidad - de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro Select y Vocal del Instituto de Derecho Procesal y Práctica Forense de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. Correo electrónico: lereyvazquez@yahoo.com.ar

Provincia de Buenos Aires, 27-12-2002, “Zarlenga, Marcelo c. Consejo de la Magistratura”. II.1.1.4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, 27-3-2002, “Mattera, Marta del R. c. Consejo de la Magistratura Nacional” (medida cautelar). II.1.1.5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, 20-11-2003, “Mattera, Marta del Rosario c. Consejo de la Magistratura Nacional Resolución 399/01”. II.2. Balance de la composición y funcionamiento. II.3. Breve referencia al Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. III. Conclusiones. Bibliografía.

I BREVE INTRODUCCIÓN DEL TEMA

La reforma constitucional argentina del año 1994, que este año cumple 30 años, introdujo una serie de reformas novedosas en la historia constitucional argentina, siendo una de ellas la introducción del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento como órganos constitucionales llamados a intervenir, el primero, en la fase de selección de magistrados y –en su caso– acusación en casos de mal desempeño, y el segundo en la fase de juzgamiento de las conductas tendientes a hacer efectiva una posible responsabilidad política de aquéllos.

A pesar de la novedad que supuso su incorporación en el orden nacional, ya existía por entonces en el constitucionalismo provincial, mereciendo destacarse por ejemplo la provincia del Chaco con su introducción en su Constitución de 1957³, con la

³ Constitución de la Provincia del Chaco (1957-1994), CAPÍTULO IV, CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO, Su composición, expresa en su Artículo 166: El Consejo de la Magistratura estará integrado por dos jueces; dos miembros de la Legislatura, los que serán designados por la Cámara; el Ministro del área de justicia o funcionario de rango equivalente que, fundadamente designe el Gobernador, y dos abogados en el ejercicio de la profesión.

Los jueces serán designados por sorteo correspondiendo un miembro al Superior Tribunal de Justicia y el otro a los magistrados de tribunales letrados. Los abogados serán elegidos entre los que estuvieren matriculados en la Provincia y domiciliados en ella, uno por la capital y otro por el interior, este último elegido en forma rotativa entre las distintas circunscripciones judiciales, y que reúnan las

característica que reúne en su seno tanto las funciones propias de selección de magistrados como la de juzgamiento (en cabeza de los jurados de enjuiciamiento donde los hubiere). También se destaca en esta Carta Magna provincial que la selección comprende incluso a los Ministros del Superior Tribunal de Justicia y del Procurador General (conforme artículo 158), a diferencia del diseño nacional y en otras provincias, donde sólo abarca la selección de magistrados inferiores a los del máximo órgano jurisdiccional.

En el presente comentario me propongo comentar acerca del Consejo de la Magistratura, tanto en el plano normativo constitucional y legal, y en este último, las sucesivas reformas legislativas que alteraron su composición y, en especial, analizando algunos casos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias acontecidas durante su vigencia, efectuando un balance crítico, realizando una muy somera comparación con el modelo existente en la Provincia de Corrientes, introducido con rango constitucional en la reforma de 2007⁴, para finalizar con algunas conclusiones y recomendaciones respecto del modelo nacional.

II DESARROLLO

II.1 EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Carta Magna argentina consagra en su Artículo 114:

condiciones requeridas para ser juez.

En la misma ocasión y forma se elegirán suplentes por cada titular entre los jueces, diputados y los abogados. El Poder Ejecutivo designará como suplente de su representante a un funcionario de igual rango.

Los consejeros serán designados por dos años en sus cargos y podrán ser reelegidos por un período. El cargo de consejero es honorífico e irrenunciable con las excepciones que la ley preverá.

⁴ Una comparación con todos los modelos imperantes en las distintas provincias excedería con creces el objeto del presente trabajo. Para ello, remito con provecho al realizado por Santiago (2013).

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

De las múltiples funciones encomendadas a dicho órgano constitucional, me ocuparé en especial de las mentadas en los apartados 1., 2., 4. y 5., es decir, las vinculadas tanto con la selección de los postulantes a magistrados inferiores y elevar las propuestas en terna vinculantes, como así también el ejercicio de las facultades disciplinarias y la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, con las consecuentes suspensión y acusación.

Respecto a la atribución referida a la selección de magistrados, se ha procurado de ese modo limitar la discrecionalidad del Presidente de la Nación⁵ quien, con anterioridad, procedía a la

⁵ Entre las atribuciones del Presidente de la Nación, consagra la C.N. en su artículo 99: [...] 4. [...] Nombra los demás jueces de los Tribunales Federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos [...].

elección directa sin concurso del magistrado nacional, y a partir de la reforma, sólo podría seleccionar de la terna elevada por el Consejo de la Magistratura, previo procedimiento de selección.

Es que no resultaba lógico que para el ingreso a cualquier empleo público se requiriera reunir los requisitos de idoneidad acreditados a través de algún procedimiento de selección, y no ocurriera lo propio para acceder a un cargo de juez.

Acertadamente se ha apuntado que el concepto de idoneidad enlaza por acción vocablos como república, democracia, tecnocracia, representación, que juegan un rol decisivo en la vida del Estado actual (ZINGARETTI, 2017, p. 33-84).

Como un desarrollo del estándar de idoneidad mentado en el artículo 16 de la Constitución Nacional⁶, reglado conjuntamente con la garantía de igualdad ante la ley, las diferentes normas de empleo público estatuyen como requisitos positivos para el ingreso, tanto la nacionalidad argentina, la aptitud psico-física para el cargo y la acreditación de los requisitos de idoneidad a través de los procedimientos de selección, siendo generalmente el concurso el medio idóneo para ello⁷. Además, fijan los impedimentos⁸, es decir,

⁶ Artículo 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

⁷ Así, por ejemplo, la Ley Marco de Empleo Público Nacional n.º 25.164 (Boletín Oficial del 08-oct-1999), en su Anexo, prescribe en su Artículo 4º: “El ingreso a la Administración Pública Nacional estará sujeto a la previa acreditación de las siguientes condiciones: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado. El Jefe de Gabinete de Ministros podrá exceptuar del cumplimiento de este requisito mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante. b) Condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que se acreditará mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública. El convenio colectivo de trabajo, deberá prever los mecanismos de participación y de control de las asociaciones sindicales en el cumplimiento de los criterios de selección y evaluación a fin de garantizar la efectiva igualdad de oportunidades. c) Aptitud psicofísica para el cargo”.

⁸ La misma ley prescribe en su Artículo 5º: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior no podrán ingresar: a) El que haya sido condenado por delito

los requisitos negativos, sujetándolos tanto a aquéllos como a éstos a una estricta observancia al momento de proceder al nombramiento del agente seleccionado, bajo las consecuencias de reputarse nulo el acto administrativo que omite aquélla al momento de procederse a la designación⁹.

Se ha definido al concurso como un “procedimiento administrativo, compuesto por una serie concatenada de actos jurídicos sucesivos y concurrentes por medio del cual se designa a la persona que se considera más idónea para ocupar un empleo o una función pública” (BUTELER, 2017, p. 7, citando a Villegas Basavilbaso).

En punto a la relevancia del procedimiento de concurso exigido en las normas aplicables al caso como modo de acreditar la idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, el Alto Tribunal¹⁰,

doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena. b) El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal. c) El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b) del presente artículo. d) El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos. e) El sancionado con exoneración o cesantía en la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, mientras no sea rehabilitado conforme lo previsto en los artículos 32 y 33 de la presente ley. f) El que tenga la edad prevista en la ley previsional para acceder al beneficio de la jubilación o el que gozare de un beneficio previsional, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad. g) El que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar, en el supuesto del artículo 19 de la Ley 24.429. h) El deudor moroso del Fisco Nacional mientras se encuentre en esa situación. i) Los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena”.

⁹ En tal sentido, prescribe en su Anexo la Ley 25.164, Artículo 6º, “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 4º y 5º o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones”.

¹⁰ CSJN, 08-5-2007, O. 656. XL. RECURSO DE HECHO “Olavarría y Aguinaga Jesús María c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 330:2180. Asimismo, la CSJN ha confirmado el rechazo de la acción promovida por agentes cuya designación fuera revocada en tanto no se había observado el procedimiento de selección por concurso previo de los aspirantes, en la causa

remitiéndose por mayoría a lo Dictaminado por el Procurador General, expresó que “[...] al disponer el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el art. 16”, remitiendo asimismo al precedente de Fallos 321:703.

El concurso se encuentra previsto con carácter general en los distintos ordenamientos que regulan el empleo público, que aun sin erigirse en la panacea, es la mejor manera de transparentar los procedimientos de selección, siendo fundamental la idónea integración de los órganos evaluadores¹¹.

El Consejo de la Magistratura, de raigambre constitucional, fue reglamentado por Ley 24.937¹², con las sucesivas reformas (Leyes 26080, 25669, 25876, 26855), concibiéndolo como un

[...] órgano permanente del Poder Judicial de la Nación que ejerce la competencia prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional de acuerdo a la forma representativa, republicana y federal que la Nación Argentina adopta para su gobierno, para lo cual deberá observar especialmente los principios de publicidad de los actos de gobierno, transparencia en la gestión, control público de las decisiones y elección de sus integrantes a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular” (artículo 1.º)¹³.

“Aladín, Gerardo Omar c. Municipalidad de la Ciudad de San Francisco s/ Acción contencioso administrativa”, 14-11-2017, La Ley 18-5-2018, 5, con nota de Leandro G. Salgan Ruiz; AR/JUR/105420/2017.

¹¹ Al respecto, Rafael Bielsa (1960, p. 22-23) ha señalado que “[...] afecta al régimen del concurso la falta de competencia de quienes toman los exámenes o reciben las pruebas [...]. Deben organizarse los concursos sobre bases ciertas y eficaces y formarse Tribunales idóneos y responsables. En la esfera docente el concurso debe ser garantía efectiva de rectitud y eficiencia [...]”.

¹² Texto Ordenado por Decreto n.º 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente.

¹³ Agrega en su artículo 1.º “[...] Tiene a su cargo seleccionar mediante concursos públicos postulantes a las magistraturas inferiores a través de la emisión de propuestas en ternas vinculantes, administrar los recursos que le corresponden de conformidad con la ley 11.672 permanente de presupuesto de la Nación,

En su composición que surge de la última reforma legislativa¹⁴ establece que:

ARTICULO 2.º – Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar.

4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría.

5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento.

con la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional y con la ley 23.853 de autarquía judicial; y sus leyes complementarias, modificatorias y vinculantes, y ejecutar el presupuesto que la ley le asigne a su servicio administrativo financiero, aplicar sanciones disciplinarias sobre magistrados, decidir la apertura del procedimiento de remoción, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente y dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial”.

¹⁴ Según Ley n.º 26.855 (B.O. 27-5-2013). Aunque veremos luego lo acontecido con el Fallo de la CSJN en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” del 16-12-2021, Fallos: 344:3636.

La redacción de la norma en cuestión ha merecido numerosos planteos judiciales, a lo largo de sus sucesivas modificaciones, que analizaré someramente a continuación, adelantando que, a diferencia de lo ocurrido en otras integraciones de órganos análogos en las Provincias¹⁵, la gran presencia legislativa y ejecutiva en su conformación conspira con el carácter eminentemente técnico que se pretendiera, y lo tornan en un órgano politizado, existiendo numerosos casos donde ello se ha evidenciado y conforme dan cuenta numerosos medios periodísticos a lo largo de los treinta años de vigencia¹⁶.

El último pronunciamiento relevante fue el recaído en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Otro c/ en-Ley 26080-DTO 816/99 y Otros s/Proceso de Conocimiento”¹⁷, donde se resolvió por mayoría que es inconstitucional el sistema de integración, quorum y mayoría del Consejo de la Magistratura previsto en los arts. 1.º y 5.º de la ley 26.080. Asimismo, y por necesaria implicancia de la invalidez de dicho sistema, resultan inaplicables los arts. 7.º inc. 3.º de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), 6.º y 8.º de la ley 26.080, así como todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939).

¹⁵ En la Provincia de Corrientes, por ejemplo, no hay legisladores en la conformación del Consejo de la Magistratura, si en cambio en el Jurado de Enjuiciamiento. Además, la integración del órgano aparece configurado en la propia Constitución, no quedando librada al legislador ordinario, como sucede en el orden nacional y que tantos problemas ha traído aparejados.

¹⁶ No es mi intención dedicarme a elucubraciones metajurídicas, pongo solamente como ejemplo – y los lectores sabrán apreciar y chequear otros casos – lo acontecido en el año 2017 con el reemplazo del Consejero Ruperto Godoy (por no ser abogado) por el senador chubutense Mario País, donde durante el juramento de este último el Consejo de la Magistratura logró la suspensión y acusación del Juez Mario Freiler. La prensa dio por sentado que si ello no sucedía de ese modo, no se hubiesen logrado los votos necesarios para ello. Véase por ejemplo, <https://notasperiodismopopular.com.ar/2017/08/17/consejo-magistratura-suspension-eduardo-freiler-inicio-juicio-politico/>

¹⁷ CSJN en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” del 16-12-2021, Fallos: 344:3636.

Entre otros aspectos, se tuvo en cuenta que

[...] la posibilidad con que cuenta el sector político, a partir de la reforma de la ley 26.080, de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 de la Const. Nac. y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma.

También reparó en que

[...] El art. 114 CN exige el equilibrio entre los distintos estamentos enumerados en la norma, con prescindencia de las afiliaciones partidarias o preferencias políticas de los representantes de cada uno de ellos, lo cual se vincula con el aspecto estático o estructural del órgano. Es decir que basta con que la composición del Consejo sea desequilibrada desde esta perspectiva –que no atiende a la efectiva conformación de mayorías decisionales entre miembros de uno u otro estamento–, para que la Constitución sea transgredida. Es la mera posibilidad de que se verifiquen acciones hegemónicas entre los estamentos la que rompe el equilibrio constitucional [...].¹⁸

¹⁸ Puntualizó que “[...] En relación con la integración del Consejo de la Magistratura, el legislador no se encuentra habilitado para consagrar un desbalanceo entre las distintas fuerzas que termine por desnaturalizar el mandato constitucional de equilibrio. El límite es claro: si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos –en tanto no se exige una igualdad aritmética–, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se imponga sobre los demás, pues, en tal caso, se consagraría una composición desequilibrada en favor de ese estamento [...]”

Asimismo, “[...] Las nociones de no predominio o no hegemonía constituyen la guía básica que debe orientar el análisis, puesto que representan el umbral que no puede ser transgredido. Hay hegemonía o predominio constitucionalmente vedado si, considerando las funciones asignadas al Consejo de la Magistratura y su importancia relativa, las reglas de integración y funcionamiento arrojan como consecuencia que un estamento pueda imponerse a los otros en las decisiones relevantes”.

Finalmente, impuso al Congreso de la Nación que dicte en un plazo razonable una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación. Hasta tanto esa ley sea dictada, corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la Ley 24.937 y su correctiva, la Ley 24.939; debiendo tenerse especialmente presente que para aprobar y elevar ternas de candidatos, la mayoría requerida es de dos tercios de los miembros presentes.

Agregó que transcurrido el plazo de 120 días sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establecida en la sentencia, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos.

Luego, en un pronunciamiento posterior en la otra causa¹⁹, constatando que había vencido el plazo fijado en la sentencia dictada por la Corte sin que el Congreso de la Nación haya sancionado una nueva ley del Consejo de la Magistratura, corresponde que el órgano continúe funcionando de manera inmediata y de pleno derecho según las pautas fijadas por la Corte Suprema en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo cual a partir del dictado de la presente decisión, el Consejo de la Magistratura será presidido por el Presidente de la Corte Suprema, los nuevos representantes que hayan sido elegidos o designados por sus respectivos estamentos asumirán sus cargos previo juramento de ley, el quorum será de 12 miembros y las comisiones deberán ser conformadas según lo establecido en el art. 12 de la Ley 24.937 (texto según ley 24.939).

Tal la integración vigente hasta la fecha en el orden nacional, merced a la inacción del Congreso de la Nación. Situación que, en función de las recomendaciones que efectuó, debieran estar previstas en la misma Constitución Nacional, reforma mediante.

Además de los puntos analizados en torno a su composición, analizaré ahora algunos tópicos que merecieran pronunciamiento jurisprudencial a lo largo de su vigencia.

¹⁹ CSJN, 18-4-2022, en autos: “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ Avocación en Autos: Casaretto Marcelo Pablo C/ Cámara de Diputados Nacionales y Otro S/ Amparo Ley 16.986”, Fallos: 345:191.

II.1.1 CONTROL JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Uno de los temas abordados por la jurisprudencia²⁰ y la doctrina (COMADIRA, 2004), es el relativo al control judicial de la función administrativa discrecional del Consejo de la Magistratura a la hora de formular las ternas elevadas al Poder Ejecutivo.

Como apuntara Comadira, al momento de comentar el caso “Gutiérrez” referido en nota 20, el concurso público y la terna vinculante previstos por la Constitución y por la propia ley que rige al Consejo, importan una atenuación muy significativa de la tradicional discrecionalidad que caracterizó la actuación de los órganos constitucionales competentes para la selección de los jueces.

En el referido caso, que fuera deducido por quien obtuviera el primer lugar en la terna para cubrir un cargo de Juez de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia (Pcia. del Chubut), cuestionando que se hubiese elegido al segundo ternado con un puntaje inferior a 21.21 puntos respecto del actor, el Juez Federal en lo Contencioso Administrativo Federal n.º 6 se expidió favorablemente al pedido, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada ordenar al Poder Ejecutivo Nacional y al Honorable Senado de la Nación, se abstenga de dar curso a la solicitud de acuerdo instrumentada mediante Mensaje n.º 420/04 y/o de la emisión de cualquier otro acto vinculado a la cobertura del cargo referenciado, Concurso n.º 92/03, hasta tanto el titular del PEN no fundamente la decisión instrumentada en el Mensaje n.º 420/04, de conformidad con los Decretos Nos. 222/03 y 588/03²¹.

²⁰ Causa 20457/04 – “Gutiérrez, Jorge Amado c/ Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación - AAD 420 s/proceso de conocimiento” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n.º 6 – 10-8-2004, *ElDial.com*, Viernes, 13 de Agosto de 2004 - Año VII - n.º 1599.

²¹ Dichos Decretos establecieron un procedimiento de participación ciudadana tendiente previo a la designación de los Ministros de la Corte Suprema de la Nación y Procurador General y Defensor General de la Nación respectivamente, autolimitándose el PEN en su potestad de designarlos directamente, dado que no

Entre los fundamentos, citando a Gelli, se sostuvo que

[...] En el nombramiento de los jueces inferiores se produjeron las novedades más importantes, con la creación e intervención del Consejo de la Magistratura en la integración de una terna vinculante, de la que el Poder Ejecutivo debe elegir un candidato que presentará a la aprobación del Senado. En lo que al presidente se refiere, debe elegir uno de los propuestos: fundamentar la elección, tanto si selecciona al primero en orden de mérito, como si designa a cualquiera de los restantes. En este último caso, para apartarse del orden de mérito deberá fundar más pormenorizadamente su decisión [...] (punto III, último párrafo GELLI, 2004, p. 771. loc. 3).

No obstante, como señalara Comadira (2004),

[...] La discrecionalidad no está ahora, por cierto, indebidamente restringida, ni sería tampoco deseable que así ocurriera [...]. No obstante, el propósito de este artículo es llamar la atención respecto de la justa y fundamental limitación a aquélla, que deriva, en nuestra opinión, de la necesidad de motivar debidamente las ternas que generan los procedimientos de selección y, asimismo, de la incorporación de los Jurados como órganos con idoneidad específica para evaluar los méritos técnicos de los postulantes [...] ²².

Agregaba Comadira (2004) que

[...] La selección de un juez no puede depender, exclusivamente, de su capacidad técnica, pues existen otros elementos de juicio de importancia que pueden surgir, eventualmente, de las entrevistas con los postulantes, de los informes psicológicos que contemplen las

se encuentran tales magistrados comprendidos en el mecanismo de selección del Consejo de la Magistratura.

²² Cabe aquí poner de resalto lo dudoso de la afirmación referida al Consejo de la Magistratura, integrado mayoritariamente por representantes del arco político, aunque no lo era cuando se escribió dicho trabajo del recordado profesor, y responde en todo caso a la finalidad que inspiró su introducción constitucional.

normas vigentes o de las audiencias públicas en las que el candidato es evaluado por el Consejo. En razón de esas circunstancias puede suceder que el Consejo formule una terna que, en definitiva, no recoja el orden de mérito que resultaría de la calificación discernida por el Jurado a las pruebas de oposición rendidas por los postulantes. Por otro lado, y en tanto no se puede descartar que el Jurado al emitir su dictamen pueda incurrir en una arbitrariedad manifiesta, es admisible que el Consejo deba desaprobado el procedimiento de selección con sustento en esa causal [...], aun cuando en ningún caso podría sustituir con su criterio las calificaciones otorgadas por aquél [...].

Reputándose de carácter administrativo el acto por el cual se formula una terna elevada al Consejo de la Magistratura, apuntaba el profesor citado que constituye un

[...] requisito esencial de validez de la decisión que se adopte es el cumplimiento del deber ético jurídico de motivarla debidamente, es decir, de exteriorizar en ella, con toda claridad, su causa, es decir los hechos y el derecho que la determinan (el por qué) y el fin que la inspira (el para qué). Por el camino de la Ley de Ética Pública 25188 (art. 2, inciso e), o, si se quiere, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (art. 7.º, inciso e), o de ambas conjuntamente, se llega, inexorablemente, a la exigencia de la motivación, cuyas raíces se hunden en la república que consagra la Constitución²³.

También el Profesor español Rodríguez Arana Muñoz se sumó al comentario de dicho fallo, expresando, luego de reseñar el sistema español, que

²³ Agrega Comadira (2004), “Selección de jueces [...]”, que “Resultaría, por ende, ilegítimo que al amparo de la discrecionalidad se pretendiera integrar una terna con invocación de antecedentes de hecho o de derecho inexistentes o falsos o, en su caso, ignorando elementos realmente configurados. Y sería igualmente ilegítima tanto la decisión de desaprobado el procedimiento de selección con sustento en la arbitrariedad manifiesta del dictamen del Jurado, sin acreditar la consumación de ésta, como la sustitución de aquél por la propia valoración del Consejo, excluyendo, así, el necesario componente técnico de la evaluación”.

[...] Después de 1994, en el caso de los Jueces Federales, su participación en un concurso público supone la entrada en un procedimiento administrativo y, por ende, la condición de interesado y titular de derechos subjetivos entre los que se podrían citar el derecho a concursar, el derecho a un procedimiento acorde con los principios de un Estado de Derecho; es decir, derecho a no ser excluido indebidamente de la terna, el derecho a no ser excluido indebidamente de la propuesta al Senado, el derecho a no ser excluido indebidamente del acuerdo del Senado o, si se quiere, derecho a que su exclusión no sea arbitrario: en términos positivos, derecho a conocer los criterios que fundamentan su exclusión. En estos casos en que la terna, como consecuencia del concurso, se presente al Presidente ya baremada, si éste se separa de la puntuación otorgada por el Consejo de la Magistratura, su decisión debe ser motivada. De lo contrario nos encontraríamos en un caso de arbitrariedad pues como diría LOCKE, la arbitrariedad es la ausencia de la razonabilidad (ARANA MUÑOZ, 2004).

Otros pronunciamientos jurisprudenciales acaecidos con motivo del control judicial del procedimiento de selección, aunque no referidos al orden nacional pero enteramente aplicables, son los siguientes.

II.1.1.1 TSJ CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 10-8-2001, “ARALDI, LILIANA A. C/ LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO - S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD LEGISLATURA”²⁴

En dicha causa se expresó –entre otros argumentos– que

[...] El control judicial de los procedimientos de selección de jueces, en cualquiera de sus etapas o instancias, no se encuentra vedado por disposición alguna de la Constitución local.”. En consecuencia, si la

²⁴ Voto de los Dres. Guillermo A. Muñoz, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Ana M. Conde, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n.º 277, p. 111.

cuestión traída a decisión de los jueces trata “sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales” (Art. 106, CCBA), corresponderá al conocimiento y decisión del Poder Judicial de la Ciudad. El rechazo de la posibilidad de ejercer el control judicial de la actividad del órgano legislativo o de lo realizado por el Consejo de la Magistratura en el procedimiento de designación de magistrados mediante la caracterización de esa actividad como político-institucional (o por intermedio de cualquier otro rótulo) configura una lesión a la garantía de la protección judicial establecida en el Art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica y ataca lo dispuesto en el Art. 12, inc. 6, de la CCBA.

Aún cuando en el caso se desestimara la acción, el Tribunal admitió la revisión judicial de la motivación de la decisión del Consejo de la Magistratura, y expresó asimismo que

[...] La exclusión de Araldi del orden de mérito definitivo no carece de fundamentos, y las consideraciones que el Consejo formula en su caso, aunque expuestas con brevedad son claras, permiten conocer qué criterios y prioridades definieron su ubicación y aparecen como razonables. De igual manera se respetaron los procedimientos fijados en el reglamento de concursos. De lo dicho se sigue que el acto no es ni ilegal ni arbitrario y que la decisión, aunque insatisfactoria para la actora, no puede ser tachada de inconstitucional. (Voto de la D.^{ra} Alicia E. C. Ruiz).

II.1.1.2 TSJ CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 21-11-2001, “SPISSO, RODOLFO R. C. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (LEGISLATURA) S/ AMPARO”²⁵

En dicho precedente, si bien adverso a las pretensiones del actor, sostuvo el Tribunal que

²⁵ El Derecho Administrativo 01-2-211.

[...] El control de los procedimientos de selección de jueces, en cualquiera de sus etapas o instancias no se encuentra vedado por norma alguna de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, por lo cual, el rechazo de la posibilidad de ejercer tal control mediante la caracterización de esa actividad como político institucional, configura una lesión a la garantía de la protección judicial establecida en el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica y ataca lo dispuesto en el art. 12, inc. 6.º de la mencionada Carta Fundamental [...].

También puntualizó que

[...] El procedimiento de selección de jueces requiere una gran transparencia, sea para aceptar como rechazar una propuesta de designación, y la decisión final exige una extrema claridad; requisitos, estos, que no se configuran respecto del procedimiento seguido por la Legislatura para considerar la propuesta del actor, pues a éste no se le corrió traslado concreto de los hechos denunciados sobre cuya consideración se fundó el rechazo de su propuesta. Omisión que debe ser juzgada con severidad, ya que implica una violación de la garantía de la defensa en juicio [...].

Luego, analizando la implicancia que la omisión pudiera tener en la suerte de la actuación del Consejo de la Magistratura, sostuvo que

[...] Si bien es cierto que el procedimiento seguido por la Legislatura para considerar la propuesta del actor fue irregular, pues no garantizó adecuadamente el derecho de defensa de aquél, y por ello resultó insuficiente como antecedente y fundamento de la decisión final de rechazar su designación, no lo es menos que las cumplidas no carecen de validez, por lo cual, no pueden asimilarse a la falta de pronunciamiento prevista en el art. 118 de la CCBA, a los fines de considerarse producida la aprobación ficta del pliego, ya que ninguna ventaja se deriva de ello para la adecuada salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales involucradas en el debate [...].

Asimismo, se sostuvo que

[...] Habiéndose desestimado la pretensión del actor de aprobación ficta de su pliego, pretendida por aquél en los términos del art. 118 de la CCBA, deberá efectuarse nuevamente el procedimiento de valoración de la propuesta formulada por el Consejo de la Magistratura a su respecto. Procedimiento que deberá llevarse a cabo mediante la audiencia pública a que alude el art. 120 de dicha Carta Fundamental, y que ha sido reglada por la ley 6, pues la misma constituye una instancia de evaluación y de participación democrática relevante que no puede ser obviada bajo el pretexto ritualista de haberse ya cumplido las etapas procedimentales, pues es claro que no pueden, en el caso, aplicarse criterios interpretativos que limiten el debate en un tema tan sensible para la comunidad como es el relativo a la designación de un magistrado [...].

Por su parte, los jueces Muñóz y Casás entendieron que

[...] Dado que el rechazo del pliego del actor importó una descalificación ética basada en razones jurídicas, ello justifica plenamente la necesidad de resguardar la posibilidad de que aquél pueda ejercer su derecho de defensa, pues por amplia que sean las facultades de la Legislatura para valorar la idoneidad de las personas propuestas, ello no implica que pueda quedar a su arbitrio determinar si un hecho, como tal, es legal no [...].

II.1.1.3 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, 27-12-2002, “ZARLENGA, MARCELO C. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA”²⁶

Un amparo promovido por un abogado impugnando la resolución del Consejo de la Magistratura que lo excluyera del listado remitido al Poder Ejecutivo para ocupar cargos de agente fiscal adjunto en un departamento judicial, fue receptado parcialmente, dejando sin efecto la aprobación de la terna cuestionada.

²⁶ LLBA 2003, 413, Causa: B.62.241, AR/JUR/3894/2002.

Para ello, el Tribunal sostuvo que

[...] El cumplimiento de los requisitos formales para que el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires emita sus resoluciones –en el caso, terna para ocupar un cargo vacante de agente fiscal–, sin ninguna constancia que evidencie su motivación, es insuficiente para tenerlas por fundadas, ya que se trata de un simple control de legalidad que no permite verificar su razonabilidad [...]. (Del voto del Doctor Domínguez).

Agregó que

[...] La conformación de la terna para ocupar un cargo judicial – en el caso, el de agente fiscal–, si bien es atribución privativa y excluyente del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, puede ser revisada por los jueces ante el requerimiento de parte interesada que alegue uso antijurídico de dicha prerrogativa, sin perjuicio de la regularidad formal de dicho acto [...]. (Del voto del Doctor Soria).

II.1.1.4 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA IV, 27-3-2002, “MATTERA, MARTA DEL R. C. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA NACIONAL”²⁷ (MEDIDA CAUTELAR)

El caso versaba sobre una acción de amparo con el objeto de que se dejara sin efecto una resolución del plenario del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación por considerar que afectaba, de manera ilegítima, el derecho a integrar una lista complementaria que debía elevarse al Poder Ejecutivo Nacional, requiriendo con carácter cautelar, que se suspendieran los efectos del acto impugnado, receptada favorablemente por el juez de grado

²⁷ AR/JUR/6602/2002. También puede verse con un comentario de Stupenengo ([S. d.], p. 189 y ss.).

y confirmada por la Cámara.

Para ello, se sostuvo lo siguiente:

[...] El art. 13 de la ley 24.937 –acápito c)– del Consejo de la Magistratura, en cuanto establece la irrecurribilidad de las decisiones adoptadas por la mayoría del plenario en materia de concursos –en el caso, aprobación de lista complementaria–, no excluye la posibilidad de su revisión a través de la vía del amparo, si el acto emanado de ese cuerpo pudiese lesionar, restringir, alterar o amenazar –con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta– derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico [...].

[...] Cabe interpretar que la irrecurribilidad prevista por el art. 13 de la ley 24.987 respecto de las resoluciones del plenario del Consejo de la Magistratura en materia de concursos –en el caso, aprobación de lista complementaria– se refiere, exclusivamente, a la revisión mediante recurso administrativo o recurso judicial específico, y no a la vía del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto se trata de un acto de un órgano del Estado, dictado en ejercicio de facultades parcialmente regladas, que incide en los intereses de los concursantes [...].

[...] Procede la medida cautelar pedida en una acción de amparo tendiente a que se suspendan los efectos de la resolución del plenario del Consejo de la Magistratura, en cuanto excluyó a la actora de la lista complementaria, ya que el acto impugnado no reúne “prima facie” los recaudos exigidos en la ley 24.937, en tanto se advierte que al modificar las listas, no se manifestaron las razones que justifiquen el apartamiento del orden de mérito anteriormente asignado a los candidatos [...].

II.1.1.5 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I, 20-11-2003, “MATTERA, MARTA DEL ROSARIO C. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA NACIONAL RESOLUCIÓN 399/01”²⁸

En la misma causa referida en el apartado precedente, pero en esta ocasión evaluando la cuestión de fondo, sostuvo el Tribunal

²⁸ AR/JUR/6292/2003.

que

[...] Cabe hacer lugar a la acción de amparo incoada contra una resolución del plenario del Consejo de la Magistratura, por la cual se excluyó a la actora de la lista complementaria a la propuesta de terna vinculante para la cobertura de una vacante judicial, atento a la ausencia de expresión del motivo por el que no fue la reclamante incluida en la misma [...].

Agregó que

[...] Reviste la naturaleza de acto administrativo y como tal revisable, la resolución del plenario Consejo de la Magistratura, por la cual se excluyó a la actora de la lista complementaria de la propuesta de terna vinculante para la cobertura de una vacante, por lo que la irrecurribilidad establecida en el art. 13, inc. c), octavo párrafo de la ley 24.937, debe interpretarse conforme una racional y razonable exégesis de la norma, que escape a un textualismo arbitrario que cercene los derechos de la personas a obtener el amparo judicial [...].

En el mismo orden, se puntualizó que

[...] La irrecurribilidad prevista en el art. 13, inc. c), octavo párrafo de la ley 24.937, se refiere exclusivamente a la imposibilidad de revisar la decisión adoptada por el Consejo de la Magistratura – en el caso, se excluyó a la actora de la lista complementaria de la propuesta de terna para cubrir una vacante–, mediante la deducción de un recurso administrativo ante el mismo organismo o por vía de un recurso judicial específico [...].²⁹

²⁹ De manera similar se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 3^a, 26-4-2006, en “Peralta, Carlos L. v. Estado Nacional”, SJA 6 de septiembre de 2006, donde se confirmó el rechazo del amparo entre otros argumentos porque, de las constancias administrativas acompañadas a la causa, no surgía –tal como lo sostuvo el amparista– que la cuestionada resolución 122/2004 del plenario del Consejo de la Magistratura

Finalmente, sostuvo que

[...] Los juicios emitidos por el Consejo de la Magistratura, al seleccionar a los postulantes de los diferentes cargos, dentro de un margen de apreciación discrecional, pueden rotularse como tolerables o admisibles, cuando a ellos se arriba en el marco del debate propio de un órgano colegiado y representativo, más ello no quita que dada la naturaleza republicana de dicho alto órgano, se den razones o motivos que justifiquen sus decisiones [...].

II.2 BALANCE DE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

El Profesor Alberto Bianchi ha realizado hace unos años un buen balance crítico (BIANCHI, 2017b, p. 14-27) acerca del derrotero habido en punto a los cambios legislativos operados en su composición, como en punto al funcionamiento, a cuyo trabajo remito en su totalidad, no obstante haber tenido el citado autor una mirada crítica al organismo desde sus orígenes (Bianchi, 1994, p. 1.274), que en mi caso, entiendo positivo en términos de reducción de discrecionalidad de la elección de los magistrados, aunque en cierto modo comparto el balance en punto a los restantes aspectos, al menos por cómo ha sido diseñado en el orden nacional.

Al respecto, destaco en primer término, la demora de más de tres años, desde la reforma constitucional, en sancionar la ley reglamentaria de los artículos 114 y 115 de la Constitución. Recién a fines de 1997 fue sancionada la Ley 24.937, que establecía un Consejo integrado por diecinueve miembros. Inmediatamente fue sancionada la Ley 24.939, que le agregó un miembro más. Esta composición –muy numerosa– se mantuvo hasta el año 2006, cuando fue sancionada la Ley 26.080, que redujo a trece el número de miembros. Esta nueva composición fue impugnada judicialmente

no hubiera sido adoptada por la mayoría exigida por el art. 13 inc. c Ley de Creación del Consejo de la Magistratura y al elevarse la terna a la Comisión de Selección, que el actor integraba en segundo lugar, se suscitó –en el ámbito de la sesión– un cambio de opiniones entre los consejeros, quienes coincidieron con la impresión negativa que les causó el actor en la entrevista personal.

sin éxito. El amparo planteado contra la Ley 26.080 por un ciudadano en su calidad de tal, fue rechazado por la Corte Suprema por falta de legitimación procesal [(BIANCHI, 2017b, p. 15), refiriéndose al caso *Monner Sans c/ Estado Nacional -Secretaria General de la Presidencia (M. 2503. XLII) Fallos 337-166 (2014).*].

Apunta que

[...] Siete años después, en 2013, dentro de un complejo, muy ambicioso y autoritario plan de reforma de la justicia nacional, autodenominado por la entonces titular del Poder Ejecutivo como “Democratización de la Justicia”, fue promovida una nueva reforma en la composición del Consejo [...]. En lo que al Consejo se refiere, fue sancionada la Ley 26.855, que modificaba su composición en dos sentidos. En primer lugar se aumentaba el número de consejeros que volvían a ser diecinueve. Así, la inspiradora de esta reforma contradecía lo que ella misma había propiciado siete años antes. Pero la reforma más sustancial consistía en que los jueces, los representantes de los abogados de la matrícula federal y los representantes de los ámbitos académico o científico ya no serían designados por sus respectivos estamentos corporativos (asociaciones de magistrados, colegios de abogados y universidades), sino por el sufragio popular (artículo 2.º, inc. 6) [...] (BIANCHI, 2017b, p. 18).

La mentada democratización y pretensión de que los miembros representantes de magistrados, abogados y universidades fuesen elegidos por el voto popular, fue oportunamente impugnada judicialmente, siendo resuelta de manera favorable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rizzo”³⁰.

³⁰ CSJN, 18-6-2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado lista 3 Gente de Derecho) s/acción amparo c. PEN ley 26.855 –medida cautelar– (R. 369. L. XLIX)”, Fallos 336:760.

El caso ha merecido numerosos comentarios, entre otros, los publicados en el Diario *La Ley* del 26-6-2013, destacándose allí los de Bianchi (2013); Boico (2013); y Gelli (2013), todos a partir de la p. 4.

De dicho pronunciamiento, considero destacable lo expuesto en punto a que:

[...] La ley 26.855 resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario; b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral [...].

[...] Todos los caminos de interpretación llevan a concluir que la elección de los representantes de los jueces, abogados y académicos o científicos no puede realizarse por sufragio universal, sino que debe efectuarse en el ámbito de sus respectivos estamentos. Corresponde concluir, también, que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial y, para ello, se ha buscado reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto del poder que ostentan, por un lado, el sector político y, por el otro, el estamento técnico. Esto es que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa [...].³¹

Otro aspecto crítico vertido por Bianchi – y que comparto – es el relativo a las normas sobre subrogancia de jueces, que debieron ser dictadas como medio de remediar la lentitud en los concursos judiciales para cubrir las vacantes producidas en un plazo razonable, lo que provocara sendos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema donde pusiera de manifiesto la ineficacia del Consejo de la Magistratura en el cumplimiento de esta tarea, declarándose inconstitucionales los reglamentos de subrogaciones en los casos

³¹ En ambos párrafos del voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Fayt.

“Rosza”³² y “Uriarte”³³.

En el último citado más reciente, se sostuvo – entre otras consideraciones – que

[...] Las disposiciones de la ley 27.145 son inconstitucionales, pues permiten que, en forma paralela a los jueces designados de acuerdo con las reglas de la Constitución Nacional, se conforme un cuerpo de conjuces por cada fuero, instancia y jurisdicción y cuyo nombramiento para un Tribunal, o incluso para un caso concreto, es definido en forma discrecional y por simple mayoría por el Consejo de la Magistratura al margen del procedimiento constitucional, creando una justicia de excepción en la que no rige la garantía del juez natural ni de independencia judicial [...].³⁴

También quiero referirme a una práctica bastante arraigada que, frente a procedimientos de responsabilidad política en curso ante el Consejo de la Magistratura de la Nación, ante la renuncia al cargo del magistrado enjuiciado y aceptación por el PEN, se produce el archivo de las actuaciones, quedando sin investigación la posible conducta irregular reprochada.

Considero que debiera reverse dicho temperamento, instaurando un mecanismo similar al existente en el ámbito del empleo público nacional, donde está previsto que: “La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial.” (Art. 22 de la Ley Marco de Regulación Empleo Público, n.º 25164).

³² CSJN, 23-5-2007, “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, Fallos 330-2361.

³³ CSJN, 4-11-2015, “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 338-1216.

³⁴ Respecto del nuevo régimen de subrogancias de jueces nacionales mentado por Ley 27439, puede verse con provecho el libro de Posdeley (2018).

Es que así como la CSJN, desde la causa “Magallanes, Miguel A.”³⁵, sentó el criterio según el cual, “El ejercicio de la facultad disciplinaria por parte de la Administración Pública presupone la subsistencia de la relación de empleo con el agente sancionado”, también se ha pronunciado la jurisprudencia federal en la causa “Musa”³⁶, diciendo que: “El agente se hace acreedor a la sanción disciplinaria desde el momento mismo en que comete la falta – cuando todavía reviste el carácter de empleado o funcionario–, y por ende la Administración debe conservar su potestad disciplinaria hasta que, y luego de la sustanciación del sumario respectivo, aplique la medida que estime pertinente. Por lo tanto, si el sumariado cesa en sus funciones antes del dictado de aquel acto, corresponde la anotación de la falta cometida y de la respectiva sanción, en el legajo personal –tal como ha ocurrido en autos–. Ello es así en tanto las consecuencias de la sanción de cesantía no se agotan con la exclusión del agente de los cuadros de la Administración., pues sus efectos se extienden al impedimento de su nuevo ingreso mientras no medie una autorización de la autoridad competente”.

El referido fallo ha sido comentado por Florencio Travieso (2002), quien bajo el rótulo “La extinción de la relación de empleo público y la subsistencia de la prerrogativa disciplinaria de la Administración”, señala en relación a la doctrina nacional, que Marienhoff se ha pronunciado a favor de la subsistencia de la potestad sancionatoria una vez concluida la relación de empleo público, requiriendo el elemento del conocimiento o no, por parte de la Administración, de los hechos que justifican la sanción (MARIENHOFF, 1995, Cap. IX-E, p. 416 y ss.). Este autor reafirma su postura al referirse a la posibilidad de sancionar al agente que ha dejado el ejercicio actual (activo) de la función, hallándose,

³⁵ CSJN, 6-12-1961. J.A., 1962-VI, pág. 556. En el caso, se declaró nulo el decreto que separó de sus funciones a un empleado público al que con anterioridad se le había aceptado la renuncia.

³⁶ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont.Administrativo Federal, Sala II, del 15 de marzo de 2001, “Musa, José Osvaldo c/Resolución 215/99 - SMC Presid. de la Nación”, (Exp. 977/93) (Causa n.º 38.570/99). Siguiendo para ello las opiniones de Marienhoff (1995) y Comadira (2004).

actualmente, en situación de pasividad (jubilado). En este sentido, se desprende que el cese definitivo del empleado o funcionario no supone necesariamente una desvinculación total ni importa la no subsistencia de todos los efectos de la relación de empleo público³⁷.

Debe tenerse presente, en este sentido –agrega el autor citado–, lo previsto en la ley de Ética de la Función Pública (ley 25.188), la que, en su Capítulo V (Incompatibilidades y conflicto de intereses), su art. 15 prevé que las incompatibilidades e inhabilidades “regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o *sobrevengan* al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente”. Tal solución legislativa resulta similar a la que fuera prevista en el art. 28 de la ley 22.140, e incluido como argumento en la sentencia citada³⁸.

En función de lo expuesto, considero que no resulta admisible que queden sin investigación conductas respecto de magistrados acusados por mal desempeño, con el argumento de que renunciaron, pues de ese modo podría darse el caso que pudieran concursar e ingresar más adelante – o incluso en otras provincias – a la magistratura sin ningún tipo de reproche en punto a su desempeño. Debiendo incluso garantizarse el respeto a todas las garantías respecto del ex magistrado en el procedimiento.

³⁷ Como nos recuerda Travieso (2002), “Bielsa, por el contrario, ha señalado que la pena debe aplicarse mientras exista la relación jurídica entre el empleado o funcionario y la Administración; extinguida la vinculación, la pena no tiene objeto [...]. Fiorini, por su parte, advirtió que las sanciones disciplinarias sólo pueden aplicarse mientras existe el vínculo del agente con la administración pública; sostuvo que cuando es separado, o no pertenece más a los cuadros de la administración, ya no hay potestad disciplinaria y el administrador no tiene potestad para ejercerla, ya sea para promover sumario o para agravar la sanción que había impuesto”.

³⁸ El criterio referido ha alcanzado recepción normativa con el Decreto n.º 1.421/2002 (B.O. 9-8-2002), reglamentario de la Ley 25.164 de Empleo Público, cuando consagra en el Capítulo VII, “Régimen Disciplinario” en su artículo 27 lo siguiente: “La aplicación de las medidas disciplinarias previstas en el presente capítulo será procedente en tanto subsista la relación de empleo público. En el caso de haber cesado dicha relación, el sumario que se hubiere dispuesto deberá continuarse hasta su resolución. Si surgiera responsabilidad del respectivo sumario deberá dejarse constancia en el legajo del ex-agente de la sanción que le hubiere correspondido de haber continuado en servicio”.

II.3 BREVE REFERENCIA AL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

El Consejo de la Magistratura³⁹ es, en la Provincia de Corrientes, un órgano constitucional conformado por diversos estamentos, reglado como tal en la Constitución de la Provincia de Corrientes (en adelante C.P.) a partir de la reforma del año 2007⁴⁰, en sus artículos 194 a 196, dentro del Capítulo III de la Sección III del Poder Judicial.

Ha sido concebido tanto para intervenir en el procedimiento de selección de Magistrados, como en la acusación ante el órgano de juzgamiento político⁴¹ de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público.

A diferencia del Jurado de Enjuiciamiento, no cuenta entre sus miembros a un representante del Poder Legislativo, como si ocurre en otras provincias.

Está regulado por ley especial –n.º 5.84958–⁴², y tiene la función de selección de postulantes para ocupar los cargos de magistrados y funcionarios del Ministerio Público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 182⁴³, mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados

³⁹ El sitio web se encuentra dentro del correspondiente al Poder Judicial, siendo su link: <http://www.juscorrientes.gov.ar/seccion/consejo-de-la-magistratura/>

⁴⁰ Con anterioridad, el mentado órgano tenía rango legal, desde que fuera creado por Ley n.º 5123 en el año 1996 (B.O. 31-3-1997), modificada por Decreto Ley n.º 199/01.

⁴¹ El Jurado de Enjuiciamiento está a cargo del juzgamiento político, mentado en el Capítulo IV de la Sección 3ª de la C.P., artículos 197 a 201, siendo reglamentado por la Ley 5.848.

⁴² Sancionada el 3-7-2008, promulgada el 8-8-2008, y publicada en el B.O. del 13-8-2008.

⁴³ Dicho Artículo 182 prescribe: “Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y designados por éste con acuerdo del Senado. En todos los casos, el Senado escuchará en audiencia pública las impugnaciones de los ciudadanos sobre la persona del propuesto, otorgando a éste la oportunidad de responderlas”.

de evaluación, privilegiando la idoneidad, el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos (art. 194 C.P.)

El Consejo de la Magistratura, que cuenta con una Secretaría Permanente, y es integrado cada dos años de la siguiente manera:

- 1) El Presidente del Superior Tribunal de Justicia, que lo preside.
- 2) El Fiscal de Estado.
- 3) Un (1) magistrado o integrante del Ministerio Público, elegido por votación directa de sus pares.
- 4) Un (1) abogado que posea las mismas condiciones requeridas para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, elegido por votación directa de sus pares a través de sus entidades representativas. En este caso, cada circunscripción judicial⁴⁴ elige a su representante, que actuará como integrante de ese estamento ante el Consejo cuando el órgano cumpla funciones que interesen a dicho ámbito.
- 5) Un (1) profesor titular por concurso de la Facultad de Derecho de una universidad pública estatal⁴⁵, elegido por votación directa de sus pares.

Cada integrante tiene su suplente, electo de la misma manera que el titular y con los mismos requisitos. El suplente del Presidente del Superior Tribunal de Justicia es un miembro del cuerpo designado al efecto, y del Fiscal de Estado, el Procurador del Tesoro.

El cargo de miembro del Consejo de la Magistratura es honorario e irrenunciable.

En el artículo 195, prescribe la C.P. como funciones del Consejo:

- 1) Dictar su reglamento interno.
- 2) Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos, en el marco de la ley respectiva.

⁴⁴ En la provincia de Corrientes, existen cinco (5) circunscripciones judiciales, a saber: 1ª Circunscripción Judicial: Corrientes; 2ª Circunscripción Judicial: Goya; 3ª Circunscripción Judicial: Cruzú Cuatiá; 4ª Circunscripción Judicial: Paso de los Libres; y 5ª Circunscripción Judicial: Santo Tomé.

⁴⁵ En el caso, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

- 3) Convocar a concurso público de postulantes para cubrir las vacantes.
- 4) Seleccionar, mediante concurso público, los postulantes a las magistraturas inferiores del Poder Judicial y funcionarios del Ministerio Público.
- 5) Proponer al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados y funcionarios a los que refiere el inciso anterior.
- 6) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y funcionarios inferiores y, previa vista al denunciado, formular la acusación correspondiente a través del Fiscal General, o rechazarla in limine. Para formular la acusación, se requiere una mayoría de tres (3) de sus miembros como mínimo, quedando el acusado automáticamente suspendido en el ejercicio de la función. En caso de rechazo, puede imponer al denunciante las sanciones que establezca la ley si considerare que la denuncia es temeraria.

Asimismo, en su artículo 196 establece la C.P. que

Dentro de los cinco (5) días de verificarse una vacante judicial, el Presidente del Superior Tribunal debe convocar al Consejo para que en el término de noventa (90) días cumpla con su labor constitucional.

Recibida la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo debe enviar al Senado el pliego de uno de ellos en los quince (15) días subsiguientes; si no lo hiciere, se considerará remitido el pliego de quien ocupe el primer lugar en la terna. El Senado lo tratará dentro de los cuarenta y cinco (45) días posteriores, aun fuera del período ordinario de sesiones, considerándose aprobado si no hubiere pronunciamiento en dicho término.

Los términos establecidos en este artículo se computarán en días hábiles.

Por su parte, la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura, n.º 5849 consta de cinco Capítulos⁴⁶.

⁴⁶ Para mayor detalle, remito a mi trabajo anterior en Rey Vázquez (2019, p. 229-263).

III CONCLUSIONES

En general, considero que la introducción del Consejo de la Magistratura en el orden federal, como en numerosas provincias, ha sido positivo, concebido como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad del PEN en la designación de magistrados, garantizando asimismo un procedimiento que respete la idoneidad científica y profesional de los elegidos⁴⁷.

Sin embargo, dependiendo del modo de composición, el órgano tendrá más o menos carácter técnico, mereciendo destacarse que, tal como ha sido diseñado legislativamente el nacional, se advierte una gran presencia de estamentos políticos que conspiran con el carácter eminentemente técnico del órgano.

El diseño constitucional correntino, como vimos, si bien presenta una conformación plural tanto de representantes de abogados (Colegios Públicos de las respectivas circunscripciones), magistrados, Fiscalía de Estado, Facultad de Derecho (en el caso de la Universidad Nacional del Nordeste), más la Presidencia ejercida por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, le otorgan al órgano un perfil mucho más técnico, donde se ponderan las aptitudes de los concursantes en diferentes etapas, como ser examen escrito, test psico-laboral, y posterior entrevista, donde se valoran aspectos motivacionales, gerenciales y los antecedentes profesionales y académicos. No posee en el Consejo de la Magistratura representación el Poder Legislativo, como sí ocurre en el Jurado de Enjuiciamiento.

Teniendo en cuenta el funcionamiento evidenciado del Consejo de la Magistratura Nacional, donde pareciera que las coyunturales mayorías políticas –cuando no alguna que otra picardía–son las que determinan la idoneidad de un postulante o,

⁴⁷ Como sostuvo la CSJN en el citado caso “Rizzo”, “[...] la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta [...]”

en su caso, las que definen si se promueve o no un procedimiento de juicio político, le resta al organismo la seriedad del perfil que los constituyentes mentaron a la hora de erigirlo como tal.

Asimismo, considero que tal como se encuentra diseñado el órgano nacional, lo tornan excesivamente ineficiente, debiendo volverse a una conformación con menos integrantes conforme la versión original, estableciendo un procedimiento más ágil tanto para la selección como para la acusación, sin que ello signifique vulnerar las garantías constitucionales de los afectados.

La búsqueda de un adecuado equilibrio que permita balancear las prerrogativas del órgano – que insisto, su presencia en el constitucionalismo federal resulta positiva – con las garantías de los aspirantes a jueces y de los magistrados investigados por mal desempeño, constituye el gran desafío que depara a los diferentes operadores jurídicos, en especial, al órgano legislativo, a quien le corresponde la magna tarea de normar acerca de la composición del Consejo de la Magistratura, y a los juristas en general, a quienes corresponde seguir sumando voces críticas que permitan configurarlo del modo más óptimo y que de ese modo contribuya a mejorar la imagen que la ciudadanía –en general– tiene del Poder Judicial.

En función de tales conclusiones, formulo las siguientes “recomendaciones”:

- a. la integración del órgano debiera estar prevista en el texto de la Constitución Nacional, especificando claramente la cantidad de representantes de cada estamento, y no dejando librado a decisión legislativa, con un parámetro indeterminado que ha provocado numerosos cuestionamientos judiciales, y ha llevado a la CSJN a tener que intervenir en ausencia del legislador;
- b. en lo personal, y de lograrse una futura reforma constitucional, considero que debiera estar ausente la representación de legisladores en el órgano técnico, pues tiene mayor sentido que lo estén en el órgano de enjuiciamiento político, es decir, el Jurado de Enjuiciamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Un avance notable en materia de justicia cautelar: (el auto de 10 de agosto de 2004). En: **EIDial.com**, Suplemento Administrativo, Sección Doctrina, año VII, n.º 1.618, Viernes, 10 de Septiembre de 2004.

BIANCHI, Alberto B. El Consejo de la Magistratura emplazado a reformarse. En: **elDial DC23C4**, 9-4-2017a.

BIANCHI, Alberto B. El Consejo de la Magistratura emplazado a reformarse. En: **Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires**, Tomo 77, Número 1, p. 14-27, julio de 2017b.

BIANCHI, Alberto B. El Consejo de la Magistratura (primeras impresiones). En: **Diario La Ley**, Martes 6 de diciembre de 1994, p. 1274.

BIANCHI, Alberto B. Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta. **Diario La Ley**, del 26-6-2013.

BIELSA, Rafael. **La función pública**: caracteres jurídicos y políticos: la moralidad administrativa. Buenos Aires: Depalma, 1960.

BOICO, Roberto J. Sólo una prórroga: fallo de la CSJN que limitó el voto popular. En: **Diario La Ley**, del 26-6-2013.

BUTELER, Alfonso. **Concurso público**: acceso a cátedras universitarias y a la magistratura federal, con prólogo de Domingo Juan Sesín. Buenos Aires: RAP, Astrea, 2017.

COMADIRA, Julio Rodolfo. Selección de jueces y control judicial. (reflexiones, breves, sobre ciertos límites a la actuación discrecional del Consejo de la Magistratura Nacional en la formulación de las ternas y el control judicial de las decisiones presidenciales relativas al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). En: **EIDial.com**, Suplemento Derecho Administrativo, Sección Doctrina, año VII, n.º 1.527, Viernes, 30 de Abril de 2004.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina:** comentada y concordada. 2. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: La Ley, 2004.

GELLI, María Angélica. Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura: una sentencia crucial. En: **Diario La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, 26-6-2013.

POSDELEY, Claudio Matías. **El régimen jurídico de jueces subrogantes en el orden federal:** evolución histórica y principios constitucionales y convencionales. Buenos Aires: Lajouane, 2018.

REY VÁZQUEZ, Luis E. El Consejo de la Magistratura, a 25 años de la reforma constitucional de 1994. En: HUTCHINSON, Tomás; ROSATTI, Horacio Daniel (Directores). **Revista de Derecho Público**, (especial: 25 años de la reforma constitucional de 1994), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, n.º 2019-I, p. 229-263, 2019.

SANTIAGO, Alfonso. El Consejo de la Magistratura en el derecho constitucional provincial argentino: un análisis comparativo a propósito de la sanción de la Ley n.º 26.855. En: **Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, IJ Editores, número 8, Octubre 2013.

SANTIAGO MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

STUPENENGO, Juan Antonio. Algunas consideraciones en torno a la función administrativa del Consejo de la Magistratura y de la Corte Suprema: su control judicial. (comentario al fallo Mattera, María del Rosario c/ Consejo de la Magistratura s/ amparo). En: **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)**, Buenos Aires, Ed. RAP, año XXIV, n.º 285, p. 189 y ss.

TRAVIESO, Florencio. La subsistencia de la facultad disciplinaria de la administración luego de la extinción de la relación de empleo público: comentario al Fallo “Musa”. En: **elDial.com**, Suplemento Administrativo, de del 18-2-2002.

ZINGARETTI, Gisela. La idoneidad como condición necesaria

para el ejercicio eficiente de las funciones del Estado. En: **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)**, Buenos Aires, Ed. RAP, n.º 465, p. 33-84, Junio de 2017.

Recebido em: 24-7-2024

Aprovado em: 25-8-2024

6

LIBERTAD VS. SEGURIDAD: NUEVAS TENSIONES A PROPÓSITO DEL CIBERPATRULLAJE Y LA CREACIÓN DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD¹

Marcelo Alfredo Riquert²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los nuevos límites al ciberpatrullaje. 3. La nueva UIAAS y sus funciones. 3.1. 3.2. 3.3. 3.4. 3.4.a. 3.4.b. 3.5. 3.6. 3.7. 3.8. 3.9. 3.10. 3.11. 4. Balance provisorio. 5. Anexo documental. 5.1. Resolución 428/2024 del Ministerio de Seguridad. 5.2. Resolución 710/2024 del Ministerio de Seguridad. 5.3. Prácticas de IA prohibidas según la LIA europea. Referencias.

¹ **Como citar este artículo científico.** RIQUERT, Marcelo Alfredo. Libertad vs. Seguridad: nuevas tensiones a propósito del ciberpatrullaje y la creación de la unidad de inteligencia artificial aplicada a la seguridad. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 253-313, maio-ago. 2024.

² Abogado y Doctor en Derecho (UNMDP). Máster de Derecho Penal (U. Salamanca, España). Director del Área Departamental Penal y de la carrera de posgrado “Especialización en Derecho Penal” (categorizada “A”, por la CONEAU), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. *E-mail:* riquertm@hotmail.com

1 INTRODUCCIÓN

Llamaba la atención recientemente Javier A. De Luca sobre un dato de la realidad al que a veces no prestamos la atención debida. En efecto, nos decía que la democracia argentina no es la misma que a fines de 1983, pero no sólo por los cambios jurídicos e institucionales que se fueran sucediendo, sino porque han cambiado las bases de la interacción humana debido a las nuevas formas de comunicación impuestas por las modernas tecnologías (DE LUCA, 2024, p. 28).

Y es así. Lo vivimos en los recientes procesos electorales y se trata de algo que se proyecta sobre nuestra cotidianeidad sin que a veces lo percibamos cabalmente. Desde el Ministerio de Seguridad de la Nación, a través de dos Resoluciones de la Ministra, Dra. Patricia Bullrich, se han tomado decisiones de singular trascendencia que podría decirse han sido pasadas por alto sin que las preceda una necesaria discusión pública ni tampoco que cobre vuelo una vez conocidas³. Sin embargo, ambas pueden tener alto impacto en la calidad de nuestra vida como ciudadanos por su potencial de afectación a alguno de los derechos que le son inherentes. Así, por mencionar lo más evidente, la intimidad, la dignidad humana y la libertad de expresión. Pero, se verá, no sólo esos. Me refiero a las Resoluciones Nros. 428/2024 y 710/2024, publicadas respectivamente en los meses de mayo y julio pasados⁴.

Puede advertirse que con la del mes de mayo la ministra retoma una iniciativa propia, de su anterior gestión en la misma cartera, me refiero a la Res. 2018-31 APN-SECSEG MSG del 26-7-2018 –que fuera muy criticada⁵–, cuyo art. 1.º instrúa a las áreas de

³ Podría decirse que recién varios días después de conocerse algún sector de la prensa ha alertado sobre el particular. Por ejemplo, Leclercq (2024); López (2024). También hubo alguna repercusión en medios internacionales, como el caso del británico “The Guardian” (ARGENTINA, 2024).

⁴ Se ha reproducido su texto en forma íntegra en el Anexo Documental, al final del trabajo.

⁵ Así, por ejemplo, Nora Chernavsky (2020), quien la calificó como oscuramente habilitante de la actividad de ciberpatrullaje. El calificativo de oscura no sólo

investigación de ciberdelitos de las fuerzas policiales y de seguridad a tomar intervención en numerosos tópicos que conformaban una suerte de catálogo que iba desde la venta de armas, a las infracciones aduaneras hasta el hostigamiento a menores, por internet. Asimismo, se indicaba que los actos investigativos debían limitarse a sitios de acceso público, haciendo especial hincapié en redes sociales de cualquier índole, fuentes, bases de datos públicas y abiertas, páginas de internet, darkweb y demás sitios de relevancia de acceso público, fijando como límite las acciones que vulneren o entorpezcan el derecho a la intimidad, Ley 25326 y normativa reglamentaria. Había sido derogada por la Res. 144/2020, mediante la que se fijó el protocolo de ciberpatrullaje que rigió durante la pandemia por el COVID-19⁶.

En tren de exponer algún grado de contradicción, es posible señalar que, en 2020, por entonces desde el llano, la Ministra expuso una abierta crítica del tardíamente rectificado fallido de quien estaba a cargo de la cartera, Sabina Frederic, que aludió a la posibilidad de medir el “humor social” auscultando lo que acontecía

se corresponde con su falta de claridad e imprecisiones sino también porque no se cumplió con el trámite de publicación en el B.O. según fuera más tarde denunciado, por lo que se estuvo usando sin conocimiento social de su existencia (fuente: noticias periodísticas tituladas “Ciberpatrullaje” (2020), “Hallaron” (2020).

Por su parte, Argibay Molina y Candiotto (2020, p. 56) recuerdan que sus problemas de falta de transparencia fueron advertidos por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en su informe del año 2018, el que se indicó que consultaron al Ministerio de Seguridad nacional acerca de tal actividad y el protocolo de actuación implementado para su concreción y la “Dirección de Investigaciones de Ciberdelitos” respondió “que no tenía formulado un concepto de manera oficial pero que, no obstante, las fuerzas de seguridad realizaban tareas orientadas a detectar la comisión de delitos en redes sociales”. Lo hizo sin brindar detalles concernientes a bajo qué protocolo de actuación estas tareas eran desarrolladas.

⁶ Como destacó Christian Sueiro (2021, p. 266) entre otros múltiples impactos en nuestras prácticas sociales durante la pandemia, la tecnología se usó para controlar contagios mediante el uso de IA en modelos que permitían predecir con precisión la forma de propagación del virus y también, por vigilancia electrónica, la detección de personas con síntomas compatibles con posibles contagios.

en las redes sociales⁷. Evidentemente, con errático devenir, ahora se considera otra vez la actividad como útil, necesaria y virtuosa, por lo tanto, valiosa al punto de ser nuevamente impulsada desde su gestión ministerial incluyendo entre los posibles usos la previsión de “disturbios” (cf. art. 4 inc. f), Res. 428/2024), que no deja de ser otra forma de consagrar lo mismo.

Podría decirse que, a través de la nueva regulación para el desarrollo de tareas de prevención o inteligencia por las fuerzas de seguridad con uso de fuentes digitales abiertas (Res. 428/2024) y de crear una “Unidad de Inteligencia Artificial aplicada a la seguridad” (Res. 710/2024, en adelante se usará la sigla UIAAS), se pone de manifiesto una vez más la conocida tensión entre libertad y seguridad⁸. Esto se produce en momentos en que ha cobrado una suerte de plenitud aquella advertencia de Winfried Hassemer respecto a estar viviendo una época en que la disposición a “cambiar libertad por seguridad” arrecia incluso en las modernas sociedades democráticas occidentales⁹.

Claro que una cosa es que la sociedad decida, debates mediante y con suerte de consentimiento informado, ceder parcelas de su libertad para sentirse más segura y otra muy distinta es que se cercenen libertades incrementando notablemente el grado de control social bajo argumento de brindar mayor seguridad. Entonces, una

⁷ Baste como referencia la nota periodística titulada “Patricia Bullrich: ‘Lo que ha dicho Sabina Frederic es ilegal y es espionaje’.” (PATRICIA, 2020). Una semana después dejó claro que no objetaba el ciberpatrullaje en sí mismo sino su uso para medir la temperatura social (puede verse la nota periodística en ARGENTINA, 2020)

⁸ Puede ampliarse sobre los plurales aspectos en que actualmente se manifiesta en Bernuz Beneitez y Pérez Cepeda (2023).

⁹ En función de lo señalado por Hassemer (2004), había realizado similar recordatorio en la ponencia presentada en el XI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (Rosario, junio de 2011), titulada “*Informática y derecho penal: ¿entre el control social y el delito?*”, disponible en el blog “Riquert Delincuencia Informática” desde el 15-12-2011: <<https://riquertdelincenciainformatica.blogspot.com/2011/12/?m=0>>. Asimismo en una versión ampliada de tal ponencia en RIQUERT (2011, p. 67-99) y en RIQUERT (2012).

primera crítica ineludible es que desde el Ministerio de Seguridad se ha resuelto avanzar sobre temas sensibles en lo que hace a la calidad de ciudadanía sin que hubiera mediado una explicación y diálogos previos con los sectores interesados especializados acerca del alcance y mejor modo de concretar medidas que pueden ser necesarias y útiles pero que también pueden afectar derechos fundamentales y son de delicada implementación.

Al calor de la novedad, en este trabajo me propongo brindar unas primeras reflexiones sobre bondades y defectos de ambas resoluciones que, insisto, tienen gran potencialidad de afectación sobre derechos constitucionalmente garantizados que, por eso, es importante se limite en su reglamentación y establezcan controles externos que permitan asegurar su cumplimiento¹⁰.

Puede adelantarse que, si se atiende a las exposiciones de motivos y algunas disposiciones de la parte resolutive de ambos instrumentos, esto parece no haber pasado inadvertido para la autoridad ministerial en cuanto la Res. 710 señala que la UIAAS “adecuará sus misiones y funciones a las pautas, principios, criterios, recomendaciones y directivas para las labores preventivas de los delitos que se desarrollan en ambientes cibernéticos aprobadas por RESOL-2024-428-APN-MSG” (cf. art. 5). A su vez, en la Res. 428 a la que se remite hay dos referencias limitadoras de la actividad:

- 1) el artículo inicial que prevé que las fuerzas policiales y de seguridad federales deberán adecuar su conducta a las pautas, principios, criterios, recomendaciones y directivas que se establecen para las labores preventivas de los delitos que se desarrollan en ambientes cibernéticos y que dichas tareas preventivas se llevarán a cabo únicamente mediante

¹⁰ Por la importancia de que exista posibilidad de control externo no puedo asignar mayor trascendencia a la regla que impone una suerte de autocontrol, como sería el art. 5° de la Res. 428/2024, que dice: “El uso de softwares o cualquier dispositivo o herramienta tecnológica de tratamiento de la información automatizada basada en inteligencia artificial, aprendizaje automático, sistema experto, redes neuronales, aprendizaje profundo o cualquier otra que en el futuro se desarrolle se ajustará a las estrictas necesidades de la actividad regulada en este protocolo. Su uso deberá ser supervisado por el Ministerio de Seguridad”.

- el uso de sitios web de acceso público y fuentes digitales abiertas entendiéndose estas como los medios y plataformas de información y comunicación digital de carácter público, no sensible y sin clasificación de seguridad, cuyo acceso no implica una transgresión al derecho a la intimidad de las personas, conforme lo normado en la Ley de Protección de Datos Personales N.º 25.326 y sus normas reglamentarias;
- 2) el art. 4.º, en cuanto fija como prohibiciones para tales tareas:
- a) obtener información, producir inteligencia o almacenar datos sobre personas o usuarios por el sólo hecho de su raza, fe religiosa, acciones privadas u opinión política;
 - b) emplear métodos ilegales, prohibidos, invasivos y violatorios de la dignidad de las personas para la obtención de información;
 - c) comunicar o publicitar información que viole los principios descriptos en el artículo anterior, como así también incorporar datos o información falsos.

Sin embargo, cuando se mira el listado de propósitos y competencias que se asignan en ambas resoluciones, puede advertirse que en varios casos se avanza habilitando actividades que, también reciente, se han prohibido o limitado fuertemente en otras sociedades de nuestro entorno cultural que se citan como modelos que se estaría siguiendo. En concreto, se verá que se incluyen sin mayores precisiones sobre quién será el desarrollador/proveedor tecnológico ni las características de los sistemas asistidos por IA que se usarán, actividades que se vedan en la Unión Europea, donde el Parlamento Europeo ha aprobado en marzo de 2024 la propuesta de “Reglamento de Inteligencia Artificial”, una verdadera “Ley de Inteligencia Artificial” (LIA), pionera en el mundo¹¹, en cuyo Capítulo

¹¹ Se trata de la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de “Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))”.

II se refiere a las “Prácticas de inteligencia artificial prohibidas”, que son precisadas con largo detalle en los ocho párrafos del art. 5¹². Se ha establecido que sus previsiones entrarán en vigencia en forma escalonada, plazos a contar desde el 1-8-2024, siendo lo primero que cobrará operatividad las prohibiciones, cuya ventana es la más corta, de tan solo seis meses. En lo que sigue, también se irá avanzando sobre este contraste.

2 LOS NUEVOS LÍMITES AL CIBERPATULLAJE

Con motivo de su regulación durante la vigencia de la pandemia por el COVID-19 me ocupé de esta práctica que, en general, provoca importantes discusiones¹³. En ése caso se trataba de otra resolución del Ministerio de Seguridad, N.º 144/2020, por la que se había aprobado el “*Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas*”, que la integraba como Anexo (art. 1.º). Por art. 1.º de la Res. 720/2022 (pub. en el BO del 31-10-2022) se dispuso la derogación, perdiendo vigencia en noviembre de 2022.

La preocupación por el modo en que esta actividad se regule podría decirse que se verifica sin fisuras en la doctrina que se ha abocado a la cuestión. Sin ir más lejos, recientemente Narayan Acosta y Juan Molinas resaltan que, en función de los derechos en juego, la técnica de ciberpatrullaje no puede habilitarse sin limitaciones y que el Estado debe guiarse por criterios de racionalidad y proporcionalidad en su implementación. De allí que apunten como un primer límite a estas prácticas que sólo se las permita como técnica de prevención general de algunos delitos en particular (es decir, no individual, no a una persona concreta, para lo que sin duda se requiere resolución judicial fundada) y siempre siguiendo pautas objetivas de actuación

¹² Se texto se ha transcripto en el Anexo documental, al final del trabajo. La contradicción entre la resolución ministerial argentina y las previsiones de la LIA son resaltadas en la nota periodística en ENTRÓ (2024).

¹³ La versión más actualizada de mi abordaje está en RIQUERT (2024, cap. IV, p. 267-289).

(ACOSTA; MOLINAS, 2023, p. 193-194).

En general, puede decirse que es factible identificar un grupo de delitos graves respecto de los que, por esa característica, pareciera razonable y podría habilitarse la tarea preventiva de ciberpatrullaje en fuentes abiertas. En el caso del derogado Protocolo regente durante la pandemia se había distinguido en el art. 3 en dos grupos. Uno, “específico”, en cuanto recogía conductas clara y directamente vinculadas con la cuestión sanitaria—que es un sector de infraestructura crítica—, a saber: a) Comercialización, distribución y transporte de medicamentos apócrifos y de insumos sanitarios críticos; b) Venta de presuntos medicamentos comercializados bajo nomenclaturas y referencias al COVID-19 o sus derivaciones nominales, sin aprobación ni certificación de la autoridad competente¹⁴; c) Ataques informáticos a infraestructura crítica—especialmente a hospitales y a centros de salud—; d) Indicios relativos a los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal¹⁵.

Hasta allí, nada que discutir ya que, como resaltó Fernando Miró Llinares, la crisis por el COVID-19 derivó en cambios de intereses, necesidades y actividades cotidianas de la población y esto en nuevas oportunidades para los ciberdelincuentes, que se adaptaron y aprovecharon, lo que se concretó sobre todo por cambio de objetivo y ciberlugar. Así, en lo que aquí interesa, con relación a la adaptación de objetivo, fue el sistema sanitario el que se constituyó como de mayor interés, lo que se reveló a partir de relevamientos que indicaron para el primer cuatrimestre de 2020 un incremento del 70% en los ataques sufridos por dicho sector respecto de igual período del año anterior, en particular de la modalidad “ransomware” contra hospitales y otras instituciones dedicadas a la lucha contra el

¹⁴ Un dato por demás interesante sobre esto proporciona Javier I. Zaragoza Tejada (2020, p. 210), quien señala que sólo durante la situación de confinamiento en España, donde se declaró el 14 de marzo de 2020 por RD 463/2020, se localizaron cerca de 12000 *webs* fraudulentas que comercializan vacunas o remedios milagrosos para luchar contra el coronavirus.

¹⁵ Sobre estos delitos, también en el contexto de la pandemia, me extendí en RIQUERT (2020).

coronavirus –porque la urgencia en evitar el colapso ofrecía mayores garantías de pago–, así como contra centros de investigación relacionados con el desarrollo de vacunas y tratamientos –víctimas preferentes de accesos ilegítimos para llegar a esa información de alto valor económico–¹⁶.

Sin embargo, luego, usando la fórmula “*en tanto se advierta que resulten sensibles al desarrollo de la emergencia pública en materia sanitaria*”, se había habilitado las tareas de prevención policial a posibles conductas delictivas (enumeradas con escaso rigor técnico) cuyo medio comisivo principal o accesorio incluya la utilización de sistemas informáticos con el fin de realizar: a) Trata de personas; b) Tráfico de estupefacientes; c) Lavado de dinero y terrorismo; d) Acoso y/o violencia por motivos de género, amenaza y/o extorsión de dar publicidad a imágenes no destinadas a la publicación; e) Delitos relacionados con el grooming y la producción, financiación, ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución de imágenes de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes¹⁷. Era claro que, más allá de ser graves, algunos de estos delitos no tenían relación directa con la pandemia y de allí que mediara crítica por su inclusión.

Si cotejamos con el vigente art. 2 de la Res. 428/2024, en particular su inc. o)¹⁸, puede advertirse que se habilita a las fuerzas policiales y de seguridad federales a desarrollar labores preventivas

¹⁶ De revés, Miró Llinares (2021, p. 9-10) indicó que el paralizado sector hotelero ofreció una clara disminución de ataques.

¹⁷ Sobre este último grupo de actividades, destaca Zaragoza Tejada (2020, p. 211) que, además de los rastreos en redes abiertas, es usual que la investigación en el ciberespacio se canalice a través de metabusadores que monitorean las redes P2P y permiten localizar archivos de contenido ilícito (previamente identificados por su “hash”), así como las direcciones de IP de los usuarios que, en ése momento, están remitiéndolos. Su generalización es tal que ONG dedicadas a combatir estos ilícitos, como en USA el “*National Center for Missing & Exploited Children*” (NCMEC), los usan para producir sus reportes sobre explotación sexual de menores online.

¹⁸ Concretamente, luego del largo listado previo, le brinda una suerte de carácter meramente ejemplificativo ya que dice: “Cualquier otro delito del que se pueda obtener noticia a través del ciberespacio”.

en el espacio cibernético con relación a cualquier delito. No sólo eso, sino que los dos últimos incisos, p) y q), agregan la tarea de búsqueda de personas incluidas en el “Programa Nacional de Coordinación para la Búsqueda de Personas Ordenadas por la Justicia” (o el que en el futuro lo reemplace) y de personas desaparecidas y extraviadas en el marco del “Sistema Federal de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Extraviadas”. Tenemos en concreto entonces una resolución que no fija límite alguno por la calidad del delito para la realización del ciberpatrullaje y que, además, lo integra a la búsqueda de personas con pedido de captura judicial o de desaparecidas y extraviadas. Si volvemos unos pasos atrás, en general se suele recoger una opinión positiva acerca de la actividad cuando se la vincula con su utilidad preventiva o necesidad investigativa en criminalidad grave, pero no sucede lo mismo cuando hablamos de delincuencia menor, respecto de la que podría operar como un motivo adicional para profundizar la asimétrica criminalidad que existe sobre tal sector, en comparación con el ejercicio de poder punitivo que recae sobre la grave, sobre todo, en versión de “cuello blanco”.

Desde una mirada realista, no debe soslayarse que la búsqueda de datos de relevancia dentro de la información pública es utilizada habitualmente en la investigación penal. Como puntualizan Daniela Dupuy y Catalina Neme, con ello se hace referencia a los rastros o huellas online que los usuarios han ido dejando a lo largo del tiempo en la red, por voluntad propia, al utilizar aplicaciones de escritorio y móviles, aceptando las condiciones de uso y privacidad que le impone el proveedor de servicios en el que se va a registrar y publicar información personal. Resaltan además que este tipo de información, en muchos casos, puede llegar a ayudar a identificar a un usuario investigado más que la titularidad de una dirección IP, ya que algunos pueden utilizar programas de enmascaramiento de IP o bien la dirección IP puede corresponderse a un nateo¹⁹. Las

¹⁹ Dupuy y Neme (2020, p. 287) aclaran que la tecnología NAT corresponde a los servidores de conexión de los usuarios de Internet móviles de una empresa que al conectarse a Internet generan tráfico de IP privadas y establece la conexión para navegar en Internet, así, al tratarse de direcciones IP dinámicas, todo el universo de clientes tiene acceso a las mismas, imposibilitando su identificación (nota al pie 24).

nombradas consideran que, lejos de configurar inteligencia criminal, el ciberpatrullaje es una buena herramienta aceptada hace varios años por la jurisprudencia internacional para prevenir ciberdelitos. En todo caso, plantean, lo que se debe es analizar en cada caso concreto la metodología utilizada y si la actividad se extralimitó del ámbito público y permitido, a la esfera íntima y prohibida, al menos sin autorización judicial (DUPUY; NEME, 2020, p. 304).

Comparto la postulación. Y puede decirse que la Res. 428/2024, conforme su art. 3.º y más allá de las prohibiciones ya indicadas que establece el art. 4.º, se ajusta al parámetro de fuentes digitales abiertas (inc. b) y remarca que la labor preventiva se deberá adecuar con estricto acatamiento a los diversos lineamientos que parten de las facultades dispuestas por la Constitución Nacional, Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Leyes Nacionales y sus reglamentaciones –así, la LPDP N.º 25326 con particular énfasis cuando se trate de publicaciones de niñas, niños y adolescentes–, Leyes y Decretos orgánicos de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y sus normas reglamentarias y complementarias (incs. “a” y “g”) e incluyen una serie de restricciones que, en algunos casos, son bastante porosas o imprecisas, como por ejemplo, que la judicialización de las conductas prevenidas requerirá de un análisis en función de las características comunicacionales propias del medio en que se realizan y del presunto infractor (inc. c). Otras, resaltan una obviedad: que no judicializarán aquellas conductas susceptibles de ser consideradas regulares, usuales o inherentes al uso de Internet y que no evidencien la intención de transgredir alguna norma (inc. d) o que el ciberpatrullaje no podrá interferir con una garantía constitucional como la libertad de expresión (inc. h). Se explicita el posible uso de un “agente revelador” con autorización judicial y conforme pautas de la ley 27.319 (inc. e) y se veda la acumulación de información proveniente de investigaciones previas realizadas, indicando que una vez concluida la actividad preventiva o decidida la no judicialización, deberá destruirse el material y datos obtenidos (inc. f). Finaliza señalando la necesidad de estar capacitado del

personal que intervenga (inc. i) y que el Ministerio de Seguridad publicará la normativa en sus redes sociales y dará a conocer regularmente toda información relacionada con la cantidad de casos y personas objeto de la prevención (inc. j).

No obstante la indicación del inc. b del art. 3 transcripto en orden al “*uso de fuentes abiertas digitales*”, como puntualizaron Argibay Molina y Candiotto refiriéndose a la norma símil derogada, no se evitan discusiones tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial porque, básicamente, determinar si una fuente de información es “pública” o “privada” puede no resultar sencillo y debe ser evaluado a la luz de los derechos fundamentales (ARGIBAY MOLINA; CANDIOTTO, 2020, p. 25)²⁰. Un dato de singular interés que resaltan es que este buceo por fuentes abiertas puede resultar mucho más intrusivo para la intimidad que otras investigaciones convencionales, en particular, porque lo que se va subiendo a la red queda allí y, entonces, la búsqueda recupera un hilo de una profundidad histórica en el que el compromiso de aquellos derechos es, con evidencia, mayor (ARGIBAY MOLINA; CANDIOTTO, 2020, p. 47). Llevan razón, además, cuando en términos de posible afectación de derechos fundamentales señalan que, paradójicamente, la velocidad con que avanza la tecnología en la creación de herramientas que facilitan la tarea de síntesis y análisis de información, no va acompañada de evaluaciones profundas respecto de los conflictos y problemas que la utilización de estas herramientas puede involucrar (ARGIBAY MOLINA; CANDIOTTO, 2020, p. 46).

²⁰ En función de lo afirmado en el texto principal, ambos autores llaman la atención sobre la importancia de identificar, por lo menos, tres niveles de acceso a datos alojados en la web: 1º) el de “acceso libre”, integrado por aquellas fuentes a las que se accede sin ningún tipo de restricción (por ej., Boletín Oficial); 2º) el “semipúblico y no pago”, que comprende el acceso a bases de información que exigen al usuario registrarse para tener acceso a los datos allí alojados (por ej., LinkedIn); 3º) el “semipúblico y pago”, en el que el usuario debe, además de registrarse, abonar un canon para acceder a la información ofrecida como, por ej., Nosis (ARGIBAY MOLINA; CANDIOTTO, 2020, p. 33).

La importancia de discutir y clarificar sobre qué, por qué y para qué se va a hacer “inteligencia”, en el caso particular se potencia porque al ser la conceptualización de la inteligencia de fuentes abiertas (Open Source Intelligence u “OSINT”) imprecisa y no atrapar su concepto en toda su extensión, se dificulta la posibilidad de analizar las tensiones que podría generar la utilización de estas herramientas por parte de agentes estatales (ARGIBAY MOLINA; CANDIOTTO, 2020, p. 34). En el caso concreto, el Ministerio de Seguridad deja todo en sus propias manos ya que, conforme el art. 6.º de la resolución en comentario, es el que establecerá los lineamientos y prioridades estratégicas para las tareas preventivas. Identifica algún indicador objetivo de propia elaboración para fijarlos, como serían las estadísticas de los reportes enviados a la “Dirección de Cibercriminología y Asuntos Cibernéticos” (que es de la que dependerá la UIAAS), y agrega un genérico “otras fuentes”, sin mayor precisión. Es decir, podría ser cualquiera que se le ocurriera al responsable de turno.

Para comprender la trascendencia del punto es importante no perder de vista que, sin importar el color político dominante del momento, la OSINT ha llegado para quedarse y, como enfatiza Agustina Miquelarena, ofrece una renovada caja de herramientas para la investigación digital. La nombrada, ofrece un pormenorizado detalle de los distintos instrumentos y servicios web, estructurando la “caja de herramientas” que la abastece en nueve compartimentos: a) motores de búsqueda; b) redes sociales; c) correos electrónicos; d) nombres de usuario; e) números de teléfono; f) documentos; g) imágenes; h) nombres de dominio; h) direcciones IP. La sola mención de títulos expresa con elocuencia que el nutriente de la OSINT es la confluencia de múltiples fuentes que quedará en manos, a disposición de los organismos de seguridad, en el descripto marco de imprecisiones y falta de controles²¹.

²¹ Puede verse la profusa descripción del contenido de los compartimentos en el trabajo de Miquelarena (2023, p. 158-179).

No es todo, ya que dicho art. 6.º también señala se considerarán para dar lineamientos o fijar prioridades las denuncias ciudadanas recibidas a la “Línea 134” que versaren sobre los delitos mencionados en la propia resolución que, ya se vio, son todos los previstos en nuestro digesto punitivo. Un dato relevante para valorar esta inclusión es que tal línea es la habilitada para recibir denuncias anónimas y que el gobierno, ante distintas movilizaciones y paros nacionales de protesta, la ha potenciado como medio canalizador de noticias de amenazas para participar en estos²².

Otro motivo de preocupación es que la Res. 428/2024 carece de una previsión análoga al art. 9.º del Protocolo vigente durante la pandemia por el COVID-19, por el que expresamente se prohibió la intervención de áreas de inteligencia criminal y del personal de inteligencia²³. No solo no la tiene sino que el art. 11 parece dejar una puerta abierta para que esto suceda en cuanto prevé que la Dirección de Cibercriminología y Asuntos Cibernéticos (o el área que en el futuro la reemplace), conformará equipos interdisciplinarios de trabajo para actualizar la normativa o complementarla, los que podrán incluir a otras agencias del Estado, asociaciones civiles sin fines de lucro, personas de relevancia en el campo de las ciencias informáticas o empresas comerciales²⁴.

²² Entre múltiples fuentes, puede consultarse la nota periodística titulada DE CARA (2024).

²³ En los Considerandos de la Res. N° 144/2020 se aclaraba que una regulación del uso de las mismas fuentes para tareas de inteligencia excede las competencias normativas del Ministerio de Seguridad, invocándose los arts. 7 y 13 de la L. 25520 y el art. 4º, Anexo I, del Dto. N° 950/02.

²⁴ Entiendo que no puede compararse esto con lo que significaba en términos de transparencia en la Res. 1440/2020 la conformación de una Mesa Consultiva en el ámbito de la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de la Seguridad para hacer la evaluación de la observancia del Protocolo General y las reglamentaciones específicas adoptadas por las fuerzas policiales y de seguridad para darle cumplimiento (art. 3º, Res. citada). En particular porque se preveía que dicha Mesa Consultiva se integrara con representantes de diversas áreas del PE, de ambas Cámaras del Congreso Nacional, de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, Poderes Judiciales y Defensorías del Pueblo, dejándose abierta la posibilidad no sólo de consultar a organismos de Derechos Humanos, de Prevención de la Tortura y otros actores de la sociedad civil, sino de invitarlos a participar en las reuniones periódicas (art. 4º, Res.).

Como no estamos frente a una novedad real –se ha visto existieron previas regulaciones del ciberpatrullaje–, hay una suerte de “historia” de críticas y validaciones. En tren crítico se ha señalado que, aparte de invadir la privacidad, estas técnicas producen un efecto inhibitorio en el discurso afectando la libertad de expresión de los usuarios y usuarias. La observación apunta a que las personas que creen que el gobierno está monitoreando sus mensajes son más propensas a autocensurarse. Así, se elude o evita escribir o discutir sobre ciertos temas, como los políticos y sociales que podrían contribuir positivamente al discurso público. De este modo, también se amenaza el uso de las redes sociales como espacio donde puedan explorarse nuevas identidades, posiciones y argumentos (así, en la nota en PISANÚ, 2020). Desde la Fundación “Vía Libre”, que fue convocada por la entonces autoridad ministerial durante el proceso de elaboración del Protocolo regente en la mencionada pandemia, se expidieron en sentido crítico señalando que “Apreciamos que le han hecho mejoras al primer borrador, que era impresentable. Celebramos la derogación del protocolo de Bullrich también. Pero la práctica está fuera del marco legal y una resolución de este tipo no puede ir por encima de la ley”. En particular, entendieron que se sigue disfrazando lo que son tareas de inteligencia bajo un cambio de nombre: “Llaman tareas preventivas a lo que antes denominaban ciberpatrullaje. Esto sigue siendo inteligencia y como tal debe regularse por la ley de inteligencia, que prohíbe expresamente esa práctica.”²⁵.

Del otro lado, se ha expuesto que es mejor que la actividad se transparente y se fijen protocolos que la delimiten con precisión²⁶,

²⁵ Cf. las opiniones vertidas por una de las integrantes de “Vía Libre”, Beatriz Busaniche, según se refleja en la nota publicada en su sitio web el 3 de junio de 2020, titulada “*Constitucionalidad e inteligencia, las observaciones al protocolo para ciberpatrullaje*”, disponible en <<https://www.vialibre.org.ar/2020/06/03/constitucionalidad-e-inteligencia-las-observaciones-al-protocolo-para-ciberpatrullaje/>>.

²⁶ En esta línea, los nombrados Argibay Molina y Candiotto (2020, p. 61) entendieron que la publicación del protocolo regente durante la pandemia fue “un avance pues da forma jurídica a una práctica que, hasta el momento, se llevaba a cabo en la penumbra”.

ya que no es más que una derivación lógica del impacto de las tecnologías. Así, dice Zaragoza Tejada que

[...] de la misma manera en que hace poco más de 20 años las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se veían obligados a patrullar las calles realizando labores de prevención e investigación de los hechos delictivos, la nueva realidad social obliga a que dichas funciones sean desempeñadas, también, en el mundo virtual (ZARAGOZA TEJADA, 2020, p. 210).

Recuerda el nombrado que los rastreos en redes abiertas para la prevención y persecución de la explotación sexual de menores como de los delitos de ciberterrorismo, ha sido validado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo español (por ejemplo, STS 173/2018) (ZARAGOZA TEJADA, 2020, p. 211).

3 LA NUEVA UIAAS Y SUS FUNCIONES

Pasando al tratamiento de la Res. 710/2024, en su artículo 3.º se indica la misión de la UIAAS es “la prevención, detección, investigación y persecución del delito y sus conexiones mediante la utilización de la inteligencia artificial”. A su vez, el artículo 4.º fija cuáles son las funciones que se le asignan en orden al cumplimiento de tal misión. Iremos repasándolas y comentándolas en forma individual. Pero, aclaración previa, basta una mirada superficial sobre la conformación y las funciones asignadas para el cumplimiento de la misión para plantearse la primera objeción general que emerge ineludible y es la pregunta sobre quién será el que controle al controlador y cómo se evitarán los posibles desvíos de la información sensible que se recopilará. Al fin y al cabo, la UIAAS funcionará en la “Dirección de Cibercriminología y Asuntos Cibernéticos”, dependiente de la Unidad de Gabinete de Asesores del propio Ministerio (art. 1.º), y estará encabezada por el titular de aquella Dirección e integrada por las áreas de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales

competentes en la materia, cuyos representantes serán designados por la autoridad máxima de cada una de esas fuerzas (art. 2).

Teniendo entonces esta objeción genérica presente en todas y cada una de las funciones, veámoslas en particular.

3.1

Art. 4.º [...].

a. Patrullar las redes sociales abiertas, aplicaciones y sitios de Internet, así como la llamada “Internet profunda” o “Dark-Web”, en orden a la investigación de delitos e identificación de sus autores, así como la detección de situaciones de riesgo grave para la seguridad, en el marco de la Constitución Nacional y legislación vigente [...].

Es decir que se asigna también a la Unidad la función de ciberpatrullaje con extrema amplitud e imprecisión: investigar delitos e identificar sus autores, pero también una misión “preventiva” como sería la detección de situaciones de riesgo grave para la seguridad. La Constitución, no podría declamarse de otro modo, sería el límite.

Pero lo que se está autorizando a la nueva estructura es a hacer de modo permanente tareas de inteligencia indiscriminadas (¿qué conductas constituyen un riesgo grave para la seguridad?), sin hipótesis delictiva concreta ni control judicial (ni de ninguna otra naturaleza). Es decir que este primer y genérico inciso permite advertir que el Ministerio habilita dentro de su estructura un organismo con desbordante poder intrusivo respecto de lo acontece en la sociedad. Esto en un momento en que gran parte de la vida comunitaria transita justamente por las redes sociales u otras instancias tecnológicas (como podría ser el metaverso).

3.2

Art. 4.º [...].

b. Identificar y comparar imágenes en soporte físico o virtual.

Se trata de tareas para las que las nuevas tecnologías ofrecen claras ventajas y que pueden contribuir a una labor investigativa de mayor eficacia, una ayuda para esclarecer hechos. Lo que debe precisarse es cuáles son las fuentes de las bases usadas para cotejo y el origen de las imágenes que deben identificarse y compararse. Sobre esto se dirá algo más al analizar los siguientes incisos del artículo en consideración.

3.3

Art. 4.º [...].

c. Analizar imágenes de cámaras de seguridad en tiempo real a fin de detectar actividades sospechosas o identificar personas buscadas utilizando reconocimiento facial.

No puede soslayarse que se insiste en la habilitación de una actividad que tiene ya una larga historia de discusión tanto en el ámbito local (ejemplo más elocuente, la judicialización de la Resolución 398 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA, que rige desde abril de 2019), como internacional²⁷ (donde también la actividad está siendo sometida a escrutinio judicial). En este último, ha incluido en numerosos lugares su directa prohibición (por dar un solo ejemplo correspondiente a uno de los países que se invocan con regulaciones inspiradoras de la resolución en comentario, en la ciudad de San Francisco²⁸, USA, desde 2019)²⁹.

²⁷ Sobre el estado de la discusión sobre el uso de herramientas de reconocimiento facial en nuestro país me he extendido en RIQUEERT (2024, p. 170-192).

²⁸ Fuente: entre múltiples publicaciones periodísticas, puede consultarse la nota titulada “San Francisco, primera ciudad en prohibir la tecnología de reconocimiento facial en EE UU”, pub. en el diario español “El País”, edición digital del 15-5-2019, disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2019/05/15/actualidad/1557904606_766075.html>.

²⁹ En términos de los fallos y sesgos en los algoritmos de reconocimiento facial, es insoslayable sugerir el documental Prejuicio cifrado (Coded Bias), dirigido por Shalini Kantayya (EE. UU.). Fue estrenado en el Festival de Sundance de 2020 y está disponible en Netflix. Allí puede verse explicar a Joy Buslamwini cómo detectó patrones de disfuncionalidades por género y raza en diversos algoritmos.

En síntesis, en la base de la discusión, lo que singularmente alienta el uso de estos sistemas es que no existe normativa que los regule o bien existe alguna que no solo es parcial (así, la genérica omisión del control y supervisión de los controladores), sino que se ha dispuesto sin un debate previo acorde a la jerarquía de los derechos que se pueden poner en juego con la expansión de la tecnología de reconocimiento facial, que son, al menos, la libertad personal así como de expresión y de asociación (basta pensar en su posible uso para la represión del opositor político), la intimidad, la privacidad y la autodeterminación informativa. Es claro, se trata de otro escenario en el que se expresa la tradicional tensión entre eficacia y garantías. Sin ingresar en los que todavía son problemas de errores de identificación que derivan en la privación de la libertad ambulatoria³⁰ y que, con seguridad, en poco tiempo se irán solucionando por el avance tecnológico, es cierto que se trata de una herramienta que puede mejorar la eficacia en la persecución delictiva, la cuestión es cómo esa eficacia se logra sin sacrificar en ese altar los derechos fundamentales.

En términos de prohibiciones, merece singular destaque la reciente LIA europea, en su art. 5, parág. 1, inc. e), justamente incluye:

La informática y activista canadiense es fundadora de la Algorithmic Justice League.

³⁰ Baste recordar como ejemplo de error en el mencionado sistema implementado en la CABA, a pocos días de su entrada en funcionamiento, el caso “Ibarrola”, que tuvo gran repercusión mediática. Producto de una incorrecta identificación una persona fue detenida seis días tras haber sido acusado de haber cometido un robo agravado en 2016 en Bahía Blanca. El error se debió a una carga equivocada en el sistema que provocó la consecuencia indicada: un ciudadano fue detenido por varios días cuando no pesaba sobre él ningún pedido de restricción, exclusivamente a partir de su reconocimiento facial. Entre otras publicaciones periodísticas puede consultarse la titulada “Un hombre estuvo seis días preso por un error policial”, pub. en “Infobae”, edición digital del 2-8-2019, disponible en <<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/08/02/un-hombre-estuvo-seis-dias-presos-por-un-error-del-sistema-de-reconocimiento-facial/>>.

[...] la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión”; mientras que el inc. f) incluye la veda de “la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad.

No puede soslayarse, todo lo vinculado a la biometría está severamente restringido en la LIA, que la habilita en muy acotados casos vinculados al “ámbito de aplicación de la ley”. Así puede verse que, en el mismo artículo y parágrafo, el inc “g” dice que está prohibida:

[...] la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; esta prohibición no abarca el etiquetado o filtrado de conjuntos de datos biométricos adquiridos legalmente, como imágenes, basado en datos biométricos ni la categorización de datos biométricos en el ámbito de la aplicación de la ley [...].

El siguiente inciso, “h”, prevé que:

[...] el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:

i) la búsqueda selectiva de víctimas concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos, así como la búsqueda de personas desaparecidas;

ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista;

iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.

El párrafo primero, letra h), se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 en lo que respecta al tratamiento de datos biométricos con fines distintos de la aplicación de la ley.

Por cierto, no es todo. El parág. 2 del mismo art. 5 prosigue regulando el posible uso de sistemas de identificación biométrica señalando que:

2. El uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra h), debe llevarse a cabo únicamente para los fines establecidos en el apartado 1, letra h), para confirmar la identidad de la persona que constituya el objetivo específico y tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

a) la naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema;

b) las consecuencias que tendría el uso del sistema en los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias.

Además, el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra h), del presente artículo deberá satisfacer garantías y condiciones necesarias y proporcionadas en relación con el uso de conformidad

con la legislación nacional que autorice dicho uso, en particular en lo que respecta a las limitaciones temporales, geográficas y relativas a las personas. El uso del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público solo se autorizará si la autoridad encargada de la aplicación de la ley ha completado una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales según lo dispuesto en el artículo 27 y ha registrado el sistema en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49. No obstante, en casos de urgencia debidamente justificados, se podrá empezar a utilizar tales sistemas sin el registro en la base de datos de la UE, siempre que dicho registro se lleve a cabo sin demora indebida.

El siguiente párrafo, el tercero, sigue adicionando condiciones de operatividad a una identificación biométrica a los fines de lo señalado en el primero, letra “h”, y en el anterior. En este caso sujetándola a la existencia de autorización judicial o de una autoridad administrativa independiente, a la vez que fijando las reglas de cooperación en los siguientes términos:

3. A los efectos del apartado 1, letra h), y el apartado 2, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley estará supeditado a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante del Estado miembro en el que vaya a utilizarse dicho sistema, que se otorgará previa solicitud motivada y de conformidad con las normas detalladas del Derecho nacional mencionadas en el apartado 5. No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida, a más tardar en un plazo de 24 horas. Si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente.

La autoridad judicial competente o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante únicamente concederá la autorización cuando tenga constancia, atendiendo a las pruebas

objetivas o a los indicios claros que se le presenten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” es necesario y proporcionado para alcanzar alguno de los objetivos que figuran en el apartado 1, letra h), el cual se indicará en la solicitud, y, en particular, se limita a lo estrictamente necesario en lo que se refiere al período de tiempo, así como al ámbito geográfico y personal. Al pronunciarse al respecto, esa autoridad tendrá en cuenta los aspectos mencionados en el apartado 2. No podrá adoptarse ninguna decisión que produzca efectos jurídicos adversos para una persona exclusivamente sobre la base de la información de salida del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real”.

La extensa transcripción, a la vez que permite conocer la norma completa, sirve para marcar con elocuencia el contraste no sólo de contenido sino también de profundidad para analizar la situación que se regula ante la lacónica previsión local que se comenta.

3.4

Art. 4.º [...].

d. Utilizar algoritmos de aprendizaje automático a fin de analizar datos históricos de crímenes y de ese modo predecir futuros delitos y ayudar a prevenirlos.

Se trata de otra actividad que tiene un largo historial de cuestionamientos en el ámbito internacional, tanto sea en su versión de vigilancia predictiva (sobre el particular me extendí en RIQUERT, 2024, p. 158-169), como en la de apoyo de decisiones judiciales con valoración de riesgos (sobre el particular me extendí en RIQUERT, 2024, p. 192-210).

3.4.a

En el primer aspecto, tecnología mediante, como enfatiza Miró Llinares, ha cambiado la cultura de la performance policial, y se invierte cada vez más dinero para tener recursos que permitan

almacenar y procesar la creciente información. Menciona como ejemplo paradigmático al *predictive policing* o “PredPol”³¹, un conjunto de inteligencia artificial policial (IAP) basado en la aplicación de técnicas cuantitativas para identificar objetivos de interés policial con el propósito de reducir el riesgo delictivo mediante la prevención de futuros delitos o la resolución de otros pasados (MIRÓ LLINARES, 2018, p. 99-100)³².

Si bien no analiza individuos sino datos relativos al tiempo y lugar donde acontecen los delitos, se basa en tres máximas: victimización repetida (si hubo un robo exitoso en un lugar, se repetirá), victimización casi repetida (riesgo para el vecino del que fue robado por compartir las mismas características) y agrupamiento geográfico (los delincuentes operan dentro de una zona en la que tienden a agruparse). Entonces, se disponen mayores cantidades de policías en barrios a los que llegan algorítmicamente persuadidos de que detectarán delitos y estarán predispuestos a hacerlo, lo que provocará que incluso lo hagan respecto de hechos menores que, en otro contexto, no hubieran advertido. Hay, dice Danesi, una suerte de profecía autocumplida: el registro de las infracciones –aun leves– reafirma las predicciones, y se genera el famoso “bucle de retroalimentación pernicioso” del que habla Cathy O’Neil (DANESI, 2022, p. 240-241).

³¹ Se trata de un software producido por la empresa de vigilancia predictiva “Geolítica” (hasta 2021, PredPol Inc.). El algoritmo inició como un proyecto entre la Policía de la ciudad de Los Ángeles (LAPD) y la Universidad de California en la misma ciudad (UCLA).

³² Puede ampliarse sobre PredPol (y similares) en la obra de Cathy O’Neil, donde refiere, a modo de ejemplo, su impacto a partir de 2013 en la pequeña localidad de Reading, Pensilvania, Estados Unidos, y, del otro lado del Atlántico, en la británica Kent, al explicar en los casos concretos cómo plasma el que llama “bucle de retroalimentación pernicioso” que magnifica la criminalización de los sectores de mayor pobreza. Es claro, la delincuencia de cuello blanco de Wall Street no se puede combatir mejorando el patrón de patrullaje de una cuadrícula para tornarlo más eficiente, lo que solo tiene sentido si lo que se persiguen son infracciones al orden público (O’NEIL, 2018, cap. 5 “Víctimas civiles. La justicia en la era del *big data*”).

Se trata, en definitiva, de una herramienta que vendría sencillamente a profundizar la selectividad tradicional sobre la criminalidad patrimonial torpe a partir del sesgo producto de la orientación que habitualmente tienen las bases que proveen la información a procesar mediante el algoritmo. En esta línea, bien alerta Javier A. De Luca en cuanto que los sistemas de IA no son completamente confiables ni tampoco neutros, derivándose errores tanto de la mala calidad de los datos utilizados como de una defectuosa programación del algoritmo, que será influenciado por las debilidades humanas brindando resultados xenófobos, racistas o misóginos. Tendremos respuestas que vendrán teñidas por el discurso hegemónico del lugar único que se asume como “correcto”, con el consecuente peligro para la diversidad (DE LUCA, 2024, p. 32).

Leonardo P. Palacios llama la atención sobre algo de sumo interés en torno al problema de los “sesgos”. Recuerda que ya la “Declaración de Toronto sobre la protección de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático” (THE TORONTO, 2018), redactada por numerosas ONG en 2018, advirtió sobre su impacto en sistemas de vigilancia policial, sistemas de bienestar social, provisión de asistencia médica, plataformas en línea. Además, el documento concientiza sobre la promoción del derecho positivo al disfrute de los avances en ciencia y tecnología, y la responsabilidad de los Estados y de las empresas en torno al desarrollo de la IA (PALACIOS, 2020, p. 119).

Se advierte entonces, nada realmente nuevo en definitiva en la problemática de la actividad que la resolución propicia. Si se avanzara con esto, otra de las cosas que no sabemos es si se hará con desarrollo propio de tecnología o se adquirirá un paquete a un proveedor externo nacional o internacional.

3.4.b

En el segundo aspecto, simplificando, se trata de herramientas con base en el historial de comportamiento del procesado o condenado

y en datos estadísticos, que informan un pronóstico para la toma de decisiones tan importantes como la concreción del régimen penitenciario, la concesión de la libertad condicional, la reubicación del reo en uno u otro régimen penitenciario, entre otras. Uno de los softwares predictivos más conocidos –y también más cuestionados, con resultados judiciales diversos– es Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), desarrollado por “Equivant” (antes llamada Northpointe), que es usado en varios sistemas judiciales de diferentes estados en USA³³.

Desde una mirada favorable, se indica que el uso de las evaluaciones de riesgo basadas en datos en las sentencias penales tendría como ventaja que permiten que los tribunales reduzcan las penas de prisión o no se apliquen en el caso de condenados con muy baja probabilidad de reincidir. Desde el lado crítico, la sombra que se proyecta desde el inicio es si, bajo la etiqueta de la “valoración de riesgos”, esto no es más que la versión tecnológica de los pronósticos de “peligrosidad”, que ya no se formulan sobre mera base clínica (de escaso soporte empírico y poca validez predictiva) sino actuarial (no es una predicción individual sino por valores de conjuntos de sujetos con factores análogos). Esto ofrecería menores tasas de error o, en otras palabras, un método de predicción de mayor fiabilidad, pero no exento de “falsos positivos” (es decir, pronósticos de delincuencia no concretados) y “falsos negativos” (al revés, predicción de no delinquir incumplida) (SÁNCHEZ VILANOVA, 2021, p. 2).

En tren de explicitar los problemas consecuentes a su uso, el primero más evidente es la posible afectación al derecho de defensa en juicio. Como explica Jonathan A. Polansky, estos programas contienen algoritmos (códigos fuente) que son los que les indican qué tareas deben llevar a cabo y de qué forma hacerlo. Las empresas desarrolladoras obtienen beneficios económicos por la comercialización de sus productos, lo que les genera la necesidad de cuidar que los códigos fuente se mantengan en secreto para no

³³ Una reciente mirada crítica sobre COMPAS nos ofrece Nora A. Cherñavsky (2024, p. 33-55).

perder su ventaja o lucro ante otras compañías o los mismos Estados (clientes), que podrían copiarlos. Así, nos dice, los códigos fuente son similares a la fórmula de la Coca-Cola, y las empresas reclaman sobre ellos que se respete el “secreto empresarial” que, en Estados Unidos, se considera la información privada de empresas que, de publicitarse, podría afectar gravemente el desarrollo de sus negocios. Para no dar a conocer los algoritmos que desarrollan, muchas compañías deciden no registrarlos ni patentarlos. Resalta Polansky que el “secreto empresarial” en dicho país ostenta una protección similar a la de los derechos de autor, pero con una diferencia relevante: mientras que, para patentar un algoritmo, se requeriría darlo a conocer, el “secreto empresarial” permite proteger los códigos fuente sin exponerlos al público. Para justificarlo, muchas compañías afirman que, de no protegerse tales secretos, se acabaría la innovación en herramientas para la Justicia, en tanto el sector privado ya no tendría incentivos para el desarrollo de nuevos productos (POLANSKY, 2020, p. 101-102).

Se entiende claramente el punto de vista comercial pero la cuestión es que el mencionado secreto sobre cómo funciona el algoritmo cobra singular interés cuando este último se usa en un proceso penal, donde está fuera de toda duda que, en nuestro orden jurídico y muchos otros análogos, el derecho de defensa (art. 18, CN) implica que el sujeto pasivo, vale decir, el imputado, tiene la facultad de controlar la prueba que se use en su contra. Esto puede ser de suma pertinencia en ocasiones como la denegación de un derecho o beneficio, la mensuración de la pena, o el acceso a un instituto más benigno con base en el pronóstico de la herramienta de evaluación de riesgos. En esas oportunidades, la defensa va a querer saber cómo funciona el sistema en virtud del que se privó al imputado o condenado de algo.

No menos evidente, otra vez está presente aquí el tema de los sesgos que quedarán ocultos dentro de la “caja negra” algorítmica protegida por el secreto empresarial. No es necesario repetir lo

expuesto sobre el particular, pero sí vale la pena insistir en que es otra de las cosas de las que la resolución se olvida.

3.5

Art. 4.º [...].

e. Identificar patrones inusuales en las redes informáticas y detectar amenazas cibernéticas antes de que se produzcan ataques. Esto incluye la identificación de malware, phishing y otras formas de ciberataque.

Más allá de las menciones específicas a determinadas modalidades de ciberataques, valen las observaciones ya formuladas con relación al primer inciso.

3.6

Art. 4.º [...].

f. Procesar grandes volúmenes de datos de diversas fuentes para extraer información útil y crear perfiles de sospechosos o identificar vínculos entre diferentes casos.

Es evidente que lo habilitado por este inciso es una masiva tarea de perfilamiento (“profiling”) que se hará sobre toda la población distinguiendo “sospechosos” de “no sospechosos” a partir del procesamiento de “grandes volúmenes de datos de diversas fuentes” (¿cuáles? ¿cómo se los obtuvo? ¿por qué esos y no otros?), lo que es claramente inadmisibile. Más aún si no se olvida de que la pretendida objetividad o neutralidad algorítmica no existe y que el perfilamiento se hará sobre las bases ideológicas que, en muchos casos, quedarán ocultas en la “caja negra”. Esto significa, ni más ni menos, que podríamos pasar a ser “sospechosos” y profundizarse medidas de seguimiento intrusivo a nuestro respecto en base a una

categorización concretada mediante parámetros imposibles de revisar ni cuestionar ni siquiera en forma tardía, que quedan ocultos dentro de las pautas de entrenamiento y autoaprendizaje del algoritmo.

En síntesis, el sistema brindará un dato irrefutable: “X” es sospechoso. Ese dato no controlable permitirá que se amplifique el control sobre un ciudadano por las fuerzas de seguridad. De eso se trata.

Frente a este orden de iniciativas no debiera perderse de vista que en el novedoso mundo virtual ya se habla de un derecho fundamental de nueva generación como es el “*derecho al entorno virtual*”, que viene a acompañar a los tradicionales de la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos personales, haciendo foco en que, por ej., si atendemos a la totalidad de la información que puede obtenerse del análisis de un dispositivo informático entendido como unidad de estudio conjunto, estamos frente a una altísima intromisión en el derecho de la vida privada del interesado (ZARAGOZA TEJADA, 2020, p. 217-218). Puede entenderse que si lo proyectamos a grandes volúmenes de información de diversas fuentes –tal lo que indica la norma comentada–, la situación es más grave. Zaragoza Tejada señala que el derecho al entorno virtual ha sido reconocido en distintas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional españoles³⁴ y también del Tribunal Constitucional alemán³⁵ y de la Corte Suprema de USA³⁶.

³⁴ Zaragoza Tejada (2020, p. 217, nota al pie N.º 8) menciona a las STSS 823/2015, 342/2013 y 287/2017.

³⁵ Individualiza una sentencia del 27 de febrero de 2008 en la que se afirmó el nacimiento de un nuevo derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los grupos informáticos con el fin de proteger la vida privada y personal de los sujetos de los derechos fundamentales contra el acceso por parte del Estado en el ámbito de las tecnologías de la información, en la medida en que lo haga en su conjunto y no sólo a los acontecimientos de comunicaciones individuales o datos almacenados (ZARAGOZA TEJADA, 2020, p. 219).

³⁶ Menciona el caso “Riley vs. California”, de junio de 2014 (ZARAGOZA TEJADA, 2020, p. 219).

He indicado antes la contradicción de la nueva regulación nacional con la línea que se ha concretado en la Unión Europea con la reciente LIA. En efecto, en contraste con el propiciado perfilamiento masivo clasificatorio binario (sospechosos y no sospechosos), el art. 5, parág. 1, inc. c) del Reglamento europeo prohíbe:

La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA con el fin de evaluar o clasificar a personas físicas o a grupos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos enteros de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos de personas que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este.

A su vez, el inc. d) prohíbe:

[...] la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de un sistema de IA para realizar evaluaciones de riesgos de personas físicas con el fin de evaluar o predecir la probabilidad de que una persona física cometa una infracción penal basándose únicamente en la elaboración del perfil de una persona física o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad; esta prohibición no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para apoyar la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que ya se base en hechos objetivos y verificables directamente relacionados con una actividad delictiva.

3.7

Art. 4.º [...].

g. Patrullar mediante drones áreas extensas, proporcionar vigilancia aérea y responder a emergencias.

La lacónica referencia a “drones” no deja en claro de qué tipo de ellos se trataría porque podrían serlo, por ejemplo, totalmente autónomos o equipados con sensores térmicos o cámaras y micrófonos de gran alcance³⁷, lo que modifica sustancialmente su poder intrusivo en ámbitos de intimidad³⁸. La referencia a áreas extensas es imprecisa en cuanto pareciera aludir a zonas despobladas pero nada descarta la posible interpretación contraria, es decir, que se patrullen vastas zonas pobladas.

Tampoco se especifica si se podría hacer una vigilancia aérea intensiva e indiscriminada (por decirlo de algún modo, emular desde el aire en modo permanente el entramado de cámaras callejero) o el uso de drones estaría limitado a hipótesis delictivas concretas (que la noticia de un hecho presuntamente delictivo habilite se haga un seguimiento concreto desde el aire, por ejemplo, a un vehículo en fuga).

Pero, por encima de estas puntualizaciones que, si se quiere, serían de detalle, lo que aparece como problema más grave es que la resolución que se comenta habilita para la tarea judicial preventiva o investigativa un medio de prueba que no tiene recepción concreta en las normas procesales penales vigentes y este carácter de medio probatorio no regulado puede abrir paso a cuestionamientos sobre los resultados obtenidos mediante su uso por constituir una injerencia arbitraria de la privacidad, con amparo constitucional en el art. 19 de nuestra Carta Magna, con posibles nulidades como consecuencia (de tal opinión, ABOSO, 2023, p. 238).

3.8

Art. 4.º [...].

h. Realización de tareas peligrosas, como la desactivación de explosivos, mediante robots.

³⁷ Sobre las implicancias penales del uso de vehículos aéreos no tripulados (VANT) o drones, me he extendido en RIQUERT (2024, p. 319-346).

³⁸ Como recuerda Gustavo E. Aboso (2023, p. 239), el empleo de drones para obtener imágenes del interior de una vivienda debe ser catalogado como un allanamiento conforme art. 18 de la CN y, por lo tanto, necesitado de orden judicial.

Esta sería una de las actividades que ex ante no ofrecerían reparos. Usar robots para evitar riesgos humanos en actividades peligrosas como la concretamente ejemplificada es de evidente utilidad y beneficio³⁹.

3.9

Art. 4.º [...].

i. Mejorar la comunicación y coordinación entre diferentes Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y asegurar así que la información crítica se comparta de manera rápida y eficiente.

Se trata de otro propósito que no ofrece reparos ex ante: es lógico que se busque mejorar la comunicación y la coordinación de fuerzas policiales y de seguridad para mejorar su capacidad de investigación y de prevención delictivas. Por supuesto que siempre queda como motivo de preocupación las condiciones de seguridad de la transferencia de información que se califica como “crítica”.

Por la expresa remisión que existe hacia lo establecido en la Resolución 428/2024, puede anotarse como disposiciones de interés en lo vinculado con la seguridad de la información recabada a los arts. 8.º (establece se deben adoptar medidas conducentes a garantizar las condiciones de registro, resguardo, trazabilidad, auditoría, comunicación a autoridad judicial, evitación de filtraciones e incluso destrucción de información no judicializada; lógicamente, habrá que ver cuáles son y cómo se reglamentan tales medidas) y 9.º (fija la obligación de elaborar informes mensuales sobre las denuncias realizadas con base a la actividad habilitada por el protocolo).

3.10

Art. 4.º [...].

³⁹ Una explicación más amplia de las cuestiones de interés vinculadas a la robótica he realizado en RIQUEERT (2024, p. 92-105).

- j. Analizar actividades en redes sociales para detectar amenazas potenciales, identificar movimientos de grupos delictivos o prevenir disturbios.

Podría decirse que aquí hay más de lo mismo. Sin embargo, la inclusión de “prever disturbios” parece dirigida a controlar las expresiones de protesta social que, por cierto, no son en sí mismas delito sino válido ejercicio de un derecho. Es claro que un disturbio importa una turbación o alteración de la paz o de la concordia. Sin embargo, en la vida democrática, no puede equipararse sin más a una conducta delictiva. La protesta puede ser molesta, sobre todo para el detentador del poder, pero no necesariamente tiene que ser delictiva. Es una manifestación más de la libertad de expresión que puede estar canalizando reclamos por la afectación o la falta de concreción de diversos derechos sociales, como podría ser trabajo, educación, vivienda, salarios dignos, etc.

3.11

Art. 4.º [...].

- k. Detectar transacciones financieras sospechosas o comportamientos anómalos que podrían indicar actividades ilegales.

Se trata de una función claramente intrusiva en la actividad económica y financiera que, en principio, cabe preguntarse cómo se compatibilizaría con la vigencia del llamado “secreto bancario” y qué clase de actos son referidos como “comportamientos anómalos” indicativos de posibles ilegalidades.

Hay diversos sistemas preventivos y alertas en delitos como el lavado de activos de origen delictivo, pero esta resolución intentaría generar una intervención del Ministerio de Seguridad por afuera de aquellos⁴⁰. La Ley 25246, del año 2000, y sus modificatorias, creo

⁴⁰ Un análisis del art. 303 del CP he realizado en RIQUEERT, 2022, p. 2.367-2.378.

la Unidad de Información Financiera (UIF) y estableció quienes son los sujetos obligados (art. 20), a producir la reportes de operaciones sospechosas (ROS), bajo parámetros precisos. Evidentemente, nada de esto o previsiones similares se han tenido en cuenta para un enunciado de propósito genérico que no podría pasar de expresión de deseo cuya operatividad concreta carece de marco legal que le brinde adecuado soporte.

4 BALANCE PROVISORIO

Retomando lo señalado en la introducción, con llamativo escaso estrépito en una opinión pública preocupada en otras cosas, nos encontramos con una nueva regulación para el desarrollo de tareas de prevención o inteligencia por las fuerzas de seguridad con uso de fuentes digitales abiertas –lo que habitualmente se sintetiza hablando de “ciberpatrullaje”– (Res. 428/2024) y la creación de una *“Unidad de Inteligencia Artificial aplicada a la seguridad”* (Res. 710/2024). Esto se produjo sin que medie discusión ni debate público que preceda las decisiones que, además, se han mantenido dentro de que llamaríamos “soft-law”, es decir, en un segundo nivel normativo y no en leyes, que sería lo esperable –al menos, en sus líneas maestras– cuando se trata de medidas que afectan la calidad de ciudadanía.

En ambos casos, el Ministerio de Seguridad avanza bajo invocación de necesidad en materia de seguridad y lograr una mayor eficacia tanto en la prevención como en la investigación y persecución del delito. De allí que, en varios casos, los propósitos que predica se busca alcanzar no luzcan en sí mismos inadecuados.

Sin embargo, en lo que precede se puesto en evidencia que en su generalidad lo que ha primado es la enunciación de que se habilitan numerosas actividades con claro potencial de afectación de derechos fundamentales, carentes de ser acompañadas de alguna precisión así como de limitaciones en función de principios de

razonabilidad y proporcionalidad (claro ejemplo, se permite el ciberpatrullaje respecto de cualquier delito).

No se especifica tecnología, proveedores, formas de acceso y resguardo, trazabilidad, transparencia y varios etcéteras, todo lo que es imprescindible conocer porque lejos de la equivocada idea de una tecnología aséptica a aplicar, los algoritmos poseen sesgos ideológicos desde su diseño que condicionan los resultados que ofrecen. No hay, además, controles externos a la propia autoridad ministerial. Median huecos que habilitan tanto la persecución de la protesta social como el acceso a información vedada por organismos de inteligencia. En muchos supuestos se abre camino a la realización de usos de la tecnología que en países a los que cita como ejemplos para lo regulado, directamente han sido prohibidos (masivos perfilamientos para categorizar a la población entre sospechosos y no sospechosos) o fuertemente limitados (todo lo relativo al reconocimiento facial). Se brindaron varios ejemplos con la reciente regulación europea sobre IA, pionera a nivel mundial.

En síntesis, no se reproducirán todas y cada una de las críticas, sino que como balance provisorio se señala que estamos frente a resoluciones que generan inquietud y preocupación porque pueden importar una grave degradación de la calidad ciudadana en un estado democrático de derecho ya que, en muchos casos en forma explícita y en otros potencial, se habilitan actividades que colisionan o afectan intensamente derechos fundamentales como la libertad personal y de expresión, la intimidad y la privacidad, la dignidad humana, la defensa en juicio, entre otros, desequilibrando a la vez el juego de contrapesos y recíprocos controles institucionales que prevé la Constitución Nacional.

5 ANEXO DOCUMENTAL

A continuación se transcribe el texto de ambas resoluciones ministeriales en orden cronológico:

5.1 RESOLUCIÓN 428/2024 DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD RESOL-2024-428-APN-MSG

Ciudad de Buenos Aires, 27-5-2024

Visto el expediente EX-2024-46438216- -APN-DNCYAC#MSG, la Ley de Ministerios N.º 22.520 (t.o. Decreto N.º 438 del 12 de marzo de 1992) y sus modificatorias, la Ley de Seguridad Interior N.º 24.059, la Decisión Administrativa N.º 340 del 16 de mayo de 2024 y la Resolución del Ministerio de Seguridad N.º 75 del 10 de febrero de 2022, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley N.º 22.520 de Ministerios (T.O Decreto N.º 438/92) y sus modificatorias asignan al MINISTERIO DE SEGURIDAD la facultad de entender en la determinación de la política criminal y en la elaboración de planes y programas para su aplicación, así como para la prevención del delito, incluyendo la investigación sobre el crimen organizado y los ilícitos complejos.

Que la Ley N.º 24.059 establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales del sistema de planificación, coordinación, control y apoyo del esfuerzo nacional de policía tendiente a garantizar la seguridad interior.

Que el artículo 2.º de la Ley N.º 24.059 define a la seguridad interior como “la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional”; y el artículo 8.º asigna el ejercicio de la conducción política del esfuerzo nacional de policía al MINISTERIO DE SEGURIDAD.

Que los ciberdelitos son una manifestación delictiva en constante expansión que afecta cada día a más personas físicas y jurídicas, economías, sistemas, servicios, infraestructuras críticas y, en

consecuencia, es necesario generar mecanismos coordinados y proactivos para la investigación por parte de las fuerzas policiales y de seguridad federales.

Que la UNODOC - Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito- establece que la ciberdelincuencia es un acto que infringe la ley y que se comete usando las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para atacar las redes, sistemas, datos, sitios web y la tecnología o para facilitar un delito.

Que la ciberdelincuencia se distingue de los delitos comunes en que no posee limitantes físicas ni geográficas y puede cometerse de manera ágil y, en general, con menores riesgos para quien delinque.

Que la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) considera que el ciberdelito es todo delito que solo se puede cometer usando computadoras, redes computarizadas, video juegos y todo tipo de tecnología que permita un manejo de situaciones a distancia.

Que el uso de esas herramientas incluye la posibilidad de comisión de delitos comunes facilitados por Internet y las tecnologías digitales.

Que la Ley N.º 26.388, de delitos informáticos, ha incorporado al sistema penal argentino las siguientes modalidades delictivas: a) Daño informático; b) Fraude informático; d) Difusión de imágenes de abuso sexual infantil; e) “Violación de Secretos y de la Privacidad”; f) Delitos contra la seguridad pública e interrupción de las comunicaciones; g) Falsificación de documentos electrónicos.

Que la Ley N.º 27.411 aprobó el CONVENIO SOBRE CIBERCRIMINALIDAD del CONSEJO DE EUROPA adoptado en la Ciudad de BUDAPEST, HUNGRÍA, el 23 de noviembre de 2001, el cual tiene por objeto la prevención de los actos atentatorios de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y de los datos.

Que el citado convenio busca garantizar un adecuado respeto de los derechos fundamentales del hombre, como los garantizados en

el PACTO INTERNACIONAL RELATIVO A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS NACIONES UNIDAS (1966), así como en otros convenios internacionales aplicables en la materia que garantizan el derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, obtener y comunicar informaciones e ideas de toda naturaleza, sin consideración de fronteras, así como el derecho al respeto de la vida privada.

Que, a nivel internacional, se observa que la ciberdelincuencia y los delitos tecnológicos cobran mayor relevancia y, en consecuencia, organismos internacionales, regionales y los países adoptan medidas para prevenirlo e investigarlo.

Que INTERPOL ha expresado que en el ciberespacio las amenazas y los ataques pueden provenir de cualquier lugar y producirse en cualquier momento, lo que implica un gran desafío para el poder de policía.

Que, asimismo, en abril de 2021, los Estados Miembros de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) concluyeron en que los Estados deberían reforzar las actividades de investigación y aplicación de las leyes relacionadas con los actos de asociación, complicidad y preparación para cometer delitos cibernéticos, con vistas a confrontar eficazmente a la cadena de la ciberdelincuencia y que, además, deberían mejorar la capacidad de las autoridades judiciales y de las fuerzas del orden para investigar y perseguir los delitos cibernéticos.

Que la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N.º 977/19, aprobó el Plan Federal de Prevención de Delitos Tecnológicos y Ciberdelitos, el cual fuera actualizado por Resolución MS N.º 75/22.

Que dicho plan establece los lineamientos generales de las políticas públicas relacionadas con las responsabilidades referentes al ciberespacio y su impacto en la seguridad nacional

Que se necesitan adoptar acciones sostenibles y estratégicas que permitan afrontar de la forma más práctica los flagelos relacionadas

con los delitos informáticos de manera integral.

Que, en virtud de lo expuesto, se aplicarán las pautas generales cuyo objetivo es dotar de herramientas jurídicas las técnicas investigativas en materia de ciberdelitos o delitos con presencia de la tecnología o utilización de tecnologías.

Que, en otro orden, el artículo 183 del CÓDIGO PROCESAL PENAL DE NACIÓN dispone que “las Fuerzas de Seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación”.

Que el artículo 235 del nuevo CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL establece en su parte pertinente que la investigación de un hecho que revistiera carácter de delito se podrá iniciar a consecuencia de la prevención de alguna de las Fuerzas de Seguridad.

Que, a su vez, el artículo 243 del mismo código establece que los funcionarios y agentes de la policía u otra fuerza de seguridad que tomaren conocimiento de un delito de acción pública deben informarlo al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL inmediatamente después de su primera intervención y continuar, en su caso, la investigación, bajo control y dirección de este órgano.

Que, mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE SEGURIDAD N.º RESOL-2018-31-APN-SECSEG#MSG del 26 de julio de 2018, se instruyó a las áreas de investigación de ciberdelitos de las fuerzas policiales y de seguridad que se encuentran bajo la órbita del MINISTERIO DE SEGURIDAD “...a tomar intervención, específicamente, en todo lo inherente a los siguientes tópicos: Venta o permuta ilegal de armas por Internet. Venta o permuta de artículos cuyo origen, presumiblemente, provenga de la comisión de un acto o de un hecho ilícito. Hechos que presuntamente se encuentren vinculados con la aplicación de la Ley N.º 23.737.

Difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual o laboral, tanto de mayores como de menores de edad, y que prima facie parecieran estar vinculados con la trata y tráfico de personas. Hostigamiento sexual a menores de edad a través de aplicaciones o servicios de la web. Venta o permuta de objetos que, presumiblemente, hayan sido obtenidos en infracción a las disposiciones aduaneras. Hechos que presuntamente transgredan lo normado en los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley N.º 26.388, lavado de activos, o cualquier delito

Que, los actos investigativos deberán limitarse a sitios de acceso público, especialmente en redes sociales de cualquier índole, fuentes, bases de datos públicas y abiertas, páginas de Internet, Dark-Web y espacios de relevancia de acceso público, bajo los parámetros de la ley 25.326.

Que la Resolución de la SECRETARÍA DE SEGURIDAD N.º 2018-31-APN-SECSEG#MSG fue derogada y reemplazada por la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N.º 144/2020 que aprobó el “PROTOCOLO GENERAL PARA LA PREVENCIÓN POLICIAL DEL DELITO CON USO DE FUENTES DIGITALES ABIERTAS”.

Que por medio de la Resolución MS N.º 720/22 se derogó la Resolución MS N.º 144/20, que adolecía de serios defectos de hermenéutica, con lo cual la materia quedó sin regulación.

Que resulta necesario brindar a las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales que dependen de este Ministerio herramientas técnico legales adecuadas que simplifiquen sus tareas cotidianas de investigación.

Que el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la jurisdicción ha tomado la intervención que le corresponde.

Que la suscripta es competente para el dictado de la presente medida en virtud del artículo 22 bis de la Ley de Ministerios (t.o. 1992) y sus modificaciones.

Por ello,

LA MINISTRA DE SEGURIDAD

RESUELVE:

ARTÍCULO 1.º - Las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales deberán adecuar su conducta a las siguientes pautas, principios, criterios, recomendaciones y directivas para las labores preventivas de los delitos que se desarrollan en ambientes cibernéticos. Dichas tareas preventivas se llevarán a cabo únicamente mediante el uso de sitios web de acceso público y fuentes digitales abiertas entendiéndose estas como los medios y plataformas de información y comunicación digital de carácter público, no sensible y sin clasificación de seguridad, cuyo acceso no implica una transgresión al derecho a la intimidad de las personas, conforme lo normado en la Ley de Protección de Datos Personales N.º 25.326 y sus normas reglamentarias.

ARTÍCULO 2.º - Las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales desarrollarán labores preventivas en el espacio cibernético en relación con los siguientes temas:

- a. Infracciones y conductas contempladas en la Ley N.º 23.737.
- b. Amenazas y otras formas de intimidación o coacción.
- c. Infracciones a la Ley N.º 20.429.
- d. Hechos contemplados en la Ley N.º 26.388.
- e. Venta o permuta de artículos cuyo origen, presumiblemente, provenga de la comisión de un acto o de un hecho ilícito, de violaciones a la Ley N.º 22.362 u obtenidos en infracción a las disposiciones aduaneras.
- f. Falsificación y comercialización de instrumentos públicos en sitios web y otros espacios virtuales.
- g. Infracciones a la Ley N.º 14.346.
- h. Conductas que puedan comportar situaciones de acoso o violencia por motivos de género.

- i. Amenaza o extorsión de dar publicidad a imágenes o datos no destinados a la publicación o sin consentimiento de quienes figuran en tales imágenes.
- j. Delitos relacionados con el acoso sexual y la producción, financiación, ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución de imágenes de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes.
- k. Trata de personas y Tráfico de Personas.
- l. Lavado de dinero.
- m. Terrorismo.
- n. Venta libre de elementos para los cuales se requiera autorización o dispensa legal.
- o. Cualquier otro delito del que se pueda obtener noticia a través del ciberespacio.
- p. Búsqueda de personas incluidas en el “PROGRAMA NACIONAL DE COORDINACIÓN PARA LA BÚSQUEDA DE PERSONAS ORDENADA POR LA JUSTICIA” o el que en el futuro lo reemplace.
- q. Búsqueda de personas desaparecidas y extraviadas en el marco del Sistema Federal de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Extraviadas.

ARTÍCULO 3.º - La labor preventiva se deberá adecuar con estricto acatamiento a los siguientes lineamientos:

- a. Las actividades preventivas deberán ajustarse a las facultades dispuestas por la Constitución Nacional, Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Leyes Nacionales y sus reglamentaciones, Leyes y Decretos orgánicos de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y sus normas reglamentarias y complementarias.
- b. Utilización de fuentes digitales abiertas.
- c. La judicialización de las conductas prevenidas requerirá de un

análisis en función de las características comunicacionales propias del medio en que se realizan y del presunto infractor.

d. Se excluirán de la lista para su presunta judicialización aquellas conductas susceptibles de ser consideradas regulares, usuales o inherentes al uso de Internet y que no evidencien la intención de transgredir alguna norma.

e. La utilización de un “agente revelador” deberá contar con autorización judicial y ajustarse a las pautas de la ley 27.319, sus ampliaciones y modificaciones.

f. Las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales no podrán acumular información recabada con motivo de las investigaciones previas realizadas y, una vez concluida la actividad preventiva o decidida la no judicialización, deberá destruirse el material y datos obtenidos.

g. El personal policial interviniente deberá ajustarse a lo normado en la Ley de Protección de Datos Personales N.º 25.326. Queda expresamente prohibido el tratamiento sin autorización judicial de datos sensibles –en los términos del artículo 2.º de la ley precitada– y de las publicaciones efectuadas por niñas, niños y adolescentes. Cuando surja la certeza o presunción de que la tarea de prevención policial del delito en el espacio cibernético se esté desarrollando ante un menor de edad, se suspenderá y dejará constancia de ello en el libro de registro con aviso a la autoridad responsable de la tarea, excepto cuando en el mismo momento se advirtiere que existe riesgo de vida para el menor.

h. El ciber-patrullaje no podrá interferir con la libertad de expresión constitucionalmente garantizada.

i. El personal de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales estará capacitado en procedimientos, herramientas y metodologías adecuados a los principios establecidos en el presente.

j. El MINISTERIO DE SEGURIDAD publicará la presente normativa en sus redes sociales. Asimismo, se dará a conocer regularmente toda

información relacionada con la cantidad de casos y personas objeto de la prevención.

ARTÍCULO 4.º - En las tareas de prevención policial del delito con uso de fuentes digitales abiertas se encuentra prohibido:

- a. Obtener información, producir inteligencia o almacenar datos sobre personas o usuarios por el sólo hecho de su raza, fe religiosa, acciones privadas u opinión política.
- b. Emplear métodos ilegales, prohibidos, invasivos y violatorios de la dignidad de las personas para la obtención de información.
- c. Comunicar o publicitar información que viole los principios descriptos en el artículo anterior, como así también incorporar datos o información falsos.

ARTÍCULO 5.º - El uso de softwares o cualquier dispositivo o herramienta tecnológica de tratamiento de la información automatizada basada en inteligencia artificial, aprendizaje automático, sistema experto, redes neuronales, aprendizaje profundo o cualquier otra que en el futuro se desarrolle se ajustará a las estrictas necesidades de la actividad regulada en este protocolo. Su uso deberá ser supervisado por el MINISTERIO DE SEGURIDAD.

ARTÍCULO 6.º - El MINISTERIO DE SEGURIDAD establecerá los lineamientos y prioridades estratégicas para las tareas preventivas. Para ello servirán como indicador, entre otras fuentes, las estadísticas de los reportes enviados a la Dirección de Cibercrimen y Asuntos Cibernéticos, o el área que en el futuro la reemplace, y las denuncias ciudadanas recibidas a la Línea 134 que versaren sobre los delitos mencionados en el presente.

ARTÍCULO 7.º - La presente norma será de aplicación obligatoria para las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales.

ARTÍCULO 8.º - Las labores preventivas se desarrollarán en el marco de las directivas u órdenes de servicio emitidas por los responsables de las respectivas Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, las

que deberán adoptar las medidas conducentes a garantizar:

- a. El registro y resguardo de las directivas de puesto u órdenes de servicio elaboradas para el ejercicio de esta función.
- b. El asiento y seguridad de los informes producidos por el área.
- c. La trazabilidad y auditoría de las labores realizadas.
- d. La comunicación de las actuaciones de prevención realizadas a las autoridades jurisdiccionales competentes.
- e. La destrucción de la información obtenida y recabada cuando esta no fuera judicializada.
- f. La adopción de medidas de resguardo de la información obtenida y su protección frente a posibles filtraciones.

ARTÍCULO 9.º - Mensualmente, las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales deberán remitir un informe de gestión a la Dirección de Ciberdelito y Asuntos Cibernéticos, o el área que en el futuro la reemplace, sobre las denuncias que hayan realizado en el transcurso del mes anterior. Dicho informe deberá contener individualizadas las causas que hayan sido iniciadas en virtud del presente protocolo.

ARTÍCULO 10.- Instrúyase a los Titulares de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA, la GENDARMERÍA NACIONAL, la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA y el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL a adecuar sus procedimientos a las directrices impartidas en la presente normativa.

ARTÍCULO 11.- La Dirección de Ciberdelito y Asuntos Cibernéticos, o el área que en el futuro la reemplace, conformará equipos interdisciplinarios de trabajo, los cuales podrán incluir a otras agencias del Estado, asociaciones civiles sin fines de lucro, personas de relevancia en el campo de las ciencias informáticas o empresas comerciales, a los efectos de actualizar la normativa o complementarla.

ARTÍCULO 12.- La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

ARTÍCULO 13.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Patricia Bullrich

e. 28-5-2024 N.º 33171/24 v. 28-5-2024

Fecha de publicación 28-5-2024

5.2 RESOLUCIÓN 710/2024 DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD RESOL-2024-710-APN-MSG

Ciudad de Buenos Aires, 26-7-2024

VISTO el Expediente N.º EX-2024-72915289- -APN-UGA#MSG, la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N.º 438 del 12 de marzo de 1992) y sus modificatorias, el Decreto N.º 50 del 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios, la Decisión Administrativa N.º 340 del 16 de mayo de 2024, la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N.º 428 del 27 de mayo de 2024, y CONSIDERANDO:

Que la Ley de Ministerios (t.o. 1992) establece la competencia del MINISTERIO DE SEGURIDAD en todo lo concerniente a la seguridad interior, a la preservación de la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías en un marco de plena vigencia de las instituciones del sistema democrático.

Que el avance de la tecnología, en particular de la Inteligencia Artificial, representa uno de los cambios socio-tecnológicos más relevantes para la población en general.

Que países como Estados Unidos de América, China, Reino Unido, Israel, Francia, Singapur, India, entre otros, son pioneros en la utilización de la Inteligencia Artificial en sus áreas de gobierno y

Fuerzas de Seguridad.

Que los mencionados países utilizan la Inteligencia Artificial en Análisis de Video y Reconocimiento Facial, Predicción de Crímenes, Ciberseguridad, Análisis de Datos, Drones y Robótica, Comunicación y Coordinación, Asistentes Virtuales y Automatización, Análisis de Redes Sociales y Detección de Fraude y Anomalías.

Que su utilización puede mejorar significativamente la eficacia y eficiencia de las distintas áreas del MINISTERIO DE SEGURIDAD y las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, ayudándoles a responder más rápido y con mayor precisión a las amenazas y situaciones de emergencia.

Que estos países están a la vanguardia en la integración de tecnologías de inteligencia artificial para fortalecer la seguridad y protección de sus ciudadanos, mejorando su eficiencia y efectividad. Que por ello resulta indispensable aplicar la Inteligencia Artificial en la prevención, detección, investigación y persecución del delito y sus conexiones.

Que conforme a la Decisión Administrativa N.º 340/24, le corresponde a la Dirección de Ciberdelito y Asuntos Cibernéticos: 4. Asistir a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES en la implementación y operatividad del CENTRO DE INVESTIGACIONES DEL CIBERDELITO DE ALTA TECNOLOGÍA (CICAT) creado por la Resolución MSGN.º 139/22.

Que mediante la Resolución del MINISTERIO DE SEGURIDAD N.º 428/24 se aprobaron las pautas, principios, criterios, recomendaciones y directivas para las labores preventivas de los delitos que se desarrollan en ambientes cibernéticos.

Que la conformación de Unidades de Trabajo está basada en criterios de racionalidad y eficiencia, dando lugar a estructuras dinámicas y adaptables a los cambios.

Que conforme lo expuesto deviene oportuna y necesaria la creación de una UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA

A LA SEGURIDAD (UIAAS) en la órbita de la Dirección de Cibercrimen y Asuntos Cibernéticos dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES de este Ministerio.

Que la presente medida no implica erogación presupuestaria alguna.

Que el servicio de asesoramiento jurídico de este Ministerio ha tomado la intervención de su competencia.

Que la suscripta es competente para el dictado de la presente medida en virtud de las facultades conferidas en el artículo 4.º, inciso b), apartados 6 y 9, y 22 bis de la Ley de Ministerios (T.O. 1992).

Por ello,

LA MINISTRA DE SEGURIDAD

RESUELVE

ARTÍCULO 1.º - Créase la UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD (UIAAS), que funcionará en la Dirección de Cibercrimen y Asuntos Cibernéticos dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES.

ARTÍCULO 2.º - La UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD (UIAAS) estará encabezada por el Director de Cibercrimen y Asuntos Cibernéticos e integrada por las áreas de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales competentes en la materia, cuyos representantes serán designados por la autoridad máxima de cada una de esas fuerzas.

ARTÍCULO 3.º - La UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD (UIAAS) tiene como misión la prevención, detección, investigación y persecución del delito y sus conexiones mediante la utilización de la inteligencia artificial.

ARTÍCULO 4.º - Son funciones de la UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD (UIAAS), en orden a la misión señalada en el artículo anterior:

a. Patrullar las redes sociales abiertas, aplicaciones y sitios de

Internet, así como la llamada “Internet profunda” o “Dark-Web”, en orden a la investigación de delitos e identificación de sus autores, así como la detección de situaciones de riesgo grave para la seguridad, en el marco de la Constitución Nacional y legislación vigente.

- b. Identificar y comparar imágenes en soporte físico o virtual.
- c. Analizar imágenes de cámaras de seguridad en tiempo real a fin de detectar actividades sospechosas o identificar personas buscadas utilizando reconocimiento fácil.
- d. Utilizar algoritmos de aprendizaje automático a fin de analizar datos históricos de crímenes y de ese modo predecir futuros delitos y ayudar a prevenirlos.
- e. Identificar patrones inusuales en las redes informáticas y detectar amenazas cibernéticas antes de que se produzcan ataques. Esto incluye la identificación de malware, phishing y otras formas de ciberataque.
- f. Procesar grandes volúmenes de datos de diversas fuentes para extraer información útil y crear perfiles de sospechosos o identificar vínculos entre diferentes casos.
- g. Patrullar mediante drones áreas extensas, proporcionar vigilancia aérea y responder a emergencias.
- h. Realización de tareas peligrosas, como la desactivación de explosivos, mediante robots.
- i. Mejorar la comunicación y coordinación entre diferentes Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y asegurar así que la información crítica se comparta de manera rápida y eficiente.
- j. Analizar actividades en redes sociales para detectar amenazas potenciales, identificar movimientos de grupos delictivos o prevenir disturbios.
- k. Detectar transacciones financieras sospechosas o comportamientos anómalos que podrían indicar actividades ilegales.

ARTÍCULO 5.º - La UNIDAD DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA SEGURIDAD (UIAAS) adecuará sus misiones y funciones a las pautas, principios, criterios, recomendaciones y directivas para las labores preventivas de los delitos que se desarrollan en ambientes cibernéticos aprobadas por RESOL-2024-428-APN-MSG.

ARTÍCULO 6.º - Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Patricia Bullrich

e. 29-7-2024 N.º 48636/24 v. 29-7-2024

Fecha de publicación 29-7-2024

5.3 PRÁCTICAS DE IA PROHIBIDAS SEGÚN LA LIA EUROPEA

“...Artículo 5. Prácticas de IA prohibidas

1. Quedan prohibidas las siguientes prácticas de IA:

a) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas.

b) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el

comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra.

c) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA con el fin de evaluar o clasificar a personas físicas o a grupos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes:

i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos enteros de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente;

ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o grupos de personas que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este;

d) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de un sistema de IA para realizar evaluaciones de riesgos de personas físicas con el fin de evaluar o predecir la probabilidad de que una persona física cometa una infracción penal basándose únicamente en la elaboración del perfil de una persona física o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad; esta prohibición no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para apoyar la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que ya se base en hechos objetivos y verificables directamente relacionados con una actividad delictiva;

e) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de

datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión;

f) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad;

g) la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; esta prohibición no abarca el etiquetado o filtrado de conjuntos de datos biométricos adquiridos legalmente, como imágenes, basado en datos biométricos ni la categorización de datos biométricos en el ámbito de la aplicación de la ley;

h) el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:

i) la búsqueda selectiva de víctimas concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos, así como la búsqueda de personas desaparecidas;

ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista;

iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una

medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.

El párrafo primero, letra h), se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 en lo que respecta al tratamiento de datos biométricos con fines distintos de la aplicación de la ley.

2. El uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra h), debe llevarse a cabo únicamente para los fines establecidos en el apartado 1, letra h), para confirmar la identidad de la persona que constituya el objetivo específico y tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

a) la naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema;

b) las consecuencias que tendría el uso del sistema en los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias.

Además, el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra h), del presente artículo deberá satisfacer garantías y condiciones necesarias y proporcionadas en relación con el uso de conformidad con la legislación nacional que autorice dicho uso, en particular en lo que respecta a las limitaciones temporales, geográficas y relativas a las personas. El uso del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público solo se autorizará si la autoridad encargada de la aplicación de la ley ha completado una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales según lo dispuesto en el artículo 27 y ha registrado el sistema en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49. No obstante,

en casos de urgencia debidamente justificados, se podrá empezar a utilizar tales sistemas sin el registro en la base de datos de la UE, siempre que dicho registro se lleve a cabo sin demora indebida.

3. A los efectos del apartado 1, letra h), y el apartado 2, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley estará supeditado a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante del Estado miembro en el que vaya a utilizarse dicho sistema, que se otorgará previa solicitud motivada y de conformidad con las normas detalladas del Derecho nacional mencionadas en el apartado 5. No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida, a más tardar en un plazo de 24 horas. Si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente.

La autoridad judicial competente o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante únicamente concederá la autorización cuando tenga constancia, atendiendo a las pruebas objetivas o a los indicios claros que se le presenten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” es necesario y proporcionado para alcanzar alguno de los objetivos que figuran en el apartado 1, letra h), el cual se indicará en la solicitud, y, en particular, se limita a lo estrictamente necesario en lo que se refiere al período de tiempo, así como al ámbito geográfico y personal. Al pronunciarse al respecto, esa autoridad tendrá en cuenta los aspectos mencionados en el apartado 2. No podrá adoptarse ninguna decisión que produzca efectos jurídicos adversos para una persona exclusivamente sobre la base de la información de salida del sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real”.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley se notificará a la autoridad de vigilancia del mercado pertinente y a la autoridad nacional de protección de datos de conformidad con las normas nacionales a que se refiere el apartado 5. La notificación contendrá, como mínimo, la información especificada en el apartado 6 y no incluirá datos operativos sensibles.

5. Los Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, letra h), y los apartados 2 y 3. Los Estados miembros de que se trate deberán establecer en sus respectivos Derechos nacionales las normas detalladas necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión y la notificación relacionadas con estas. Dichas normas especificarán también para qué objetivos de los enumerados en el apartado 1, letra h), y en su caso en relación con qué delitos de los indicados en la letra h), inciso iii), se podrá autorizar a las autoridades competentes para que utilicen esos sistemas con fines de aplicación de la ley. Los Estados miembros notificarán dichas normas a la Comisión a más tardar 30 días después de su adopción. Los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota.

6. Las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros a las que se haya notificado el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley con arreglo al apartado 4 presentarán a la Comisión informes anuales sobre dicho

uso. A tal fin, la Comisión facilitará a los Estados miembros y a las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y de protección de datos un modelo que incluya información sobre el número de decisiones adoptadas por las autoridades judiciales competentes o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante en relación con las solicitudes de autorización de conformidad con el apartado 3, así como su resultado.

7. La Comisión publicará informes anuales sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley elaborados basados en datos agregados relativos a los Estados miembros atendiendo a los informes anuales a que se refiere el apartado 6. Dichos informes anuales no incluirán datos operativos sensibles de las actividades de aplicación de la ley conexas.

REFERENCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo. **Evidencia digital en el proceso penal**. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2023.

ACOSTA, Narayan; MOLINAS, Juan. Cuando las fuerzas de seguridad se transforman en “followers”: el ciberpatrullaje (OSINT/SOCMINT). En: RIQUEERT, Marcelo Alfredo (Director); SUEIRO, Christian Carlos (Coordinador). **Sistema penal e informática**: ciberdelitos; evidencia digital; TICS. Tomo 6. Buenos Aires: Hammurabi, 2023.

ARGENTINA will use AI to “predict future crimes” but experts worry for citizens’ rights. En: The Guardian, 2-8-2024. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/world/article/2024/aug/01/argentina-ai-predicting-future-crimes-citizen-rights#:~:text=Argentina-,Argentina%20will%20use%20AI%20to%20predict%20future%20crimes'%20but,experts%20worry%20for%20citizens'%20rights&text=Argentina's%20security%20forces%20have%20announced,warned%20could%20threaten%20citizens'%20rights>>.

ARGENTINA. Patricia Bullrich: Yo tenía diferencias con la ministra Frederic, pero con el ciberpatrullaje la banco. En: Resumen Latinoamericano. 15-4-2020. Disponible en: <<https://www.resumenlatinoamericano.org/2020/04/15/argentina-patricia-bullrich-yo-tenia-diferencias-con-la-ministra-frederic-pero-con-el-ciberpatrullaje-la-banco/>>.

ARGIBAY MOLINA, Juan; CANDIOTTO, Marcos. **Ciberpatrullaje**. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

BERNUZ BENEITEZ, María José; PÉREZ CEPEDA, Ana I. (Dir.). **La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica**. Logroño: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2023. (*Colección Jurídica*, 22).

CHERÑAVSKY, Nora A. Inteligencia artificial y “big data” jurídica: decisiones automatizadas: modelos de aplicación en general y en el ámbito jurídico. En: RIQUERT, Marcelo Alfredo (Director); SUEIRO, Christian Carlos (Coordinador). **Sistema penal e informática**. Tomo 7. Buenos Aires: Hammurabi, 2024.

CHERÑAVSKY, Nora A. ¿Qué hay nuevo sobre el Ciber patrullaje en fuentes abiertas? 17-6-2020. Disponible en: <<https://ciberdelito.com/2020/06/17/que-hay-de-nuevo-sobre-el-ciber-patrullaje-en-fuentes-abiertas/>>.

CIBERPATRULLAJE: ¿qué es legal vigilar en las redes y por qué? En: Página 12. 11-7-2020. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/277830-ciberpatrullaje-que-es-legal-vigilar-en-las-redes-y-por-que>>.

DANESI, Cecilia C. **El imperio de los algoritmos: IA inclusiva, ética y al servicio de la humanidad**. Buenos Aires: Galerna, 2022.

DE CARA al paro nacional, el Gobierno volvió a habilitar la línea 134 para denunciar amenazas. En: *Ámbito*. 16-1-2024. Disponible en: <<https://www.ambito.com/politica/de-cara-al-paro-nacional-el-gobierno-volvio-habilitar-la-linea-134-denunciar-amenazas-n5923004>>.

DE LUCA, Javier A. La democracia y el derecho penal ante las nuevas tecnologías. En: RIQUEERT, Marcelo Alfredo (Director); SUEIRO, Christian Carlos (Coordinador). **Sistema penal e informática**. Tomo 7. Buenos Aires: Hammurabi, 2024.

DUPUY, Daniela S.; NEME, Catalina F. ABC de la investigación de cara al juicio oral. En: DUPUY, Daniela S.; NEME, Catalina F. (Coord.). **Acosos en la red a niños, niñas y adolescentes: explotación sexual infantil y “grooming”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. (Colección *Cibercrimen*, 1).

ENTRÓ en vigor en Europa la primera regulación de las inteligencias artificiales. En: Página 12. 2-8-2024. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/757127-entro-en-vigor-en-europa-la-primer-regulacion-de-las-inteli>>.

HALLARON la resolución que usó Bullrich para hacer inteligencia en las redes sociales. En: Plan B Noticias. 10-7-2020. Disponible en: <<https://www.planbnoticias.com.ar/index.php/2020/07/10/hallaron-la-resolucion-que-uso-bullrich-para-hacer-inteligencia-en-las-redes-sociales/>>.

HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coordinador). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 21-118.

LECLERCQ, Giselle. La Unidad de Inteligencia Artificial aplicada a Seguridad de Patricia Bullrich: cuáles son las dudas y las advertencias de los especialistas. En: Perfil. 30-7-2024. Disponible en: <<https://www.perfil.com/noticias/politica/la-unidad-de-inteligencia-artificial-aplicada-a-seguridad-de-patricia-bullrich-cuales-son-las-dudas-y-las-advertencias-de-los-especialistas.phtml>>.

LÓPEZ, Roberto. Decretos, resoluciones y degradaciones. En: Página 12. 1-8-2024. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/757061-decretos-resoluciones-y-degradaciones>>.

MIQUELARENA, Agostina. La inteligencia de fuentes abiertas: una renovada caja de herramientas para la investigación digital. En: SALT, Marcos; POLANSKY, Jonathan A. (Dir.). **La investigación penal en el entorno digital**. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2023.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos. En: **IDP. Revista de Internet, Derecho y Política**, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, n.º 32, febrero de 2021.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Ed. UNED, 3.ª época, n.º 20, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Armas de destrucción matemática: cómo el "Big Data" aumenta la desigualdad y amenaza la democracia**. Trad. de Violeta Arraz de la Torre. Madrid: Capitán Swing, 2018.

PALACIOS, Leonardo Pablo. Derechos humanos e inteligencia artificial. En: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (Dir.). **Inteligencia artificial y derecho**. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

PATRICIA Bullrich: "Lo que ha dicho Sabina Frederic es ilegal y es espionaje". En: La Nación, Buenos Aires, 8-4-2020. Disponible en: <<https://www.lanacion.com.ar/politica/patricia-bullrich-lo-ha-dicho-sabina-frederic-nid2352374/>>.

PISANÚ, Gaspar. Ciberpatrullaje en Argentina: los riesgos del monitoreo de redes sociales para los derechos humanos. En: Accesnow. 12 de mayo de 2020. Disponible en: <<https://www.accessnow.org/ciberpatrullaje-en-argentina-los-riesgos-del-monitoreo-de-redes-sociales-para-los-derechos-humanos/>>.

POLANSKY, Jonathan A. **Garantías constitucionales del procedimiento penal en entorno digital**. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia? En: HURTADO POZO, José (Dir.). Derecho Penal de la Universidad de Friburgo, febrero de 2012. Disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120208_01.pdf>.

RIQUERT, Marcelo Alfredo (Dir). **Código penal de la nación:** comentado y anotado. Tomo III (artículos 186 a 316). 2. ed. Buenos Aires: Erreius, 2022.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia? En: **Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNMDP**, año 6, n. 6, p. 67-99, 2011.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. **Inteligencia artificial y derecho penal.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2024. (prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni).

RIQUERT, Marcelo Alfredo. ¿Qué delitos se pueden cometer si no se cumplen las normas de aislamiento social preventivo obligatorio? En: Erreius on line. 26 de marzo de 2020. Ed. Erreius. Disponible en: <<http://ius.errepar.com/sitios/ver/html/20200325145812189.html>>.

SÁNCHEZ VILANOVA, María. La presunción de inocencia ante las herramientas estructuradas de valoración del riesgo. En: **La Ley**, Madrid, Ed. La Ley, n.º 2, abril de 2021.

SUEIRO, Christian Carlos. La inteligencia artificial aplicada a la vigilancia electrónica de personas en la pandemia COVID-19. En: **Derecho penal y pandemia: XX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal: homenaje al Prof. Julio B. Maier.** Buenos Aires: Ediar, 2021.

THE TORONTO Declaration: Protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems. 16 May 2018. Disponible en: <<https://www.accessnow.org/press-release/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning-systems/>>.

ZARAGOZA TEJADA, Javier I. Ciberpatrullaje e investigación tecnológica en la red. En: DUPUY, Daniela S.; CORVALAN, Juan G. (Dir.); KIEFER, Mariana (Coord.). Cibercrimen III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el derecho penal y procesal penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2020.

Recebido em: 6-8-2024

Aprovado em: 28-8-2024

INTERPRETACIÓN EXPANSIVA EN EL DERECHO AMBIENTAL¹

*Mario Peña Chacón*²

El ordenamiento jurídico es una unidad o sistema estructural y dinámico en el que coexisten y se articulan las distintas fuentes formales y materiales del Derecho (ZELEDÓN ZELEDÓN, 2012)³.

En su conjunto, las fuentes formales y materiales conforman el orden público, constituido por normas escritas tales como: Constitución Política, Tratados Internacionales y normas de la Comunidad Centroamericana, leyes y actos con valor de ley,

¹ **Como citar este artículo científico.** PEÑA CHACÓN, Mario. Interpretación expansiva en el derecho ambiental. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 315-324, maio-ago. 2024.

² Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, consultor, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

³ “Las fuentes del Derecho se desdoblán en dos tipos: las formales y las materiales. Las primeras se encuentran constituidas por el conjunto normativo del sistema; mientras que las materiales se dividen en: fuentes materiales de los hechos, subdivididas en los hechos puros y propios, donde se encuentran: a) la realidad ambiental en su más compleja relación con los fenómenos económicos, sociales, culturales, los hechos técnicos, y los hechos políticos, y b) fuentes materiales de los valores, constituidas por los valores de la materia, su filosofía, su axiología, ocupando un papel muy importante los derechos humanos de donde se nutre el ambiental”.

decretos, reglamentos y normas subordinadas a los reglamentos; y por normas no escritas: costumbre, usos, jurisprudencia y principios generales del derecho (Ley 6227, del 2 de mayo de 1978, artículos 6 y 7; Ley 63, del 28 de setiembre de 188, art. 1.º).

Las fuentes materiales y las formales no escritas poseen una función informadora en la medida en que inspiran al legislador, sirviendo como base al ordenamiento jurídico; a la vez cumplen una función normativa, porque actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley; y además, poseen una función interpretativa y delimitadora como criterio orientador del juez o del intérprete a la hora de aplicar la norma a un caso concreto.

Tanto el Código Civil (Ley 63, del 28 de setiembre de 1887) como la Ley General de Administración Pública (Ley 6227, del 2 de mayo de 1978) le otorgan a las fuentes formales no escritas del ordenamiento jurídico funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas.

En el derecho privado, el uso y la costumbre rigen en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo. Por su parte, los principios generales del derecho se aplican en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico (artículos 3 y 4 del Código Civil –Ley 63, del 28 de setiembre de 1887–).

La Ley General de la Administración Pública (Ley 6227, del 2 de mayo de 1978) dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan, y ostentan rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo, además, expresamente señala la prevalencia de las normas no escritas por sobre las escritas de rango inferior⁴.

⁴ Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública (Ley 6227, del 2 de mayo de 1978). // “No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan,

Sobre la interpretación de las normas jurídicas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2003-3481 de las 14:03 horas del 02 de mayo de 2003, expresó:

La interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances, es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil, en su numeral 10, dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas. Al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental –método teleológico–. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concorderla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica –método institucional– y, en general, el ordenamiento jurídico –método sistemático–, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socioeconómica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo–. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata, el intérprete no puede utilizar uno solo de los métodos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.

Ahora bien, la interpretación expansiva en el derecho ambiental adquiere especial relevancia al tratarse de un derecho

con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía”. Resolución 2011-6221 de las 10:53 horas del 13-5-2011 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

humano que busca tutelar bienes jurídicos vitales y superiores: vida, salud y equilibrio de los ecosistemas; cuyos destinatarios de protección lo son tanto las generaciones actuales y futuras y las demás especies y ecosistemas, así como al estatus de bienes comunes o colectivos que ostenta el ambiente, sus elementos y componentes⁵; todo lo cual faculta ampliar los criterios clásicos de la hermenéutica jurídica (GONZÁLES BALLAR, 2013), con el fin que las normas ambientales sean interpretadas de la manera más favorable y mejor puedan cumplir los fines sociales y ambientales a los que se destinan *–ratio essendi–*⁶, en aplicación del principio *in dubio pro natura*⁷.

El carácter finalista, evolutivo y progresivo del derecho ambiental obligan al operador jurídico a buscar aquella interpretación que permita aplicar las normas para: *proteger más y contaminar menos y aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*, en cumplimiento del criterio del interés público ambiental⁸.

El principio ambiental *in dubio pro natura* fue incluido en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental (UICN, 2016), que al efecto dispone:

⁵ Se recomienda al lector el artículo de este mismo autor (PEÑA CHACÓN, 2023).

⁶ En ese sentido, los incisos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227, del 2 de mayo de 1978) disponen que la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular y que deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

⁷ Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, sentencias: REsp 1198727 / MG, Recurso Especial 2010/0111349-9 del 14 de agosto de 2012 y REsp n. 1.367.923-RJ (2011/0086453-6) del 12 de setiembre de 2013.

⁸ Artículo 11.3 de la Ley de Biodiversidad (Ley 7788, del 18 de mayo de 1998): El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

Principio 5. In dubio pro-natura. En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

Mientras que su derivación en materia hídrica, el principio *in dubio pro aqua*, fue desarrollado en la Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica suscrita durante el 8.º Foro Mundial del Agua en 2018 (CONFERENCIA, 2018), el cual reza:

Principio 6. In dubio pro aqua. En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados.

El principio *in dubio pro natura*, ha encontrado respaldo y desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que en el reciente voto número 7548-2023 de las 12:40 horas del 29 de marzo de 2023, expuso:

En tal sentido, recordemos que el principio *in dubio pro ambiente*, implica que, en caso de incerteza, las controversias ambientales deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los ecosistemas.

De esta forma, a la hora de interpretar normas ambientales, todo operador jurídico debe tener siempre presente el principio

in dubio pro natura, conforme al cual se deben evitar los riesgos, privilegiar los intereses colectivos generales sobre los particulares, favorecer la preservación del medio ambiente y, en caso de duda, debe preferirse la interpretación que en forma más amplia proteja el ambiente. No solamente en la duda proteger la naturaleza, sino que como un postulado directo y fundamental⁹.

Como puede observarse, se trata de un mandato interpretativo general de la justicia ecológica, en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente (MÉXICO, 2022) y el pleno goce y respeto de los derechos ambientales.

En ese sentido, el operador jurídico debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja (COLOMBIA, 2015), siendo entonces aplicable la regla de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental.

La aplicación del principio *in dubio pro natura* no depende de que haya peligro de daño grave o irreversible –como sucede con el principio precautorio–, sino que implica una regla general de comportamiento, para la relación del Estado –y la sociedad en general– con el medio ambiente, aplicable a todos los ámbitos de decisiones en que exista un riesgo de afectación al medio ambiente, y que obliga a evitar optar por aquellas conductas que puedan causar daño al medio ambiente, cuando existan otras opciones¹⁰.

⁹ Documento “*Principios Jurídicos Medioambientales para el desarrollo ecológicamente sostenible*”, elaborado en el año 2018 durante la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Quito Ecuador por parte de la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental en conjunto con el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos. Este documento ha sido citado en resoluciones emitidas por la Sala Tercera (voto 437-2022 del 22 de abril de 2022) y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Resolución 912-2023 del 21 de junio de 2023). (COMISIÓN, 2018).

¹⁰ Nota del magistrado Rueda Leal al voto 7548-2023 de las 12:40 horas del 29 de marzo de 2023 de la Sala Constitucional.

A la vez, los consolidados principios ambientales de prevención, precaución, contaminador-pagador, reparación integral, junto con el instituto de la función ecológica del ejercicio de los derechos, desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional costarricense, también obligan a interpretar las normas ambientales de conformidad con su finalidad esencial. Por su parte, los principios constitucionales de progresividad y no regresión implican para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica acorde con el principio de objetivación de la tutela ambiental o de tutela científica¹¹.

Cabe destacar que en los últimos años y como respuesta por parte del derecho a los desafíos propios de la era del Antropoceno y la triple crisis planetaria, a través de una interpretación expansiva, los principios ambientales han adquirido relevancia superlativa en el derecho y la jurisprudencia comparada, en la medida que cada vez es más común su utilización, ya no solo en sus funciones de interpretación, integración y delimitación de las fuentes escritas, sino también para resolver casos concretos, llegando incluso a convertirse, en algunos sistemas, en verdaderos parámetros de constitucionalidad y convencionalidad.

A este cambio en la forma de resolver los conflictos jurisdiccionales ambientales, aplicando directamente los principios rectores ambientales, la doctrina lo ha denominado *jurisprudencia de principios y valores* (ZAGREBELSKY, 2011). Para algunos sistemas jurídicos de la región latinoamericana este cambio es reciente, en otros, como en los casos de Costa Rica y Colombia, sus cortes han venido utilizando los principios ambientales desde hace varias décadas para realizar controles de constitucionalidad y resolver conflictos ambientales.

¹¹ Se recomienda al lector el artículo de este mismo autor (PEÑA CHACÓN, 2019).

Para concluir, es posible afirmar que la interpretación expansiva en el derecho ambiental –*pro natura*– se posiciona como una herramienta fundamental del Estado de Derecho que permite otorgar coherencia al disperso y fragmentado orden público ambiental y al vez, potenciar su efectividad.

REFERENCIAS

CAFFERATTA, Néstor Alfredo; PERETTI, Enrique. Las generaciones futuras: el desafío de saltar el umbral del tiempo presente. En: **Revista Derecho Ambiental**, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, número 76, octubre-diciembre 2023.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-449/15 del 16 de julio de 2015. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-449-15.htm>>. Consultado 16 de octubre de 2023.

COMISIÓN IBEROAMERICANA DE JUSTICIA MEDIOAMBIENTAL; INSTITUTO JUDICIAL GLOBAL DEL AMBIENTE; COMISIÓN MUNDIAL DE DERECHO AMBIENTAL DE LA UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA; EMBAJADORES DE BUENA VOLUNTAD DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Cumbre Judicial Iberoamericana, XIX. Principios Jurídicos Medioambientales para el desarrollo ecológicamente sostenible. Quito (Ecuador), 2018. Disponible en: <https://ambiental.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/OT_52146_Libro_Principios_Juridicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecologicamente_Sostenible.pdf>. Consultado 10 de diciembre de 2023.

CONFERENCIA DE JUECES Y FISCALES SOBRE JUSTICIA HÍDRICA. Brasilia Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica. Declaración de 10 Principios. 8.º Foro Mundial del Agua. Brasilia (Brasil), 21 de marzo, 2018. Disponible en: <https://www.iucn.org/sites/default/files/2022-11/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf>.

COSTA RICA. Ley 63, del 28 de setiembre de 1887. Código Civil.

COSTA RICA. Ley 6227, del 2 de mayo de 1978. Ley General de Administración Pública.

COSTA RICA. Ley 7788, del 18 de mayo de 1998. La Gaceta, N° 101, 27 de mayo de 1998, págs. 1-10. Ley de Biodiversidad.

GONZÁLES BALLAR, Rafael. Reflexiones para la interpretación de la no regresión. En: PEÑA CHACÓN, Mario (Coordinador). **El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano**. São José (Costa Rica): Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Resolución del 9 de febrero de 2022. Amparo en revisión 54/2021. Disponible en: <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx>>. Consultado el 11 de diciembre de 2023.

PEÑA CHACÓN, Mario. Diálogo entre sistemas ecológicos y jurídicos. En: **Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, II Ediciones (Fondo Editorial), número 34, diciembre 2019.

PEÑA CHACÓN, Mario. Estatus jurídico del ambiente en Costa Rica. En: **Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, II Ediciones (Fondo Editorial), número 43, agosto 2022.

PEÑA CHACÓN, Mario. Estatus jurídico del ambiente en Costa Rica. 27 feb. 2023. Disponible en: <<https://delfino.cr/2023/02/estatus-juridico-del-ambiente-en-costa-rica>>. Consultado: 13 de diciembre de 2023.

UICN - Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en Materia Ambiental. 2016. Disponible en: <<https://www.iucn>

org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf>. Consultado 10 de diciembre de 2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. **Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario: por un derecho ambiental y un derecho alimentario**. San José (Costa Rica): [Inédito], 2012.

Recebido em: 2-3-2024

Aprovado em: 6-8-2024

COMO SERÁ O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO IBS/CBS?: QUE TIPO DE CONTENCIOSO QUEREMOS TER, APÓS A REFORMA TRIBUTÁRIA DO CONSUMO?: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR QUE PRETENDEM REGULAMENTÁ-LO¹

WHAT WILL THE IBS/CBS ADMINISTRATIVE LITIGATION BE LIKE? WHAT KIND OF LITIGATION DO WE WANT TO HAVE AFTER THE CONSUMER TAX REFORM? AN ANALYSIS FROM THE COMPLEMENTARY BILLS THAT INTEND TO REGULATE IT

Murilo Silvio de Abreu²

¹ **Como citar este artigo científico.** ABREU, Murilo Silvio de. Como será o contencioso administrativo do IBS/CBS?: que tipo de contencioso queremos ter, após a reforma tributária do consumo?: uma análise a partir dos projetos de lei complementar que pretendem regulamentá-lo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 325-352, maio-ago. 2024.

² Doutorando em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela PUC Minas. Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Juiz de Direito do TJMG, tendo sido Juiz Auxiliar da 2.^a Vice-Presidência (2020 a 2022). Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Ex-Advogado.

RESUMO

Apesar de a Emenda Constitucional 132 pretender em muito melhorar o sistema tributário nacional, criou o problema da interpretação divergente do novo Imposto sobre o Valor Agregado (IVA). Projetos de lei complementar tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de resolvê-lo. Antes, porém, já tramitavam naquelas casas congressuais outros projetos de lei com o objetivo de aperfeiçoarem o caótico contencioso tributário brasileiro. O momento, então, é único para o aprofundamento dos debates, a fim de que se harmonize a interpretação divergente dos novos tributos sobre o consumo e se aperfeiçoe o sistema nacional de litígios fiscais a um só tempo.

Palavras-chave: Reforma tributária. Contencioso administrativo. Divergência Interpretativa. Sistema do Contencioso Tributário. Projetos de lei regulamentadoras.

ABSTRACT

Although Constitutional Amendment 132 intended to greatly improve the national tax system, it created the problem of divergent interpretation of the new Value Added Tax - VAT. Complementary bills are being processed in the National Congress with the aim of resolving it. Before, however, other bills were already being processed in those congressional houses with the aim of improving the chaotic Brazilian tax litigation. The moment is therefore unique for deepening the debates, in order to harmonize the divergent interpretation of the new taxes on consumption and improve the national system of tax disputes at the same time.

Keywords: Tax reform. Administrative litigation. Interpretive Divergence. Tax Litigation System. Regulatory bills.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A EC 132 e o novo contencioso tributário administrativo. 3. A prévia harmonização normativa proposta no PLP 68/2024. 4. O PLP 108/2024 e o novo contencioso administrativo do IBS. 5. O PLP 37/2024, de autoria da Deputada Federal Adriana Ventura e do Deputado Federal Gilson Marques, ambos do Partido Novo. 6. O PLP 50/2024, de autoria dos Deputados Federais Joaquim Passarinho e Luiz Philippe de Orleans e Bragança, ambos do Partido Liberal. 7. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa, atualmente, por um momento de transformação do seu Direito Tributário como nunca antes em sua história. Em 20-12-2023, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 132 (EC 132), que alterou profundamente o sistema tributário nacional, no tocante à tributação do consumo. Passados mais de sete meses, vive-se a fase de sua regulamentação, tramitando no Congresso Nacional projetos de lei enviados, tanto pelo governo federal quanto por iniciativa de parlamentares, com o objetivo de densificá-la. A principal mudança empreendida pela reforma foi a criação de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA) em substituição a tributos que não cumpriam mais a função de gravar o consumo de forma eficiente e justa.

A intenção originária era que o IVA fosse um único imposto, arrecadado e administrado pelo ente central (União Federal) que, após, repassaria, a cada um dos entes federados, a sua cota-parte. Ocorre que, durante a tramitação de tal proposta de emenda à Constituição (PEC), os entes subnacionais não a aceitaram, por desconfiarem da União Federal. E passaram a exigir um IVA só para eles. A solução que então se encontrou para que a PEC pudesse ser promulgada foi biparti-lo, motivo pelo qual se passou a ter o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios, e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União Federal, “irmãos gêmeos” ou mesmo “siameses”, mas cada qual com existência própria.

Tal solução, entretanto, acabou gerando problemas. Um deles – objeto do presente artigo – é saber como será o contencioso administrativo daqueles dois novos tributos. O IBS tramitará no Comitê Gestor (CG) e a CBS no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)? Mas, se são tributos “siameses”, impondo-se então sejam interpretados da mesma forma, como isto ocorrerá em órgãos diversos, integrantes de esferas federadas diferentes? Como deve ser interpretado o § 8.º do artigo 156-B da Constituição da República de 1988 (CR/88), acrescido pela EC 132, que dispõe que Lei Complementar poderá prever a integração do contencioso

administrativo relativo àqueles tributos? Esse novo contencioso administrativo pode ser simplesmente agregado ao sistema do contencioso tributário brasileiro em vigor ou precisa de reformas ou adaptações? Quão profundas precisam ser as modificações no atual sistema de litígios para que passe a funcionar de modo eficiente e com segurança jurídica? Será que a necessidade por tais reformas não podem ser uma oportunidade “de ouro” para que aquele contencioso seja reformado e finalmente passe a bem funcionar?

É sobre tais perguntas que o presente artigo pretende especular, sem a pretensão de respondê-las, a partir dos métodos bibliográfico e documental, baseados na legislação tributária brasileira em vigor, no texto da EC 132 e dos projetos de lei complementar (PLP's) que tramitam no Congresso Nacional sobre o assunto.

2 A EC 132 E O NOVO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO

Ciente de que já tinha toda uma estrutura de contencioso administrativo formada, que, inclusive, é modelo para os demais entes subnacionais, a União Federal sugeriu – e acabou prevalecendo no novo texto constitucional – que Lei Complementar disporia sobre o processo administrativo fiscal do IBS (artigo 156-A, § 5.º, inciso VII, da CR/88).

Mas e sobre a CBS, “irmã gêmea” do IBS?

A CBS foi criada como um espelho do IBS. Após definido este último, o § 16 do artigo 195 da CR/88 definiu os detalhes da CBS, a partir de menção aos do IBS, como fato gerador, base de cálculo, sujeição passiva, não-cumulatividade e hipóteses de não incidência.

Mas e quanto ao respectivo processo administrativo?

Propositamente, o § 16 não fez menção ao inciso VII do § 5.º do artigo 156-A, que impõe que Lei Complementar instituirá o processo administrativo do IBS.

Equívoco do constituinte derivado?

Decerto que não. Supõe-se que a EC 132 foi propositalmente “omissa” quanto ao ponto para que o contencioso administrativo do IBS tivesse lugar no Comitê Gestor (CG) o que não poderia ser diferente (artigo 156-B, inciso III, da CR/88) – e que o contencioso administrativo da CBS permanecesse no âmbito da União Federal, como sempre ocorreu com os tributos federais que ela substituirá, quais sejam, o PIS, a COFINS e o IPI, em parte. É dizer, nas Delegacias Regionais de Julgamento (DRJ’s) em 1.^a instância; e no CARF, em 2.^o grau.

Mas isto implicará em um primeiro (grande) problema que a EC n.^o 132 trouxe para o contencioso tributário brasileiro. É que, se o litígio administrativo do IBS ocorrerá no âmbito do CG do IBS, decidido por Conselheiros indicados pelos entes subnacionais, e o da CBS nas DRJ’s e no CARF, certeza de que haverá decisões divergentes sobre tributos que deveriam ser decididos de modo idêntico, por se tratarem de “irmãos siameses”.

Em outro artigo (ABREU, 2024), tivemos oportunidade de aprofundar sobre esse problema e de sugerir solução, a partir do próprio texto constitucional, que impõe que “Lei complementar poderá prever a integração do contencioso administrativo relativo aos tributos previstos nos arts 156-A e 195, V.” (artigo 156-B, § 8.^o, da CR/88).

Entretanto, a solução proposta pelo governo federal foi diversa, como se verá no item que segue.

3 A PRÉVIA HARMONIZAÇÃO NORMATIVA PROPOSTA NO PLP 68/2024

A proposta de regulamentação do contencioso administrativo do IBS, encaminhada pelo governo federal, consta do PLP 108/2024. Entretanto, pretende-se atuar antes de instaurado o litígio, na linha do que dispõem os §§ 6.^o e 7.^o, do artigo 156-B, da CR/88:

Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A:

[...].

§ 6.º O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, a administração tributária da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional compartilharão informações fiscais relacionadas aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, e **atuarão com vistas a harmonizar normas, interpretações, obrigações acessórias e procedimentos a eles relativos.**

§ 7.º O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços e a administração tributária da União poderão implementar soluções integradas para a administração e cobrança dos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V. (grifos nossos)

Por tal motivo, antes de enviar ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei Complementar em que propôs regulamentar o contencioso administrativo – que acabou sendo o PLP 108 – o governo federal enviou o PLP 68/2024, que “institui o Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, a Contribuição Social sobre Bens e Serviços – CBS e o Imposto Seletivo – IS e dá outras providências”.

Em seu Título VII, denominado “Da Administração do IBS e da CBS”, sugeriu dois capítulos voltados à harmonização daqueles dois tributos. O Capítulo I – “Do Regulamento do IBS e da CBS” (artigo 305 do PLP 68/2024), e o Capítulo II – “Da Harmonização do IBS e da CBS” (artigos 306 a 311 do PLP 68/2024).

Pretendeu-se evitar litígios tributários com a criação de dois órgãos colegiados, a saber, um “Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias (AT’s)” (artigo 307, inciso I do PLP 68/2024) e um “Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias” (artigo 307, inciso II do PLP 68/2024). O primeiro será composto por quatro representantes da Receita Federal do Brasil (RFB) e quatro representantes do CG do IBS, sendo dois dos Estados ou

DF e outros dois dos Municípios. O segundo, de igual modo, será formado por quatro representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e dois Procuradores de Estado ou DF, além de dois Procuradores de Município ou do DF.

Ambos serão presididos, alternadamente, por representante do ente Federal, Estadual e Distrital ou Municipal, nada se tendo dito sobre como será a decisão em caso de empate de suas decisões. Provavelmente, o regimento interno de cada órgão o fará. Mas o ideal é que já fosse definido da mesma forma para ambos, em Lei Complementar.

Um outro questionamento que pode surgir quanto ao ponto é sobre eventual quebra de paridade entre os entes federados, pois a União Federal está representada em maior quantidade que os Estados, Distrito Federal e Municípios, individualmente considerados.

O Comitê de Harmonização das AT's terá por objetivo:

1. uniformizar a regulamentação e a interpretação da legislação relativa ao IBS e à CBS em relação às matérias comuns;
2. prevenir litígios relativos às normas comuns aplicáveis ao IBS e à CBS;
3. deliberar sobre obrigações acessórias e procedimentos comuns relativos ao IBS e à CBS.

E quando houver dúvida dos representantes das AT's sobre a uniformização e interpretação da legislação do IBS e CBS, poderão consultar os Procuradores integrantes do Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias. Esta é a primeira função do segundo órgão colegiado que o PLP 68 pretende instituir. A segunda é analisar relevantes e disseminadas controvérsias jurídicas relativas ao IBS e à CBS, suscitadas pelo Presidente do CG do IBS e pela autoridade máxima do Ministério da Fazenda.

Um ponto negativo é que apenas aquelas duas autoridades terão legitimidade para suscitar questões relacionadas a relevantes

e disseminadas controvérsias jurídicas relativas àqueles dois tributos. Caso haja questão daquela espécie que não chegue ao seu conhecimento ou chegue, mas elas o repute irrelevante ou se neguem a suscitá-la perante o “Fórum das Procuradorias”, fatalmente desaguarão no contencioso tributário, administrativo ou judicial, que é exatamente o que se busca evitar com tal harmonização.

Mas um ponto positivo trazido pelo PLP em análise é a vinculação obrigatória que haverá das decisões tomadas pelo Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias e pelo Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias para toda a AT e todas as Procuradorias dos Estados, DF e Municípios, no tocante ao IBS/CBS.

Curiosa ou propositalmente, o PLP 68 não disse se aqueles dois órgãos colegiados integrarão ou não a estrutura do CG do IBS. Provavelmente, por receio de incluí-los e ser fortemente criticado pelos entes subnacionais que sempre pretenderam que o CG do IBS não tivesse qualquer participação de integrante da União Federal. É porque aqueles dois órgãos têm.

Mas, decerto que haverá questões que não serão harmonizadas ou, ainda que o sejam, os contribuintes com elas não concordarão e inaugurarão o contencioso, administrativo e judicial. Para tanto, o governo federal propôs então um novo modelo de contencioso administrativo, no âmbito do outro PLP que enviou ao Congresso Nacional, o de n.º 108.

É o que se passa a examinar na sequência.

4 O PLP 108/2024 E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO IBS

Após enunciar os princípios que afirma nortear o contencioso administrativo do IBS³, o PLP disciplina, de modo

³ Simplicidade, verdade material, ampla defesa, contraditório, publicidade, transparência, lealdade e boa-fé, motivação, oficialidade, cooperação, eficiência, formalismo moderado, razoável duração do processo e celeridade da sua tramitação (artigo 66 c/c artigo 71 do PLP 108/2024).

detalhado, sobre a forma eletrônica do processo administrativo, os atos e termos processuais, contagem de prazos e intimações (artigos 67 a 75 do PLP 108/2024), tudo em linha com o Código de Processo Civil (CPC) em vigor e com a legislação que dispõe sobre o CAREF.

Será que não seria melhor se não tivesse apenas feito menção ao CPC e proposto uma legislação mais enxuta, evitando contribuir para o processo de inflação legislativa que assola o país?

Por outro lado, há menções altamente positivas no texto, ainda nesta parte introdutória, antes de adentrar-se em sua essência, como a possibilidade de solução consensual das controvérsias do IBS, mesmo após o seu lançamento de ofício (artigo 82 do PLP 108/2024) e a observância aos precedentes qualificados (artigo 91 do PLP 108/2024). Quanto aos julgamentos em todas as instâncias do contencioso administrativo ser exclusivamente virtual, o que contribui para a celeridade e economicidade do processo, por um lado, por outro, vem sendo criticado por advogados dos contribuintes, por não ser o mesmo que o julgamento presencial.

Será que não poderia haver uma combinação entre os dois métodos, algo como os julgamentos mais relevantes, em razão do assunto ou do valor, ocorrerem de modo presencial?

Na sequência, advém a disciplina de suas espécies recursais, quais sejam, o recurso de ofício, o recurso voluntário, o recurso de uniformização e o pedido de ratificação (artigo 92 do PLP 108/2024). A propósito, o recurso de ofício ainda tem razão de ser? Proveniente de um momento em que a defesa da Fazenda Pública em juízo ainda não estava estruturada, quando então se justificava, será que tal necessidade ainda persiste, considerando que os órgãos de defesa dos entes federados já estão estruturados?

Após, chega-se ao coração do PLP, ou seja, à sua principal parte, constituída pela estrutura dos órgãos julgadores do contencioso administrativo do IBS (artigos 99 a 109 do PLP 108/2024). Sugere que seja disposta em três instâncias, sendo a primeira formada por 27

Câmaras de Julgamentos, correspondentes, cada uma delas, a cada um dos Estados federados e o DF. Serão integradas exclusivamente por representantes de tais Estados e dos Municípios incluídos em tais territórios, sendo dois dos Estados e DF e outros dois dos Municípios em cada Câmara. Eles se alternarão na Presidência das Câmaras, votando apenas em caso de empate. Sua função será julgar os lançamentos tributários realizados pela AT dos Estados, Municípios e DF, impugnados pelo sujeito passivo, assim como o pedido de retificação de suas decisões. De acordo com a demanda de litígios, tais Câmaras poderão ser compostas por Turmas de Julgamento (artigos 103 a 104 do PLP 108/2024).

Na instância recursal prevista no PLP 108, será reproduzido o modelo, ou seja, haverá outras 27 Câmaras de Julgamento, igualmente correspondentes a cada um dos Estados e DF, para julgar os recursos de ofício e os recursos voluntários proferidos pelas Câmaras correspondentes, em 1.º grau, além dos pedidos de retificação de suas próprias decisões. A diferença é que elas terão composição paritária, contando então com a participação de representantes dos contribuintes, em número de quatro, mesmo tanto dos representantes da AT dos Estados, DF e Municípios, sendo dois para cada ente subnacional. Mas a presidência caberá apenas aos representantes da AT, que se revezarão em modo alternado, votando apenas em caso de empate (artigos 105 a 106 do PLP 108/2024).

Como certamente haverá divergências entre os julgamentos proferidos por aquelas Câmaras de segundo grau, prevê-se uma terceira instância, com função exclusivamente harmonizadora. Será a Câmara Superior do IBS, a quem competirá o julgamento do

1. recurso de uniformização, para padronizar a jurisprudência administrativa do IBS em âmbito nacional;
2. incidente de uniformização, para quando houver efetiva repetição de julgamentos sobre a mesma questão de direito; além do
3. pedido de retificação de suas próprias decisões.

Como função típica de instância harmonizadora, caberá ainda à Câmara Superior do IBS editar, revisar e cancelar provimentos vinculantes de sua atribuição, as conhecidas “Súmulas”. Pelo PLP 108, ela não contará com a participação de representantes dos contribuintes, sendo os seus integrantes constituídos por quatro servidores indicados pelas AT’s dos Estados e Distrito Federal e outros quatro servidores da AT dos Municípios e DF, que se revezarão em sua Presidência, votando apenas em caso de empate (artigos 107 a 108 do PLP 108/2024).

O PLP em análise esclareceu ainda uma grande dúvida que surgira após a promulgação da EC 132, mas antes de proposta a sua regulamentação, sobre se a primeira instância de julgamento do IBS permaneceria no âmbito dos entes federados e apenas a instância recursal aconteceria no âmbito do CG ou se a instância inicial já se daria neste último. Como agora se vê, optou-se por todo o contencioso do IBS acontecer dentro da estrutura do CG.

Sobre o ponto, há quem ali vislumbre violação ao pacto federativo, do que discordamos, por se tratar de mero deslocamento de instância julgadora. Na prática, não há dúvida que implicará em esvaziamento de importante atribuição administrativa dos entes subnacionais. Caso assim aprovada a proposta, os órgãos julgadores estaduais e municipais atualmente em atividade passarão a se ocupar apenas do julgamento administrativo do ITCD e IPVA, no âmbito estadual, e do ITBI e do IPTU, no âmbito municipal, além das respectivas taxas, tributos de menor relevância arrecadatória, se comparados ao ICMS e ISS que deixarão de existir em prol do IBS. O ponto positivo, entretanto, é a padronização nacional do julgamento deste último tributo, que passará a ocorrer em um único ambiente. Inclusive, a falta de padronização de uma estrutura básica de contencioso administrativo para todos os entes federados é, certamente, um dos elementos que contribuem para o caos do nosso sistema de contencioso tributário. De fato, cada ente político tem o seu, paritário ou não, em duas ou três instâncias. Ou nem sequer o tem.

Enfim, como se conclui do PLP 108, trata-se de modelo muito parecido, se não idêntico, ao do contencioso vigente no CARF. Pode-se dizer que ambos contam com dois pilares de sustentação, a saber:

1. um modelo de composição paritária de seus julgadores que são, ou representantes da AT, ou dos Contribuintes; e
2. uma estrutura de julgamento escalonada em três instâncias.

Como se verá no item que se segue, estes dois pilares sustentam também o PLP 37/2024, com trâmite paralelo no Congresso Nacional sobre a temática.

5 O PLP 37/2024, DE AUTORIA DA DEPUTADA FEDERAL ADRIANA VENTURA E DO DEPUTADO FEDERAL GILSON MARQUES, AMBOS DO PARTIDO NOVO

A ementa do PLP 37 diz que ele tem o objetivo de regulamentar o § 8.º do artigo 156-B da CR/88, que dispõe sobre a integração dos contenciosos administrativos do IBS e da CBS.

Ele começa de forma atécnica, porque o artigo 1.º apenas repete o texto da ementa e os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 1.º, assim como os artigos 2.º e 3.º, antecipam, inoportunamente, as normas mais relevantes do PLP que somente serão aprofundadas posteriormente, nos artigos 15 e 16 do PLP 37/2024.

No artigo 4.º, enuncia os princípios que informarão o contencioso tributário administrativo tanto do IBS quanto da CBS.⁴

Assim como o PLP 108, o 37 também dedica vários de seus dispositivos ao processo eletrônico do IBS (artigo 5.º, *caput* e §§ 1.º a 6.º, do PLP 37/2024), todo um capítulo à contagem dos prazos processuais (artigo 8.º do PLP 37/2024) e à forma dos atos

⁴ Legalidade, ampla defesa, contraditório, impessoalidade, moralidade, publicidade, transparência, motivação das decisões, oficialidade, eficiência e duração razoável dos processos.

processuais (artigos 9.º e 10 do PLP 37/2024).

Afirma que a atuação da parte no contencioso administrativo será direta ou por intermédio de procurador, sem esclarecer em quais casos ocorrerão uma e outra (artigo 6º do PLP 37/2024), supondo-se que a regulamentação do PLP ou o regimento interno do órgão julgador administrativo o farão. A participação direta da parte costuma enfrentar forte *lobby* da advocacia privada.

Ao dispor que a representação do contribuinte pode ser feita por instrumento particular, mas que a sua assinatura deve, obrigatoriamente, ser reconhecida em cartório (artigo 6.º, § 1.º, inciso I do PLP 37/2024), o PLP milita na contramão da modernidade.

O seu artigo 7.º, § 1.º, traz imposição interessante sobre a prova produzida no contencioso administrativo do IBS servir no da CBS e vice-versa.

Outra norma relevante trazida pelo PLP 37 e que não constou do PLP 108, encaminhado pelo governo federal, é quanto à possibilidade de realização de sustentação oral, tanto aos Procuradores dos sujeitos ativos quanto dos sujeitos passivos, em qualquer instância, caso assim o queiram (artigo 7.º, § 3.º do PLP 37/2024).

Traz um capítulo dedicado exclusivamente à fiscalização, lançamento e procedimentos fiscais auxiliares ao IBS e à CBS (artigos 11 a 13 do PLP 37/2024). Importante, quanto ao ponto, a norma contida em seu artigo 13, que faculta ao sujeito passivo, intimado do auto de infração contra si lavrado, não só impugná-lo, mas também, alternativamente, caso prefira, pagar o crédito tributário exigido ou solicitar o seu parcelamento. Isto, tanto no tocante ao IBS quanto à CBS.

Tal sugestão está aparentemente em linha com o PL 2.488/2022, que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações de Direito Público, ou seja, o Projeto da nova

Lei de Execuções Fiscais que está na iminência de ser aprovada em definitivo pelo Congresso Nacional, no momento em que este artigo é escrito.

Em 16-5-2024, o Senador Efraim Filho, Relator do referido PL, emitiu parecer pela sua constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa e, no mérito, por sua aprovação, na forma do substitutivo que apresentou.

A redação do seu artigo 11 é como segue:

Art. 11. Inscrito o crédito em dívida ativa, o devedor será notificado do inteiro teor da certidão respectiva para, alternativamente:

I – em até 10 (dez) dias:

- a) efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multas e demais encargos; ou
- b) parcelar, negociar ou transacionar o valor do crédito, nos termos da legislação em vigor.

II – em até 20 (vinte) dias:

- a) ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal, na forma desta Lei; ou
- b) apresentar pedido de revisão de dívida inscrita, na forma desta Lei.

A aderência entre os Projetos de Lei, entretanto, é apenas aparente. Se ambos, por um lado, conferem opções ao contribuinte – o que é positivo – por outro, tornará o contencioso desnecessariamente moroso, porque, em verdade, caso ambos sejam assim aprovados, tais opções serão duplicadas. É dizer, o sujeito passivo terá a possibilidade de pagar, parcelar ou impugnar o débito que lhe é exigido, tanto quando de sua autuação (PLP 37), quando posteriormente, da inscrição de tal crédito em dívida ativa (PL 2.488). O ideal é que se opte por uma ou outra opção; de preferência, a primeira delas, por mais próxima da ocorrência do fato gerador do tributo.

Visto, enfim, o que se poderia chamar de uma parte introdutória ou geral do PLP 37, a proposta avança para o que realmente importa,

a saber, o que propõe ser a estrutura do contencioso administrativo do IBS.

Mas começa a fazê-lo de modo desordenado. Inicia do que seria o fim, dispondo sobre o órgão de harmonização das divergências entre o IBS e a CBS, que chamou de Câmara Superior do Conselho Tributário do IBS (artigo 15 do PLP 37/2024). Somente artigos após é que se ocupará dos órgãos de primeiro e segundo grau do contencioso (artigos 23 a 25 do PLP 37/2024).

Assim como o PLP 108, o 37 também erige todo o seu contencioso administrativo sobre aqueles mesmos dois pilares de sustentação, quais sejam:

1. a paridade entre conselheiros representantes dos Contribuintes e da AT; e
2. uma estrutura de julgamento disposta em três instâncias.

Apesar de a estrutura do contencioso de ambos os PLP's ser a mesma, distinguem-se em diversos pontos quanto ao seu conteúdo.

Segundo o PLP 37, o órgão interno ao CG do IBS que será responsável pelo contencioso administrativo daquele tributo será chamado Conselho Tributário (artigos 23 e 24 do PLP 37/2024). Em sua primeira instância, haverá Câmaras de Julgamento, tantas quantas sejam necessárias, diante do número de processos distribuídos. Cada uma delas será formada por um representante da AT de Estado ou DF, um representante das AT's dos Municípios e dois representantes dos contribuintes (artigo 23, parágrafo único, do PLP 37/2024). Sua composição será, então, paritária; ao contrário do PLP 108, cuja primeira instância será formada, exclusivamente, por integrantes da AT dos Estados, DF e Municípios.

Chegado neste ponto, cumpre questionar: há real necessidade de a primeira instância do contencioso administrativo ter composição paritária? Ou tal composição, apenas em segundo grau, seria

suficiente, como proposto no PLP encaminhado pelo governo federal?

O PLP 37 chamou a segunda instância do seu contencioso administrativo de Câmara Superior (artigo 23, parágrafo único, do PLP 37/2024), formada por três representantes das AT's dos Estados ou DF, três representantes das AT's dos Municípios e seis representantes dos contribuintes. Igualmente, portanto, com composição paritária, no que não difere do PLP 108 quanto ao ponto.

Tanto os Presidentes das Câmaras de Julgamento, de 1.º grau, quanto o da Câmara Superior, terão mandato de dois anos, prorrogável por igual período e uma única vez (artigo 25 do PLP 37/2024). Serão escolhidos por maioria absoluta de seus membros e, alternadamente, dentre representantes da AT e dos Contribuintes.

Por fim, a 3.ª instância do PLP 37 será uma Câmara Técnica de Uniformização, formada por doze Conselheiros, sendo seis representantes das AT's – sendo três da União e três dentre representantes dos Estados, DF e Municípios – e outros seis representantes dos contribuintes (artigo 21 do PLP 37/2024).

Sua Presidência será exercida por um dos Conselheiros representantes das AT's e a Vice-Presidência por um dos Conselheiros representantes dos Contribuintes, que cumprirão mandato de dois anos, sem possibilidade de prorrogação (artigo 22 do PLP 37/2024).

Mas é nos artigos 15 e 16 que estão as normas mais relevantes do PLP 37/2024, pois cuidam de, efetivamente, propor uma integração entre os contenciosos administrativos do IBS e da CBS. Sugerem que, quando o CG do IBS e o CARF decidirem sobre uma mesma questão comum, tanto ao IBS quanto à CBS – o que, com certeza, ocorrerá com frequência – poderá ser proposto o que chamou de “recurso de uniformização” para a Câmara Técnica do Conselho Tributário do IBS. Para tanto, é preciso que as divergências sejam repetitivas, assim entendidas as decididas por ao menos três Câmaras de Julgamento do Conselho Técnico do IBS ou do CARF e proferidas nos últimos cinco anos.

O PLP 37, então, dá um passo à frente em relação ao PLP 108. E sugere a criação de um órgão dentro da estrutura do CG do IBS para harmonizar o contencioso administrativo dos tributos “gêmeos”. A solução proposta no PLP 108 – cumpre rememorar – foi, primeiro, uma harmonização prévia à instauração do contencioso administrativo tanto do IBS quanto da CBS, por meio da criação do “Comitê de Harmonização das AT’s” e do “Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias” (artigo 307, incisos I e II, do PLP 68/2024). E não fez qualquer menção sobre onde tais órgãos estarão situados, é dizer, se dentro da estrutura de qual ente, entidade ou órgão, do CG do IBS ou do CARF da União Federal. Supõe-se que assim o fez para evitar impasse com os Estados, DF e Municípios, como o que acabou levando à bipartição do IVA em IBS e CBS.

É que, como já dito anteriormente, um dos pontos que viabilizaram a adesão dos entes subnacionais ao projeto da reforma tributária, possibilitando a promulgação da EC 132, foi a criação de um IVA só para eles, ou seja, o IBS, porque não queriam a participação da União Federal, de nenhuma forma, em tal tributo. Agora, para a definição de onde estará situado o órgão que dirimirá as divergências interpretativas do IBS/CBS, o problema se reapresenta. Decerto que os entes subnacionais não o aceitarão integrando a estrutura interna do CARF ou de outro órgão vinculado à União Federal. O PLP 37 sugeriu que ele integre a estrutura do CG do IBS. Problema resolvido para Estados, DF e Municípios. Resta saber se a União Federal concordará com tal solução.

Quanto à legitimidade para a interposição de tal recurso, é restrita. Além das partes integrantes do litígio administrativo, as autoridades enumeradas nos seis incisos do § 1.º do artigo 16 do PLP 37, assim descritos:

Art. 16. [...].

- I – o Dirigente máximo de Administração Tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II – o Presidente do Conselho Tributário do IBS;

- III – o Presidente do CARF;
- IV – o Procurador-Geral da Fazenda Nacional;
- V – Presidente de Confederação representativa de categorias econômicas de nível nacional, desde que habilitada à indicação de conselheiros do CARF ou do Conselho Tributário do IBS; e
- VI – contribuinte cuja decisão proferida pela Câmara Superior do Conselho Tributário do IBS, no caso de processos que versem sobre o IBS, e do CARF, no caso de processos tratando do CBS, tenha lhe resultado desfavorável.

O juízo de admissibilidade do recurso será feito pelo Presidente da Câmara Técnica de Uniformização, que decidirá sobre eventual sobrestamento do julgamento de processos no âmbito dos contenciosos administrativos tributários de que trata o art. 1.º (o § 2.º do artigo 16).

Admitido o recurso, serão ouvidos a respeito o representante da Advocacia Pública que atue perante os órgãos julgadores, além de “órgãos e entidades representativas de contribuintes interessados na matéria a serem indicadas pelo relator, *ex officio* ou a pedido de pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada na matéria [*sic*] apta a fornecer subsídios para o deslinde da questão.”

Por que apenas “entidades de contribuintes interessados na matéria” poderão ser ouvidas e não, por exemplo, “entidades da AT” igualmente interessadas?

Ponto altamente positivo é trazido no § 4.º, que dispõe que, julgado o recurso de uniformização, será fixada tese sobre o assunto, “cabendo à Câmara Técnica de Uniformização editar Súmula que vinculará todas as Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao IBS e à CBS e também todas as decisões, pendentes ou futuras, que versem sobre idêntica questão de direito.”

Por fim e assim como no PLP 108, previu-se a possibilidade de litígios de menor complexidade e valor tramitarem de modo mais célere, em um procedimento sumário (artigo 18 do PLP 37/2024).

Mas há uma terceira e última proposta de contencioso administrativo para o IBS, merecedora de análise, por diferir enormemente dos PLP's 68/108 e 37.

6 O PLP 50/2024, DE AUTORIA DOS DEPUTADOS FEDERAIS JOAQUIM PASSARINHO E LUIZ PHILIPPE DE ORLEANS E BRAGANÇA, AMBOS DO PARTIDO LIBERAL

Este terceiro e último PLP sobre o contencioso administrativo do IBS trilha um caminho bem diverso dos PLP's 68 e 108, encaminhados pelo governo federal, e do PLP 37, de autoria de Deputados Federais considerados de oposição ao atual governo central.

Antes de o litígio ter início, propriamente, sugere o que chamou de “Mediação pré-impugnação” (artigo 58, *caput* e seus quatorze parágrafos, do PLP 50/2024). Apesar de a introdução de métodos adequados de solução de conflitos no contencioso tributário, tanto administrativo quanto judicial, ser altamente positivo, a proposta traz dispositivos que claramente militam contra a eficiência processual, além de equívocos terminológicos.

Foge aos limites do presente artigo analisar em profundidade a referida “mediação”, mas algumas de suas normas chamam a atenção. É o caso do *caput* do artigo 58 que dispõe que, sempre que o contribuinte for autuado – seja por que motivo for – terá o prazo de vinte dias para manifestar interesse quanto à submissão ou não do respectivo auto de infração à mediação. Caso manifestado interesse, a AT terá o prazo de dez dias para indicar o mediador (parágrafo 4.º do artigo 58 do PLP 50/2024), que não poderá ter vínculo funcional com a AT, conflitando assim com a proposta equivalente, feita pela Comissão de Juristas (BRASIL, 2024c). Encerrada a mediação ou, supõe-se (“supõe-se” porque o PLP 50/2024 não menciona tal alternativa), caso o contribuinte não manifeste interesse a respeito,

terá ele outros quarenta dias para apresentar impugnação à autuação contra si lavrada (parágrafo 6.º do artigo 58 do PLP 50/2024). Imaginem-se quantas autuações não ocorrerão diariamente, no âmbito do IBS/CBS, em todo o território nacional. Se todas elas se submeterem a tais prazos, não há dúvida que a celeridade processual ficará seriamente comprometida.

E há equívocos terminológicos no PLP que precisariam ser corrigidos, como no § 7.º do artigo 58, quando se propõe que “o mediador [...] irá analisar a **acusação** contida no AIIM” (grifo nosso), porque, à evidência, não há “acusação” em auto de infração tributária-administrativa, mas mera imputação de conduta, positiva ou negativa, sendo o termo usado no PLP típico do processo penal.

Já no § 8.º do mesmo dispositivo, sugere-se que “a proposta de transação pelo mediador poderá incluir a redução de principal, multa e juros, conforme o mediador entenda cabível para promover o acordo e a justiça entre as partes [...]”. É que o mediador não faz proposta de transação, hipótese de extinção do crédito tributário (artigo 156, inciso III do Código Tributário Nacional), mas, como sugere o próprio nome, de mediação, instituto diverso.

Quanto à estrutura do contencioso, propõe a criação de um Conselho Nacional Administrativo Tributário (CNAT), com competência para julgar todos os processos administrativos envolvendo o IBS e a CBS, em todo o território nacional. Afirma, entretanto sem esclarecer, que se tratará de um “órgão único (mas não necessariamente centralizado).” (BRASIL, 2024d, justificativa).

Mas, tirante isto, o PLP 50 propõe algo realmente inovador, em substituição a um dos pilares de sustentação do contencioso administrativo brasileiro e que consta tanto dos encaminhados pelo governo federal (PLP’s 68 e 108), quanto do paralelo (PLP 37), a saber, a composição paritária dos julgadores.

O PLP 50 propõe romper com tal paradigma, porque sugere a realização de processo seletivo para o recrutamento dos julgadores do contencioso administrativo.

É o que consta de seus artigos 70 a 79, que merecem ser transcritos na íntegra, dada a importância da alteração sugerida (BRASIL, 2024e):

Artigo 70. Os julgadores do CNAT serão designados mediante processo seletivo específico, composto de três fases: candidatura sujeita à análise de documentos necessários à ocupação do cargo, prova técnica e entrevista posterior.

Art. 71. A candidatura inicial será realizada mediante abertura de edital, que especificará os documentos necessários à comprovação de experiência tributária, e notável saber relativo às matérias que serão julgadas, especialmente com ênfase à tributação sobre o consumo.

Art. 72. A análise da validade dos documentos e das candidaturas ficará a encargo do Comitê de Acompanhamento, Avaliação e Seleção de Julgadores (CSJ), designado pelo Comitê Gestor do IBS e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 73. A prova técnica será marcada com antecedência de sessenta dias da data prevista de sua realização, designado horário e local, e abarcará temas relativos às competências delimitadas do CNAT, com ênfase à tributação incidente sobre o consumo, nos termos da Emenda Constitucional 132/2024.

Art. 74. A correção, espelho da prova e divulgação do resultado ficará a encargo do CSJ, que publicará o resultado em sítio eletrônico oficial, em até sessenta dias após a data da prova.

Art. 75. A última fase, que será a entrevista, dependerá do resultado obtido na prova, e dos critérios estabelecidos em regimento para o corte de candidatos, e será designada em até trinta dias após publicação do resultado da prova técnica.

Art. 76. A composição da banca para realização da entrevista ficará a encargo do CSJ, que divulgará as informações dos componentes em até quinze dias antes da data designada para a entrevista.

Art. 77. A entrevista será realizada com objetivo de complementação à prova técnica, podendo ser dotada de perguntas técnicas, e análise da vida profissional e acadêmica do candidato, sendo o Comitê avaliador munido dos documentos necessários para tanto.

Art. 78. Os julgadores do CNAT serão designados para um mandato de 5 anos, renovável por igual período desde que observados

critérios objetivos de produtividade estabelecidos no Regimento Interno do CNAT.

Art. 79. Os Julgadores do CNAT serão remunerados por subsídio equivalente a 80% do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

§ 1.º Os Julgadores do CNAT integrantes da administração tributária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ficarão afastados de seu cargo, emprego ou função enquanto exercerem mandato no CNAT.

[...].

Apesar de a forma pela qual se dará o processo seletivo para o recrutamento dos novos julgadores do contencioso administrativo ser questionável, o só fato de prevê-lo em contraposição às indicações feitas pela RFB ou por confederações representativas de categorias econômicas e centrais sindicais, como sempre foi feito, desde sempre, só por si, já é digno de elogios, por suscitar importante debate.

Não se desconhece que a maioria esmagadora da doutrina tributária brasileira é a favor da composição paritária no contencioso administrativo tributário, com muito bons argumentos, sendo o principal deles o enriquecimento que propicia ao debate, com a experiência dos representantes dos contribuintes, no âmbito de um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Mas, de igual modo, não é possível ignorar o entendimento em sentido contrário, ainda que minoritário, destacando-se, por exemplo, a carta aberta enviada ao atual Ministro da Fazenda, Fernando Haddad, pela Diretora da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Grace Perez-Navarro, contrária às regras de funcionamento do CARF (BRASIL, 2023):

Nossa pesquisa inicial indica que, ao contrário do Brasil, a maioria das jurisdições que analisamos possui algum tipo de processo de recurso administrativo, mas não um que envolva representantes do

setor privado no processo de revisão de tomada de decisão. Em vez disso, as revisões são realizadas por funcionários do governo da administração tributária ou Ministério da Fazenda. Em contraste, as regras brasileiras atuais permitem o envolvimento de juízes leigos, que antes ou depois de sua nomeação atuam como advogados ou juristas no setor privado. Eles não são juízes de carreira, mas são nomeados apenas por um curto período. Entendemos que a remuneração recebida por esses juízes leigos é, na maioria dos casos, significativamente menor do que a remuneração que eles ganham na carreira no setor privado. A natureza de curto prazo dessas nomeações, a remuneração comparativamente baixa e o fato de que, tanto antes quanto depois dessa nomeação, esses juízes podem trabalhar para o setor privado e podem obter benefícios diretos ou indiretos devido às posições que assumem em seu papel de juiz no CARF poderiam, em alguns casos, criar também um potencial risco de conflito de interesses, o que pode ser muito difícil de mitigar.

[...] Quando representantes do setor privado estão envolvidos em um processo de revisão administrativa ou judicial, o processo é supervisionado por juízes de carreira profissional, incluindo juízes do Supremo Tribunal, que terão a palavra final sobre a correta aplicação e interpretação da legislação tributária. A decisão final e definitiva em um caso tributário de grande valor normalmente não seria tomada por um órgão de tomada de decisão composto por juízes leigos, onde os votos de representantes do setor privado têm um peso decisivo em caso de empate de votos. [...]

Não se propõe internalizar acriticamente institutos ou opiniões de outros países. Não é isto o que se está a defender no presente artigo, mas um debate franco e objetivo em que todas as opções precisam ser consideradas.

A ideia de mudança na forma de recrutamento dos julgadores do contencioso administrativo, inclusive, além de não ser recente, tampouco é exclusivamente alienígena. O Professor Sérgio André Rocha (2028, p. 498 a 501) a defende com os seguintes argumentos:

Na falta de um Poder Judiciário capaz de atender às demandas da Fazenda e dos contribuintes, resta-nos focar no processo

administrativo fiscal, que aparece como último bastião do debate tributário técnico no que se refere a temas concretos relacionados à aplicação da legislação de cada tributo no dia a dia da atividade empresarial no Brasil. [...]. A impessoalidade e a imparcialidade do órgão administrativo prescindem da composição paritária. [...] Apoiados nesta lição de Ricardo Lobo Torres, sustentamos que a representação classista é um modelo superado, de modo que o CARF deveria ser composto integralmente por julgadores selecionados por concurso, com carreira própria. [...]. Concordamos em absoluto que a forma de indicação dos conselheiros “representantes” dos contribuintes está longe do ideal (embora seja absolutamente equivocado inferir que tais conselheiros exerceriam a função com vistas a obter qualquer forma de favorecimento indevido). Contudo, parece miopia sistêmica acreditar e defender que o problema encontra-se apenas na “representação” dos contribuintes (ao menos se a preocupação é um processo administrativo fiscal justo, e não um instrumento de mera legitimação da arrecadação) de fato, a “representação” da Fazenda mostra-se, igualmente, patológica. Julgador imparcial é julgador independente. [...]. Não sendo factível uma modificação tão profunda no processo judicial, mantendo-se o modelo atual, aí sim faria sentido investir em um órgão administrativo de julgamento a ser composto por julgadores verdadeiramente independentes, o que passa pela sua seleção por concurso público, pelo pagamento de uma remuneração compatível com a função (que poderia ser equivalente àquela de um juiz federal), e pela previsão de garantias constitucionais que há muito são conhecidas como fundamentais para o exercício da atividade judicante (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e subsídios). [...].

Os órgãos do Contencioso Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco (CATE), formados pelo Tribunal Administrativo-Tributário do Estado (TATE) e pela Corregedoria Administrativo-Tributária, são compostos por titulares de cargo efetivo, privativo de Bacharel em Direito, providos por concurso público (artigo 4.º da Lei n.º 15.683, de 16-12-2015, do Estado de Pernambuco).

Enfim, é um debate altamente necessário, em um momento que não poderia ser mais adequado, tratando-se de oportunidade

de “ouro” para se aprimorar o sistema do contencioso tributário brasileiro como um todo.

7 CONCLUSÃO

Vistas as três propostas de regulamentação do contencioso administrativo do IBS/CBS, a saber, os PLP’s 68 e 108, encaminhados ao Congresso Nacional pelo governo federal, e os PLP’s 37 e 50, de autoria de Deputados e Deputadas Federais, é o momento de nos perguntarmos que tipo de contencioso administrativo queremos ter a partir de agora, com o advento daqueles dois novos tributos.

Antes de a EC 132 alterar profundamente o sistema tributário brasileiro, o outro sistema nacional, o do contencioso tributário, já não funcionava a contento, estando, há anos, em situação caótica. Em consequência, já carecia ser profundamente reformado, segundo o entendimento de alguns, ou de forma menos drástica, mas viável politicamente, no parecer de outros.

Adveio então a EC 132 e, apesar de ter trazido uma série de soluções para o sistema tributário, como a unificação das legislações estaduais do ICMS e municipais do ISS, o princípio do destino ao invés do da origem e o crédito financeiro no lugar do físico, dentre outros, acabou criando um problema muito sério no âmbito do contencioso tributário, durante o seu processo legislativo, com a bipartição do IVA em IBS e CBS. Tornou-se então imperativo encontrar-se a melhor forma de harmonização das interpretações divergentes daqueles tributos “gêmeos”, problema que veio crescer aos anteriormente já postos.

Será que os anteprojeto de lei apresentados pela Comissão de Juristas, mencionada no item seis, darão conta da tarefa de resolver os problemas do nosso sistema de litígios tributários ou ao menos minorá-los de forma efetiva? Quando o IBS e a CBS entrarem em vigor, fazendo somar, àqueles problemas já antes existentes, a necessidade de harmonização da divergência

interpretativa, será que as soluções propostas pelos PLP's 68/108, 37 e 50 serão suficientes?

Será que apenas replicar a estrutura que vigora no país há um século, com alterações superficiais, será suficiente? Ou será que precisaremos de uma reforma profunda do sistema do contencioso tributário, como se fez com o sistema tributário do consumo, sem que sejamos lançados, entretanto, em um cenário de insegurança jurídica?

Os PLP's 68/108 e 37 propõem “mais do mesmo” quanto a um dos pilares de sustentação do contencioso administrativo brasileiro, a saber, a composição paritária dos julgadores. Já o PLP 50 é disruptivo quanto ao ponto, propondo concurso público ao invés das indicações feitas pelas confederações e sindicatos. Será que, eventualmente, não poderia ser melhor? Imagine-se quanto de contencioso não mais existirá com o fim da paridade e seus consectários, como o voto de qualidade, dentre outros...

E sobre as três instâncias de julgamento do contencioso administrativo? São realmente necessárias? Será que não o prolongam desnecessariamente? Caso negativo, a esfera administrativa não precisa ser mais bem integrada à judicial?

Enfim, são muitas as perguntas ainda sem respostas. Mas o atual momento, em que está em discussão a regulamentação do novo sistema tributário do consumo, com todas as questões que lhe são afetas, dentre elas o contencioso administrativo, é o ideal para o aprofundamento do debate.

E isto para ficar-se apenas no contencioso administrativo. Falta debater sobre o contencioso judicial dos novos tributos. Fala-se, atualmente, em alterações nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, como forma de melhor preparar o sistema de justiça para o nosso novo IVA.

Mas isto é assunto para uma outra conversa...

REFERÊNCIAS

ABREU, Murilo Silvio de. Como uniformizar o divergente contencioso administrativo do IBS e da CBS, criado pela reforma tributária do consumo? In: **Revista Eletrônica Direito Fadenorte**, São Francisco-MG, Ed. Fadenorte, v. 2, n. 1, p. 20-36, 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PLP 108/2024. Projeto de Lei Complementar. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2438459>>. Acesso em: 22 ago. 2024a.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n.º 37/2024. 26-3-2024. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2423655&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 23 ago. 2024f.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n.º 50/2024. 12-4-2024. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2426675&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 23 ago. 2024d.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n.º 50/2024. 12-4-2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2406767&filename=PLP%2050/2024>. Acesso em: 22 ago. 2024e.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Carta enviada pela OCDE ao ministro da Fazenda aponta oportunidade de melhoria nas regras do Carf. 26-4-2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/abril/carta-enviada-pela-ocde-ao-ministro-da-fazenda-aponta-oportunidade-de-melhoria-nas-regras-do-carf>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n.º 68/2024. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/164914>>. Acesso em: 23 ago. 2024g.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 2.488, de 2022. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154742>>. Acesso em: 22 ago. 2024b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidentes do STF e do Senado criam comissão de Juristas para modernizar processo administrativo e tributário. 23-2-2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482260&ori=1>>. Acesso em: 22 ago. 2024c.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Reflexões sobre a constante pretensão de se proceder a uma “reforma tributária”. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para que, para quem e como?** Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, 2020. (*Coleção de Direito Tributário & Financeiro*).

PERNAMBUCO. Lei 15.683, de 16 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Contencioso Administrativo-Tributário do Estado, disciplina os órgãos e cargos que o integram. **Diário Oficial [do] Estado de Pernambuco**, Recife, 17 dez. 2015.

ROCHA, Sergio André. **Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário**. São Paulo: Almedina, 2018.

Recebido em: 23-8-2024

Aprovado em: 31-8-2024

A PROVA ESTATÍSTICA E A PROVA POR AMOSTRAGEM: APONTAMENTOS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

*Roberta Vieira Gemente de Carvalho*²

RESUMO

Existe no Direito o enraizamento da crença de que a prova produzida no processo leva à verdade segura dos fatos, de tal modo a excluir-se o risco de erro ou injustiça das decisões judiciais. Todavia, tal entendimento conduz a posturas limitantes quanto a utilização de novos meios de prova, os quais, em tese, guardam aptidão para conferir maior racionalização do conteúdo processual, além de igualmente atenderem a questões de eficiência e segurança na resolução de lides. Neste contexto situa-se a prova estatística e por amostragem, cujo estudo aprofundado de suas utilidades e limites podem fornecer alternativas processuais relevantes para a solução dos litígios de natureza complexa que atualmente são apresentados ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves. Prova estatística. Prova por amostragem. Processo civil. Limites. Utilidades.

¹ **Como citar este artigo científico.** CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. A prova estatística e a prova por amostragem: apontamentos acerca de sua aplicabilidade no processo civil brasileiro. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 353-376, maio-ago. 2024.

² Mestre em Direito Constitucional e Processo Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pela FADITU, MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios. Advogada. *E-mail:* robertagementetrib@asp.org.br

ABSTRACT

There is a deep-rooted belief in Law that the evidence produced in the process leads to the certain truth of the facts, in such a way as to exclude the risk of error or injustice in judicial decisions. However, such understanding leads to limiting positions when it comes to the use of new means of proof, which, in theory, have the ability to provide greater rationalization of the procedural content, in addition to also meeting issues of efficiency and security in the resolution of disputes. Statistical proof and proof by sampling are situated in this context, whose in-depth study of their utilities and limits may provide relevant procedural alternatives for the solution of the complex litigations that are currently submitted to the Judiciary.

Keywords. Statistical proof. Proof by sampling. Civil Procedure. Limits. Utilities.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A conceituação da estatística. Espécies, campos de utilização e críticas à veracidade e confiabilidade do resultado. 3. A verdade processual e a função epistemológica da prova no processo judicial. 4. A admissibilidade da prova estatística no direito brasileiro. 5. A prova estatística e seus horizontes jurídicos. 6. síntese conclusiva. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre as provas no processo civil brasileiro envolve diversos aspectos. Dentre os quais, são destacados a possibilidade ou não de adoção de meios atípicos de prova, qual o objeto, objetivo e a função epistemológica da prova, e a necessidade de compatibilização do tipo de prova com a natureza do litígio apresentado para julgamento.

Ademais, qualquer pretensão de análise incidente sobre o âmbito normativo que envolve o universo das provas, necessariamente se debruçar em algum grau sobre o conceito de verdade pretendido pelo processo judicial, a fim de viabilizar provimento jurisdicional

que coloque fim no conflito não apenas se preocupando com aspectos de validade, mas principalmente sobre o aspecto de eficiência e justiça.

Ainda sob o contexto da prova, não se pode olvidar que a sociedade tem apresentado ao Poder Judiciário demandas cada vez mais complexas, não apenas do ponto de vista material (natureza imediata do litígio), mas também do ponto de vista econômico (volume das operações envolvidas), fático (extensão dos danos, operacionalização do cômputo da indenização), de adequação processual (processos com elevado número de litigantes) e estruturais (demandas que acabam interferindo em políticas públicas).

Esta “nova” realidade adentra o processo e impõe aos aplicadores do Direito esforços cognitivos e de pesquisa para a compreensão dos meios de prova adequados à comprovação desta feição de direitos, bem como válidos e harmônicos ao modelo constitucional de processo.

Partindo destas considerações, o presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de utilização da estatística e da amostragem como meio de prova no processo civil brasileiro, além de avaliar cenários processuais de melhor aplicabilidade, eventuais limites à sua utilização e pontos de cuidado.

Para tanto, serão apontadas as premissas de trabalho consistentes na exposição da origem e objeto da estatística, considerações sobre a verdade possível no ambiente processual e critérios para adoção de meios de prova.

2 A CONCEITUAÇÃO DA ESTATÍSTICA. ESPÉCIES, CAMPOS DE UTILIZAÇÃO E CRÍTICAS À VERACIDADE E CONFIABILIDADE DO RESULTADO

Para viabilizar o estudo da estatística como meio de prova admissível no âmbito do Direito, preliminarmente é necessário

conceituá-la, identificar suas divisões e utilidades, além de apresentar os aspectos que implicam dúvida ou insegurança quanto à confiabilidade de seus resultados.

O Professor Raul Yukihiro Matsushita, Professor da Universidade de Brasília, apresenta a seguinte definição de estatística:

Ao longo do século XX, os métodos estatísticos foram desenvolvidos como uma mistura de ciência, tecnologia e lógica para a solução e investigação de problemas em várias áreas do conhecimento humano (Stigler, 1986). Ela foi reconhecida como um campo da ciência neste período, mas sua história tem início bem anterior a 1900. “A estatística moderna é uma tecnologia quantitativa para a ciência experimental e observacional que permite avaliar e estudar as incertezas e os seus efeitos no planejamento e interpretação de experiências e de observações de fenômenos da natureza e da sociedade. A estatística não é uma caixa-preta, nem bola de cristal, nem mágica. Tampouco é um conjunto de técnicas úteis para algumas áreas isoladas ou restritas da ciência. Por exemplo, ao contrário do que alguns imaginam, a estatística não é um ramo da matemática onde se investigam os processos de obtenção, organização e análise de dados sobre uma determinada população. A estatística também não se limita um conjunto de elementos numéricos relativos a um fato social, nem a números tabelas e gráficos usados para o resumo, a organização e apresentação dos dados de uma pesquisa, embora este seja um aspecto da estatística que pode ser facilmente percebido no cotidiano (basta abrir os jornais e revistas para ver o “bombardeio” de estatísticas). Ela é uma ciência multidisciplinar: um mesmo programa de computador que permite a análise estatística de dados de um físico poderia também ser usado por um economista, agrônomo, químico, geólogo, matemático, biólogo, sociólogo, psicólogo e cientista político. Mesmo que as interpretações destas análises sejam diferentes por causa das diferenças entre as áreas de conhecimento, os conceitos empregados, as limitações técnicas e as consequências dessas interpretações são essencialmente as mesmas. “Segundo Rao (1999), a estatística é uma ciência que estuda a pesquisa sobre: o levantamento de dados com a máxima quantidade de informação possível para um dado custo; o processamento de dados para a quantificação da quantidade de incerteza existente na resposta para um determinado problema; a tomada de decisões sob condições de incerteza, sob o menor risco possível. Finalmente,

a estatística tem sido utilizada na pesquisa científica, para a otimização de recursos econômicos, para o aumento de qualidade e produtividade, na otimização em análise de decisões, em questões judiciais, previsões e em muitas outras áreas (MATSUSHITA, *apud* MELLO, 2006/2009, p. 157-164).

Deste modo, possível aduzir que a estatística é um veio da Matemática Aplicada, a qual pode ser compreendida como um conjunto de métodos, regras e princípios empregados no planejamento de experimentos, na obtenção, organização e resumo de dados coletados, bem como na análise e interpretação de tais dados, a fim de que conclusões possam ser tiradas.

Em resumo, a estatística abrange a coleta de dados, sua organização, interpretação, análise e representação.

Dentro da estatística são identificadas duas modalidades, quais sejam, a estatística descritiva e a estatística inferencial.

A estatística descritiva é caracterizada por conjunto de técnicas voltadas a sistematizar, organizar, descrever, analisar e interpretar dados oriundos de um conjunto estudado, o qual pode pertencer a qualquer área de conhecimento. Atua de modo exclusivo sobre as propriedades dos objetos analisados.

Em sua função descritiva dos dados, são identificadas as seguintes atribuições: obtenção, organização, redução e representação dos dados estatísticos de forma a auxiliar a descrição do fenômeno observado.

Usualmente, é utilizada em cenários com elevado volume de dados e na presença da necessidade de que estes sejam interrelacionados, a fim de que as informações decorrentes sejam manejadas dentro da área de conhecimento aplicável.

Em paralelo, a estatística inferencial analisa uma determinada amostra, representativa do conjunto e amplia as análises dos resultados para toda a realidade envolvida.

Pode ainda ser definida como o “processo de usar a análise de dados para inferir propriedades de uma distribuição de probabilidade subjacente.” (ESTATÍSTICA, 2023).

Por tal modalidade, são extrapoladas as conclusões obtidas por meio da análise imediata da amostra, acarretando ampliações e generalizações fundadas em probabilidades.

É importante evidenciar que a confiabilidade e veracidade dos resultados das análises estatísticas dependem fundamentalmente da adoção de válido processo de seleção do espaço amostral, o qual deve representar adequadamente toda a realidade.

Edilson Vitorelli complementa esta observação indicando que os resultados da estatística inferencial dependem da amostra e da qualidade do método aplicado. Diz o autor que “Desse conceito fundamental já é possível perceber que os resultados das análises dependerão fundamentalmente da qualidade do banco de dados, ou seja, da amostra analisada (sua abrangência e confiabilidade), bem como do método analítico aplicado.” (VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Em continuidade, de maneira bastante interessante, o referido autor também aponta que estes dois aspectos (amostra e método) também figuram como uma das fontes de crítica à segurança dos resultados da estatística, caracterizando o que chama de dupla incerteza.

Há, portanto, uma dupla incerteza que cerca qualquer análise estatística: a possibilidade de que o método não seja confiável, isto é, que haja um erro humano, imputável ao analista ou que o banco de dados não seja confiável (“garbage in, garbage out). [...] Se o banco de dados não for confiável ou se a metodologia analítica não for confiável, os resultados serão imprecisos (VITORELLI, 2020, p. 53).

Outro ponto de questionamento acerca dos resultados das análises estatísticas versa sobre a interpretação dos resultados e sua extrapolação. Ou seja, as inferências.

Neste aspecto, o questionamento reside sobre quais inferências são efetivamente possíveis a partir dos resultados estatísticos e se estes, de modo singular, sustentam quaisquer conclusões. Em outras palavras, como os dados estatísticos podem ser interpretados?

Por fim, a terceira crítica entabulada à produção estatística é caracterizada pela incapacidade desta ciência justificar a ocorrência de um fato específico a partir do cenário analisado.

Em outros termos, como a estatística pode demonstrar a verdade? (E neste momento já se delineia um aspecto importante para sua utilização como meio de prova ou, ao menos, mecanismo de avaliação de provas.).

Sobre este ponto, Sérgio Cruz Arenhart (2019), magistralmente, expõe o cenário crítico:

Talvez a mais importante crítica a respeito de seu emprego esteja ligada à ideia de que, embora ela seja sem dúvida útil para a determinação da probabilidade de que algo venha a ocorrer, em razão da frequência com que ocorre em determinada população ou conjunto de casos, tendo assim claro papel prospectivo, dificilmente se tem como tão óbvia sua finalidade em descrever fatos pretéritos. Como se afirma, não parece haver grande ligação entre a frequência com que certo fato ocorreu no passado e a específica ocorrência daquele mesmo fato em uma determinada situação. Em razão disso, muitos autores negam a possibilidade de uso da prova estatística, na medida em que ela não é capaz de oferecer a devida relação de causalidade, que atribua alguma consequência a determinado fato.

Contudo, estas críticas, a nosso ver, podem ser superadas mediante a escoceita fixação do objeto da análise estatística e, no âmbito judicial, do efetivo delineamento do objeto a ser demonstrado por prova estatística.

Neste sentido, os Estados Unidos, por meio da dicção do Manual for Complex Litigation – (editado pela Federal Judicial Center) – traz contribuições profícuas para a garantia da assertividade

dos resultados estatísticos e inferências, a exemplo de:

- I. definição do método para escolha da amostra conforme o objeto a ser analisado;
- II. aplicação de regras estatísticas amplamente reconhecidas;
- III. indicação de questões para investigação claras e inequívocas;
- IV. divulgação antecedente dos dados e documentos, garantindo o questionamento, dentre outros.

The sampling methods used must conform to generally recognized statistical standards. [...] The four factors listed above are relevant to assessing the admissibility of a survey, but need to be applied in light of the particular purpose for which the survey is offered. In addition, in assessing the validity of a survey, the judge should take into account the following factors:

- whether the questions asked were clear and not leading;
- whether the survey was conducted by qualified persons following proper interview procedures; and
- whether the process was conducted so as to ensure objectivity (e.g., determine if the survey was conducted in anticipation of litigation and by persons connected with the parties or counsel or by persons aware of its purpose in the litigation) (FEDERAL, 2004).

Ademais, a contextualização dos resultados da análise estatística pode delimitar as subsequentes inferências, conferindo sua aderência ao cenário analisado e, conseqüentemente maximizando a confiabilidade, assertividade e veracidade dos resultados.

Tópico de extrema relevância para o estudo acerca da utilização da estatística como meio de prova é a definição das margens de erros acatadas como admissíveis.

Entretanto, tal ponto requer serem tecidas algumas considerações sobre a verdade e a função da epistemológica da prova no processo judicial.

3 A VERDADE PROCESSUAL E A FUNÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

A leitura da doutrina voltada ao estudo da prova no processo judicial, salvo melhor juízo, autoriza a percepção de que é bastante vívida a crença de que por meio da produção probatória se faz possível a demonstração direta do fato e, por conseguinte, a incorporação da verdade absoluta ao processo, cuja decisão é produzida à margem de erro.

Entretanto, a observação processual legitima a afirmação de que probabilidades são admitidas com frequência na condição de elementos de prova, a exemplo dos exames de DNA e a própria identificação datiloscópica.

Diante deste cenário, é relevante investigar qual tipo de verdade pode ser obtido no contexto judicial e como são construídas as inferências que culminam na decisão judicial.

O Professor Michele Taruffo, ao escrever sobre verdade e probabilidade, critica aqueles que chama de inimigos da verdade, os quais negam que a verdade possa ou deva ser buscada e atingida dentro do processo.

Em sua fundamentação, aponta como primeiro debate desprovido de sentido a diferenciação entre verdade absoluta (tomada como um valor metafísico) e verdade relativa.

Para o Professor, com o qual concordamos integralmente, em termos processuais se alocam o que se denominam verdades relativas, porque contextualizadas e vinculadas à situação na qual foi estabelecida.

Todavia, esta verdade alocada dentro do contexto processual, observados seus limites materiais e formais, não reduzem ou maculam o sentido de verdade, eis que esta foi estabelecida com

base nas evidências disponibilizadas em conformidade com as regras previamente instituídas.

Em segundo momento, o autor também argumenta na inexistência de diferença válida e útil entre verdade formal e material, porque é incorreta a afirmação de que existe uma verdade processual e outra extraprocessual.

Isto porque a verdade atingível é única e nasce na melhor aproximação entre a realidade histórica e a prática dos fatos a serem apurados.

Non esistono, dunque “due” verità diverse, e tanto meno esiste una specifica verità tipica del processo e diversa dalla verità extraprocessuale. 23 In tutti i casi, nel processo come fuori del processo, il problema della verità è quello della migliore approssimazione possibile alla realtà storica ed empirica dei fatti che bisogna accertare (TARUFFO, 2007, p. 207).

Sob esta perspectiva de que a verdade é possível de ser acessada dentro do processo a partir dos mecanismos disponibilizados por cada ordenamento, a esta confere-se uma feição extremamente positiva, no sentido dos aplicadores do Direito e sujeitos processuais a compreenderem como um valor a ser otimizado, buscado dentro da realidade em que ela se coloca.

Pelo exposto, torna-se certo que as limitações procedimentais previstas pelo ordenamento jurídico não descaracterizam a unicidade da verdade.

A postura é fortalecida quando acrescida a ideia de que o modelo constitucional vigente desde a Constituição Federal de 1988 tem como valor primário não a simples solução processual, mas sua resolução por meio de provimento jurisdicional justo e eficaz.

Neste momento, faz-se oportuna a vinculação da temática acerca da verdade e a prova por meio da elucidação de sua função epistemológica.

João Batista Lopes e Maria Elizabeth Castro Lopes, ao discorrerem sobre a prova, fornecem importante entendimento:

Dos mais polêmicos é o conceito de prova. É correntia, mas insatisfatória, a concepção de que provar significa apurar a verdade dos fatos. É que não existe consenso a respeito do que seja verdade. *Prima facie*, ela significa conformidade entre o intelecto e a realidade fática (LOPES; LOPES, 2002, p. 55).

E prosseguem:

Assim, na seara jurídica, não se pode falar em certeza (ausência absoluta de dúvida), cujo conceito é próprio das ciências exatas, mas apenas em convicção. [...] Não se pode afirmar, nessa hipótese, a certeza sobre a existência ou não do fato. Certeza tem caráter subjetivo: o juiz de primeiro grau pode proclamá-la e o tribunal tomar posição contrária (LOPES; LOPES, 2002, p. 57).

Neste momento, torna-se oportuna a exposição de premissa relevante deste estudo, indicando que, a nosso sentir, o propósito epistemológico da prova é garantir a redução da margem de injustiça da decisão.

Pretende-se com isto dizer que a função epistemológica da prova se situa na demonstração, por meio de elementos processuais suficientes, da ocorrência ou inoocorrência dos fatos descritos como fundamentos da lide, de tal modo a viabilizar ou não os efeitos das normas jurídicas abstratamente aplicáveis.

Nesta compreensão o que se afirma é que a verdade provável será encontrada em conformidade com regras de validade pré-fixadas, as quais servirão de fundamento para as convicções judiciais.

Isto posto, a perquirição da verdade pela prova processual judicial não pode ser guiada por critérios apriorísticos limitadores,

os quais acabam por afastar o compromisso genuíno de perquirição da realidade, o qual somente pode ser concretizado por meio da fundamentação racional.

Consoante lecionado por Michele Taruffo, quaisquer preconceitos têm grande potencial para impedir o conhecimento e não o fornecer balizas mais seguras para seu atingimento.

Os preconceitos mais difundidos, mais tradicionais e mais radicados não cessam somente porque são preconceitos; seu efeito é de manipular e esconder a realidade, certamente não de favorecer seu conhecimento. De tudo isso, e dos riscos de erro que o uso descuidado do senso comum e da experiência implica, o juiz deve estar ciente: o valor de verdade dos juízos que ele faz depende diretamente do fundamento racional e cognoscitivo das inferências de que tais juízos se derivam. Quanto mais aprofundada a análise crítica das noções que o juiz emprega, mais confiáveis as inferências probatórias que levam à confirmação das hipóteses sobre os fatos (TARUFFO, 2012, p. 244).

A partir destas assertivas, notadamente pela superação da crença do atingimento de uma verdade incontestável através da produção da prova judicial, os resultados estatísticos podem ser considerados como meio probatório eficaz para auxiliar na comprovação dos fatos apresentados em juízo.

4 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ESTATÍSTICA NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese o tradicional posicionamento de que as decisões judiciais sejam formadas por meio de silogismos dedutivos, nos quais existe uma premissa maior (norma geral e abstrata), uma premissa menor (os fatos controvertidos) e a conclusão (resultado da subsunção), a prática jurídica evidencia que a decisão judicial é resultado da preponderância de uma das possíveis hipóteses de resolução da lide.

Isto porque, na perspectiva que nos parece mais adequada, o julgador, diante dos elementos constantes do processo, constrói diversas hipóteses fundamentadas que, abstratamente, podem levar a conclusões/convicções hábeis a resolver o litígio.

Destas hipóteses prevalecerá aquela com maiores possibilidades de representar o fato controvertido com maior probabilidade de veracidade e fidedignidade às circunstâncias do evento material.

Sob tal perspectiva, a estatística indubitavelmente fornece uma comprovação traduzida na provável preponderância de um resultado sobre o outro.

Neste instante, mais uma vez é relevante o esforço para a superação de crenças limitantes, valendo-se, para tanto, do alerta trazido por parte da doutrina no sentido de que todo meio de prova envolve probabilidades.

Confirma a alegação trecho de artigo produzido por Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos.

Schauer, apesar disso, passa a demonstrar que, em última instância, todo tipo de prova – mesmo aquelas que forneceriam uma evidência “direta” – é baseada em probabilidades, e que a percepção dessa natureza probabilística das provas em geral tornaria mais tênue a aversão que intuitivamente se tem em relação à prova estatística. Se alguém tivesse alegado ter visto o nome “Companhia Metropolitana” no ônibus azul, poder-se-ia ter, aí, uma evidência direta para o nexo causal. Todavia, essa ainda seria uma prova probabilística, baseada em uma observação feita numa noite escura e chuvosa. Curiosamente, a mesma prova que, em certos contextos, é resistida, em outros, se admite (DANTAS; SANTOS, 2023, p. 45).

A prova estatística realizada em conformidade com as regras e princípios próprios desta ciência e devidamente orientada pela clara identificação de seu objeto de análise, detém capacidade objetiva

para delimitar de modo suficientemente seguro a probabilidade de um fato ter ocorrido nos termos declarados pelo autor ou nos termos declarados pela parte oposta.

Com isto, aflora o apontamento de que a resistência ao uso da prova estatística deriva de sua transparência quanto a possível margem de erro; o que é camuflado por outras modalidades de prova.

Ademais, a resistência ao uso desta modalidade de prova coloca suas preocupações eminentemente no contexto de sua descoberta, impugnando diretamente as inovações trazidas pela via inferencial.

Todavia, seu uso processual pode ser legitimado por meio de adequada justificação de seu desenvolvimento (métodos apropriados, delimitação clara do objeto) e harmonização com demais elementos processuais no seio da motivação da decisão judicial.

Outro aspecto de necessária análise é que, a despeito da inexistência de regras de tarifação de provas no ordenamento processual vigente, parece-nos evidente que cada meio de prova tem seu contexto de utilização a depender da natureza da lide e do fato a ser demonstrado.

Exemplo é a disposição contida no artigo 443, inciso I, do Código de Processo Civil, no sentido do não cabimento de prova testemunhal para demonstração de fatos que demandem conhecimentos técnicos, ensejando a necessidade de prova pericial.

Com isto, a natureza e especificidades das lides demandam a flexibilização ou atenuação da ideia de padronização dos meios de provas, impondo-se o amoldamento destes a estas condições próprias e ao comando constitucional de provimentos jurisdicionais tendentes a solucionar os processos de modo justo e efetivo.

Esta parece ser uma justificativa hígida a validar o uso da prova estatística no direito processual pátrio.

Complementarmente, embora conhecidas críticas sobre a teoria dos módulos de prova formulada por Gerhard Walter, seus

fundamentos se revelam ajustados ao defendido no presente artigo, notadamente, pelo conceito de que existe uma vultosa diversidade de fatos para se exigir a mesma forma de seu convencimento, bem como são diversos os fins perseguidos pelo direito para se impor um padrão.

Los cuadros fácticos que hay que se reglar son demasiado diversos como para que puedan ser sometidos a um patrón único. Son demasiado diversos también los fines regulatorios que persigue el derecho para exigir siempre la convicción de la verdad para que la regulación entre a aplicarse (WALTER, 2019, p. 165).

Deste modo, o referido autor classifica três modelos para constatação dos fatos processuais: convicção da verdade, controle por terceiros e preponderância ou verossimilhança.

Em sua clássica obra sobre a livre-apreciação da prova (*freie Beweiswürdigung*), Gerhard Walter distinguiu três modelos diversos de constatação dos fatos. O primeiro é o da convicção da verdade – a exigir firme convicção pessoal do juiz ou probabilidade próxima da certeza. Trata-se do enfoque tradicional emprestado ao princípio da livre-apreciação da prova, adotado com algumas particularidades pelos vários sistemas processuais de civil law. O segundo é o modelo de controle por terceiros, por meio do qual o essencial é que outra pessoa – outro juiz ou qualquer pessoa razoável – possa alcançar o mesmo juízo fático, aprovando, assim, fictamente a conclusão. O terceiro é um modelo de preponderância – segundo o qual basta uma probabilidade prevalente para embasar o juízo fático nos litígios civis (COSTA, 2013, p. 372).

Importante ressaltar que Gerhard Walter categoricamente afirma não pretender que a redução ao módulo de prova se aplique indistintamente.

O autor defende que para a grande maioria dos casos a convicção da verdade é adequada para a grande maioria dos casos.

Infere-se da obra que a verdade deve ser buscada em todos os casos, impondo-se, contudo, que o parâmetro de prova necessário à formação da convicção do juiz seja adaptado conforme a natureza e complexidade da lide.

Deste modo, o presente artigo considera esta teoria pelo que entende ser sua grande contribuição, representada pela ideia de identificação do nível de adequação da espécie probatória em função das especificidades das lides apresentadas ao Poder Judiciário.

Deve-se esclarecer que a teoria não atribui valores apriorísticos às provas, mas defende a necessidade de pesquisa da suficiência, pertinência e conformação do meio de prova com as características do fato a ser objeto de demonstração.

Luis Alberto Reichelt compartilha do entendimento acima exarado, consoante transcrição a seguir:

O grande mérito da proposta de Gerhard Walter reside no fato de afirmar a possibilidade de concepção de módulos de prova próprios para casos peculiares sem, contudo, afirmar a renúncia à possibilidade de obtenção da verdade através da investigação processual. A ideia de verdade, em tal contexto passa a ser tomada como um valor-limite a ser considerado como possível, mas nem sempre necessário para que o julgador possa proferir sua decisão em sede de convencimento. É nesse sentido que o autor rechaça a ideia de redução geral do módulo de prova no processo civil, não excluindo a possibilidade de “que se examine, en ciertos campos parciales o grupos de casos, si una reducción del módulo no viene a cuento por razones perentorias de derecho material o por otros critérios” (REICHELTL, 2009, p. 215).

A imposição de grau unitário de cognição e prova acaba promovendo a negação de direitos, trilhando caminho oposto aos valores e finalidades almejadas pelo ordenamento jurídico.

Tendo estas considerações em vista, aliada a previsão contida no artigo 369 do Código de Processo Civil, os resultados

probabilísticos advindos da estatística, os quais evidenciam fundamentada relação de continência (ou seja, o fato a ser provado está contido na probabilidade), compatibilizam-se satisfatoriamente com o nível de prova necessária para diversas modalidades de lides, conforme detalhado no tópico a seguir.

5 A PROVA ESTATÍSTICA E SEUS HORIZONTES JURÍDICOS

Existem conflitos apresentados ao Poder Judiciário que guardam natureza extremamente complexa e diferenciada que acarretam variadas dificuldades para o modelo tradicional de processo, o qual precisa ser interpretado em novas dimensões para viabilizar a prolação de tutela jurisdicional efetiva.

Para esta classe de “novos” litígios, os meios de provas típicos também enfrentam dificuldades para o atingimento de sua finalidade, pois há um descompasso entre sua dimensão de efeitos e a realidade a ser comprovada.

Exemplifica-se a alegação com a insuficiência de provas documentais para a comprovação de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho. Isto porque no ambiente laboral, onde prevalecem relações de hierarquia, os documentos são facilmente constituídos, independentemente de sua aderência com a realidade.

Também devem ser considerados conflitos envolvendo extremamente elevado de operações, cuja aferição individual implicaria elevado custo financeiro e transcurso não razoável de tempo; o que tornaria o processo ineficiente. Inserem-se nesta categoria lides tributárias, microtransações financeiras em jogos eletrônicos, indenizações aos atingidos por contaminação ambiental, etc.

Todos estes exemplos demandam a superação do dogma da prova de certeza em favor da prolação de decisões judiciais, igualmente motivadas, mas otimizadas em justiça, efetividade e praticabilidade.

Assim, as probabilidades advindas da prova estatística podem trazer os necessários elementos para evidenciar a correlação entre um fato e a consequência jurídica trazida em norma, demonstrando relações de continência e frequência suficientes para formar a convicção de julgador e motivar validamente a decisão judicial.

Observando este raciocínio, podem ser identificados diversos litígios cuja natureza seja complexa, nos quais os meios convencionais de prova são inábeis para a comprovação dos fatos componentes, exemplificando-se com as seguintes hipóteses:

- discriminação no ambiente de trabalho – há grande dificuldade na demonstração de que os critérios adotados para contratação de empregados guardam somente a aparência de neutralidade. A estatística pode relacionar os dados relativos ao perfil dos empregados, comprovando que as regras adotadas impedem a contratação de mulheres, negros, e outros portadores de determinadas características;
- litígios estruturais – entendidos como aqueles no qual “um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbem-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes” (FISS, 2017, p. 121);
- litigância repetitiva faticamente variada – conceituadas como demandas com similitude de elementos objetivos, configurando controvérsia fática e não jurídica. Edilson Vitorelli (2019, p. 387-414) as descreve do seguinte modo: “Embora todos autores tenham sofrido o mesmo dano, provocado pelo mesmo réu, cada um deles o experimentou de acordo com circunstâncias subjetivas próprias que podem influenciar na intensidade de cada lesão.”;

- cobrança dos direitos autorais, pela retransmissão radiofônica em estabelecimentos comerciais;
- lides de naturezas tributárias pautadas em elevado volume de operações que observam padrão normativo e fático, cuja análise individualiza implicaria em risco de perecimento do crédito tributário ou acarretaria dificuldades e custos deveras elevados aos contribuintes, inviabilizando o exercício da ampla defesa por estes.

Em síntese, a aplicabilidade adequada da prova estatística em processos judiciais reside em demandas que guardem similitude de seus elementos objetivos, identificando-se proposituras em larga escala ou com objeto composto por elevado número de operações, justificando o tratamento macro por parte do Estado.

6 SÍNTESE CONCLUSIVA

Consoante inicialmente disposto, o presente trabalho teve como pretensão analisar a possibilidade de utilização da prova por estatística ou por amostragem no âmbito do processo civil, identificando espécies de litígios nos quais esta espécie de prova pode contribuir válida e positivamente para a formação da convicção do magistrado e, subsequentemente, de provimento jurisdicional justo e efetivo.

Para tanto, houve a demonstração de que a resistência em sua utilização no processo civil, a despeito da autorização normativa decorrente do artigo 369 do Código de Processo Civil deriva da falsa crença representada pela ideia de imprecisão e insegurança dos resultados da prova estatística e a ilusão de precisão dos demais meios de prova tidos como diretos.

Isto porque, nos termos demonstrados, não pode ser validamente considerada a dicotomia entre verdade absoluta e

verdade relativa dentro do processo; considerando-se verdadeiras as conclusões decorrentes das demonstrações obtidas a partir dos mecanismos processuais postos à disposição dos litigantes.

Necessário ressaltar que conclusão diversa autoriza a afirmação de que o processo poderia albergar solução inverídica porque diversa da noção da verdade absoluta e, com isto, gerar provimentos jurisdicionais injustos, o que ocasionaria a ineficiência do próprio ordenamento jurídico.

Deste modo, é necessário readequar o modelo de pensar acerca das provas judiciais, esclarecendo que em todas as modalidades existe grau de incerteza acerca de suas demonstrações, incidindo raciocínio probabilístico, haja vista a impossibilidade de sua verificação empírica.

Outra questão importante é a evidência de que a margem de erro enunciada nas análises estatísticas em verdade não representam falhas, mas sim a ocorrência de um evento previsível – em menor proporção e que se encontra considerado em suas próprias premissas.

Ou seja, esta modalidade de prova, tal qual as demais, promove a reconstrução argumentativa (e científica do fato) por meio de mecanismos controlados e controláveis pelos envolvidos no processo, do que também resulta a ampla abertura da motivação da decisão judicial.

Neste sentido, parece-nos confiável a conclusão de que a prova estatística guarda significativa posição na função da prova, auxiliando na redução da insegurança da decisão judicial.

Tal qual ocorre nos meios de provas tidos como tradicionais e diretos, seus resultados serão mais confiáveis e precisos na medida em que observado rigor qualitativo e quantitativo para a obtenção da amostra, reconhecimento do método aplicado e transparência na delimitação do objeto da investigação e aspectos controvertidos.

Ademais, ainda que a estatística não demonstre nexo de causalidade, é plenamente capaz de demonstrar relações de

continência, as quais analisadas criticamente e em conjunto com os demais elementos processuais, constroem elementos suficientes para motivação de decisão judicial a qual indicará os consequentes jurídicos.

Outrossim, a estatística aplicada ao processo civil, além de meio de prova, pode ser utilizada como mecanismo para racionalização da aplicação da decisão – atuando no cumprimento de sentença ou sua execução.

Com efeito, impõe-se esclarecer o presente estudo entende pela possibilidade e utilidade da aplicação da prova estatística em processos judiciais, notadamente pela necessidade de compreensão da diferença de natureza e complexidade entre as causas, impondo-se a mudança do pensamento jurídico para a identificação dos meios probatórios mais adequados e eficiente para a estruturação de decisão judicial justa.

Mister reforçar a ideia de que a prova estatística observa um lugar específico dentro da produção probatória, no qual suscitará resultados benfazejos à resolução da lide, propiciando às partes envolvidas o sentimento de justiça e segurança.

Por fim, com a convicção da pertinência da prova estatística no processo civil brasileiro, alerta-se que todas as espécies de prova devem ser analisadas criteriosamente dentro do contexto processual; observando, todavia, as provas estatísticas como uma possibilidade de aperfeiçoamento do debate jurídico, o qual deve ser voltado para a prolação de decisões juridicamente válidas, além de, argumentativamente coerente.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 1.000, p. 451-464, fevereiro 2019.

BORGES, Fabrício de Lima. Litígios Estruturais e métodos consensuais de resolução de conflitos: o caso da ação civil pública sobre a fila de espera da assistência oncológica no Cariri cearense. In: **Revista Themis**, Fortaleza, Ed. Esmec, v. 20, n. 1, p. 87-111, jan /jun. 2022.

CARPES, Artur Thompsen. Quando a estatística de 95% pode não ser suficiente para provar o nexo de causalidade. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, Ed. RT, ano 7, v. 25, p. 111-127, out.-dez. 2020.

COSTA, Gustavo Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Bellwether trials* à brasileira?: estatísticas, danos em massa, definição por amostragem de categorias indenizatórias e o art. 69, § 2.º, VI, do CPC. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ed. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ano 17, v. 24, n. 2, p. 39-64, maio a agosto 2023.

ESTATÍSTICA Inferencial. In: AcademiaLab. Disponível em: <<https://academia-lab.com/enciclop%C3%A9dia/estatistica-inferencial/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. Manual for complex litigation, fourth. 2004. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/file/3228/download>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: COSTA, Susana Henriques da; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 119-173.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal?: um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). **Verdade**

e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KRAMER, Alice. A prova científica no processo civil brasileiro: DNA e estatística. In: **Juris Rationis**, Natal (RN), Ed. Universidade Potiguar, ano 6, n.º 1, p. 20-21, out. 2012-mar. 2013.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Castro Lopes, 2022.

MATSUSHITA, Raul Yukihiro. O que é estatística? 2010. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/ie/est/complementar/estatistica.htm>>.

MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. In: **Revista TRT 10.ª Região**, Brasília, Ed. Tribunal Regional do Trabalho, v. 15/18, p. 157-164, 2006/2009.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. *Bellwether trials*: a experiência norte-americana com os julgamentos por amostragem. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 47, v. 328, junho 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 32, v. 154, p. 207-222, dez. 2007.

VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos:

novos horizontes para as causas repetitivas? In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 44, n. 298, p. 387-414, dez. 2019.

VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Ed. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 76, p. 51-74, abr./jun. 2020.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Buenos Aires: Olejnik, 2019.

Recebido em: 29-7-2024

Aprovado em: 29-8-2024

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO¹

Victor Hugo Guerra Hernández²

[...] en los últimos tiempos, nuestras democracias no “mueren” de manera “abrupta” como solía ocurrir en el Siglo XX, digamos, a través de “golpes de estado” militares. Contemporáneamente...lo que se advierte es un fenómeno diferente, de “erosión lenta”, en donde los gobernantes de turno van desmantelando, poco a poco, y a través de pasos en apariencia legales, los sistemas de “frenos y controles” existentes, hasta vaciar a la democracia de contenido, y poder gobernar así, libres de ataduras y fiscalizaciones molestas [...] (GARGARELLA, 2022)

SUMARIO. I. Introducción y agradecimiento. II ¿Qué es el préstamo constitucional? III. Algunos ejemplos significativos del préstamo constitucional. III.1. Redacción de nuevos textos constitucionales. III.2. Interpretación de normas

¹ **Como citar este artículo científico.** GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. El préstamo constitucional como una herramienta del derecho comparado. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 377-407, maio-ago. 2024.

² Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andres Bello y Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. *E-mail*: victor.guerra@pmi.com

constitucionales en la generación de políticas públicas. III.3. Redacción de sentencias judiciales. IV. Uso del préstamo constitucional y los límites al derecho internacional privado. IV.1 La constitución americana. IV.2. las constituciones de Canadá y Australia. V. Conclusiones. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTO

El contenido de este artículo nació de la iniciativa de homenajear y rendir homenaje académico a nuestro querido y recordado Profesor Dr. Raúl Arrieta.³ Conocí al Profesor Arrieta en la Universidad Central de Venezuela a mediados de los años 90, cuando comencé en mis lides de investigador y profesor en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en Caracas. Desde esa época el Profesor Arrieta ya era un profesional reconocido, que se hacía sentir y respetar en la Facultad, y siempre fue muy amable conmigo.

Con el tiempo y durante mi proceso de formación y aprendizaje, tuve la fortuna de tener al Dr. Arrieta como mi Profesor del Doctorado en Ciencias mención Derecho. Fue allí, precisamente, donde descubrí y aprendí por primera vez la noción del “préstamo constitucional”, en su Curso sobre Derecho Constitucional Comparado (2006). Este artículo, el cual dedico a su memoria, se basa justamente en el “préstamo constitucional” como una herramienta del Derecho Comparado. Herramienta que me permitió a su vez analizar los posibles límites constitucionales al Derecho Internacional Privado (“DIP”).

Finalizo esta introducción señalando que Raúl también me ayudó mucho con mi tesis doctoral, fue parte de mi Jurado evaluador. Tesis que defendí en el 2011, en medio de alborotos y protestas callejeras,⁴ que amenazaban la realización del acto de defensa y el

³ Este artículo también fue entregado a la Universidad Central de Venezuela, en Mayo de 2023, y se encuentra en proceso de publicación.

⁴ Al menos 5.338 protestas se registraron en Venezuela el 2011. Cifra, revelada por el Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCD), que mostró

acceso a las aulas de “*esta casa que vence la sombra*”, frase con la que inicia la segunda estrofa del himno de la Universidad Central de Venezuela. Colegas y amigos de ésta, su Casa de siempre, y de otras latitudes, rinden un muy merecido homenaje a su memoria, al que yo, humildemente, me he sumado.

II ¿QUÉ ES EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL?

Al incursionar por primera vez en la idea del préstamo constitucional, analizamos los trabajos sobre este tema, publicados por el *International Journal of Constitutional Law*.⁵ Ellos fueron de gran utilidad para entender el alcance, ventajas y desventajas, del préstamo constitucional en diversos contextos culturales, jurídicos y realidades históricas.

En el pasado reciente se ha hablado de los llamados “trasplantes jurídicos”, como un mecanismo metafórico, utilizado originariamente en el Derecho Comparado para analizar la importación de normas extranjeras a los sistemas jurídicos propios.⁶ Hoy preferimos utilizar los términos “préstamo constitucional”, o el “*constitutional borrowing*” por su expresión en inglés pues, la idea de un préstamo o un “*borrowing*” nos resulta más amable, ya

un aumento del 70% respecto al 2010. El informe dio a conocer que 2.093 protestas fueron por reclamos laborales; 1.592 a los pedidos de vivienda; 1.300 a la seguridad ciudadana, justicia y cárceles, y 353 por temas educativos (VENEZUELA, 2012).

⁵ El *International Journal of Constitutional Law* es una revista de derecho trimestral que cubre derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional y otras ramas del derecho público. Fue establecida en 2003 por Norman Dorsen de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y si bien originalmente solo estaba disponible en inglés, la revista ahora también publica números en español. Ver <<https://academic.oup.com/icon/pages/About>>.

⁶ Los trasplantes jurídicos son una poderosa metáfora, y tuvieron un papel relevante en la revitalización de las teorías difusionistas sobre la circulación normativa y el préstamo jurídico a partir de la década de los setenta con la obra de Alan Watson, quien acuñara por primera vez la expresión en 1974, definiéndolo como “el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro” (WATSON, 1993, p. 21, *apud*, BACKENKÖHLER CASAJÚS, 2019, p. 263).

que patrocina una interacción respetuosa entre los sistemas jurídicos y las realidades existentes en el Estado de origen y en el Estado receptor.

Ahora bien, no hemos encontrado un concepto único sobre el “préstamo constitucional” o “*constitutional borrowing*”, por lo cual, nos atrevemos a definirlo por nuestra propia cuenta como:

Aquella actividad de alcance normativo general, desplegada por un operador jurídico sea éste de naturaleza legislativa, es decir un congreso, parlamento o asamblea durante el proceso de formación de una ley; o, judicial, es decir algún representante del poder judicial, normalmente una sala o corte constitucional; o, por último, y excepcionalmente, un operador jurídico de naturaleza administrativa en creación de políticas públicas y/o regulación secundaria con alcance *erga omnes*. Esta actividad de préstamo podría tomar cualquier parte, grande o pequeña, del régimen constitucional del sistema jurídico del Estado de origen, por ejemplo, una sola oración en el texto constitucional; o un artículo o disposición completa de la constitución; o una doctrina judicial que interpreta alguna parte del texto constitucional; o un conjunto de interpretaciones formales o informales entre los legisladores del dispositivo constitucional, dado por alguno de los poderes del Estado de origen, o incluso, por su población en cuanto a lo que realmente exige la constitución; con el fin de mejorar y adaptar, respetuosamente, algún aspecto de alcance constitucional en el Estado o sistema jurídico receptor.

El préstamo constitucional es además una de las herramientas clave del Derecho Comparado, disciplina que aporta la información necesaria para alcanzar los mejores resultados en los procesos de codificación y creación normativa, tanto de carácter legislativo como judicial constitucional, sobre todo en contextos sociales, económicos y políticos complejos e inciertos, y a veces hasta irracionales (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022).

Pero hoy también se habla del abuso del préstamo constitucional, enmarcado en los trabajos del abuso del constitucionalismo (DIXON; LANDAU, 2021). En tal sentido,

nos parece muy interesante la afirmación que señala que no es claro que, en el derecho constitucional contemporáneo, exista alguna institución que no merezca ser reconstruida en términos de “préstamo constitucional”. En otras palabras, ¡que todo el derecho constitucional comparado es “derecho prestado”! (GARGARELLA, 2022, nota 2).⁷

Un adecuado uso del préstamo constitucional puede servirnos a los intelectuales y hacedores de normas, decisiones y políticas públicas, como una herramienta de freno al apetito voraz de gobernantes de turno inescrupulosos, que pretendan vaciar el contenido democrático y de Estado de Derecho a las normas constitucionales. Veamos a continuación algunos ejemplos del préstamo constitucional, y cómo éste ha sido útil para el desarrollo de los sistemas jurídicos, y para la actividad judicial que lo ha empleado.

⁷ Este autor además ilustra su afirmación indicando que “[...] En principio –puede decirse con razón– el liberalismo constitucional democrático que hoy rige en buena parte del mundo, encuentra sus raíces en las discusiones propias del “momento fundacional” de los Estados Unidos; las discusiones de la Asamblea Federal y los trabajos de El Federalista y de James Madison en particular –así, en la defensa de un sistema representativo, con sus elecciones periódicas, su sistema de *checks and balances*, etc. Pero lo cierto es que dicho sistema alumbrado entonces resulta, al mismo tiempo, y sin dudas, heredero de infinidad de “préstamos”: préstamos que derivan del legado de Montesquieu, de Machiavelo, de Locke, de Rousseau, del “gobierno mixto británico”, de la República Romana, de Polibio reconociendo, en Roma, la mejor expresión de la teoría que Aristóteles había presentado tiempo atrás; etc., etc. Quiero decir –e insisto con esto: todo el derecho constitucional es “comparado” y todo el derecho que hoy conocemos es el resultado de sucesivos “préstamos.” En tal sentido, y por tanto, no hay nada que pueda ser considerado como “auténtico” o “autóctono” (“nosotros primero”) y, por tanto, ajeno a la idea de “préstamos constitucionales.” Con lo cual, la noción de “préstamo constitucional” se convierte en una categoría “vacía”, en una “tautología”: “todo” es “préstamo constitucional”, y “nada” deja de serlo realmente.”

III ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL

III.1 REDACCIÓN DE NUEVOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

El primer ejemplo que analizaremos será el de la Constitución japonesa de 1947, como un caso de redacción de un nuevo texto constitucional, luego de un conflicto bélico: la Segunda Gran Guerra.⁸ Así, el trabajo del Profesor Hasebe nos permitió apreciar la influencia de textos constitucionales entre dos países, específicamente entre los Estados Unidos y Japón (HASEBE, 2003, p. 224 y ss.).

La Constitución japonesa es un texto corto, sólo cuenta con 5.000 palabras, en comparación con el promedio de otras constituciones que alcanzan las 21.000 palabras. Es el texto constitucional no enmendado más antiguo del mundo, pues su texto no ha tenido ninguna enmienda en más de setenta años. Es conocida como la “Constitución MacArthur”⁹ pues, si bien fue redactada con la colaboración de eruditos y doctrinarios japoneses, su texto estuvo siempre bajo la supervisión del general estadounidense Douglas MacArthur, comandante de las potencias aliadas, durante la ocupación aliada de Japón después de la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, la redacción de esta Constitución estuvo bajo la influencia directa del texto constitucional norteamericano.

⁸ Muchos países adoptaron nuevas constituciones después de la Segunda Guerra Mundial presentando cinco características fundamentales: i. disposiciones que establecen las principales instituciones de gobierno, y los lineamientos para su renovación; ii. disposiciones que establecen la distribución de los poderes gubernamentales en el territorio del Estado; iii. disposiciones relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos; iv. disposiciones relativas a la posibilidad de enmienda constitucional; y v. disposiciones que establecen un poder judicial relativamente independiente armado con la autoridad para revisar las prácticas ejecutivas, los decretos administrativos y las leyes promulgadas por las legislaturas, incluyendo la autoridad para declararlas inconstitucionales por estar en conflicto con los principios fundamentales protegidos por la constitución.

⁹ También es conocida como la “Constitución de Posguerra” o la “Constitución de la Paz”, ya que obliga a Japón a renunciar a su derecho a la guerra, y a no mantener fuerzas militares (Art. 9).

La Constitución de 1947 constituyó un avance significativo en relación con el texto constitucional precedente, la Constitución del Imperio Japonés de 1889, conocida como Constitución Meiji, pues modificó el sistema anterior del Japón, basado en una monarquía pseudo constitucional y de estratos, por una nueva monarquía parlamentaria. En la práctica, sin embargo, no se lograron los resultados esperados en materia de desarrollo democrático al estilo francés y tampoco, de protección de las libertades individuales al estilo norteamericano.

Así, el caso del préstamo constitucional en Japón pone de relieve el rol fundamental que juega el poder judicial para una adecuada implementación y desarrollo de la norma constitucional en el sistema legal de un país. La Corte Suprema del Japón, así como sus doctrinarios constitucionalistas, son culturalmente conservadores. Por lo tanto, el préstamo constitucional en este caso se tradujo, en general, en una transcripción de soluciones constitucionales norteamericanas, que no han tenido en Japón el impacto y desarrollo práctico que han tenido soluciones similares en los Estados Unidos, gracias a la labor de la Corte Suprema y tribunales de ese país.

Un ejemplo clásico, ha sido la interpretación dada en Japón al Art. 21 de su Constitución, relativo al derecho de libertad de expresión y prohibición de la censura. Imaginemos lo que esta libertad ha significado para los japoneses, en el marco de una sociedad en donde, culturalmente, se considera valioso el guardar silencio. En Japón, el “*Haragei*” que significa literalmente “*el arte del vientre*”,¹⁰ es la costumbre japonesa de dar paso al silencio, y comunicarse a través de las insinuaciones. Así, en Japón quedarse sin decir nada es una parte vital de su cultura y, contrario a lo que puede significar para otras culturas, el guardar silencio es una verdadera muestra de respeto.

Otro ejemplo más reciente es el de la Constitución de Irak, luego de la llamada “Segunda Guerra del Golfo”.¹¹ El 30 de enero

¹⁰ Véase <<https://en.wikipedia.org/wiki/Haragei>>.

¹¹ A principios del Siglo XXI, la política de los Estados Unidos respecto a Irak era la de provocar un cambio de régimen, ya sea mediante un golpe militar o mediante una invasión estadounidense, justificada como “ataque anticipatorio”

de 2005, una Asamblea Nacional Constituyente aprobó una nueva Constitución Nacional, que fue ratificada por el pueblo de Irak el 15 de octubre de 2005, con el 82% de los votos a favor (véase IRAK, 2005). Esta nueva Constitución evidencia una influencia clara del sistema político norteamericano y del sistema liberal occidental en general, especialmente al considerar a Irak como una República Parlamentaria Federal, con un Primer Ministro al mando del gobierno, y una figura presidencial simbólica de unidad de la nación. En este préstamo también se aprecia la apertura hacia la cultura del Estado receptor, pues esta Constitución reconoce al islam como fuente prioritaria del Derecho en Irak, imponiendo su supremacía, incluso, a la propia Constitución.¹²

III.2 INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA GENERACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El segundo ejemplo tiene que ver con el uso del préstamo constitucional para la interpretación formal y positiva de las normas constitucionales en otros países en el proceso de desarrollo de políticas públicas. Es el caso de la era postcomunista en Europa Central, en donde se rechazó el federalismo norteamericano por oponerse a las condiciones socialistas de esos países europeos (SCHEPPELE, 2003, p. 296-324).

contra un Estado díscolo, que se dedica a desarrollar y desplegar armas de destrucción masiva. Véase Sweezy, Magdoff, Foster y McChesney.

¹² En un Seminario relativo al rol de la mujer en la redacción de la constitución de Irak, celebrado en Amman, Jordania (Mayo-2005) y auspiciado por el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM), se analizaron las constituciones de diferentes Estados, entre ellas la norteamericana. Entre otras conclusiones de este Seminario se indicó que la Constitución es un documento vivo, que se va desarrollando a través de la actividad de los diversos operadores jurídicos. En particular, fue preocupación del Seminario como reducir la discriminación hacia las mujeres, y garantizarles derechos iguales a través del texto constitucional. El debate también giró entorno a una regulación detallada en las normas constitucionales, o más bien una regulación genérica que fuese adquiriendo contenido a través de las decisiones de la autoridad, esta última fue la tesis que prevaleció. Véase en este sentido NACIONES UNIDAS (2005).

Este es un caso que evidencia la importancia que tiene el contexto jurídico y cultural vigente en los Estados o sistemas jurídicos de origen frente a los Estados o sistemas jurídicos de recepción, a los fines de facilitar la viabilidad de un préstamo constitucional (ROSENKRANTZ, 2003, p. 269-295).¹³

III.3 REDACCIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES

El tercer ejemplo tiene que ver con el alcance del préstamo constitucional en el análisis de casos particulares y la redacción de sentencias por parte de tribunales supremos o constitucionales que hacen uso de la doctrina constitucional extranjera, o de las normas constitucionales extranjeras para argumentar la solución de un caso concreto. Quizás sea éste el más importante rol del préstamo constitucional, al decir de algunos autores, pues permite dar respuesta de manera dinámica a las necesidades de una sociedad en un momento histórico determinado (EPSTEIN; KNIGHT, 2003, p. 196-223).¹⁴

Así, podemos citar el emblemático fallo que determinó la inconstitucionalidad de la pena de muerte en Sudáfrica. El Tribunal Constitucional de este país basó su decisión luego de examinar en detalle la jurisprudencia pertinente de Alemania, Botsuana, Canadá, Estados Unidos, Hong Kong, Hungría, India, Jamaica, Tanzania, Zimbabue, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, 1995).

¹³ En este artículo nos impactó la importancia que para la máxima autoridad judicial argentina tienen las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, prefiriéndose sus decisiones a la búsqueda de una solución local o propia.

¹⁴ En la discusión sobre este artículo durante el curso llegamos a la conclusión del falso supuesto en el que incurrieron ambos autores pues, pretendieron sustentar su tesis sobre la base de una uniformidad de cultura jurídica en los países que conformaron la ex Unión Soviética, lo cual no fue cierto, ejemplo de ello eran por ejemplo los contraste que existen entre Polonia y la propia Rusia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, quizá el último bastión del “*parroquialismo*” entre los principales tribunales constitucionales del mundo, también se ha sumado a la tendencia de la referencia y estudio comparado. Ejemplo de ello son los casos *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), en donde se revisaron decisiones del tribunal europeo de los derechos humanos para reforzar el principio del debido proceso, a partir del cual la libertad individual de cada ser humano no puede ser vulnerada por la autoridad, incluso cuando las prácticas de tales individuos sea contrarias a algún concepto moral de una colectividad, y siempre y cuando tales prácticas (en este caso fueron prácticas de parejas de un mismo sexo), sean efectuadas en la privacidad que garantizan las leyes (UNITED STATES, 2003). Un segundo caso más reciente es el de *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) (UNITED STATES, 2005), en el cual la opinión mayoritaria de la Corte también citó sentencias extranjeras en apoyo de su decisión.

En Venezuela, decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por ejemplo, han justificado el empleo de la doctrina extranjera en materia de interpretación constitucional. Interesante resaltar que, en el caso venezolano, se ha insistido en el uso de las teorías políticas que mejor justifique una interpretación axiológica de las normas constitucionales favorables al pensamiento político imperante.¹⁵

¹⁵ Ejemplo de ello es la Sentencia de la Sala Constitucional, Caso Baker Hughes S.R.L., del 25-1-2001, con ponencia del Magistrado Delgado Ocando, en la cual se señalo que: “[...] Esta especialización se concreta en el ejercicio de la tutela constitucional en su máxima intensidad. No precisamente al modo en que la ejercía la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, la cual estaba restringida en sus funciones de garantía constitucional como si de un legislador negativo se tratase, es decir, la Sala Plena actuaba como un complemento del Poder Legislativo (único ente propiamente sujeto a la Constitución) en tanto se encargaba de revocar los actos de rango y fuerza de ley que éste dictaba contraviniendo la Constitución. Siendo que ésta no era concebida como un cuerpo jurídico normativo directamente aplicable a los distintos operadores jurídicos, se entendía que las interpretaciones de la Constitución que hiciera la Sala Plena no tenían carácter vinculante, y su influencia estaba asociada al efecto abrogatorio de los fallos de nulidad de actos con rango o fuerza de ley. **Muy por el contrario, a esta Sala Constitucional le corresponde no sólo anular actos de esa naturaleza, sino que tiene asignada tanto la interpretación del texto constitucional, con el fin de salvar sus dificultades o contradicciones,**

Quisiera concluir señalando que, desde Alemania y España hasta Rusia y Turquía, los tribunales constitucionales de toda Europa se han convertido en importantes traductores de las normas y soluciones constitucionales, convirtiéndolas en verdaderas directrices prácticas para su uso en la vida pública cotidiana. Igual ha sucedido con países como Sudáfrica, en donde su Tribunal Constitucional se han convertido en un símbolo de la renovación post apartheid en ese país. Incluso países como Gran Bretaña, Canadá, Israel y Nueva Zelanda han emprendido rápidamente la tendencia global y cosmopolita hacia la constitucionalización de sus sistemas jurídicos.

IV USO DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como he dicho antes, examiné inicialmente las ideas del préstamo constitucional en el marco de la investigación y redacción de mi tesis doctoral. Éste fue un esfuerzo importante para identificar y examinar cuáles podían ser los límites constitucionales del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, a los fines de establecer una jurisdicción o un procedimiento especial para conocer y decidir los casos de DIP.

como hacer valer el principio jurídico-político según el cual los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente las manifestaciones del poder. Para ello se le ha puesto al frente del aparato jurisdiccional respecto a su aplicación, al punto de vincular sus decisiones a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo en gracia a su potestad anulatoria, sino como derivación de la función antes apuntada.” (Resaltado nuestro). Otras sentencias en ese mismo sentido han sido: Acción de Amparo caso Faitha Marina Nahmens Larrazábal y Ben Ami Fihman Z. del 1-6-2001, Sala Constitucional, ponencia del Magistrado Delgado Ocando. De este mismo Magistrado fue crucial la sentencia en el caso de una Acción de Interpretación Constitucional interpuesta por el Dr. Herman Escarra, del 19-7-2001, en la que sostuvo: “[...] Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y **que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica** (*Interpretatio Favor Constitutione*).” (Resaltado nuestro).

Antes de seguir, quiero recordar que, en nuestra opinión, existen tres posibilidades para considerar un caso como un “caso de DIP”. En primer lugar, cuando a decir de la propia Ley de DIP “los supuestos de hecho” estén relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros (Ley de DIP, artículo 1). En segundo lugar, cuando expresamente sea definido el caso por la norma jurídica como un caso de DIP. Un ejemplo de ello en Venezuela es el supuesto de los contratos internacionales, los cuales según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se considera a un contrato como internacional si las partes del mismo tienen su establecimiento o domicilio en Estados Parte diferentes (Convención, artículo 1).¹⁶ En tercer lugar, cuando en el caso existan elementos de extranjería relevantes, en nuestra opinión dicha relevancia viene dada por el tipo de factor o elemento de conexión que utilice la norma de conflicto, por ejemplo, el domicilio de la persona física puede ser un elemento extranjero relevante para los casos de existencia, estado y capacidad de la persona física en tanto el artículo 16 de la Ley de DIP lo establece como el factor de conexión para determinar el Derecho aplicable a estos casos.

Retomando el punto de los límites constitucionales, partimos de la idea del principio del debido proceso, sobre cuya base debería replantearse en Venezuela el actual procedimiento ordinario, civil y mercantil aplicado por los tribunales venezolanos a los casos de DIP. Este replanteamiento podría implicar o bien un nuevo procedimiento especial para los casos de DIP, o una jurisdicción especial que los conozca y decida (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022).¹⁷

¿Hasta dónde a través de la herramienta comparada, brindada por el préstamo constitucional, el sistema venezolano podía conocer mejor y adecuar sus soluciones procedimentales en materia de DIP? Y, ¿Hasta dónde se podría establecer en Venezuela una jurisdicción,

¹⁶ México, 1994, Ley Aprobatoria publicada en la G.O. Ext. N. 4.974 del 22-9-1995.

¹⁷ Véase especialmente el Capítulo IV “Análisis Comparado, Préstamo Constitucional y Posibles Alternativas para el DIP: Una Jurisdicción o un Procedimiento Especial”, p. 257 a 307.

o al menos un procedimiento especial, en materia de DIP? Las respuestas a estas interrogantes aún siguen inconclusas. Sin embargo, desde nuestra perspectiva y modesta contribución académica hemos señalado que:

[...] en otras experiencias comparadas no existe tampoco una jurisdicción y procedimiento especial en materia de DIP. Por ello, si bien lo ideal en Venezuela es la creación de una jurisdicción venezolana de DIP, lo cierto es que su logro puede ser un salto enorme para la realidad venezolana [...]. La segunda alternativa que hemos planteado, en ausencia de una jurisdicción especial, es la creación de un procedimiento nuevo y especial para resolver los casos de DIP, especialmente para determinar si el caso es de DIP, y si lo fuera poder analizar adecuada y oportunamente, cuál es el Derecho aplicable y cuál es la jurisdicción competente. Este procedimiento especial debe cumplir con las condiciones de efectividad y agilidad consagradas constitucionalmente como características esenciales de una adecuada administración de justicia. Igualmente, debe asegurarse en este procedimiento el respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva prevista en la Constitución. Asimismo, hemos propuesto que la alzada de la decisión de instancia, generada en el marco de este procedimiento especial, y en resguardo del derecho a la doble instancia, sea la Sala Político-Administrativa, la cual en materia de jurisdicción deberá revisar tanto la negativa como la confirmatoria de la misma, en resguardo del sistema y de los intereses de las partes [...] (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022, p. 321 y 322).

No olvidemos que el sistema venezolano también consagra el principio del debido proceso (Artículo 49 de la Constitución), el cual debe servir como límite necesario en cualquier proceso de mejora y revisión de las soluciones dadas a los casos de DIP, especialmente si procuramos establecer una jurisdicción o un procedimiento especial en esta materia. Más adelante, veremos como el principio del debido proceso o “*due process of law*” ha guiado la jurisprudencia constitucional en países como los Estados Unidos, Canadá y Australia.

Gracias a las clases impartidas por nuestros profesores del Doctorado, incluyendo sin duda las lecciones del Profesor

Arrieta, reforzamos, la importancia que tiene y el rol tan relevante que cumple el poder judicial, para el desarrollo y evolución de un sistema jurídico. Incluso, en los sistemas de raigambre civilista, y muy especialmente a través de las decisiones de sus cortes supremas y salas constitucionales.

Así recordemos que las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional se fundamentan en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (“Constitución”),¹⁸ Título VIII De la Protección de esta Constitución, Capítulo I, De la garantía de la Constitución, en el cual se prevé que:

Artículo 335. “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.” (Resaltado nuestro).

Advertimos que desde la década de los 90s del siglo pasado y principios de este siglo, se ha configurado un nuevo constitucionalismo en nuestra región. Hemos podido apreciar una vinculación a soluciones normativas prestadas desde otros ordenamientos jurídicos, pero, con la incorporación de nuevos derechos, instituciones públicas y organizaciones estatales más acordes a la realidad social latinoamericana (LLANO FRANCO, 2017, p. 188). Así, el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana, creada por la Constitución de 1991 es interesante pues, su labor y decisiones han influido en el desarrollo particular del sistema jurídico colombiano, y han repercutido también en el resto de nuestro

¹⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. N. 36.860 del 30-12-1999. El texto constitucional fue reimpresso por errores materiales en la G.O. Ext. N. 5.453 del 24-3-2000.

continente.¹⁹

En el caso del sistema anglosajón, examinaremos tres textos constitucionales, el norteamericano, el canadiense y el australiano, para mirar cómo soluciones de otras familias jurídicas, las del *common law*, podrían trasladarse a ordenamientos o familias jurídicas del *civil law*. Este ejercicio nos parece válido, sobre todo cuando se trata de resolver temas transversales a la ciencia jurídica, como lo es una adecuada administración de justicia y la protección y respeto a un debido proceso, específicamente en esta sección para los casos de DIP.

IV.1 LA CONSTITUCIÓN AMERICANA

Históricamente en el mundo anglosajón, el origen escrito del principio del debido proceso se ubica en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra (1215), según el cual se protegía el debido proceso de los barones normandos que buscaban frenar la arbitrariedad y el abuso de poder del Rey Juan Sin Tierra (ESPARZA LEIBAR, 1995). Por su parte, en los Estados Unidos el principio del debido proceso o “*due process of law*” fue recogido en la Declaración de Derechos “Bill of Rights” (1791) y luego en la Enmienda V,²⁰ y

¹⁹ En este sentido, es importante recordar que esta Corte ha sostenido que el *decisum* de sus sentencias no es el precedente judicial, pero sí la *ratio decidendi* de las mismas. Dicho precedente se configura con una sola sentencia de constitucionalidad, y esto ha sido así desde la sentencia de esta corporación Número C-104 de 1993. Véanse también: i. Sentencia Número SU354/17 (COLOMBIA, 2017, ii). Sentencia Número T- 260 de 1995, según la cual es precedente la *ratio decidendi* en las sentencias de tutela (COLOMBIA, 1995); y quizás la más aventurada, la Sentencia Número C- 836 de 2001, según la cual para el derecho colombiano el precedente judicial no se restringe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (COLOMBIA, 2001).

²⁰ Enmienda V: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; **ni se le privará de la vida,**

posteriormente, se reiterado en la Enmienda XIV.²¹

En un sentido general, la doctrina norteamericana se ha planteado sí el problema de los límites constitucionales al DIP deberían analizarse desde una perspectiva de DIP, o si, por el contrario, éste es un tema cuya discusión pertenece al Derecho Constitucional. Al respecto, una respuesta aparentemente natural apunta hacia el Derecho Constitucional ya que se trata de las relaciones entre los Estados que forman parte de la Unión Norteamericana, incluyéndose las relaciones de sus distintos Derechos.

Así, el problema del Derecho aplicable o “*choice-of-law*”, deberían venir de la propia Constitución que crea y agrupa a tales Estados y, en consecuencia, sería un problema de Derecho Constitucional y no de DIP (LAYCOCK, 1992, p. 249). En otras palabras, se trata de aspectos relacionados con la distribución de competencias normativas y judiciales entre los Estados que forman parte de la Federación, y es la Constitución la que debe dar respuesta a la distribución de tales poderes y autoridades entre los Estados, a través de principios generales que limiten dicha distribución de poderes (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 440).

De tal manera que, según la doctrina norteamericana un Estado no está en absoluta libertad de aplicar cualquier Derecho que él desee para solventar un caso particular pues, su elección del Derecho

la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización” (resaltado nuestro). El texto en español de esta enmienda fue consultado en: <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

²¹ Enmienda XIV: “1.- Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; **tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal;** ni negar a cualquiera persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos” (resaltado nuestro). <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

aplicable deberá estar sometida a ciertos límites constitucionales. Estos límites constitucionales son: (i) el “*due process of law clause*” (Enmiendas V y XIV) y (ii) el “*full faith and credit*” (Artículo Cuarto) (RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 269).²²

Igualmente, el desarrollo y soluciones dadas al conflicto interterritorial se ha trasladado al tema del *choice-of-law problem* en la doctrina norteamericana de DIP y, por lo tanto, se ha partido de problemas interestatales para generar soluciones que luego se reflejan y aplican a los problemas internacionales, estos últimos los verdaderos problemas de DIP (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 439 y ss.).

El análisis jurisprudencial del concepto del debido proceso en los casos de derecho interestatal o interterritorial se resume en una trilogía de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de los años ochenta: (i) *Allstate Ins. Co. v. Hague* (1981); (ii) *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985); y (iii) *Sun Oil Co. v. Wortman* (1988). Estas decisiones responden, además, a la necesidad de una intervención y respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los aspectos de *choice-of-law* que se estaban generando a partir de la aplicación, por cortes estatales de inferior jerarquía, de las modernas teorías de elección del derecho aplicable como la del “*interest analysis*”, lo cual estaba conduciendo a una exagerada libertad de elección de derecho por dichas cortes y produciendo resultados injustos e irracionales.²³

²² Los orígenes de la protección constitucional a los problemas de *choice-of-law* interestatales encontraron respuesta en las cláusulas de *due process* y *full faith and credit*, en especial para proteger el derecho a la propiedad y el comercio interestatal. También los orígenes de estos problemas durante el siglo XX encuentran respuesta en la doctrina de los “Derechos Adquiridos” (Vested Rights) atribuida a Joseph Beale y plasmada en el Primer Restatement of Conflict of Law.

²³ En este sentido se cita la decisión *Rosenthal v. Warren* (475 F.2d 438 (2d Cir. 1973) como ejemplo de esas decisiones [en ella se favoreció la aplicación del derecho de New York en lugar de la aplicación de una ley del Estado de Massachussets, lugar en la que se practicó una cirugía, que limitaba la responsabilidad de los cirujanos en caso de muerte de pacientes, siendo que el único contacto con Nueva York era el lugar en donde vivía la víctima].

En la sentencia *Allstate Ins. Co. v. Hague*, la Corte Suprema de Minnesota, basada en la doctrina de Robert Leflar,²⁴ aplicó el derecho de Minnesota. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar si los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la Corte Suprema de Minnesota en su elección del derecho de dicho Estado para regir el caso en cuestión.

La opinión mayoritaria, escrita por el Juez Brennan, acompañado de los Jueces White, Marshall y Blackmun, se basó en la discusión de ¿qué debía ser más importante: (i) la acumulación de contactos con un determinado Estado, o por el contrario (ii) los contactos más significativos? El Juez Brennan siguió la primera opción y confirmó la aplicación del derecho del Estado de Minnesota por tener un cúmulo de contactos suficientes con el caso.

Adicionalmente, el Juez Stevens que concurrió con la opinión del Juez Brennan, pero basado en otros argumentos: (i) el respeto al debido proceso impone la no aplicación injusta y/o arbitraria del derecho de un Estado sobre el derecho de otro Estado. En este caso, no hay una violación del debido proceso pues, (a) no es arbitrario que el foro aplique su propio derecho; y (b) la regla de combinación/acumulación de coberturas es aplicada en la mayoría de los Estados y no contiene problemas “serios” de injusticia, además la aplicación de dicha regla no frustra las expectativas de las partes, en particular las expectativas de la empresa aseguradora, *Allstate*. (ii) la cláusula del *full faith and credit* implica que todos los Estados deben respetar los intereses legítimos de los demás Estados, pero el interés de un Estado, individualmente considerado, también es legítimo, en consecuencia, no hay violación del *full faith and credit* a menos que la elección de un derecho sobre el derecho del otro Estado afecte y/o amenace a la unidad de la federación.²⁵

²⁴ Entre los artículos que pueden consultarse de este Autor citamos: Leflar (1972, p. 457).

²⁵ Esta decisión tuvo votos disidentes por parte los Jueces Powell, acompañado de los Jueces Burger y Rehnquist.

En la sentencia *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, se marcó un hito jurisprudencial pues, fue una decisión que invalidó por primera vez la elección de derecho hecha por un Estado. La Corte de Kansas aplicó el derecho contractual del Estado de Kansas lo cual confirmó la Corte Suprema de Kansas. Tal decisión fue impugnada por *Phillips Petroleum Co.* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar si los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban la decisión de la Corte de Kansas de aplicar su propio derecho a transacciones ocurridas fuera de su jurisdicción y que además afectaban intereses de personas que mayoritariamente también residían fuera del Estado de Kansas. La opinión de la Corte, de mano del Juez Rehnquist, sostuvo que el control constitucional sólo opera si existe un verdadero conflicto entre los potenciales derechos aplicables, y que el test aplicable para la determinación de un determinado derecho debe estar vinculado al contacto significativo o agregación de contactos de un caso con un Estado determinado, creando interés en ese Estado para la aplicación de su derecho, siempre y cuando dicha elección de derecho no sea arbitraria e injusta, excediendo lo límites constitucionales.

Según el Juez Rehnquist, en este caso no existía un contacto significativo con Kansas capaz de aplicar su propio derecho a un problema de extensión nacional, por lo tanto, revocó la decisión de la Corte Suprema de Kansas y ordenó se dictara una nueva sentencia (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 470-477; RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 277-279).

Por último, la sentencia *Sun Oil Co. v. Wortman*, se presenta nuevamente como un caso relacionado con el pago de royalties por la explotación de gas ante la corte estatal de Kansas. En este caso, la corte de Kansas aplicó su propio derecho sosteniendo que la prescripción de acciones es un problema de naturaleza procesal. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar

- a) sí los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la corte estatal de Kansas de aplicar su propio derecho en materia de prescripción de acciones visto que era su derecho sustantivo el que se aplicaba al fondo de la demanda; y
- b) sobre la base de esos mismos principios, determinar si un Estado podía interpretar el derecho sustantivo de otro Estado.

La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte Suprema de Kansas en relación con la afirmación de la naturaleza procesal de las normas sobre prescripción de acciones. El Juez Scalia, basó su opinión en el análisis de las cláusulas del *due process* y el *full faith and credit*, especialmente esta última, señalando de manera concluyente y sobre un razonamiento histórico (la tradición vigente cuando las normas constitucionales fueron adoptadas), que la sociedad que aprobó la Constitución no consideró a la normativa sobre prescripción de acciones (*statute of limitations*) como un problema sustantivo, todo lo contrario, se trataba de la forma como cada Estado iba a desarrollar los procesos que debían seguir sus cortes.

El Juez Scalia descartó también la posibilidad de actualizar qué nociones son sustantivas y cuáles son procesales, pues en su opinión esto escapa de las facultades dadas a esa Corte. Señaló igualmente que en materia de prescripciones aplicadas por cada Estado se sigue la tradición y práctica subsiguiente al respecto, lo cual ha permanecido así desde los orígenes de la Enmienda XIV, por lo tanto, no puede reputarse como una práctica arbitraria o injusta que cause sorpresa a cualquiera de las partes. Finalmente, los Jueces Brennan, Marshall y Blackmun consideraron en su opinión concurrente que la *lex fori* debe regir al proceso, y el hecho que un Estado sea el que va a conocer y decir un caso crea suficiente interés procesal en aplicar sus propias normas (SYMEONIDES; PERDUE;

Von MEHREN, 1998, p. 480-490; RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 280-281).

En perspectiva las tres decisiones anteriores nos dejan las siguientes enseñanzas:

- a) *Allstate y Phillips* hacen énfasis en dos tipos de análisis para considerar que la elección de derecho hecha por las cortes de un determinado Estado es correcta (a) cuando hay agregación o cúmulo de contactos con dicho Estado; o (b) cuando los contactos con dicho Estado son significativos;
- b) *sun* agrega a lo anterior, de la mano del Juez Scalia, que el análisis histórico es fundamental para entender la aplicación de una determinada regla de derecho. En tal sentido, creemos que las soluciones modernas de *choice-of-law* como las de Leflar –aplicación del mejor derecho– o Currie –*interest analysis*– enfrentan un escrutinio mayor por parte de la Corte Suprema, que las reglas clásicas previstas en el Primer *Restatement of Conflict of Laws*, por ejemplo la aplicación de la solución *lex loci delicti*; las cuales a diferencia de las primeras gozarán de la ventaja histórica que las precede; y
- c) los principios del *due process* y del *full faith and credit* constituyen un límite a la jurisdicción legislativa de los Estados en tanto la elección de derecho que éstos hagan no puede conducir a resultados irracionales, injustos o que frustren las expectativas de las partes, es decir, la protección del *due process* o debido proceso, o que atenten contra la integridad de la federación y unidad de la nación, es decir la cláusula del *full faith and credit*.

De lo anterior podemos concluir que no hay una regulación constitucional expresa sobre los límites que la Constitución puede imponer a las soluciones de DIP, especialmente en el Derecho norteamericano. Por el contrario, lo que ha habido es un desarrollo

doctrinal, debates entre los constitucionalistas y los *ius privatistas*, y el desarrollo de la propia jurisprudencia.

Así, los principios generales del *due process of law* y el *full faith and credit* son desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como un límite a la elección del Derecho que hacen los Estados en un caso determinado, elección que se denomina en ese sistema el ejercicio de la jurisdicción legislativa, cuando dicha elección se ha basado en modernas teorías de elección del Derecho, tales como el *interest analysis* y, en tal sentido, la tendencia general en las decisiones de la Corte ha apuntado hacia criterios de racionalidad y justicia en la elección del Derecho aplicable, a fin de no violar el *due process of law*, y a mantener la unidad de la federación para no atentar en contra la cláusula del *full faith and credit*.

Un mayor escrutinio a las teorías modernas sobre elección de Derecho nos puede llevar a considerar también otros principios constitucionales orientados, por ejemplo, hacia la no discriminación en materia comercial y protección de los ciudadanos, es decir, la aplicación de las “*Commerce Clause*”; la “*Equal Protection Clauses*” y la “*Privileges and Immunities Clause*”.

Finalmente, la Corte Suprema también ha sostenido que un tribunal norteamericano no puede negarse a conocer y decidir un caso con elementos de extranjería pues, ello conllevaría no sólo a una violación de la cláusula del *full faith and credit* ya comentada, sino también de la cláusulas del *Equal Protection Clauses* y del *Privileges and Immunities Clause* y del *Commerce Clause* por un tratamiento discriminatorio a una persona extrajera y residente en otro Estado, así como la negación del acceso a los órganos de justicia norteamericanos (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 292-293).

IV.2 LAS CONSTITUCIONES DE CANADÁ Y AUSTRALIA

A pesar de ser Canadá y Australia sistemas federales y anglosajones, debemos reconocer de antemano que existen diferencias entre ellos y con relación al ordenamiento norteamericano.

Principalmente, observamos que en Canadá y Australia la Corte Suprema de estos Estados juega un rol más centralizador y controlador de las decisiones del poder judicial estatal, unificando los criterios jurídicos en dichos países. La autoridad federal canadiense y australiana tiene una mayor ingerencia en la esfera de las relaciones privadas, reservada en el caso norteamericano al Derecho estatal. Adicionalmente, bajo la influencia inglesa, los Estados en Australia y las Provincias en Canadá no pueden actuar extraterritorialmente, a diferencia de los Estados Unidos (CASTEL, 1969).

A diferencia de la Constitución Americana de 1787, la Constitución de Canadá de 1867,²⁶ no contiene una cláusula de *full faith and credit* y, por lo tanto, no se aprecia una limitación de las Provincias en ese sentido a los fines de la elección del Derecho aplicable. Tampoco, consagra la Constitución de Canadá un catálogo de los derechos del hombre y ciudadano al estilo del “Bill of Rights”, los cuales apenas fueron adoptados en 1960 por una normativa de rango legal. Ello significa, según los autores, que en el sistema constitucional canadiense y, salvo por lo que respecta al debido proceso, no se impongan límites constitucionales a la elección de Derecho aplicable, en base al derecho a la vida, libertad y seguridad a las personas, como si se hace en el sistema americano (HERZOG, 1992, p. 295).

Es notorio apreciar que cuando los jueces de las Provincias canadienses han tenido que decidir sobre casos con elementos de extraterritorialidad, en particular relaciones entre las Provincias en temas, por ejemplo, contractuales y ambientales, hayan considerado que estos casos tienen una índole federal y que, por lo tanto, deben ser decididos por la autoridad central o federal.

²⁶ Ver la *Constitution Act* de 1982 (Sección 92, subsecciones 8, 12 y 13).

Por otra parte, y al igual que en el caso norteamericano, se ha considerado que el Derecho de una Provincia deberá aplicarse al caso concreto cuando éste presente contactos suficientes con dicha Provincia, o si se encuentra de alguna manera localizado en dicha Provincia. Esta posición, ha llevado a la pregunta ¿qué son contactos suficientes? Generándose entonces el mismo cuestionamiento que en los Estados Unidos acerca del tratamiento igualitario entre residentes y no-residentes, y a diferencia del caso norteamericano, a una menor tensión sobre la eventual violación del libre reconocimiento de las decisiones y actos entre los Estados que conforman la federación, pues como hemos indicado en Canadá no existe una cláusula del *full faith and credit*.

Sin embargo, los autores han sostenido que en Canadá, a pesar de la no existencia expresa en la Constitución de la cláusula del *full faith and credit*, en la práctica hay la tendencia a reconocer que las decisiones y la normativa entre las Provincias deben recibir un reconocimiento directo e inmediato, en especial porque:

- i. se trata de una misma administración de justicia, la cual a todo evento contará con el control de la Corte Suprema de Canadá; y
- ii. porque la propia Constitución de 1867 creó un mercado común entre las Provincias (HERZOG, 1992, p. 304).²⁷

En el caso australiano se ha señalado que sus normas constitucionales en materia de límites a los casos de *choice-of-law* interterritoriales, potencialmente trasladables al DIP, están poco desarrolladas. La Constitución australiana de 1900 incorporó deliberadamente, y a diferencia de la canadiense, en sus Secciones 117 y 118 cláusulas sustancialmente similares a las cláusulas norteamericanas relativas a: (i) “*privileges and immunities*”, y (ii) “*full-faith and credit*”. Adicionalmente, Australia aprobó en 1901 la

²⁷ En tal sentido, ha sido relevante la decisión de *De Savoye v. Morgard* (76 DLR (4th) 256 (1990), de la Corte Suprema de Canadá.

Ley sobre reconocimiento de Estados y Territorios. Por ende, era plausible pensar que al igual que en los Estados Unidos se desarrollaría una gama importante de *case-law*, lo cual no ha ocurrido.

A diferencia de los Estados Unidos y Canadá, en Australia, de acuerdo con la *Australia Act* de 1986, Sección 2,²⁸ se previeron ciertas facultades extraterritoriales de los Estados australianos. La jurisprudencia de la Corte Suprema australiana en estos temas no es exhaustiva, y por el contrario, ha resultado ambigua sobre las facultades de los Estados en los casos extraterritoriales y de DIP, lo cual se ha dejado el desarrollo de la normativa federal (HERZOG, 1992, p. 307 y ss.).

V CONCLUSIONES

A continuación, nuestras conclusiones:

- i. el préstamo constitucional es una de las herramientas del Derecho Comparado. En nuestro criterio esta herramienta permite el desarrollo y evolución de la estructura del Estado, a través de la revisión y mejora de su ordenamiento jurídico, y de las instituciones que lo integran;
- ii. por lo general, el uso del préstamo constitucional está relacionado con: (a) situaciones de cambios políticos trascendentales, tales como los conflictos bélicos de gran magnitud, que imponen la revisión y adopción de un nuevo ordenamiento jurídico; (b) cambios económicos, sociales y culturales, que también demandan la adaptación del sistema jurídico, por ejemplo, el auge y caída de la llamada Unión Soviética, y los procesos de integración regional, como el de la Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, o el MERCOSUR; (c) situaciones novedosas como los avances

²⁸ *Australia Act* es el título abreviado de dos leyes separadas pero relacionadas entre sí, la Ley del Parlamento de la Commonwealth de Australia o “*Act of the Commonwealth Parliament of Australia*”, y la otra la Ley del Parlamento del Reino Unido o “*Act of the Parliament of the United Kingdom*”.

- tecnológicos planteados por la Cuarta Revolución, es decir el auge de la inteligencia artificial, el uso de cripto activos, el Internet de la cosas, y la llamada “Big Data”, que demandan una aproximación jurídica global de estos temas; y finalmente, (d) temas controversiales a los que se enfrenta una sociedad, por ejemplo, casos de discriminación racial, religiosa o de género; o inesperados como los efectos contundentes de la pandemia del COVID-19 (año 2020 y siguientes);
- iii. el préstamo constitucional se puede dar en varios niveles del ordenamiento jurídico. En este artículo hemos mencionado tres: (a) el legislativo, cuando por ejemplo se está redactando un nuevo texto constitucional, por ejemplo, el caso de la Constitución Japonesa de 1947, o más recientemente, el de la Constitución de Irak de 2005; (b) el administrativo usado para la interpretación de normas constitucionales en la generación de políticas públicas; y (c) el judicial, cuando los tribunales constitucionales hacen uso del préstamo para el análisis del caso concreto y redacción de sus sentencias, por ejemplo, el caso emblemático de la Corte Constitucional Sudáfrica del año 1995, sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena de muerte en ese país;
- iv. analizamos también y para los casos de DIP, tres ejemplos de Constituciones anglosajonas, la norteamericana, la canadiense y la australiana, como un posible intento de préstamo constitucional para la mejora del sistema venezolano de DIP. Así, apreciamos que, a pesar de pertenecer a la misma familia jurídica dentro del Derecho Comparado, estas Constituciones tienen sus semejanzas y diferencias, en relación con los posibles límites a la selección y aplicación de un determinado Derecho. Como factor común entre ellas observamos el respeto al *due process of law* o debido proceso, como uno de los límites que se han establecido para la adecuada elección del Derecho aplicable. Ahora bien, como lo señaláramos en la Sec. IV de este artículo, en estos tres sistemas jurídicos

se han abordado tales límites a la aplicación del Derecho como problemas interterritoriales y de las relaciones entre el Derecho Estatal o Provincial y el Derecho Federal. Sin embargo, estas soluciones pueden llegar a trasladarse, con las precisiones de extranjería del caso, a los problemas de Derecho aplicable en el DIP;

- v. el llamado préstamo constitucional, como toda actividad humana, ha evolucionado. Así, situaciones pasadas en las que se haya podido apreciar una imposición o trasplante de normas jurídicas de un sistema a otro, se convierten hoy bajo la idea del “préstamo” en una actividad negociada, en donde se respetan las características, condiciones y realidades propias del Estado receptor. Con algo de razón algunos autores han señalado que la expresión “préstamo constitucional” es tautológica, pues, todo fenómeno de creación constitucional obedece necesariamente a un ejercicio comparado previo. La globalización, quizás, también ha acelerado los procesos de unificación y armonización normativa. A pesar de las críticas que se le puedan hacer, concluyo señalando que aprecio la importancia que tiene el Derecho Comparado para el desarrollo y mejor aplicación de las disciplinas jurídicas, a través de sus distintas metodologías y herramientas, como lo es el préstamo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian J. Transplante jurídico. In: **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, v. 17, p. 262-275, 2019.

CASTEL, J. G. Constitutional aspects of private international law in Australia and in Canada. In: **Recueil des Cours**, London, Ed. Springer, v. 126, p. 1-109, 1969. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia C-836/01. Doctrina Probable-Ambito de aplicación/ Doctrina Probable-Alcance. Bogotá D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia N.º T-260/95. Corte Constitucional-Revisión de tutela/ Desistimiento de Tutela-Improcedencia. Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-260-95.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia SU354/17. Accion de Tutela Contra Providencias Judiciales-Procedencia excepcional. Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>>.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive constitutional borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. **El principio del proceso debido**. Barcelona: Bosh, 1995.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and noborrowing. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 196-223, Apr. 2003.

ESTADOS UNIDOS. La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América. Disponible en: <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Elementos del Derecho Constitucional Comparado. Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales. Leiderecho.org. Disponible en:

[“https://leyderecho.org/elementos-del-derecho-constitucional-comparado/”](https://leyderecho.org/elementos-del-derecho-constitucional-comparado/).

GARGARELLA, Roberto. Sobre “abusive constitutional borrowing”: algunos problemas conceptuales: parte I. In: IberICONnect, 20 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/>.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. **Límites constitucionales del derecho internacional privado**: ¿hacia una jurisdicción especial? Cali/Medellín: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2013.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. **Límites constitucionales del derecho internacional privado**: ¿hacia una jurisdicción especial? 2. ed. Cali/Medellín: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2022.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. Rol del derecho comparado en los procesos de codificación nacional: aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández. En: **Revista de la Facultad de Derecho**, Caracas, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, n. 75, p. 474-494, 2022.

HASEBE, Yasuo. Constitutional borrowing and political theory. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 224-243, Apr. 2003.

HERZOG, Peter. Constitutional limits on choice of law. In: **Recueil des Cours**, London, Ed. Springer, v. 234, p. 295, 1992. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

IRAK: aprueban nueva Constitución. In: BBN Mundo.com. 25 de octubre de 2005. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4374000/4374920.stm.

LAYCOCK, Douglas. Equal citizens of equal and territorial states: the constitutional foundations of choice of law. In: **Columbia Law**

Review, New York, Ed. Columbia Law School, v. 92, p. 249-337, 1992.

LEFLAR, Robert. The “new” choice of law. In: **American University Law Review**, Washington (D.C.), Ed. American University Washington College of Law, v. 21, p. 457, 1972.

LLANO FRANCO, Jairo Vladimir. Constitucionalismo en América Latina, reto para la justicia constitucional. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; ARTURO HERNÁNDEZ, Carlos; JIMÉNEZ, William Guillermo. (Coord). **Tribunales y Justicia Constitucional: Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana**. Tomo I. Bogotá: Ed. de la Universidad Libre / Universidad de Bolonia, 2017.

NACIONES UNIDAS. UNIFEM pide apoyo para mujeres iraquíes contra imposición de Sharia en la Constitución. 11 Agosto 2005. Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2005/08/1062011>>.

NEW YORK UNIVERSITY LAW SCHOOL. International Journal of Constitutional Law. Disponible en: <<https://academic.oup.com/icon/pages/About>>.

PEGORARO, Lucio. **Derecho constitucional comparado: la ciencia y el método**. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Astrea, 2016.

PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato: la scienza e il método**: Bolonia: Bolonia University Press, 2014.

REPÚBLICA DE SUDÁFRICA. Corte Constitucional de la República de Sudáfrica. The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu, del 6-6-1995, Caso N. CCT/3/94, Juez A. Chaskalson. Disponible en: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>.

RICHMAN, William; REYNOLDS, William. **Understanding conflict of law**. 2nd ed. New York: Matthew Bender, 1993. Reimpresión 2000.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other

nonauthoritative uses of foreign law. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 269-295, Apr. 2003.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 296-324, Apr. 2003.

SWEEZY, Paul; MAGDOFF, Harry; FOSTER, John Bellamy; McCHESNEY, Robert. Irak, en el mundo unipolar de Washington. Disponible en: <<https://www.monthlyreview.org.es/1-guerra-de-irak>>.

SYMEONIDES, Symeon C.; PERDUE, Wendy Collins; Von MEHREN, Arthur T. **Conflicts of laws: american, comparative, international**. 2nd ed. West, 1998.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). June 26, 2003. Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>>.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005). Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>>.

VENEZUELA tuvo un 70% más de protestas durante en 2011. Noticias La Tercera Caracas, 14 Ene. 2012. Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/venezuela-tuvo-un-70-mas-de-protestas-durante-en-2011/>>.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press, 1993.

Recebido em: 7-3-2024

Aprovado em: 21-6-2024

