



INTELIGENCIA ARTIFICIAL, PLATAFORMAS DIGITALES Y DEMOCRACIA

DERECHO Y TECNOLOGÍA EN EL
MUNDO ACTUAL

Luís Roberto Barroso

Traducción Tribunal Constitucional de Chile



Inteligencia Artificial, Plataformas Digitales y Democracia

DERECHO Y TECNOLOGÍA EN EL MUNDO ACTUAL

Luís Roberto Barroso

Traducción Tribunal Constitucional de Chile

**Título original: Inteligência Artificial, Plataformas Digitais e Democracia:
Direito e tecnologia no mundo atual.**

© Luís Roberto Barroso, 2024

**Título en español: Inteligencia Artificial, Plataformas Digitales y Democracia:
Derecho y Tecnología en el mundo actual.**

©2026, Tribunal Constitucional de Chile, para esta edición y traducción al español.

Julio 2026

Obra de distribución gratuita. Prohibida su venta o comercialización.

Todos los derechos reservados al Tribunal Constitucional

Primera edición: 100 ejemplares

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Teléfono [56] 227 219 200

Huérfanos N° 1234, Santiago de Chile

www.tribunalconstitucional.cl

Diagramación: wonderstudio.cl

CONTENIDOS

Presentación del libro

[PRÓLOGO]	9
-----------	---

EL FUTURO LLEGÓ. INTELIGENCIA ARTIFICIAL ENTRE LA ESPERANZA Y LA IMPREDECIBILIDAD

I. La IA y algunos de los principales descubrimientos e inventos de la humanidad	20
II. Utopía y distopía	22
III. El admirable nuevo mundo y la nueva economía	24
IV. El impacto de la Revolución Tecnológica y la Inteligencia Artificial en el Derecho	26
V. Conclusión	30

[INTRODUCCIÓN]

INVENTANDO EL FUTURO

[PARTE I]

DOCTRINA

Capítulo I: Inteligencia Artificial, Promesas, Riesgos y Regulación: Algo Nuevo Bajo el Sol

Nota Introductoria	36
I. El amanecer de la cuarta revolución industrial	38
II. La inteligencia artificial y sus beneficios	48
III. La inteligencia artificial y sus riesgos	55
IV. Algunos principios para regular la inteligencia artificial	63
V. Conclusión del capítulo	71

Capítulo II: Democracia, redes sociales y libertad de expresión: odio, mentiras y la búsqueda de la verdad posible

I. Democracia y populismo autoritario	72
II. Internet, redes sociales y libertad de expresión	75
III. Un modelo regulatorio para las redes sociales	85
IV. El rol de la sociedad	92
V. Nuevos avances sobre el tema	92
VI. Conclusión del capítulo	95

Capítulo III: Populismo, autoritarismo y resistencia democrática: los tribunales constitucionales en el juego del poder

I. Introducción.....	95
II. La democracia en el mundo: el auge del populismo autoritario.....	96
III. Democracia en Brasil: amenazas, resistencias y superación.....	106
IV. ¿Cómo sobreviven las democracias?.....	113
V. Conclusión del capítulo.....	123

Capítulo IV: Libertad de expresión, prensa y redes sociales: jurisprudencia, derecho comparado y nuevos desafíos

I. Generalidades.....	124
II. La libertad de expresión en la Constitución de 1988.....	127
III. La libertad de expresión en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.....	130
IV. Notas de derecho comparado: la libertad de expresión en Estados Unidos y Alemania.....	137
V. Revolución digital, internet y redes sociales.....	139
VI. Conclusión del capítulo.....	143

Capítulo V: Treinta y cinco años de la Constitución de 1988: los vertiginosos giros que da el mundo

I. Introducción.....	145
II. Reviviendo el pasado: antecedentes históricos de la Constitución.....	146
III. Soñando con el futuro: las promesas de la Constitución.....	152
IV. Enfrentando la realidad: el desempeño de la Constitución.....	164
V. Conclusión del capítulo: avanzando.....	180

Capítulo VI: Los dueños del poder: la inquietante actualidad de Raymundo Faoro

I. Introducción.....	185
II. Dos dedos de la historia.....	186
III. Algunas ideas esenciales en el pensamiento de Raymundo Faoro.....	189
IV. Conclusión del capítulo.....	204

Capítulo VII: La cuestión medioambiental, el cambio climático y los tribunales

I. Introducción.....	205
II. Cuestiones medioambientales y cambio climático: la situación actual.....	205
III. La evolución del papel de los tribunales.....	209
IV. Litigios medioambientales en el mundo.....	210
V. Conclusión del capítulo.....	220

[PARTE II]

ARTÍCULOS EN LA PRENSA

» ¿Cuánto vale el Poder Judicial?.....	222
» Un día para recordar.....	224
» 35 años de la Constitución: pacificación, civilidad y nuevos comienzos.....	226

[PARTE III]

DISCURSOS

Discurso inaugural como Presidente del Supremo Tribunal Federal:

» Gratitud, justicia y el país que queremos.....	230
--	-----

Discursos de graduación

» El mundo, el país y la vida que vivimos.....	239
» Las señales en el camino.....	244
» El país que queremos.....	249

BIBLIOGRAFÍA

<i>Doctrina</i>	256
<i>Jurisprudencia</i>	269
» Corte Suprema de Estados Unidos.....	269
» Tribunal Constitucional Federal Alemán.....	269
» Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF).....	269
» Otros tribunales nacionales.....	270
» Tribunales internacionales.....	271
<i>Legislación y documentos oficiales</i>	271
<i>Prensa y fuentes electrónicas</i>	272
<i>Documentos institucionales</i>	277

PRESENTACIÓN DEL LIBRO

El libro *“Inteligencia artificial, Plataformas Digitales y Democracia: Derecho y Tecnología en el mundo actual”*, del ex Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil y destacado académico Luís Roberto Barroso, que traduce y publica el Tribunal Constitucional chileno, es un proyecto editorial importante, ya que conjuga, de un lado, la difusión de doctrina constitucional sobre fenómenos actuales que parecieran haber desbordado los esquemas explicativos y dejado inerte por largo tiempo al Derecho y sus categorías, teniendo como particularidad el plantear caminos de salida. De otro lado, el libro permite traer al autor del libro como voz que debe ser escuchada con atención, porque viene antecedida de su extensa e impecable trayectoria en la judicatura e investigación jurídica.

La obra es el decantado de una larga reflexión sobre aquello que plantea dilemas complejos a las democracias actuales —cuarta revolución industrial, cambio climático, populismo, entre otros—, y revisa qué papel debe desempeñar ante tales encrucijadas el juez. Esto lo hace respecto de su dimensión jurídico-política, apoyándose en una amplia bibliografía ajena, pero también una importante propia; como respecto de una dimensión personal, desplegando un ejercicio de introspección sobre lo que ha hecho y, muy especialmente, sobre el porqué y el cómo, en su camino de magistrado constitucional y estudioso del Derecho. Al compartir esos materiales —incluidos discursos y columnas— hace escuela para futuros abogados y abogadas, pero también para quienes compartiendo esta profesión intentan renovar el compromiso con ella y con la contribución que le debe a la sociedad y a la Democracia.

La decisión editorial pensamos que es particularmente acertada, pues implica traducir desde el portugués al castellano, haciendo de puente entre la comunidad jurídica brasileña —representada en el autor quien ha sido un litigante de juicios emblemáticos en su país, siempre un académico y, en los últimos años, juez de la más alta magistratura de su país— y sus vecinos en Latinoamérica, dando un paso más en un intercambio que ha sido cada vez más constante y fructífero entre los Tribunales y Cortes Constitucionales de la región. Estas razones, en el marco del vínculo entre el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Constitucional chileno, hicieron que el entonces embajador de nuestra nación en Brasil, Sebastián Depolo, comentara sobre la existencia de este libro, y que su

publicación fuera respaldada por el Comité Académico de nuestra magistratura, presidido por el Ministro Miguel Ángel Fernández¹, quien ha sido promotor de la diversificación e incremento de publicaciones del Tribunal Constitucional. Vaya a todos ellos mi agradecimiento.

Al buscar los elementos más puros para esta presentación, se me hizo muy viva la forma que tuviera Jiménez de Asúa al referirse al criminólogo murciano Mariano Ruiz Funes, al decir que había en este hombre *“un trazo característico, una cualidad que especifica el tono de su yo, acentuándolo típicamente: la comprensión”*². Como la expresión es bella y todo texto es una oportunidad de traficar referentes (lo hace magníficamente el mismo Barroso en este libro, al regalarnos la semblanza de Raymundo Faoro y su libro *“Los dueños del poder”*), la traigo para sostener que en la obra que presentamos y en su autor hay una disposición absoluta a comprender.

Su enfoque tiene una particularidad, ya que escapa del catastrofismo que domina a varios de los intelectuales que buscan dar una explicación sobre el presente, y comparte una perspectiva del futuro, ya que sus primeras palabras son para recordarnos lo mucho de positivo que ha traído a la humanidad la cuarta revolución industrial, lo que titula en el capítulo I como *“Un admirable mundo nuevo”*, y se despliega con las siguientes ideas: *“En ese desafiante mundo nuevo que se abre, las nuevas tecnologías pueden liberarnos de las actividades cotidianas más sencillas, así como realizar tareas altamente complejas. Pueden limpiar entornos, regular la temperatura y, próximamente, conducir vehículos autónomos. Prometen recuperar movimientos corporales perdidos, proporcionar diagnósticos médicos más precisos, abordar deficiencias neurológicas, mejorar las capacidades cognitivas (...) predecir la comisión o reincidencia de delitos, mejorar la vigilancia medioambiental, promover la planificación de ciudades inteligentes, estimar el rendimiento de los solicitantes de empleo, la probabilidad de reembolso de préstamos y el desarrollo de enfermedades graves, entre otros temas”*.

Naturalmente, ante una tecnología que potencialmente todo lo puede hay temor y desconcierto. Además, esta revolución se caracteriza por su mutación

-
1. Integrado por la Ministra Marcela Peredo; el Director de la Unidad de Estudios, Manuel Puccio; y quien suscribe esta presentación. Adicionalmente, se involucraron en la ejecución de este proyecto mi entonces Jefe de Gabinete, Matías Vargas, y mi actual Jefa de Gabinete, Fabiana Casali.
 2. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, presentación a *“Actualidad de la venganza (tres ensayos de criminología)”* de Mariano Ruiz Funes, Editorial Losada, Buenos Aires, 1944, p. 8.

acelerada y constante, lo que magnifica la dificultad para abordarla desde el Derecho, que tiene sus tiempos antes de capturar aquello que sea verdadera novedad y esencia en cada fenómeno. Sobre el punto se explica *“La revolución tecnológica, reconocida como la tercera revolución industrial, que comenzó a mediados y finales del siglo XX, se caracteriza por la substitución de tecnología analógica por la digital. Su evolución permitió la universalización de los computadores personales, de los teléfonos celulares y de internet, conectando miles de millones de personas en todo el mundo. El acceso a la información, al conocimiento y al espacio público se ha democratizado, pero también ha abierto caminos para la desinformación, los discursos de odio y las teorías conspiratorias. Las plataformas digitales, a su vez, revolucionaron la comunicación social e interpersonal, aumentando exponencialmente su escala de acceso. Hemos pasado de cientos de miles de lectores de medios impresos a miles de millones de usuarios de redes sociales como Facebook, Instagram, YouTube, TikTok y otras, así como de aplicaciones de mensajes como WhatsApp o Telegram. Existen numerosas preocupaciones que desafían a legisladores y reguladores”*.

El desasosiego que nos invade es el que ha retratado el hoy ya ineluctable filósofo Byung-Chul Han, quien al reconocernos híper estimulados y sometidos —no ya a la sociedad disciplinaria sino a la del rendimiento— concluye que *“La pérdida de la fe en la Modernidad, que no sólo se refiere a Dios ni al más allá, sino también a la propia realidad, hace que la vida sea radicalmente efímera. La vida nunca ha sido tan fugaz como hoy”*³.

En efecto, todos los ámbitos de la vida se han visto impactados por este cambio de paradigma y el libro que presentamos lo aborda en tales términos, explicando sus huellas en relación con el Derecho del trabajo, la protección medioambiental y la libertad de expresión. Sin embargo, el autor nos quiere advertir dónde hay que concentrarse bien: el golpe principal ha sido al Estado democrático de Derecho.

En Chile, las cifras que ilustran sobre este diagnóstico indican que se ha llegado al nivel más bajo al apoyo a la democracia en su historia (43%), que a un 27% le es indiferente el tipo de régimen que gobierne y que un 17% valida las opciones autoritarias. El panorama es parecido en todo el Cono Sur⁴, por eso es que las reflexiones de Barroso se vuelven fácilmente compartibles:

3. HAN, Byung-Chul *“La sociedad del cansancio”*, Herder, 2025, p. 43.

4. Cifras de la Encuesta LATINOBARÓMETRO 2024.

“La Democracia en el mundo, a su vez, sufre un impacto de estas y de otras transformaciones, bien como el desprestigio de las promesas incumplidas de prosperidad y de igualdad de oportunidades para todos. Varios países han experimentado crisis de recesión democrática, resultado del auge de un populismo autoritario y antipluralista que desafía las instituciones. En diferentes partes del planeta, sus líderes han seguido una estrategia similar: comunicación directa con sus partidarios, evitando las instituciones intermediarias, como la prensa, el Legislativo y organizaciones de la sociedad civil; difusión de desinformación, discursos de odio y ataque a las instituciones a través de plataformas digitales y aplicaciones de mensajería; y ataques a las supremas cortes que tienen por función constitucional contener el poder de las mayorías políticas, preservando los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. Sembrar la desconfianza en las instituciones ha estimulado opciones extremistas, en momentos en que la moderación, la racionalidad y la tolerancia parecen haber caído en desuso”. La inquietud sobre cómo repercute esta situación en las Altas Cortes está presente en toda la obra, en particular en el capítulo III “Populismo, autoritarismo y resistencia democrática: las cortes constitucionales en el juego del poder”.

El autor da cuenta de cómo la Democracia se fue expandiendo por el mundo: *“De hecho, ha habido varias olas de democratización. Una ocurrió al final de la Segunda Guerra Mundial, en un ciclo que incluyó a Alemania, Italia, Japón e incluso Brasil que, sin embargo, recayó en el autoritarismo en los años ’60. La segunda ola llegó en la década de 1970, afectando a países como Portugal, España y Grecia. Una tercera ola se formó en la década de 1980 en países Latinoamericanos como Brasil, Chile, Argentina y Uruguay. Y poco después, con la caída del Muro de Berlín, la década de 1990 fue testigo de la democratización y reconstitucionalización de los países de Europa Central y del Este, incluidos Hungría, Polonia y Checoslovaquia. También en la década de 1990, con el fin del apartheid, llegó la democratización de Sudáfrica y otros países del continente. A principios del siglo XX, más de cien países adoptaron este modelo, según Freedom House”. De esta recesión democrática, continúa, se acumulan ejemplos a lo largo de los años: los casos de Hungría, Polonia, Turquía, Rusia, Georgia, Ucrania, Bielorrusia, Filipinas, Venezuela, Nicaragua, El Salvador. Sin embargo, es posible afirmar que la explicación se encuentra en lo opuesto a una expansión y posterior crisis: en rigor, el Estado democrático de Derecho es un sistema que se ha adoptado en una pequeña parte del planeta.*

El Estado democrático de Derecho no es más que la historia aún reciente de una parte de lo que llamamos Occidente. Probablemente, miramos los destellos de ese instante del siglo XX tras la Segunda Guerra Mundial —llamado Estado de Bienestar— como el lugar al que quisiéramos ir. Esto es completamente explicable, pues es el único momento en que una generación creyó que la siguiente viviría mejor, y no permanentemente entenebrecida por la amenaza de la guerra, la peste y las catástrofes naturales, como había acontecido siempre en la historia previa.

Pero incluso esa cumbre del humanismo debe ser mirada en un extenso mapa y línea de tiempo, pues como explica el implacable libro de Frankopan, *“La era del imperio del imperio y el ascenso de Occidente se construyó sobre la capacidad para infligir violencia a gran escala. La Ilustración y el Siglo de las Luces, la progresión hacia la democracia, las libertades individuales y los derechos humanos no fueron el resultado de una cadena invisible que se remontaba a la Atenas de la Antigüedad clásica o una situación natural en Europa; fueron los frutos del triunfo político, militar y económico en continentes lejanos”*⁵. El eje hoy vuelve a su posición original en Eurasia. Los países tienden a las autarquías y, como explica en el mismo sentido Barroso, el proceso de subversión democrática es llevado a cabo desde dentro de las instituciones por autoridades elegidas por votación popular.

Todo lo anterior refuerza el carácter imprescindible de mantener vivo el debate sobre cuáles son las condiciones que hacen posible que una sociedad construya una democracia y por qué debemos preferirla, advirtiéndonos que las medidas que pavimentan el camino para el autoritarismo son: *“la concentración de poder en el Ejecutivo, persecución a líderes de la oposición, cambios en las reglas electorales, restricción de la libertad de expresión, debilitamiento de las cortes supremas con el nombramiento de jueces serviles y depuración de los independientes, nuevas constituciones o enmiendas constitucionales con abuso de poder por parte de las mayorías, incluyendo la extensión del período en el poder con reelecciones sucesivas”*.

Dentro de un enfoque de reapropiación de ciertos términos, muy interesante es la polisemia que plantea en torno al término *“elites”*, cuya connotación negativa es instrumentalizada por los populismos, respecto de lo cual explica que el populismo tiene una falla conceptual de origen: *“las elites no son una*

5. FRANKOPAN, Peter *“El corazón del mundo: una nueva historia universal”*, Crítica, Barcelona, 2024, p. 237.

categoría homogénea, no corresponden a un bloque social único. Al contrario, existen diversas 'élites'. Ciertamente, existen élites extractivas que deben ser confrontadas porque ponen al Estado al servicio de sus intereses. Son poderosas en Brasil. Pero existen élites cualificadas e indispensables en el servicio público, desde las carreras diplomáticas hasta los investigadores en instituciones de vanguardia: hay élites empresariales verdaderamente emprendedoras, decisivas para la creación de empleo y riqueza. En la práctica, la retórica antiélite termina transformándose en un discurso antidemocrático, anticientífico y antiempresarial. Además, 'el pueblo' tampoco es un concepto unificado. En un mundo pluralista, cualquier grupo que se presente como único representante del pueblo adopta un sesgo excluyente y autoritario". Permítaseme hilar a estas reflexiones que la simplificación de los términos, ideas e instituciones y la aversión a enseñar su historia es un veneno que va en contra de la más impactante experiencia de la época reciente: ante la pandemia en 2020 nadie dejó de volverse hacia el Estado y a la ciencia, no para pedir sino que para exigir protección. Y debe comprenderse que todo ese entramado institucional y la posibilidad de exigir derechos no puede darse por descontado: depende de una visión acerca de la sociedad y de la Democracia que tiendan a sostenerla en permanente fortalecimiento y actualización.

El capítulo IV está dedicado a la Libertad de Expresión, dando cuenta de una breve historia de la censura en Brasil y cómo esto fue recogido por la Constitución de 1988: *"Se suele decir que una nueva Constitución, es una reacción al pasado y un compromiso con el futuro. Como se vio (...) una de las señas de identidad del régimen militar fue el largo período de censura de la libertad de expresión en sus diversas formas, incluyendo la libertad de la prensa y la creación artística. Por ello el texto constitucional de 1988 abordó el tema con gran precisión, como lo hizo en una pluralidad de disposiciones (...). En lugar de garantizar la libertad de expresión de forma genérica, prohibiendo la censura y otras intervenciones estatales, la Constitución consagró varias disposiciones específicas sobre la materia".*

Consciente de la criticidad de la Libertad de Expresión para la Democracia, el autor da cuenta de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal a propósito de un conjunto de temas próximos como la libertad de prensa, discursos de odio, libertad de expresión artística e intelectual, derecho al olvido, manifestación de pensamiento —como garantía del derecho a atraer apoyo para cambios legislativos— pero también aborda los ataques a las instituciones democráticas y, en particular a los jueces y sus familias, lo que erosiona la independencia

judicial. Respecto de todo lo anterior entrega además una perspectiva desde los sistemas jurídicos de Estados Unidos y Alemania.

Desde la premisa de la importancia de la Libertad de Expresión en la Democracia, también explicita cómo en la era digital los mismos fundamentos que *“tradicionalmente justificaron la protección reforzada de la libertad de expresión —la búsqueda de la verdad posible, dignidad humana y la democracia— pueden justificar su regulación”*. Ante este desafío propone objetivos a los que debe orientarse el Derecho. Muy acertadamente señala que entre las dificultades mayores del mundo digital está su carácter privado, lo que plantea el riesgo de que su autorregulación puede ciertamente constituir un sistema de censura de carácter privado, carente de criterios que resguarden de la arbitrariedad o el direccionamiento, respecto de una opinión pública conformada por masas de personas naturalmente propensas a dar fe de lo que ven y lo que oyen: imágenes y sonidos que hoy son absolutamente *“inventables”*. Masas psicológicamente más abiertas a lo negativo y a aquello que confirme sus prejuicios, como nos explica Barroso. Prueba de la aceleración de estos hechos es que mientras se escribía esta presentación se publica el comunicado de Anthropic, una de las compañías más influyentes y creadora del exitoso chatbot Claude, en que se alerta sobre la inminente capacidad de los sistemas de inteligencia artificial para diseñar y construir versiones más avanzadas de sí mismos sin intervención humana, dividiendo pareceres entre quienes piensan que este anuncio constituye una genuina llamada a la gobernanza global ante el peligro de perder el control sobre la tecnología y quienes, en cambio, observan una estrategia por ralentizar a la competencia comercial y también a la investigación abierta. Cabe apuntar que, en este libro, Barroso ha dado cuenta de un caso de *“autoentrenamiento”* de la IA, que fue validado por la comunidad científica en 2018, sobre el cual explica: *“En su etapa actual, la inteligencia artificial carece de autoconciencia, discernimiento del bien y del mal, emociones, sentimientos, moralidad e incluso sentido común. En otras palabras, depende completamente de la inteligencia humana para su funcionamiento, incluyendo los valores éticos. Las computadoras no tienen voluntad propia. Si bien esto es una creencia popular sobre el tema, algunos experimentos revelan una sorprendente capacidad de aprendizaje, lo que plantea nuevas inquietudes. Uno de estos experimentos fue Alpha Zero, un programa de IA desarrollado por Google que derrotó a Stockfish, hasta entonces el programa de ajedrez más poderoso del mundo. A diferencia de los programas anteriores, Alpha Zero no recibió movimientos*

previamente concebidos por humanos. Es decir, no se basó en el conocimiento, la experiencia ni las estrategias humanas. Solo recibió las reglas del juego. Alpha Zero se entrenó jugando contra sí mismo, desarrollando sus propios movimientos y estrategias originales y poco ortodoxos, con su propia lógica”.

Ante todas estas diversas y profundas complejidades, cabe dejar registro también que el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha dado un paso tan decidido como polémico por controlar a las manifestaciones de la Revolución Tecnológica e Inteligencia Artificial, que hasta ahora se ha parecido a lo que Ferrajoli había llamado “*poderes salvajes*”⁶, los que conducen a regresiones premodernas y al desarrollo de nuevos poderes desregulados.

Se trata del caso contra la red social X, que vincula a estas plataformas con los ataques al Poder Judicial, el cual se inicia “*a partir de un escrito remitido al Tribunal Supremo Federal por la autoridad policial, que comunicaba la apertura de una investigación sobre la posible comisión de los delitos de obstrucción de investigaciones de organizaciones criminales (art. 2 de la Ley N° 12850/13) y de incitación al crimen (art. 286 del Código Penal).*”

La investigación policial demostró la participación criminal organizada de numerosas personas con el fin de amenazar y amedrentar a los miembros de la policía federal que actúan en las investigaciones sobre las milicias digitales y el intento de golpe de Estado. Las redes sociales, en especial la plataforma X (antes conocida como Twitter), son utilizadas para exponer datos personales, fotografías, amenazas y actos intimidatorios contra los policías y sus familias. Algunas de las personas involucradas fueron identificadas y otras no”⁷. Se ordenó el bloqueo de las cuentas implicadas bajo pena de multa diaria y se dispuso la entrega de los datos registrados al Supremo Tribunal Federal. Se citó al representante legal en Brasil, quien no compareció. A ello se suma que “el accionista mayoritario y responsable internacional de X, Elon Musk, declaró expresamente que seguiría incumpliendo las decisiones judiciales, además de anunciar que cerraría su filial en el país (X Brasil)

6. Enlazándose con la expresión kantiana que alude al poder del más fuerte, que se afirma, en ausencia de límites y reglas, en el Estado de naturaleza —que se explica en “*la negación de separaciones entre esferas de niveles de poder —entre Estados y pueblo, entre esfera pública y esfera privada, entre fuerzas políticas e instituciones públicas, entre poderes mediáticos y libertad de la cultura y de la información— que caracterizan a la modernidad jurídica*” (FERRAJOLI, Luigi, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, 2011, p. 21).

7. Reseña disponible en la Dirección General de Bibliotecas, Oficina de Referencias Extranjera de la Suprema Corte de Argentina: <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=8655>.

*con el propósito de eludir el ordenamiento jurídico brasileño y las decisiones del Poder Judicial". Se ordena nuevos apremios hasta que "El 30 de agosto de 2024, en una decisión unipersonal, el ministro remarcó el incumplimiento deliberado y reiterado de las órdenes judiciales y la falta de pago de las multas diarias impuestas, además del intento de evitar someterse al sistema judicial brasileño y el peligro de que continuaran las actividades de grupos extremistas y milicias digitales y la difusión masiva de mensajes nazis, racistas, fascistas y antidemocráticos a través de la red social X. Por esas razones, resolvió ordenar la suspensión inmediata y total del funcionamiento de X en todo el territorio nacional hasta que se cumplieran las decisiones judiciales del Tribunal Supremo Federal y fueran abonadas las multas impuestas. De Moraes señaló que esta medida tendrá validez hasta que la empresa designe un representante legal en el país"*⁸. Esta decisión fue unánimemente respaldada por el pleno del Tribunal. Ante la suspensión, la red social X fijó domicilio y representante legal, lo que habilitó un proceso donde finalmente se debatirá sobre las responsabilidades de la plataforma.

En relación con la judicialización de los conflictos, Barroso nos entrega su conclusión, que distingue entre conflictos privados, que debieran tender a medios de resolución alternativa y que exigen habilidades de negociación de los abogados, y aquellas que son materias entregadas a los Tribunales Superiores, en que se deciden grandes cuestiones nacionales, políticas, económicas, sociales y éticas, en las que estos órganos desempeñan un papel, sobre todo, ante la inactividad o recíproco obstruccionismo del Ejecutivo y el Legislador. Como un caso paradigmático de esta categoría analiza la litigación ambiental, dando un amplio espectro de decisiones en el mundo sobre esta materia. A propósito de la jurisprudencia brasileña sobre protección de la selva amazónica y cambio climático, se nos da cuenta de un litigio de naturaleza estructural y la calificación de "*estado de cosas inconstitucional*", que de acuerdo al STF se conforma por numerosas acciones e inacciones del Gobierno Federal: "(i) *reducción de la fiscalización y control medioambiental*. (ii) *reducción y no ejecución del presupuesto de Medio Ambiente y de los órganos medioambientales en general* (Ibama, ICMbio y Funai), (iii) *desorganización administrativa de los órganos de combate a la deforestación y protección del clima*, y (iv) *incumplimiento de las obligaciones internacionales de reducción de la deforestación y combate a la emergencia climática*". Este paradigma de juzgamiento por cierto tiene una estructura semejante al

8. Ibid.

juicio que realiza la Corte Interamericana y otras Cortes constitucionales de la región, cuyas competencias y ejercicio de la jurisdicción son distintas a las del Tribunal Constitucional chileno.

No obstante estas diferencias, los desafíos son comunes. Muestra de ello es que ha sido nuestro propio país junto a Colombia los que instaron por la Opinión Consultiva 32/25 sobre emergencia climática y derechos humanos, de la Corte Interamericana, documento que reubica el problema desde una cuestión ambiental a probablemente una de las mayores amenazas a los derechos humanos de nuestra era, al concluir en forma unánime: *“de acuerdo con la mejor ciencia disponible, la situación actual constituye una emergencia climática que se debe al aumento acelerado de la temperatura global, producto de diversas actividades de origen antropogénico, producidas de manera desigual por los Estados de la comunidad internacional, las cuales afectan de manera incremental y amenazan gravemente a la humanidad y, especialmente, a las personas más vulnerables. Esta emergencia climática solo puede ser atendida adecuadamente a través de acciones urgentes y eficaces de mitigación, adaptación y avance hacia el desarrollo sostenible, articuladas con perspectiva de derechos humanos, y bajo el prisma de la resiliencia”*⁹.

Finalmente, esta invitación a leer rescata a la persona del autor tras el discurso, quien nos cuenta un poco de sí en los artículos y discursos. Confiamos en que hay lectores que buscan formarse como autodidactas permanentes: sea porque no se puede fiar de los certificados de conocimiento, como porque el conocimiento hoy está ahí para quien quiera tomarlo y apropiárselo. Seguro que es así estando inmersos en la era digital; pero, también ayer, pues como dijera Gabriela Mistral *“Creo en la solidez de lo que se aprende solo. Yo, en esta materia, he llegado a un escepticismo muy grande y creo cada vez más en la cultura autodidacta. Y para eso tenemos las bibliotecas. No olvidemos nunca la solidez de lo que se aprende solo, rasguñándose en la soledad el cerebro. No olviden nunca la fidelidad pasmosa que tiene la memoria para el dolor”*¹⁰.

Por eso la voz humana y la altura moral e intelectual del autor es clave en la decisión de publicar esta obra, porque pavimentan la expresión de quien

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, Emergencia climática y derechos humanos, solicitada por la República de Chile y la República de Colombia, p. 3, letra F.

10. MISTRAL, Gabriela *“Pasión por enseñar. Pensamiento pedagógico”*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2020, p. 130.

elige la llaneza y concluye que Tribunales Constitucionales “dicen la última palabra, pero no son dueños de la Constitución: debe tener en cuenta a los demás actores institucionales y el sentimiento social”. Entendido así, no es más que la mera constatación de un hecho inexpugnable: que el Derecho es viviente: “El derecho es un recurso —una institución viviente— abierto al uso; la instauración de las relaciones sociales una dinámica ambivalente que corresponde a la ambivalencia de la naturaleza humana. Es una praxis que evoluciona junto con las praxis sociales que expanden el vínculo entre los seres vivientes. Un derecho viviente es una política inmanente a la acción: el ritmo de composición de singularidades y acontecimientos en prácticas multitudinarias de verificación del límite de las formas experimentadas de la socialización”¹¹. Material tendencialmente caótico, sin garantía de racionalidad, sobre el que la reflexión jurídica debe construir caminos y acuerdos. Es en ese preciso espíritu que entregamos este libro.

Daniela Beatriz Marzi Muñoz
Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile

11. CHIGNOLA, Sandro “Derecho viviente. Ravaissou, Tarde y Hariou”, Quodlibet, 2020, p.7.

[PRÓLOGO]

EL FUTURO LLEGÓ.

Inteligencia artificial entre la esperanza y la impredecibilidad

Es un placer presentar este libro al público chileno, un país que los brasileños admiran y por el que están agradecidos. Una de las razones de este aprecio fue la acogida brindada a muchos compatriotas que necesitaban escapar del período dictatorial entre las décadas de 1960 y 1970, entre ellos Fernando Henrique Cardoso, quien posteriormente se convertiría en Presidente de la República. Brasil y Chile han compartido momentos comunes en su historia, como el complejo proceso de transición democrática y reconstrucción de instituciones.

A lo largo de los años, entre la imponente Cordillera de los Andes y la inmensidad del Océano Pacífico, Chile se ha consolidado como uno de los líderes de Latinoamérica, gracias a su progreso social, estabilidad institucional y promoción de la innovación en el ámbito digital. Como en el resto del mundo, aquí también experimentamos la fascinación por la Inteligencia Artificial, el impacto de las plataformas digitales y las convulsiones democráticas, en un mundo agresivamente polarizado que presencia, en muchos lugares, el auge del populismo iliberal.

Este libro aborda algunos temas clave de nuestro tiempo, tanto a nivel global como continental. Entre ellos se encuentran la recesión democrática, las plataformas digitales, el cambio climático y la Inteligencia Artificial. A este conjunto de preocupaciones e innovaciones que moldearán nuestro destino se suman la biotecnología y la ingeniería genética, que pueden redefinir la salud, la agricultura, el medio ambiente, la economía y muchos otros ámbitos, planteando cuestiones éticas que incluso involucran el poder de la creación. Este prólogo, sin embargo, se centrará en el avance de la Inteligencia Artificial, cuya velocidad de transformación renueva constantemente los desafíos a afrontar.

I. LA IA Y ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES DESCUBRIMIENTOS E INVENTOS DE LA HUMANIDAD.

La Inteligencia Artificial es comparable a algunas innovaciones o inventos que han cambiado la historia de la humanidad, impactando nuestra forma de vida, prolongando la vida o haciéndola mucho mejor y más fácil. A continuación, una breve lista de algunos de estos inventos o descubrimientos:

1. El fuego

El descubrimiento y control del fuego permitió: a) la cocción de alimentos. Este factor se atribuye, debido a la reducción del tiempo de digestión, a la posible expansión y desarrollo del cerebro humano; b) el calentamiento de ambientes aumentó el confort, la esperanza de vida y permitió la migración de África a lugares más fríos; y c) la iluminación proporcionada por el fuego aumentó la vida útil, favoreció la protección contra los depredadores y permitió la socialización alrededor de la fogata, entre muchos otros usos.

2. La rueda

La invención de la rueda, alrededor del 3500 a. C., revolucionó: a) el transporte de personas y mercancías; b) la agricultura, incluso al facilitar el riego mediante el bombeo de agua; y c) la mecanización y, posteriormente, la industrialización.

3. La escritura

La capacidad de comunicarse es uno de los rasgos distintivos de la condición humana. La invención de la escritura en el 3200 a. C., en Mesopotamia, revolucionó la civilización, permitiendo: a) la comunicación entre personas, incluso a distancia; b) la transmisión del conocimiento, incluso de generación en generación; c) el avance de la cultura (con la literatura), la religión (con la perpetuación de las escrituras religiosas) y la ciencia (a través de la acumulación de conocimiento). Hasta su invención por los sumerios (3500-3000 a. C.), las obras emblemáticas de la historia de la humanidad se transmitían oralmente de generación en generación, como fue el caso de obras como la Biblia hebrea, la *Iliada* de Homero, el *Mahabharata* indio y las escrituras budistas.

4. La electricidad

El descubrimiento y uso de la electricidad revolucionó la vida en la Tierra, con transformaciones que incluyen: a) la iluminación doméstica (con ese fascinante invento que es la bombilla eléctrica) y el alumbrado público; b) la aparición de numerosos electrodomésticos, especialmente el refrigerador, que permitió la conservación de alimentos; y c) la expansión progresiva de la comunicación humana, con la radio, la televisión, las computadoras e internet.

Es imposible exagerar el impacto de la electricidad en todas las actividades humanas, en la industria, el comercio, los servicios y el transporte.

5. El motor de combustión interna

La invención del motor de combustión interna provocó profundas transformaciones en áreas como: a) el transporte: automóviles particulares, vehículos de carga, aviones y cohetes; b) la dinámica de las ciudades, permitiendo la formación de barrios y suburbios más distantes; c) fue decisiva para la globalización, acortando distancias, acercando a las personas y facilitando el comercio internacional.

Un aspecto negativo del motor de combustión interna es el uso de combustibles fósiles, que, desde la Revolución Industrial, ha provocado el calentamiento global y el cambio climático progresivo.

6. Avances en la Medicina

Algunos avances en medicina han contribuido a la mejora de la salud humana y al aumento de la esperanza de vida, con una calidad mucho mayor. Algunos ejemplos: a) la invención de las vacunas para estimular el sistema inmunitario y prevenir enfermedades, un sistema desarrollado a lo largo del siglo XIX, ha salvado millones de vidas desde entonces hasta la actualidad; b) los antibióticos revolucionaron el tratamiento de las infecciones bacterianas, que antes eran mortales. Todo comenzó en 1928, con Alexander Fleming y la invención de la penicilina. Con el tiempo se han desarrollado otros antibióticos, como la estreptomicina, la tetraciclina y la amoxicilina; y c) la anestesia ha hecho que las cirugías y otros procedimientos médicos o dentales sean indoloros. Todo comenzó con el uso del éter para este fin en 1846, seguido del cloroformo hasta llegar a los anestésicos intravenosos actuales.

Cuando alguien dice con nostalgia que le hubiera gustado vivir en el siglo XVIII, lo primero que se le viene a la mente es: *“¡No había anestesia! No es para mí”*.

Se estima que la Inteligencia Artificial tendrá un impacto más transformador en la humanidad y en nuestra forma de vida que las innovaciones, descubrimientos e invenciones descritas anteriormente.

II. UTOPIA Y DISTOPÍA

Como se verá a lo largo de este trabajo, la Inteligencia Artificial aporta numerosos beneficios a la humanidad, desde pequeñas comodidades hasta avances revolucionarios en medicina. Pero también conlleva inmensos peligros,

desde la difusión masiva de desinformación hasta su uso con fines bélicos. En la primera mitad de 2026, por ejemplo, la prensa informó que Anthropic, uno de los gigantes de la IA, se negaba a otorgar al Departamento de Defensa de Estados Unidos acceso irrestricto a su modelo Claude. La compañía no accedió a eliminar las medidas de seguridad ("*security guardrails*") que restringían el uso de la tecnología en sistemas de armas letales autónomas y en la vigilancia masiva de ciudadanos¹².

La Inteligencia Artificial es más que una tecnología disruptiva o simplemente otra revolución industrial como las que la precedieron. Algo diferente está sucediendo. La IA tiene la capacidad de transformar estructuralmente la existencia en la Tierra, impactando el significado mismo de la condición humana. Con sus múltiples potencialidades, puede hacer la vida más sana, más larga y más feliz. En el horizonte de la Inteligencia Artificial General o IA Poderosa, los expertos prevén un progreso acelerado en áreas como la biología y la salud pública, la neurociencia y la salud mental, la lucha contra la pobreza y la desigualdad, la promoción de la paz y la buena gobernanza, así como la redefinición del trabajo y el sentido de la vida¹³. A veces el optimismo parece exagerado, pero un poco de utopía ayuda a la humanidad a avanzar¹⁴.

Desde la perspectiva de la inteligencia humana, sería imprudente ignorar el peligro. Si se utiliza indebidamente por actores malintencionados y se la desvía de su propósito, la Inteligencia Artificial podría sumir a la humanidad en el abismo de una distopía aterradora. En este escenario desastroso, viviríamos

-
12. HAYS, Kali. Anthropic boss rejects Pentagon demand to drop AI safeguards. BBC, 27 de febrero de 2026. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/articles/cvg3vlzzkqeo>. En una postura valiente, el director ejecutivo de Anthropic declaró que no podía estar de acuerdo con el uso de su tecnología para "*undermine, rather than defend, democratic values*" (menoscavar, en lugar de defender, los valores democráticos).
 13. Véase, AMODEI, Dario. *Machines of loving grace*. Edición del autor, 2024, p. 14. Existe cierta discrepancia en la terminología. La Inteligencia Artificial General (IAG) es un concepto teórico de IA que busca replicar la capacidad cognitiva humana completa en las máquinas. Algunos afirman que aún falta mucho para que se haga realidad, más de una década, mientras que otros opinan que podría llegar en cualquier momento. Dario Amodei prefiere la expresión "*IA poderosa*". ("*Powerful AI*"). Por otro lado, la superinteligencia es el término utilizado para describir una etapa hipotética de la Inteligencia Artificial en la que los sistemas informáticos superarían significativamente la inteligencia humana en prácticamente todos los ámbitos relevantes, incluidos el razonamiento científico, la creatividad, la toma de decisiones, la planificación estratégica y las habilidades sociales.
 14. En un pasaje de Fernando Birri, popularizado por Eduardo Galeano en '*Las palabras andantes*', publicado por Siglo XXI en 1994: "*La utopía está en el horizonte. Doy dos pasos hacia ella, y se aleja dos. Camino diez pasos y el horizonte se aleja diez. Por mucho que camine, jamás la alcanzaré. ¿De qué sirve la utopía? Sirve para esto: para que no deje de caminar*".

bajo regímenes totalitarios, con la propagación del odio, ciberataques y el uso militar de diversas tecnologías disponibles. Una regresión civilizatoria masiva.

En resumen: el futuro llegó y vivimos un momento decisivo entre esperanzas e incertidumbres.

III. EL ADMIRABLE NUEVO MUNDO Y LA NUEVA ECONOMÍA

Las innovaciones y los avances tecnológicos están construyendo este nuevo mundo de la tecnología de la información, la biotecnología, la nanotecnología, la robótica¹⁵, la impresión 3D¹⁶, la computación cuántica, los coches autónomos y el Internet de las Cosas¹⁷. Los algoritmos se están convirtiendo en el concepto más importante de nuestro tiempo. Así, emerge una nueva economía: la economía del conocimiento, la información y la propiedad intelectual. Antes de la Revolución Industrial, la principal fuente de riqueza era la tierra. Con la Revolución Industrial, pasaron a ser las máquinas y las fábricas. Hoy, son los datos y la tecnología¹⁸.

Las empresas más valiosas del planeta ya no son las que exploran petróleo —como Shell y Exxon—, ni las que fabrican automóviles —como General Motors y Ford—, ni las que fabrican maquinaria pesada —como General Electric—. Entre las empresas con mayor valor de mercado se encuentran Amazon, Apple, Facebook, Microsoft, Google y Nvidia. Empresas que prosperan gracias a la tecnología y los datos. En este sentido, en la última semana de octubre de 2025, Nvidia hizo historia al convertirse en la primera empresa en superar los 5 billones de dólares en valor de mercado¹⁹. Esto equivale aproximadamente al PIB de Alemania, la tercera economía más grande del mundo, solo por detrás de Estados Unidos y China. Otras empresas tecnológicas, como Apple y Microsoft, también han superado los 4 billones de dólares en valor de mercado.

15. Muchas cirugías sofisticadas ya se realizan hoy en día mediante robots, aunque controlados por manos humanas.

16. Con una foto de tu pie, se puede fabricar un zapato a medida.

17. Entrarás en tu casa y el aire acondicionado te preguntará si la temperatura es la correcta.

18. HARARI, Yuval. Nexus, 2024, p. 372-373.

19. Tripp Mickle afirma que Nvidia ahora vale 5 billones de dólares al consolidar su poder en el auge de la IA. The New York Times, 29 de octubre de 2025. <https://www.nytimes.com/es/2025/10/30/espanol/negocios/nvidia-5-billones-dolares.html>

Las nuevas tecnologías surgidas con la Revolución Digital incluyen, además de la Inteligencia Artificial, la robótica avanzada, el blockchain, los criptoactivos, el streaming, y la computación en la nube, entre otras. Todo esto ha generado nuevos paradigmas en las relaciones económicas, productivas, laborales y de consumo, impulsando lo que se ha denominado la Economía del Conocimiento o Economía Digital. En este entorno, han florecido las grandes empresas tecnológicas (las big techs, como Apple, Alphabet, Meta, Microsoft), así como las empresas emergentes centradas en la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios, como las startups y las fintechs (Financial Technology) (Nubank, Nomad).

La economía digital, impulsada por los avances tecnológicos mencionados y la World Wide Web, presenta características únicas, entre las que destacan: a) la virtualización de la vida: las interacciones personales ya no requieren presencia física; b) la desterritorialización de las relaciones económicas: las empresas ya no están limitadas geográficamente al lugar donde desarrollan su actividad; y c) la diversificación de bienes y servicios. De este modo, surgen nuevos modelos de negocio, como el comercio electrónico (Amazon, Alibaba, Magalu), las plataformas de vídeo (YouTube), la transmisión de películas y series (Netflix, HBO, Amazon Prime), la música en streaming (Spotify, Apple Music), los servicios de almacenamiento en la nube (Dropbox, Google Drive), los servicios de pago (por ejemplo, PayPal, PagSeguro), el intercambio de bienes y servicios (Uber, Airbnb), las redes sociales (Facebook, Instagram, TikTok) y los sitios web de noticias (UOL, Globo.com), entre muchos otros.

Es evidente que esta nueva economía plantea numerosos desafíos y preocupaciones legales de diversa índole: constitucionales, tributarias, laborales, contractuales, de propiedad intelectual, penales, de responsabilidad civil, etc. Legisladores, reguladores, jueces y abogados no tendrán escasez de trabajo. Este es el tema de nuestra última sección.

IV. EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO.

La Revolución Tecnológica y la Inteligencia Artificial tienen un impacto amplio y profundo en múltiples áreas del Derecho, tales como:

1. Derecho Constitucional

Se ven afectados varios derechos fundamentales, tales como: (i) la libertad de expresión, a la luz de fenómenos como la moderación de contenido, la desinformación y los deepfakes; (ii) la libertad individual, dado el riesgo de manipulación cognitiva mediante el uso de la neurociencia; (iii) el derecho a la privacidad, debido a modelos de negocio que se basan en la recopilación de información personal, así como en el reconocimiento facial, la vigilancia y las tecnologías de rastreo; y (iv) el derecho a la igualdad, debido a los riesgos de discriminación algorítmica, que reproduce sesgos raciales, de género o sociales;

2. Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo se ve afectado en áreas como la regulación, la prestación de servicios públicos y la creación de nuevos organismos (en Brasil, por ejemplo, la Agencia Nacional de Protección de Datos y el Comité Directivo de Internet). El modelo burocrático tradicional está siendo reemplazado progresivamente por una administración pública digital, que incluye el uso de algoritmos de toma de decisiones;

3. Derecho Tributario

A pesar de su importante capacidad de contribución, con un valor de mercado que supera el PIB de la mayoría de los países, las empresas que dominan los mercados de tecnología digital e Inteligencia Artificial se enfrentan a una baja carga tributaria. Esto se debe a que: (i) operan en muchos países sin presencia física, es decir, sin sede, empleados ni almacenes; (ii) generan beneficios en jurisdicciones con baja tributación (fenómeno conocido como erosion and profit shifting); (iii) los modelos tributarios aún se centran en medios físicos (fábricas, circulación de mercancías, fronteras), cuando la riqueza reside en flujos digitales, servidores y la nube;

4. Derecho Antimonopolio

Las grandes plataformas digitales y las empresas líderes en desarrollo de Inteligencia Artificial presentan un alto grado de concentración económica y

dominio del mercado, configurando estructuras oligopolísticas y, en algunos casos, monopolísticas en múltiples segmentos. Los principales mercados digitales están dominados por unos pocos actores globales: (i) Búsqueda en línea: Google (posición casi monopolística en muchos países); (ii) Redes sociales: Meta (Facebook, Instagram, WhatsApp), TikTok, X; (iii) Mercados: Amazon, Alibaba; (iv) Sistemas operativos móviles: Android (Google) e iOS (Apple); (v) Computación en la nube: Amazon AWS, Microsoft Azure, Google Cloud; (vi) Modelos de IA fundamentales: OpenAI/Microsoft, Google DeepMind, Anthropic, Meta, Amazon.

En este ámbito de la legislación antimonopolio, existen varios problemas: (i) Plataformas integradas verticalmente que favorecen sus propios productos y servicios; (ii) Adquisiciones predatorias y las denominadas “*killer acquisitions*”, mediante las cuales las empresas dominantes adquieren startups innovadoras para (a) neutralizar a los competidores potenciales, (b) controlar las tecnologías emergentes y (c) incorporar bases de datos estratégicas; y (iii) Algoritmos que producen convergencia automática de precios, sin intervención humana²⁰.

5. Derecho Laboral

El impacto de las plataformas digitales y la Inteligencia Artificial (IA) en el Derecho Laboral es profundo y disruptivo, ya que altera simultáneamente la organización del trabajo, la naturaleza de la relación laboral y los instrumentos tradicionales de protección social. A continuación, se presentan algunas de estas transformaciones:

i) Plataformización del trabajo

Actualmente, el trabajo se realiza en gran medida a través de plataformas como Uber, 99, iFood y Rappi, caracterizadas por:

- a) Fragmentación de tareas: la remuneración no es fija ni constante, sino que se basa en la tarea realizada, y el trabajador puede tener más de una relación laboral simultánea (Uber y taxi, iFood y Rappi). La jornada laboral no es regular, sino que la define el propio trabajador;

20. La expresión “*algoritmos que generan convergencia automática de precios, sin intervención humana*” describe un nuevo fenómeno en el derecho de la competencia: los sistemas automatizados de fijación de precios ajustan los precios en tiempo real, observando el comportamiento de la competencia, y acaban llevando a distintas empresas a aplicar precios muy similares, sin ningún acuerdo explícito entre ellas. En otras palabras: no existe una “*reunión de cárteles*”, pero el resultado económico puede asemejarse al de una coordinación anticompetitiva.

- b) Subordinación algorítmica: el algoritmo define los precios, las rutas, las evaluaciones y las sanciones, en un modelo de gestión automatizado;
- c) Externalización de los riesgos para el trabajador: riesgo de demanda (el trabajador solo gana si hay pedidos), costos operativos (el trabajador provee su propio equipo y suministros, como vehículo, combustible, teléfono celular, computadora) y riesgos sociales y legales (no cuenta con cobertura automática por accidentes e incapacidad, y es responsable de multas y cualquier indemnización);

ii) Reconfiguración del concepto de empleado y de la relación laboral

Existe cierto consenso en que el régimen jurídico de la Consolidación de las Leyes Laborales (que, en Brasil, es la principal legislación laboral convencional) no debería aplicarse a estos trabajadores, sino que debería existir otro tipo de relación que garantice ciertos derechos mínimos, incluyendo la protección social (seguro, pensión);

iii) Vigilancia digital y protección de la privacidad del trabajador

Las tecnologías actuales permiten el rastreo por GPS, el análisis de la productividad en tiempo real y las evaluaciones automatizadas del desempeño, lo cual puede ser extremadamente opresivo (Por ejemplo, imponer un número determinado de entregas por período puede poner al trabajador en riesgo a causa del tráfico).

En resumen: las plataformas digitales y la Inteligencia Artificial están transformando el Derecho Laboral, pasando de un modelo centrado en la fábrica y el contrato típico a un modelo orientado a la protección del individuo que trabaja en entornos digitales, bajo control algorítmico y en relaciones económicas fragmentadas.

6. Derecho de autor y propiedad intelectual

El impacto de las nuevas tecnologías en estos temas es intenso y profundo, afectando la autoría, la originalidad, la circulación de obras, la remuneración de los creadores y la protección de los derechos de autor.

i) En cuanto a la protección de la remuneración de los creadores.

De hecho, la circulación de cultura, conocimiento e información hoy en día se realiza en gran medida a través de YouTube, Spotify, Netflix, Instagram y TikTok. Estas plataformas controlan la distribución, la visibilidad algorítmica y la monetización del contenido. No hace falta destacar la concentración de

poder que esto representa y la dependencia que se establece en relación con los algoritmos de recomendación.

ii) Entrenamiento de IA y uso masivo de obras protegidas.

Los modelos de IA se entrenan con libros, fotografías, música, artículos científicos, periódicos y revistas, entre otras formas de comunicación, a menudo sin autorización explícita. Ya existen disputas y acuerdos en todo el mundo relacionados con el uso de estos materiales.

iii) En cuanto a los derechos morales de autoría.

La IA generativa es un agente de contenido creativo: escribe textos, produce imágenes, crea música y genera videos y código. Surge la pregunta: ¿puede existir el derecho de autor sin un autor humano?

7. Responsabilidad Civil

Existen tres modelos principales a nivel mundial en materia de responsabilidad civil por contenido de terceros en el entorno digital: (i) en Estados Unidos, las plataformas gozan de inmunidad total; (ii) en Europa, la Ley de Servicios Digitales establece la obligación general de eliminar contenido tras una notificación privada; y (iii) en Brasil, salvo en casos de delito, la responsabilidad por contenido de terceros solo se generará si, tras una orden judicial, la plataforma no lo elimina. Estos sistemas también contemplan normas para evitar que cierto contenido, como pornografía infantil, terrorismo, incitación al suicidio, entre otros, llegue al ámbito público.

8. Derecho Penal

Las plataformas digitales y la Inteligencia Artificial han transformado el Derecho Penal al posibilitar nuevas formas de delito y ampliar el poder de investigación del Estado. Entre los nuevos delitos se encuentran: (i) el fraude digital, como las estafas bancarias y la falsificación de documentos; (ii) los deepfakes, que incluyen delitos contra el honor, falsificación de escenas de desnudos o formas de extorsión; y (iii) los ciberataques, como el malware.

A su vez, los nuevos métodos de investigación incluyen: (i) reconocimiento facial; (ii) sistemas de vigilancia callejera; y (iii) predicción del comportamiento, utilizada para decidir sobre la libertad condicional y la liberación provisional. También se ha producido un aumento significativo en la capacidad de analizar grandes volúmenes de datos.

V. CONCLUSIÓN

Como este Prólogo ha intentado demostrar, vivimos un momento decisivo en la historia de la humanidad, quizás más trascendental que otros momentos de grandes transformaciones propiciadas por inventos y descubrimientos que han revolucionado la vida en la Tierra. Es necesario asegurar que la Inteligencia Artificial se mantenga en un camino ético, al servicio de la humanidad. Geoffrey Hinton, ganador del Premio Nobel de Física 2024 y uno de los pioneros en este campo, incluso sugirió que se debería inculcar un “*instinto materno*”²¹ en la programación de los modelos de IA. Esto se debe a que, según él, una madre jamás dañaría a su hijo. Es una idea.

Lo que sí es seguro, sin embargo, es que, a pesar de todas las modernidades y transformaciones, los valores que deben guiar la buena vida, la vida ética, la vida que vale la pena vivir, permanecen inalterables y provienen de tiempos remotos. Se encuentran en la Torá, los Evangelios, las escrituras budistas, Tomás de Aquino, Kant y muchos otros que buscaron trazar los caminos de una filosofía moral para la humanidad. Son: la bondad, la justicia, la búsqueda sincera de la verdad posible en un mundo pluralista y la dignidad de todas las personas. Que así sea.

21. LAURITZEN, Pia. Geoffrey Hinton says AI needs maternal instincts. Here is what it takes. Forbes, 08-14-2025. <https://www.forbes.com/sites/pialauritzen/2025/08/14/geoffrey-hinton-says-ai-needs-maternal-instincts-heres-what-it-takes/>.

[INTRODUCCIÓN]
INVENTANDO EL FUTURO

*Keep some room in your heart for the unimaginable*²². (Mary Oliver)

Este libro reúne reflexiones sobre algunos de los grandes temas contemporáneos: inteligencia artificial, revolución tecnológica, plataformas digitales, cambio climático, democracia, populismo autoritario y el persistente patrimonialismo brasileño. Soy un observador atento y comprometido del panorama global y un actor en algunos capítulos de la vida brasileña. Llevo más de 40 años en la vida académica. Fui abogado por 30. Y he sido juez del Supremo Tribunal Federal por más de una década. He visto la vida desde diferentes puntos de vista, pero con los mismos valores. He aprendido que las cosas cambian de color dependiendo de la cantidad de luz que dejamos entrar. He experimentado intensamente las aficciones, las ansiedades y las alegrías de este país complejo y fascinante, en un mundo en transformación vertiginosa. Es imposible imaginar lo que está por venir.

La Inteligencia Artificial, junto con la ingeniería genética y el avance del internet (de las cosas y los sentidos), marca el inicio de una cuarta revolución industrial. Llega con un potencial inmenso y riesgos que a muchos asustan. Por lo tanto, resulta imperativa su adecuada regulación. Pero entonces surgen las perplejidades de disciplinar un campo donde nada es nuevo por mucho tiempo, dada la vertiginosa velocidad de la innovación. Como se señala en el texto, el teléfono fijo —ese negro, colgado en la pared o en una mesita en un lugar destacado— tardó 75 años en alcanzar los 100 millones de usuarios. El teléfono móvil —ese que acerca a los que están lejos y aleja a los que están cerca—²³ tardó 16 años. Internet, 7 años. Pues bien, ChatGPT alcanzó los 100 millones de usuarios en dos meses. Solo quienes no lo saben se sienten completamente tranquilos.

La Revolución Tecnológica, reconocida como la tercera revolución industrial, que comenzó a mediados y finales del siglo XX, se caracteriza por la sustitución de la tecnología analógica por la digital. Su evolución ha permitido la universalización

22. “Guarda algo de espacio en tu corazón para lo inimaginable” (Mary Oliver, *Evidence*, 2010).

23. Esta buena frase la escuché de mi querido amigo Carlos Ayres Britto.

de las computadoras personales, los teléfonos celulares e internet, conectando a miles de millones de personas en todo el mundo. El acceso a la información, el conocimiento y el espacio público se ha democratizado, pero también ha abierto caminos para la desinformación, los discursos de odio y las teorías conspirativas. Las plataformas digitales, a su vez, han revolucionado la comunicación social e interpersonal, aumentando exponencialmente su escala de acceso. Hemos pasado de cientos de miles de lectores de medios impresos a miles de millones de usuarios de redes sociales como Facebook, Instagram, YouTube, TikTok y otras, así como de aplicaciones de mensajería como WhatsApp y Telegram. Existen numerosas preocupaciones que desafían a legisladores y reguladores.

La *Democracia* mundial, a su vez, sufre el impacto de estas y otras transformaciones, así como el descrédito de las promesas incumplidas de prosperidad e igualdad de oportunidades para todos. Varios países han experimentado crisis de recesión democrática, resultado del auge de un populismo autoritario y antipluralista que desafía las instituciones. En diferentes partes del planeta, sus líderes han seguido una estrategia similar: comunicación directa con sus partidarios, evitando instituciones intermediarias como la prensa, el poder legislativo y las organizaciones de la sociedad civil; difusión de desinformación, discursos de odio y ataques a las instituciones a través de plataformas digitales y aplicaciones de mensajería; y ataques a las cortes supremas, cuya función constitucional es contener el poder de las mayorías políticas, preservando los derechos fundamentales y el estado de derecho. Sembrar la desconfianza en las instituciones ha fomentado opciones extremistas. En momentos en que la moderación, la racionalidad y la tolerancia parecen haber caído en desuso.

En Brasil, la democracia ha perdurado pese a diversos reveses. Hemos experimentado intentos de golpe de Estado, ataques inusuales a las instituciones y bajos niveles de civilidad. A pesar de todo, la Constitución ha prevalecido y se acerca a su madurez. Bajo su vigencia, hemos logrado estabilidad institucional, estabilidad monetaria y una significativa inclusión social, aún cuando hubo algunas regresiones. Los desafíos siguen siendo numerosos, y necesitamos superar las polarizaciones radicalizadas, reemplazándolas con una agenda patriótica —en el sentido estricto— derivada de la Constitución. Combatir la pobreza, priorizar la educación básica e invertir masivamente en ciencia y tecnología son algunos de los puntos que deberían ser comunes para liberales, conservadores y progresistas. Entre los males que debemos enfrentar, se

encuentra la persistencia del patrimonialismo, como lo describe Raymundo Faoro en su clásico *“Os donos do poder”* (Los dueños del poder). La apropiación del Estado, el presupuesto y el espacio público por parte de las élites extractivas ha obstaculizado el progreso económico y social, prolongando nuestro estatus de país de ingresos medios, pese a ser la octava economía más grande del mundo.

Finalmente, abordar el Cambio Climático, que era un compromiso ineludible con las generaciones futuras, se ha convertido en un tema crucial para los derechos humanos actuales, a medida que el problema comienza a afectar gravemente la vida aquí y ahora. Los devastadores incendios en el Pantanal, la dramática sequía en la Amazonía y las trágicas inundaciones en Rio Grande do Sul han alertado a Brasil y al mundo sobre la urgencia de las medidas de mitigación y adaptación, destacando el imperativo de la transición energética. En diferentes países, el Poder Judicial está comenzando a adoptar medidas más proactivas para abordar el calentamiento global, dada la prolongada inercia de los demás poderes del gobierno en muchos casos. Los tribunales internacionales también están comenzando a reconocer que es hora de actuar. Por muchas razones, Brasil no está actualmente en posición de ser un líder industrial o tecnológico. Pero tenemos todas las condiciones para ser uno de los líderes medioambientales mundiales, porque contamos con energía limpia, fuentes renovables (hidroeléctrica, solar, eólica y biomasa) y la Amazonía, el mayor proveedor de servicios medioambientales del planeta.

Al final del libro, incluyo mi discurso inaugural como presidente del Supremo Tribunal Federal y tres breves discursos de graduación, que muestran mi visión del mundo. En todos los temas del libro, me esfuerzo por ofrecer una perspectiva crítico-constructiva, contribuyendo a impulsar la historia hacia el bien, la justicia y el progreso de la civilización. Hay días mejores y peores, épocas de calma y de tormenta. Creo que los países, como las personas, pasan por lo que deben para evolucionar y mejorar. La vida de las naciones se compone de caminos elegidos y nuevas oportunidades. Casi siempre es posible empezar de cero e intentarlo de nuevo. Por lo tanto, es mejor ajustar las velas que quejarse del viento. E inventar el futuro que uno desea²⁴.

Brasilia, 3 de julio de 2024.

24. La frase *“The best way to predict the future is to create it”* (La mejor manera de predecir el futuro es crearlo) se atribuye a menudo al expresidente estadounidense Abraham Lincoln y al consultor empresarial Peter Drucker. No se pudo localizar la fuente original.

[PARTE I]
DOCTRINA

[CAPÍTULO 1]

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, PROMESAS, RIESGOS Y REGULACIÓN:
ALGO NUEVO BAJO EL SOL^{25 26}

Nota Introductoria

Hay algo nuevo bajo el sol²⁷. Muchas de nuestras creencias y certezas podrían tener los días contados. Como antiguos navegantes que contemplaban la inmensidad de los océanos, llenos de promesas, misterios y peligros, nos enfrentamos una vez más a un mundo desconocido. Se siente en el aire que se avecina una profunda transformación. Una revolución, quizás. Algo tan grandioso como la invención de la imprenta con tipos móviles, que difundió exponencialmente el conocimiento humano, o la Ilustración, que transformó la vida social, la cultura y la política²⁸. El futuro nunca ha parecido tan cercano e impredecible²⁹.

Frente a las aparentemente infinitas posibilidades de la tecnología, sólo existe una carta de navegación segura: los valores que, desde hace mucho tiempo, deberían guiar el progreso de la civilización y la evolución de la condición humana en la Tierra. Ya sean seculares o míticas, su origen se encuentra en Grecia, pasando por la Torá, los Evangelios, Buda, Tomás de Aquino, Kant y

-
25. Capítulo escrito en coautoría con Patrícia Perrone Campos Mello. Este texto se publicó originalmente en la Revista Direito e Praxis, ahead of print, el 18 de junio de 2024. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479>.
 26. Agradezco a Pedro Henrique Ribeiro Morais e Silva su ayuda con la investigación y sus sugerencias para la redacción del texto. También a Frederico Alvim, por sus importantes comentarios y recomendaciones bibliográficas.
 27. Hay un conocido pasaje bíblico, en Eclesiastés 1:9, que dice: *“Lo que fue, será otra vez; lo que se hizo, se hará otra vez; no hay nada nuevo bajo el sol”*. El significado de esta frase es que las épocas pasan y los seres humanos lidian con las mismas preguntas existenciales. Sin embargo, quizás estén surgiendo algunas nuevas preguntas.
 28. V. KISSINGER, Henry; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. ChatGPT Heralds an Intellectual Revolution. Wall Street Journal, 24 de febrero de 2023. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/chatgpt-heralds-an-intellectual-revolution-enlightenment-artificial-intelligence-homo-technicus-technology-cognition-morality-philosophy-774331c6>. Consultado el: 21 de mayo de 2024.
 29. Esta imprevisibilidad se explica en parte por la progresiva autonomía adquirida por las soluciones basadas en el aprendizaje automático y en parte por la naturaleza acelerada de las innovaciones en este campo, que triunfan (o se renuevan) a un ritmo que dificulta su comprensión completa. Nina Schick observa que transcurrieron cuatro siglos entre la invención de la imprenta y el desarrollo de la fotografía, por ejemplo, pero que en solo tres décadas pasamos de la explosión de internet a los teléfonos inteligentes, y de ahí a la plataforma de las vidas en las redes sociales, con graves implicaciones para el régimen de la información. Según la autora, cambios tan rápidos en segmentos vitales conllevan un alto componente de incertidumbre, que debe ser considerado por la sociedad en su conjunto (SCHICK, Nina. Deep Fakes and the Infocalypse. What You Urgently Need to Know. Londres: Monoray, 2020. p. 11).

muchos otros que han forjado el patrimonio ético de la humanidad. Pero hay un punto dramático aquí: el vertiginoso progreso científico que hemos presenciado acumulativamente a lo largo de los siglos no ha ido acompañado de una correspondiente evolución ética, e incluso espiritual, de la condición humana. La bondad, la verdadera justicia y la solidaridad se descuidan con frecuencia en un mundo de extrema pobreza en muchos lugares, desigualdades injustas, guerras y un orden nacional e internacional en el que algunos ganan todo y otros siempre pierden. Es en este escenario que surge el tema de la inteligencia artificial (en adelante, también IA) y su potencial para mejorar, empeorar o incluso aniquilar el mundo³⁰.

Quizás ningún tema en la historia de la civilización haya suscitado tanta reflexión simultánea. En los medios de comunicación, en los bares, en las universidades, en los grandes eventos internacionales, en las reuniones de expertos, un tema se ha vuelto omnipresente: la inteligencia artificial. No hay aspecto de sus implicaciones que no haya sido explorado por las mentes más brillantes y los ciudadanos más comunes. El siguiente texto forma parte de esta profusión de escritos que buscan captar el espíritu de la época, trazar rumbos e impulsar la historia en la dirección correcta, evitando los abismos que pondrían en peligro, si no nuestras vidas, al menos nuestra humanidad tal como la conocemos. La fe en la ciencia, como todas las creencias de este mundo, no puede conducir al fanatismo. Necesitamos definir rumbos y límites. Este es solo otro intento de hacerlo.

Este capítulo se estructura de la siguiente manera: una introducción que presenta algunos conceptos básicos sobre el tema; una segunda sección que explora el potencial positivo de la IA; una tercera sección que busca catalogar los principales riesgos que conlleva; una cuarta sección que identifica algunos principios que deberían regir la regulación del tema; y, finalmente, una conclusión que busca disipar nuestras inquietudes sobre el futuro.

30. La investigación en IA evita el alarmismo, lo que no significa que los desarrollos potencialmente catastróficos no se consideren hipótesis serias. Véase, sobre el tema: RUSSELL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor: Como Manter o Controle sobre a Tecnologia*. São Paulo: Cia das Letras, 2021. Las preocupaciones más relevantes giran en torno a la inteligencia artificial general, también conocida como superinteligencia artificial, que define un estado en el que las computadoras superarían las capacidades humanas de forma significativa, lo que generaría “*problemas de control*” y “*problemas de alineación*” (LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: Como los Robots Están Cambiando el Mundo, la Forma en que Amamos, Nos Relacionaremos, Trabajamos y Vivimos*. Río de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 159-173).

I. EL AMANECER DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

1. *Un asombroso mundo nuevo*

Una nueva revolución industrial se vislumbra. La primera tuvo lugar a mediados del siglo XVIII y está representada por el uso del vapor como fuente de energía. La segunda revolución industrial, a finales del siglo XIX y principios del XX, está simbolizada por la electricidad y el motor de combustión interna. La tercera se desarrolló en las últimas décadas del siglo XX, culminando con la sustitución de la tecnología analógica por la digital. Conocida como la Revolución Tecnológica o Revolución Digital, permitió la universalización de las computadoras personales y los teléfonos inteligentes, y está simbolizada por internet, que conecta a miles de millones de personas en todo el mundo³¹. La cuarta revolución industrial, que comienza a invadir nuestras vidas, llega con la combinación de la inteligencia artificial, la biotecnología y la expansión del uso de internet, creando un ecosistema interconectado que abarca personas, objetos e incluso mascotas, en un internet de las cosas y los sentidos.

En este desafiante nuevo mundo que se abre, las nuevas tecnologías pueden liberarnos de las actividades cotidianas más sencillas, así como realizar tareas altamente complejas. Pueden limpiar entornos, regular la temperatura y, próximamente, conducir vehículos autónomos³². Prometen recuperar movimientos corporales perdidos³³, proporcionar diagnósticos médicos más precisos³⁴, abordar deficiencias neurológicas, mejorar las capacidades cognitivas³⁵; crear el “*gemelo virtual*” de alguien³⁶; reproducir a una persona

31. V. BARROSO, Luís Roberto. Revolución tecnológica, crisis de la democracia y cambio climático. Revista Estudos Institucionais, v. 5, N° 3, p. 1262, 2019.
32. MANYIKA, James. Getting AI Right: Introductory Notes on AI & Society. Daedalus, v. 151, N° 2, p. 5-27, 2022, p. 12. Disponible en: <https://www.amacad.org/publication/getting-ai-right-introductory-notes-ai-society>. Consultado el: 14 de febrero de 2024.
33. CACZAN, Luciana. Tetrapléjico recupera movimiento tras implantarse chips de inteligencia artificial en el cerebro. CNN Brasil, 20 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/tetraplejico-recupera-movimentos-apos-implantar-chips-de-inteligencia-artificial-no-cerebro/>. Consultado el: 14 de febrero de 2024.
34. DILSIZIAN, Steven E.; SIEGEL, Eliot L. Inteligencia artificial en medicina e imagen cardíaca: aprovechamiento del big data y la informática avanzada para ofrecer diagnóstico y tratamiento médico personalizado. Current Cardiology Reports, v. 16, p. 1-8, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11886-013-0441-8>. Consultado el: 14 de febrero de 2024.
35. SCHMIDT, Albrecht. Aumentando el intelecto humano y amplificando la percepción y la cognición. IEEE Pervasive Computing, v. 16, N° 1, p. 6-10, enero/marzo de 2017.
36. MINDBANK. AI go beyond. Duplicate yourself with a personal digital twin, [20--]. Página principal. Disponible en: <https://www.mindbank.ai/>. Consultado el: 17 de enero de 2024. El sitio invita al usuario a duplicarse virtualmente para aumentar su productividad, salud mental y longevidad.

fallecida³⁷, permitir el reencuentro con seres queridos fallecidos³⁸; cuidar a las personas mayores³⁹, encontrar la amistad o la pareja ideal⁴⁰; escribir textos en una amplia variedad de idiomas⁴¹; distribuir ayudas sociales a los más vulnerables y dirigir servicios públicos esenciales a los lugares más necesitados⁴². También pretenden predecir la comisión o reincidencia de delitos⁴³, mejorar la vigilancia medioambiental, promover la planificación de ciudades inteligentes⁴⁴, estimar

-
37. RAMIREZ, Vanessa Bates. Grief tech uses AI to give you (and your loved ones) digital immortality. Singularity hub, 16 de agosto de 2023. Disponible en: <https://singularityhub.com/2023/08/16/grief-tech-uses-ai-to-give-you-and-your-loved-ones-digital-immortality/>. Consultado el: 17 de enero de 2024. El objetivo del sistema es replicar la personalidad, la forma de pensar, el habla y otras características de los usuarios, para que puedan interactuar con sus seres queridos incluso después del fallecimiento de la persona duplicada.
38. "Your stories and voice. Forever. Preserve memories with an app that interviews you about your life. Then, let loved ones hear meaningful stories by chatting with the virtual you" (HERE.AFTER. Your stories and voice: forever, [20--]. Página inicial. Disponible en: <https://www.hereafter.ai/>. Consultado el: 17 de enero de 2024).
39. HOROWITZ, Jason. Who Will Take Care of Italy's Older People? Robots, Maybe. The New York Times, 25 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2023/03/25/world/europe/who-will-take-care-of-italys-older-people-robots-maybe.html>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
40. INNER CIRCLE. Você tá a 1 clique de conhecer o crush dos seus sonhos. Página principal. Disponible en: https://m.theinnercircle.co/?utm_campaign=brbrand2&campaignid=14801829816&source=google&medium=cpc&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAkp6tBhB5EiwANTCxlP65xV0LpMJQ_D8-3aqirg454qwI6ddMMISOG0Y1f3C-eQjON337DBoCOicQAvD_BwE. Consultado el: 17 de enero de 2024; TINDER. Página principal, [20--]. Disponible en: <https://tinder.com/pt>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
41. CHATGPT. Página Principal, [20--]. Disponible en: <https://chat.openai.com/auth/login>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
42. KATYAL, Sonia K. Democracy and Distrust in an Era of Artificial Intelligence. Daedalus, N° 151, v. 2, p. 322-334, 2022. p. 327; URUEÑA, René. Regulating the Algorithmic Welfare State in Latin America. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) – Research Paper, N° 2023-27, 20 de diciembre de 2023.
43. EUBANKS, Virginia. The Allegheny Algorithm. En: EUBANKS, Virginia. Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2015. Disponible en: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:92531b35-dd7b-3c72-8721-ee7781ddb786>. Consultado el: 17 de enero de 2024; VERMA, Pranshu. The never-ending quest to predict crime using AI. The Wahington Post, 15 de julio de 2022; KATYAL, Sonia K. Democracy and Distrust in an Era of Artificial Intelligence. Daedalus, N° 151, v. 2, 2022, p. 327; RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. Developing Artificially Intelligent Justice. Stan. Tech. L. Rev., N° 22, p. 242-289, 2019, p. 243-244.
44. GALAZ, Victor et al. Artificial intelligence, systemic risks, and Sustainability. Technology in Society, v. 67, p. 1-10, septiembre 2021. p. 2.

el rendimiento de los solicitantes de empleo, la probabilidad de reembolso de préstamos y el desarrollo de enfermedades graves⁴⁵, entre otros temas⁴⁶.

Y hay más, se estima que estas mismas tecnologías podrían revelar la orientación sexual de una persona⁴⁷, anticipar y reportar la intención de abortar⁴⁸, reemplazar a cientos de extras y actores en Hollywood⁴⁹, crear o eliminar miles de trabajos mecánicos o creativos⁵⁰; manipular o falsificar información, sonidos, imágenes, creencias y deseos⁵¹; generar adicciones⁵²; interferir en el comportamiento del consumidor⁵³, influir en el resultado de

45. SILBERG, Jake; MANYIKA, James. Notes from the AI Frontier: Tackling Bias in AI (and in Humans). McKinsey Global Institute, junio 2019. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featuredinsights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans#>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
46. Los resultados positivos son, de hecho, impresionantes, lo que lleva a algunos a considerar el uso de nuevas tecnologías para transformar los mecanismos de gobernanza, en favor del establecimiento de una "democracia algorítmica" supuestamente neutral y eficaz. Sin embargo, la neutralidad algorítmica no existe, y la legitimidad democrática está necesariamente relacionada con la representación basada en la voluntad popular. En este sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa entiende que la definición de objetivos políticos y sociales no puede relegarse a los algoritmos. Por el contrario, debe permanecer en manos de seres humanos sujetos a un sistema de rendición de cuentas política y jurídica (UNIÓN EUROPEA. Consejo de Europa. Inteligencia Artificial e Integridad Electoral. Concept Paper, 2022. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/electoral-management-bodies-conference/concept-paper-2022>. Consultado el: 21 de abril de 2024).
47. MORRISON, Sara. This outed priest's story is a warning for everyone about the need for data privacy laws. Vox, 21 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.vox.com/recode/22587248/grindr-app-location-data-outed-priest-jeffrey-burrill-pillar-data-harvesting>. Consultado el: 17 de febrero de 2024.
48. COX, Joseph. Data Broker Is Selling Location Data of People Who Visit Abortion Clinics. Vice, 2022. Disponible en: <https://www.vice.com/en/article/m7vzjb/location-data-abortion-clinicssafegraph-planned-parenthood>. Consultado el: 17 de enero de 2024; TUFEKCI, Zeynep. We need to take our privacy back. The New York Times, 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/05/19/opinion/privacy-technology-data.html>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
49. BECKETT, Lois; PAUL, Kari. Bargaining for our very existence: why the battle over AI is being fought in Hollywood. The Guardian, 22 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2023/jul/22/sag-aftra-wga-strike-artificial-intelligence>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
50. MANYIKA, James. Getting AI Right: Introductory Notes on AI & Society. Daedalus, v. 151, N° 2, p. 5-27, 2022, p. 20. Disponible en: <https://www.amacad.org/publication/getting-ai-right-introductory-notes-ai-society>. Consultado el: 14 de febrero de 2024.
51. HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, p. 1-2, 12 de mayo de 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023.
52. MOHAMMAD, Shabina; JAN, Raghad A.; ALSAEDI, Saba L. Symptoms, Mechanisms, and Treatments of Video Game Addiction. Cureus, v. 15, N° 3, 31 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10065366/#:~:text=Video%20game%20addiction%20is%20defined,in%20many%20aspects%20of%20life>. Consultado el: 17 de febrero de 2024; e BECKETT, Lois; PAUL, Kari. Bargaining for our very existence: why the battle over AI is being fought in Hollywood. The Guardian, 22 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2023/jul/22/sag-aftra-wga-strike-artificial-intelligence>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
53. MAKHNOUMI, Ali. How AI Could Potentially Manipulate Consumers. Duke Fuqua School of Business, 10 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.fuqua.duke.edu/duke-fuqua-insights/how-ai-could-potentially-manipulate-consumers>. Consultado el: 17 de febrero de 2024.

los procesos electorales⁵⁴, provocar comportamientos violentos⁵⁵, fortalecer agendas extremistas⁵⁶, exacerbar la desigualdad y la discriminación contra grupos minoritarios⁵⁷, alterar y adquirir voluntad propia⁵⁸, activar armas de destrucción masiva y poner en riesgo la vida, la salud y la seguridad de las personas⁵⁹.

La lista es interminable y puede llevarnos a lo sublime y al horror; a la libertad o a la esclavitud; a la afirmación generalizada de los derechos humanos o a su supresión. Intuitivamente, el problema no reside en la tecnología en sí, sino en cómo la usamos y, sobre todo, en cómo pretendemos distribuir los beneficios que generará. El reto, por tanto, reside en crear un diseño institucional que fomente el buen uso de la inteligencia artificial y contenga su mal uso, impidiendo la automatización de la injusticia⁶⁰ y la multiplicación de los riesgos existentes⁶¹.

2. ¿Qué es la inteligencia artificial?

En términos sencillos, la inteligencia artificial se puede definir como programas de software que transfieren capacidades humanas a las computadoras. Estas capacidades incluyen tareas cognitivas y la toma de decisiones, generalmente

-
54. HEAWOOD, Jonathan. Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. *Information Polity*, v. 23, p. 429-434, 2018; BERGHEL, Hal. *Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia*. Computer, p. 84-89, mayo 2018.
 55. PAUWELS, Eleonore. Artificial Intelligence and Data Capture Technologies in Violence and Conflict Prevention. *Global Center on Cooperative Security: Policy Brief*, septiembre 2020. Disponible en: https://www.globalcenter.org/wp-content/uploads/GCCS_AIData_PB_H-1.pdf. Consultado el: 17 de febrero de 2024.
 56. VLACHOS, Scott. The link between mis-, dis-, and malinformation and domestic extremism. *Council for Emerging National Security Affairs*, junio 2022. Disponible en: [MDM_22.6.17b.pdf](#) (censa.net). Consultado el: 21 de abril de 2024.
 57. ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias: There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks. *ProPublica*, 23 de mayo de 2016; EUBANKS, Virginia. *The Allegheny Algorithm*. En: EUBANKS, Virginia. *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2015. Disponible en: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:92531b35-dd7b-3c72-8721-ee7781ddb786>. Consultado el: 17 de enero de 2024.
 58. Se teme que la capacidad de la IA para aprender de forma autónoma la lleve a adquirir una inteligencia sobrehumana, volviéndola incontrolable. Este fenómeno se denomina "*singularidad*" (HUTSON, Matthew. ¿Podemos detener la IA desbocada? Los tecnólogos advierten sobre los peligros de la llamada singularidad. Pero, ¿se puede realmente hacer algo para prevenirla? *The New Yorker*, 16 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.newyorker.com/science/annals-of-artificial-intelligence/can-we-stop-the-singularity>. Consultado el: 17 de febrero de 2024).
 59. MANYIKA, James. Getting AI Right: Introductory Notes on AI & Society. *Daedalus*, v. 151, N° 2, p. 5-27, 2022. p. 21; 27.
 60. DEGLI-ESPOSTI, Sara. *La ética de la inteligencia artificial*. Madrid: Catarata, 2023. p. 10.
 61. COECKELBERGH, Mark. *Ética na inteligência artificial: Ubu*, 2023. p. 167.

basadas en los datos, instrucciones y objetivos que se les proporcionan⁶². Sin embargo, no existe un consenso completo sobre el concepto técnico de la IA y su alcance⁶³. Numerosas entidades e instituciones, como la OCDE⁶⁴ y la UNESCO⁶⁵, buscan definir sus límites. Es posible señalar algunos rasgos comunes en estos intentos de definición: son sistemas con la capacidad de procesar datos e información de forma similar a la inteligencia humana, lo que incluye el aprendizaje, el razonamiento, la percepción y la comunicación a través del lenguaje. Consultado, ChatGPT4 proporcionó la siguiente definición:

La Inteligencia Artificial (IA) es una rama de la informática dedicada a crear sistemas capaces de realizar tareas que tradicionalmente requieren inteligencia humana. Estas tareas incluyen el aprendizaje (la capacidad de mejorar el rendimiento con la experiencia), el razonamiento (la capacidad de resolver problemas mediante métodos lógicos), la percepción (la capacidad de interpretar datos sensoriales para comprender aspectos del mundo) y la interacción lingüística (la capacidad de comprender y producir lenguaje natural).

62. El término “*inteligencia artificial*” se atribuye a un taller celebrado en 1956 en Dartmouth, con el objetivo de desarrollar máquinas capaces de resolver problemas resueltos por humanos y mejorarse a sí mismas (MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin L.; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude E. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. 31 de agosto de 1955. Disponible en: <http://raysolomonoff.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf>. Consultado el: 17 de enero de 2024; MANYIKA, James. Getting AI Right: Introductory Notes on AI & Society. Daedalus, v. 151, N° 2, p. 5-27, 2022. p. 15).
63. Las organizaciones representativas de empresas de IA abogan por una definición más restrictiva de inteligencia artificial, mientras que las organizaciones de derechos humanos defienden la ampliación del concepto para incluir otras tecnologías que también pueden tener efectos adversos sobre los derechos humanos. En este contexto, el alcance mismo del concepto de IA depende, en parte, del grado en que se pretenda regular. Véase, por ejemplo: TAMBIANA, Madiaga. Informe: Legislación de la UE en curso. EPRA – European Parliamentary Research Service, junio de 2023, p. 6-8.
64. “Un sistema de IA es un sistema basado en máquinas que, con fines explícitos o implícitos, infiere a partir de la información que recibe cómo generar resultados como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los diferentes sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su implementación” (OCDE. Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial. OCDE/LEGAL/0449, 2019. Disponible en: <https://oecd.ai/en/wonk/documents/g20-ai-principles>. Consultado el: 13 de febrero de 2024; RUSSEL, Stuart; PERSET, Karine; MARKO, Grobelnik. Explicación de las actualizaciones de la definición de sistema de IA de la OCDE. OCDE IA: Observatorio de Políticas, 29 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update>. Consultado el: 17 de enero de 2024).
65. Por lo tanto, esta recomendación aborda los sistemas de IA como sistemas que tienen la capacidad de procesar datos e información de una manera que se asemeja al comportamiento inteligente y que normalmente incluye aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control (“Therefore, this Recommendation approaches AI systems as systems which have the capacity to process data and information in a way that resembles intelligent behaviour, and typically includes aspects of reasoning, learning, perception, prediction, planning or control”) (UNESCO. Recommendation on the ethics of Artificial Intelligence, 2021. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455#:~:text=AI%20actors%20and%20Member%20States,law%2C%20in%20particular%20Member%20States>’. Consultado el: 26 de marzo de 2024).

En su etapa actual⁶⁶, la inteligencia artificial carece de autoconciencia, discernimiento del bien y del mal, emociones, sentimientos, moralidad e incluso sentido común. En otras palabras, depende completamente de la inteligencia humana para su funcionamiento, incluyendo los valores éticos. Las computadoras no tienen voluntad propia⁶⁷. Si bien esto es una creencia popular sobre el tema, algunos experimentos revelan una sorprendente capacidad de aprendizaje, lo que plantea nuevas inquietudes. Uno de estos experimentos fue Alpha Zero, un programa de IA desarrollado por Google que derrotó a Stockfish, hasta entonces el programa de ajedrez más poderoso del mundo. A diferencia de los programas anteriores, Alpha Zero no recibió movimientos previamente concebidos por humanos. Es decir, no se basó en el conocimiento, la experiencia ni las estrategias humanas. Solo recibió las reglas del juego. Alpha Zero se entrenó jugando contra sí mismo, desarrollando sus propios movimientos y estrategias originales y poco ortodoxos, con su propia lógica⁶⁸.

Dos perspectivas se han disputado la primacía en la investigación sobre inteligencia artificial a lo largo de los años. La primera se inspiró en el funcionamiento de la mente humana, buscando imitar cómo formulamos preguntas y desarrollamos el razonamiento lógico. Esta primera perspectiva dominó los experimentos de IA hasta la década de 1980. La segunda perspectiva se inspiró en el funcionamiento de las estructuras del cerebro humano. Proponía conectar unidades de procesamiento de información, equivalentes a las neuronas, para simular su funcionamiento⁶⁹. Esta es la perspectiva que se ha vuelto dominante en el panorama de la IA, denominada “*enfoque conexionista*” (connectionist approach). No busca reproducir la forma en que razona la mente

66. Esta advertencia es necesaria, considerando que no se puede descartar que la IA futura otorgue a las máquinas un alto grado de autonomía y consciencia, en un escenario donde las aplicaciones inteligentes adquieran su propia racionalidad, persiguiendo objetivos imprevistos. Véase sobre el tema: DEGLI-ESPOSTI, Sara. La ética de la inteligencia artificial. Madrid: Catarata, 2023, p. 10; REBOLLO DELGADO, Lucrecio. Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2023, p. 24.

67. WINSTON, Patrick Henry. Artificial intelligence demystified. Borrador del 30 de septiembre de 2018, amablemente enviado por el autor, p. 2 (mimeo): “Ellos (los programas) no perciben como nosotros ni piensan como nosotros; de hecho, no piensan en absoluto”. Sobre el tema, véase LENHARO, Mariana. Conciencia de la IA: los científicos dicen que necesitamos respuestas urgentemente. Nature, 21 de diciembre de 2023.

68. KISSINGER, Henry A.; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. The age of AI and our human future. Nova York: Little, Brown and Company, 2021. p. 7 y ss. e 26.

69. DREYFUS, Hubert L.; DREYFUS, Stuart E. Making a Mind Versus Modeling the Brain: Artificial Intelligence Back at a Branchpoint. Daedalus, v. 1, N° 117, p. 15-44, 1988. Disponible en: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/Daedalus_Wi98_Artificial-Intelligence.pdf. Consultado el: 17 de enero de 2024.

humana. Al contrario, busca establecer correlaciones y patrones entre miles de datos y resultados específicos. Sus principales fundamentos son la estadística y la neurociencia.

Los sistemas de inteligencia artificial se basan en datos y algoritmos. Cuanto mayor sea el conjunto de datos al que tienen acceso, mayor será el número de correlaciones confirmadas y descartadas y, naturalmente, más precisos tienden a ser los resultados⁷⁰. Un universo dado de datos o características correlacionadas permite a la IA identificar un perro o un gato, un deudor bueno o malo, una persona con tendencias depresivas o un niño en riesgo. Establecer correlaciones entre estos elementos puede parecer aleatorio o irracional para la mente humana. Pero recuerde, el modelo se basa en la estadística, no en la lógica.

Un algoritmo, a su vez, es un concepto fundamental en informática. El término identifica el conjunto de instrucciones, reglas y parámetros que guían a las computadoras para realizar las tareas que se les asignan. Se trata de fórmulas, códigos y scripts que seleccionan, procesan y almacenan datos para obtener un resultado específico. Los datos seleccionados (*inputs*) y sus correlaciones permiten alcanzar los resultados previstos (*outputs*) del programa, que pueden ser muy variados. Por ejemplo: si el resultado permite diferenciar entre objetos y seres vivos, se denomina IA *discriminativa*; si el resultado es la predicción de comportamientos (de consumo, financieros o políticos), se denomina IA predictiva; si se trata de la generación de contenido (textos, imágenes o sonidos), se denomina IA generativa^{71 72}.

3. Aprendizaje automático, modelo fundacional y otros conceptos relevantes

En cuanto a su modo de funcionamiento, los sistemas de inteligencia artificial más avanzados en la actualidad son aquellos capaces de desarrollar aprendizaje automático. El aprendizaje automático se refiere a la capacidad de un modelo para

70. DREYFUS, Hubert L.; DREYFUS, Stuart E. Making a Mind Versus Modeling the Brain: Artificial Intelligence Back at a Branchpoint. *Daedalus*, v. 1, N° 117, p. 15-44, 1988. p. 15-44. Disponible en: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/Daedalus_Wi98_Artificial-Intelligence.pdf. Consultado el: 17 de enero de 2024.

71. HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, p. 1-3, 12 de mayo de 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023.

72. Las calificaciones anteriores no son exhaustivas. Se hace referencia, por ejemplo, a la IA adversaria, diseñada para impedir que otras IA funcionen con fines de protección de datos, entre otros. (HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 12 de mayo de 2023. p. 13. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023).

adquirir conocimiento de forma autónoma, sin programación previa explícita, basándose en la identificación de correlaciones entre grandes volúmenes de datos, como se describió anteriormente. Cabe destacar que, para conceptos más restringidos de IA, la capacidad de aprendizaje automático es lo que diferencia la inteligencia artificial de la mera automatización, que sería un fenómeno más amplio⁷³. El aprendizaje automático es el proceso que subyace a gran parte de los servicios de IA que utilizamos hoy en día, como los sistemas de recomendación de contenido en plataformas como Netflix, YouTube y Spotify; los modelos de selección y clasificación de resultados en buscadores como Google, Bing y Baidu; así como los *feeds* y sistemas de recomendación de contactos en redes sociales como Facebook y X (anteriormente Twitter)⁷⁴.

El aprendizaje automático utiliza algoritmos y redes neuronales artificiales. Estas redes se inspiran en las redes neuronales humanas (neural networks). Son modelos matemáticos que imitan nuestro sistema nervioso⁷⁵. A través de ellas, diferentes procesadores de datos trabajan juntos para procesar estos datos. El aprendizaje automático profundo (machine deep learning) es la técnica que amplía la capacidad del aprendizaje automático mediante el establecimiento de múltiples capas de redes neuronales artificiales, simulando el complejo funcionamiento del cerebro humano, de modo que estas múltiples redes y procesadores gestionen la información y establezcan correlaciones

73. Respectivamente: NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. El uso de inteligencia artificial explicable como herramienta para comprender las decisiones automatizadas: ¿una posible vía para aumentar la legitimidad y la fiabilidad de los modelos algorítmicos? Revista Electrónica del Curso de Derecho de la UFSM, v. 18, N° 1, 2023, nota al pie N° 3, parte final, p. 4; BROWN, Sara. Aprendizaje automático, explicado. MIT Management Sloan School, 21 de abril de 2021. Disponible en: https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/machine-learning-explained?utm_source=mitsloangooglep&utm_medium=social&utm_campaign=machinelearnexp&gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAtaOtBhCwARIsAN_x-3KnfPNYty2tnOgUTPOF_NMirqdswN7etv0WLC6YxWMNvm3jH1sxEJwaAp0REALw_wcB. Consultado el: 18 de enero de 2024.

74. HAO, Karen. What is machine learning? MIT Technology Review, 17 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>. Consultado el: 18 de enero de 2024; NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. El uso de la inteligencia artificial explicable como herramienta para comprender las decisiones automatizadas: ¿una posible vía para aumentar la legitimidad y la fiabilidad de los modelos algorítmicos? Revista Electrónica del Curso de Derecho de la UFSM, v. 18, N° 1, 2023, nota al pie N° 3, parte final, p. 5.

75. V. PORTO, Fábio Ribeiro; ARAÚJO, Walter Shuenquener; GABRIEL. Inteligência Artificial generativa no Direito. 2024. p. 37.

simultáneamente⁷⁶. Tiene aplicaciones en el reconocimiento de imágenes y voz, la traducción automática y el procesamiento de texto. Existen tres tipos de aprendizaje automático: supervisado (*supervised*), no supervisado (*unsupervised*) y de refuerzo (*reinforcement*)⁷⁷.

En cuanto a su uso o propósito, los sistemas de IA abarcan numerosas clasificaciones, que a veces se superponen. Los modelos fundacionales (*foundational models*) se entrenan con grandes cantidades de datos y están preparados para adaptarse a múltiples tareas. ChatGPT (*Chat Generative Pre-trained Transformer*), una IA generativa, es un ejemplo de modelo fundacional (también llamado modelo de propósito general) y un “*modelo de lenguaje extenso*” (*large language model*), capaz de generar arte, imágenes, texto y sonidos⁷⁸. Es importante destacar que los programas de IA generativa pueden crear contenido nuevo, no solo analizar o clasificar el existente. Si alguien busca en Google cómo funciona un vehículo eléctrico, se le redirigirá a un enlace que lleva a un sitio web de terceros. Sin embargo, ChatGPT explica cómo funciona un vehículo eléctrico con sus propias palabras⁷⁹.

Los modelos fundacionales se consideran un paso hacia la denominada IA de propósito general (*general purpose AI*), que aún no se ha alcanzado por completo, pero que ya es capaz de realizar una gran cantidad de tareas sin limitarse a

-
76. HAO, Karen. ¿Qué es el aprendizaje automático? MIT Technology Review, 17 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>. Consultado el: 18 de enero de 2024; RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. Desarrollo de la justicia artificialmente inteligente. Stan. Tech. L. Rev., N° 22, p. 242-289, 2019, p. 244-246.
77. El aprendizaje supervisado, el principal tipo de aprendizaje actualmente utilizado, permite definir el output adecuado. Este es el caso de los sistemas de IA centrados en la categorización (en gatos, perros y medios de transporte). El aprendizaje no supervisado (*unsupervised*), menos común, busca identificar patrones, correlaciones y agrupaciones sin definir previamente el resultado adecuado. Finalmente, el aprendizaje de refuerzo (*reinforcement*) tiene como objetivo entrenar y mejorar las máquinas a través de un sistema de prueba y error, enseñándoles a tomar las mejores decisiones (BROWN, Sara. Machine learning, explained. MIT Management Sloan School, 21 de abril de 2021. Disponible en: https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/machine-learning-explained?utm_source=mitsloangooglep&utm_medium=social&utm_campaign=machinelearnexp&gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAtaOtBhCwARISAN_x-3KnfPNYty2tnOgUTP0F_NMirqdswn7etv0WLC6YxWMNvm3jH1sxEJwaAp0REALw_wcB. Consultado el: 18 de enero de 2024).
78. No toda la IA generativa constituye un modelo fundamental. Puede modelarse para fines muy específicos. Las capacidades generativas pueden incluir la manipulación y el análisis de texto, imágenes y video, así como la producción de voz. Las aplicaciones generativas incluyen chatbots, filtros de foto y video, y asistentes virtuales (JONES, Elliot. Explainer: What is a foundation model? Ada Lovelace Institute, 17 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/foundation-models-explainer/#table1>. Consultado el: 18 de enero de 2024).
79. ARIYARATNE, Hasala. ChatGPT and intermediary liability: por qué el artículo 230 no protege ni debería proteger los algoritmos generativos. p. 4-5. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4422583. Consultado el: 18 de enero de 2024.

objetivos específicos⁸⁰. Por su parte, los sistemas de IA de propósito fijo (*fixed-purpose AI systems or narrow AI*), como su nombre indica, están diseñados para un propósito específico y, por lo tanto, se configuran de forma más restrictiva. Se entrenan con una base de datos más específica. La mayoría de los sistemas de IA actualmente en uso pertenecen a esta categoría, incluyendo asistentes de voz como Siri, Alexa y Google Assistant, que comprenden y ejecutan comandos de voz; sistemas de recomendación de contenido en plataformas de streaming, filtros de spam, sistemas de predicción meteorológica y software de reconocimiento facial, entre otros. Todos ellos están diseñados para un propósito muy delimitado.

Finalmente, la expresión IA fuerte (*strong AI*), también conocida como Inteligencia Artificial General (AGI —Artificial General Intelligence), designa sistemas con una capacidad de comprensión, aprendizaje y aplicación concreta equivalente a la de los seres humanos. Por lo tanto, serían capaces de razonar, resolver problemas y tomar sus propias decisiones. Este tipo de IA constituye un concepto teórico, aún no alcanzado, pero posible de materializar en pocos años, según algunos investigadores⁸¹.

Sería posible seguir explorando los múltiples aspectos técnicos del tema. Por ejemplo, la cadena de valor de la IA, con sus diferentes fases: diseño (*design*), desarrollo, implementación y mantenimiento del sistema⁸². Cada una de estas fases presenta sus propios desafíos y riesgos, involucrando a diferentes actores, incluyendo al desarrollador (*developer*)⁸³, al implementador (*deployer*)⁸⁴, al

80. BOMMASANI, Richi et al. Sobre las oportunidades y tareas de los modelos de cimentación. Centro de Investigación sobre Modelos de Cimentación. Stanford University, p. 4-12, 12 de julio de 2022; HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 12 de mayo de 2023, págs. 2-4. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023; UUK, Risto; GUTIERREZ, Carlos Ignacio; TAMKIN, Alex. Operacionalización de la definición de sistemas de IA de propósito general: evaluación de cuatro enfoques. Documento de trabajo. Universidad de Stanford, 1 de junio de 2023.

81. TAULLI, Tom. Introdução à inteligência artificial: um enfoque no técnico. São Paulo: Novatec, 2020. p. 218.

82. HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 12 de mayo de 2023. p. 8-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023.

83. Este sería el caso de OpenAI con respecto a GPT-4 (modelo fundacional).

84. En el caso de ChatGPT (un modelo específico), OpenAI es tanto el desarrollador como el implementador. Be My Eyes, por otro lado, es solo el implementador de Virtual Volunteer (también un modelo específico), adaptado de GPT-4.

usuario⁸⁵ y al destinatario final (*recipient*)⁸⁶. Estos agentes poseen experiencia y habilidades distintas, lo que potencialmente genera diferentes contribuciones, daños y responsabilidades⁸⁷. Esta variedad de roles, como es intuitivo, añade cierta dificultad a la regulación del asunto.

Es hora, sin embargo, de avanzar, explorando las implicaciones de la inteligencia artificial que trascienden las cuestiones estrictamente técnicas.

II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS BENEFICIOS

La inteligencia artificial se integra cada vez más en nuestra vida cotidiana, a veces con tanta naturalidad que ni siquiera asociamos ciertos usos con ella. Lo cierto es que la vida análoga está quedando atrás. Es cierto que siempre habrá quienes prefieran los objetos artesanales a la antigua usanza, como algunos relojes de marca muy caros, que celebran un pasado artesanal, aunque puedan ralentizarse, acelerarse y funcionar mucho peor que sus equivalentes digitales. Pero siguen atrayendo compradores, lo que demuestra que la especie humana no se rige únicamente por la razón y el pragmatismo. Sin embargo, más allá de extravagancias e idiosincrasias, lo cierto es que hoy investigamos cualquier tema mediante algoritmos de búsqueda. Elegimos productos, lecturas, viajes y alojamientos mediante algoritmos de recomendación. Optamos por desplazamientos más rápidos o decidimos qué ponernos basándonos en sistemas inteligentes de medición del tráfico y la temperatura. En resumen, la IA aporta muchas ventajas que nos hacen la vida mejor y más fácil.

Considerando el impacto a gran escala de la inteligencia artificial, sus usos y potencial son tan numerosos que ni siquiera resulta fácil seleccionarlos y sistematizarlos. A continuación, se presentan algunos ejemplos significativos.

1. Mejora de la capacidad de toma de decisiones en muchas áreas.

En numerosos ámbitos, la IA tendrá una mayor capacidad de toma de decisiones que los humanos por diversas razones. En primer lugar, porque puede almacenar una cantidad mucho mayor de información que el cerebro humano. En segundo lugar, porque puede procesarla mucho más rápido. En tercer lugar,

85. En el caso de los productos mencionados en la nota anterior, el usuario genera el texto mediante ChatGPT o consulta la aplicación de voz a través de Virtual Volunteer.

86. ¿Quién usa la guía de texto y voz? Tenga en cuenta que las noticias que se presentan pueden ser ciertas o no. La voz puede ser una buena guía o un deep fake, creada para engañar al receptor.

87. HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulación de ChatGPT y otros grandes modelos generativos. ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 12 de mayo de 2023. p. 8-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Consultado el: 18 de enero de 2023.

porque puede establecer correlaciones dentro de un volumen masivo de datos, más allá de las capacidades de una sola persona o incluso de un equipo. Dichas correlaciones pueden revelar asociaciones entre factores que desconocemos debido a su complejidad o sutileza. Sin embargo, como ya se ha mencionado, la eficiencia de la IA dependerá de la cantidad y la calidad de los datos que se le proporcionen. Además, en el estado actual de la técnica, las herramientas de IA generativa pueden producir información inventada o absurda, una desviación conocida como “*alucinación*” (hallucination)⁸⁸. Cabe destacar que en áreas que dependen de la inteligencia emocional, de los valores éticos o de la comprensión de los matices del comportamiento de las personas, la intervención humana será indispensable y su capacidad de toma de decisiones será superior.

2. Automatización

La IA permite la automatización de numerosas tareas, tanto rutinarias como complejas, aumentando la productividad y la eficiencia en diversos campos de actividad. Las tareas repetitivas, agotadoras o extenuantes para los humanos pueden ser realizadas por máquinas, por ejemplo, en las líneas de producción industrial. Además, reduce el margen de error y elimina riesgos en trabajos como la minería, la desactivación de bombas, la reparación de cables en el fondo del océano o los viajes espaciales. Además, la IA puede trabajar ininterrumpidamente las 24 horas del día, todos los días de la semana, produciendo a mayor escala, con mayor precisión y a menor coste. No se cansa, no se enferma, no sufre cambios de humor y no hay riesgo de demandas laborales. El impacto negativo que todo esto puede tener en el mercado laboral se examinará más adelante.

3. Lenguaje

El impacto de la IA en el campo del lenguaje ha sido profundo y multifacético, especialmente mediante el uso del Procesamiento del Lenguaje Natural (*Natural Language Processing*). La calidad de las traducciones realizadas por Google Translate, ChatGPT y DeepL, por nombrar algunos ejemplos, ha mejorado significativamente, volviéndolas bastante precisas y fluidas. Esto rompe muchas

88. Cabe señalar que las alucinaciones de IA pueden tener un impacto devastador en procesos sociales relevantes. Por ejemplo, según un informe del laboratorio de AI Forensics, el chatbot Bing de Microsoft proporcionó información engañosa en el 30 % de las consultas básicas sobre temas electorales en Alemania y Suiza. También se descubrió que el problema se agravaba cuando las preguntas se formulaban en idiomas distintos del inglés (GUADIÁN, Carlos. Cómo va a afectar la Inteligencia Artificial en las elecciones en 2024. CludPad, 25 de enero de 2024. Disponible en: https://carlosguadian.substack.com/p/como-va-a-afectar-la-inteligencia?utm_source=post-email-title&publication_id=259698&post_id=141029307&utm_campaign=email-post-title&isFreemail=true&r=4n36v&utm_medium=email. Consultado el: 21 de abril de 2024).

barreras lingüísticas en la comunicación humana. Herramientas como Siri, Alexa y el Asistente de Google responden a comandos de voz. Otras herramientas transforman texto en voz. Los *chatbots* ayudan a resolver consultas y problemas de consumidores y clientes. Y la IA generativa, que asombra al mundo, se comunica con el usuario mediante texto, sonidos e imágenes. Los avances en este campo son extraordinarios.

4. Investigación e innovación

La IA ha expandido las fronteras de la investigación y la innovación en casi todas las áreas de la actividad humana, desde la física y la química hasta las industrias automotriz y espacial. El volumen de ciencia que se produce con base en la IA ha crecido exponencialmente. La IA puede simplificar y acortar la investigación clínica y las pruebas de nuevos medicamentos, materiales y productos. El análisis de grandes cantidades de datos acelera el proceso de descubrimiento científico. Es importante destacar que reduce el costo y el tiempo involucrados en el desarrollo de nuevos medicamentos, así como de autos autónomos, con la promesa de reducir el número de accidentes. Se espera que la IA, en su relación con la investigación y la innovación, pueda ayudar a abordar numerosos desafíos que enfrenta la humanidad, como el cambio climático, la lucha contra el hambre, el control de pandemias, garantizar la sostenibilidad de las ciudades y abordar enfermedades como el cáncer y el Alzheimer⁸⁹. El movimiento que promueve la exploración beneficiosa del potencial de la IA se conoce como Datos para el Bien (*Data for Good*)⁹⁰.

5. Aplicaciones en medicina

La medicina es una de las áreas donde la inteligencia artificial tendrá el mayor impacto en la vida y la salud de las personas. Tecnologías como el aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural mejorarán la calidad de la atención al paciente y reducirán los costos. Diagnósticos mejorados, análisis de imágenes, cirugía robótica, planificación y personalización del tratamiento, telemedicina, predicción de enfermedades futuras y gestión de datos de pacientes son algunos de los muchos beneficios que podrían surgir. La IA no hará prescindible el rol del médico, pero podría modificar algunas de sus

89. V. UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea. Dirección General de Investigación e Innovación. Quarterly R&I literature review: The impact of AI on R&I, N.º T2, 11 de julio de 2023.

90. MUÑOZ VELA, José Manuel. Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica. Pamplona: Aranzandi, 2022.

funciones, transfiriendo responsabilidades del plano técnico al plano humano de la empatía y la motivación. También habrá implicaciones éticas y legales, por ejemplo, errores cometidos por equipos de IA⁹¹.

6. Aplicaciones en el sistema de justicia

La IA ofrece la posibilidad de profundas transformaciones en el ejercicio del derecho y el impartir justicia. En un entorno donde los precedentes cobran cada vez mayor importancia, su valor para la investigación jurisprudencial eficiente es enorme. La posibilidad de que los abogados redacten documentos legales, los fiscales emitan dictámenes y los jueces tomen decisiones basándose en plantillas generadas e investigadas por IA simplificará el trabajo y acortará los tiempos de procesamiento. Por supuesto, todo esto bajo estricta supervisión humana, ya que la responsabilidad recae en cada uno de estos profesionales. En los tribunales, los programas de IA que agrupan los casos por materia, así como aquellos que pueden resumir casos voluminosos, optimizan el tiempo y la energía de los jueces. De igual manera, la digitalización de los procesos —en Brasil, hoy en día, casi todos los procesos y su tramitación son electrónicos—, la automatización de ciertos procedimientos y la resolución de conflictos *on-line* tienen el potencial de hacer que el sistema judicial sea más ágil y eficiente. En Brasil, en los diversos tribunales del país, existen más de cien proyectos que utilizan IA en el impartir justicia.

He aquí un punto controvertido y particularmente interesante: el uso de la IA para apoyar la toma de decisiones judiciales. Muchos temen, con razón, los riesgos de sesgo, discriminación, falta de transparencia y falta de rendición de cuentas. Por no hablar de la falta de sensibilidad social, empatía y compasión. Pero es importante no olvidar que los jueces humanos también están sujetos a estos mismos riesgos. Por ello, existe otra cara de la moneda: la posibilidad de que la IA pueda, de hecho, estar más preparada, ser imparcial y estar menos sujeta a intereses personales, influencias políticas o intimidación. Esto puede ocurrir en cualquier lugar, pero especialmente en países menos desarrollados con menores niveles de independencia judicial o mayores niveles de corrupción⁹². Sea como

91. Sobre el tema, véase: DAVENPORT, Thomas; KALACOTA, Ravi, The potential for Artificial Intelligence in healthcare. *Future Healthcare Journal*, v. 6, N° 94, 2019.

92. Sobre este tema, véase KAUFMAN, Ariel Gustavo. Are artificial intelligence courts a discrimination risk? European AI alliance, 31 de agosto de 2021. Disponible en: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/open-discussion/are-artificial-intelligence-courts-discrimination-risk>. Consultado el: 3 de abril de 2014. También sobre este tema, véase SUNSTEIN, Cass R. ¿Gobernando mediante algoritmos? Sin ruido y (potencialmente) menos sesgo. *Duke Law Journal*, v. 71, N° 6, p. 1175-1206, 2022.

fuere, en el estado actual de la civilización y la tecnología, la supervisión de un juez humano es indispensable. Si bien puede imponérsele una mayor carga argumentativa en casos en los que pretenda producir un resultado distinto al propuesto por la IA.

7. Educación y cultura

La inteligencia artificial transformará el panorama educativo mundial, tanto en métodos de enseñanza como en posibilidades de aprendizaje. Inicialmente, internet, potenciado por la IA, expandió exponencialmente el acceso al conocimiento y la información, ampliando los horizontes de todos los que tenían acceso a la World Wide Web. Además, la educación a distancia ha derribado las barreras del tiempo y el espacio, permitiendo el aprendizaje en cualquier momento y en cualquier lugar del mundo. Las bibliotecas digitales eliminan la necesidad de desplazamientos físicos y permiten el acceso a recursos ubicados en cualquier lugar del mundo. Desde la perspectiva del docente, puede ayudar en la preparación de clases, la creación de preguntas e incluso la calificación de tareas. También puede realizar tareas administrativas, liberando a los docentes para dedicarse a trabajos académicos. Todo esto, cabe reiterar, siempre bajo supervisión humana.

Desde la perspectiva de los estudiantes, la IA, especialmente la generativa, facilita la investigación, puede resumir textos largos, corregir errores gramaticales y sugerir mejoras en la escritura. Además de ayudar a superar las barreras lingüísticas, como se mencionó anteriormente, también permite un aprendizaje personalizado, adaptado a las necesidades de los estudiantes. Esto incluye a las personas con discapacidad, ya que puede, por ejemplo, transformar texto en voz o viceversa⁹³. Naturalmente, para que los beneficios se distribuyan equitativamente entre la población, el uso de la IA presupone una conectividad de calidad para todos (inclusión digital). Sin embargo, no deben ignorarse las posibles disfunciones que pueden derivar del uso de la IA en la educación, desde el plagio hasta las limitaciones de la creatividad y el pensamiento crítico. Por esta

93. En el ámbito educativo, la IA también puede beneficiar a los estudiantes superdotados, ya que las habilidades de percepción, reconocimiento y recomendación permiten monitorear, comprender y adaptar el proceso de aprendizaje de cada estudiante, además de liberar a los docentes para tener más tiempo para la instrucción individual (LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial. Como los robots están cambiando el mundo, la forma en que amamos, en las relaciones, trabajamos y vivimos*. Río de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 149).

misma razón, organizaciones internacionales como la OCDE⁹⁴ y la UNESCO⁹⁵ han elaborado documentos relevantes con principios y directrices para el uso de la IA en la educación.

El impacto de la IA en la cultura también será inmenso. Como aspecto positivo, abrirá caminos a la creatividad, en sinergia con músicos, pintores, escritores, arquitectos, diseñadores gráficos e innumerables otros agentes creativos. La IA generativa puede asistir en la composición de sinfonías, obras literarias, poesía, narración, etc., incrementando la creatividad y el universo estético, pero también planteando numerosas cuestiones éticas sobre la propiedad intelectual y los derechos de autor⁹⁶. La afirmación de Yuval Noah Harari de que la IA ya ha hackeado el sistema operativo de la cultura humana, es decir, el lenguaje, merece reflexión. Se pregunta: ¿qué significará para los seres humanos vivir en un mundo donde un porcentaje de novelas, música, imágenes y leyes, entre muchas otras creaciones, sean generadas por inteligencia no humana?⁹⁷

8. Otras aplicaciones útiles de la IA

i) Usos prácticos cotidianos

La tecnología de IA está presente en ordenadores personales y smartphones en múltiples aplicaciones, como Google Maps, Waze, Uber, Spotify, Zoom, Facebook e Instagram. También se encuentra en asistentes personales como Siri y Alexa. La IA desempeña un papel igualmente importante en la industria del entretenimiento en *streaming* (Netflix, Amazon Prime, HBO Max) y en los

94. OCDE. Opportunities, guidelines and guardrails for effective and equitable use of AI in education. Paris: Publicaciones de la OCDE, 2023. Disponible en: <https://www.oecd.org/education/ceri/Opportunities,%20guidelines%20and%20guardrails%20for%20effective%20and%20equitable%20use%20of%20AI%20in%20education.pdf>. Consultado el: 31 de marzo de 2024.

95. UNESCO. AI and education: a guide for policy makers. 2021. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000376709&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_761bcdad-d1e3-40c9-819d-03c4ac725f26%3F_%3D376709eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000376709/PDF/376709eng.pdf#AI%20in%20education_pages.indd%3A.14084%3A1005. Consultado el: 31 de marzo de 2024.

96. BEIGUELMAN, Giselle. Política de la imagen: vigilancia y resistencia en la datasfera. São Paulo: Ubu, 2021. p. 59.

97. HARARI, Yuval. Yuval Noah Harari argues that AI has hacked the operating system of human civilisation. The Economist, 28 abr. 2023. Disponible en: https://www.economist.com/by-invitation/2023/04/28/yuval-noah-harari-argues-that-ai-has-hacked-the-operating-system-of-human-civilisation?dclid=CP691aS5kYMDFaWNrAId4OOGXA&utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gad_source=1&gclid=CjwKCAjwupGyBhBBEiwA0UcqaHf0aSx4CKaU2YdHw_bw_3ep3pJdU9e8T4cykjwu-Y6E9eI6yr7OPxoCvEUQAvD_BwE&gclidsrc=aw.ds. Consultado el: 31 de marzo de 2024.

videojuegos o *games*. Sin olvidar las aplicaciones que permiten transacciones bancarias y pagos con tarjeta de crédito, entre otros innumerables usos.

ii) Protección medioambiental

La IA desempeñará un papel cada vez más crucial en la protección del medioambiente, el análisis de datos, la predicción de fenómenos y la monitorización de situaciones. Entre los ejemplos se incluyen: el análisis de datos sobre el cambio climático, el uso de imágenes satelitales y de drones, el control de los niveles de contaminación del aire, el agua y el suelo, la racionalización de la distribución y el consumo de energía y agua, la predicción de desastres naturales (como huracanes, terremotos e inundaciones), la asistencia a la agricultura sostenible mediante sensores de suelo y otros instrumentos, la reducción del uso de pesticidas, la orientación del riego y la planificación de la reforestación⁹⁸.

iii) Personalización de las relaciones comerciales y otras

La IA permite que la industria, el comercio, los servicios, los medios de comunicación y las plataformas digitales dirijan a los consumidores información, noticias y anuncios que se ajusten a sus intereses. Esto, naturalmente, optimiza el tiempo de las personas y facilita la adquisición de productos, libros, la planificación de viajes y un sinfín de otras opciones y decisiones necesarias. Las recomendaciones de películas, música u otras formas de entretenimiento surgen de este uso de la inteligencia artificial. Sin embargo, no se deben ignorar los aspectos negativos asociados a cierta tribalización de la vida, debido al sesgo de confirmación resultante del envío de materiales que generalmente reiteran preferencias y convicciones. Este fenómeno reduce la pluralidad de puntos de vista, genera nuevas formas de control social⁹⁹ y puede conducir a la polarización

98. Sin embargo, el gasto energético resultante de la alimentación, operación y mantenimiento de la IA, así como sus impactos sistémicos en diferentes ecosistemas, no debe ignorarse, como ya han observado algunos investigadores. En este sentido: GARCÍA-MATÍN, E. et al. Estimación del consumo energético en aprendizaje automático, *J. Parallel Distributed. Computing*, v. 134, p. 75-88, 2019; GALAZ, Victor et al. Artificial intelligence, systemic risks, and Sustainability. *Technology in Society*, v. 67, p. 1-10 septiembre 2021.

99. Respecto al uso de la IA como forma de control social: *“Los motores de búsqueda presentan otro desafío: hace diez años, cuando se basaban en el data mining (en lugar del aprendizaje automático), si una persona buscaba un “restaurante gourmet” y luego “ropa”, su búsqueda posterior sería independiente de la anterior. En ambos casos, un motor de búsqueda agregaría la mayor cantidad de información posible y les ofrecería opciones [...] Las herramientas contemporáneas, a su vez, se guían por el comportamiento humano observado. [...] Una persona puede estar buscando ropa de diseñador. Sin embargo, existe una diferencia entre elegir entre diversas opciones y realizar una acción —en este caso, realizar una compra; en otros casos, adoptar una postura o ideología política [...]— sin haber visto nunca el abanico inicial de posibilidades o implicaciones, simplemente confiando en que una máquina preconfigurara las opciones”* (KISSINGER, Henry A.; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. *A era da IA*. Río de Janeiro: Alta Books, 2023, p. 20) (traducción libre).

y el radicalismo¹⁰⁰. En el ámbito de las relaciones personales, las investigaciones muestran que los matrimonios resultantes de relaciones iniciadas en línea, con la ayuda de algoritmos, han demostrado ser ligeramente más satisfactorios que los matrimonios en los que las parejas se conocen a través de métodos convencionales, *off-line*¹⁰¹.

No se trata de enumerar interminablemente todos los usos y beneficios derivados de la inteligencia artificial, que, además, se expanden cada día. Estos incluyen el desarrollo de vehículos autónomos, la monitorización de equipos para detectar posibles fallos de infraestructura, la detección de fraudes, especialmente financieros, la mejora de la ciberseguridad y los controles de aviación, etc. Ahora es necesario centrar nuestra atención en los problemas, riesgos y amenazas que pueden surgir del uso a gran escala de la inteligencia artificial.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS RIESGOS

Toda nueva tecnología produce un efecto disruptivo en las relaciones de producción y consumo, así como en el mercado laboral, impactando la vida social. Además, como ocurre con muchos aspectos de la vida, las innovaciones pueden tener un efecto negativo o ser apropiadas por actores sociales deshonestos. La máquina de telar dejó sin empleo a costureras y artesanas; la impresión *offset* eliminó los empleos de linotipistas. La informatización redujo la necesidad de banqueros en el sistema financiero. Las plataformas digitales allanaron el camino para la polarización extremista¹⁰², la desinformación¹⁰³ y el discurso de odio¹⁰⁴. Aún más grave: la invención de las carabelas facilitó el comercio transoceánico, pero también la trata de esclavos¹⁰⁵.

100. Sobre este tema, véase BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracia, redes sociales y libertad de expresión: odio, mentiras y la búsqueda de la verdad posible. *Direitos fundamentais e Justiça*, año 17, N° 49, p. 285-311, julio/diciembre de 2023.

101. TROPIANO, Dolores. More internet marriages are leading to happy marriages. *Arizona State University News*, 20 de enero de 2023. Disponible en: <https://news.asu.edu/20230119-university-news-more-internet-matches-are-leading-happy-marriages>. Consultado el: 31 de marzo de 2024; e HARMS, William. Meeting online leads to happier, more enduring marriages. *UChicago News*, 3 de junio de 2013.

102. FISCHER, Máx. A máquina do caos: cómo las redes sociales reprogramaron nuestras mentes y nuestro mundo. São Paulo: Todavía, 2023, p. 20.

103. KAKUTANI, Michiko. A morte da verdade: notas sobre la mentira en la era de Trump. Río de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 17.

104. MELLO, Patrícia Campos. A máquina do ódio. São Paulo: Companhia das Letras, 2020; WILLIAMS, Mateo. A ciência do ódio. Río de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 207.

105. ACEMOGLU, Daron; SIMON, Johnson. Power and progress. Nueva York: Public Affairs, 2023, p. 4-5. Los autores señalan algunos inventos que, en los últimos mil años, no necesariamente han traído prosperidad a todos.

Por estas razones, es necesario prestar atención a los efectos adversos del uso de la inteligencia artificial y buscar neutralizarlos o mitigarlos. Estos impactos negativos de la IA pueden tener implicaciones sociales, económicas y políticas, o incluso socavar la paz mundial. A continuación, se presenta una lista de algunas consecuencias, riesgos y amenazas que conlleva la inteligencia artificial.

1. Impacto en el mercado laboral

Este es el efecto más obvio y predecible, resultante de lo que normalmente ocurre cuando una nueva tecnología altera el modo de producción anterior. Con el avance de la automatización, el panorama del mercado laboral cambiará profundamente, lo que requerirá que trabajadores de diversos sectores de la economía se adapten a nuevos empleos. Una transición que no siempre es fácil. Cabe destacar que, en el caso de la IA, el impacto no solo afectará a empleos más mecánicos, sino también a funciones más cualificadas y creativas^{106 107}. Es cierto que las nuevas tecnologías también tienden a generar nuevos mercados y, en consecuencia, nuevos empleos. Sin embargo, esto plantea un problema de timing y escala. Es improbable que se generen nuevos empleos espontáneamente al mismo ritmo y volumen¹⁰⁸. Se trata de un desafío importante que requerirá que los gobiernos inviertan en protección social y en la capacitación de sus trabajadores, teniendo en cuenta que la expansión de la vulnerabilidad económica tiende a impactar la esfera de protección democrática, dado que históricamente ha emergido como un potencial factor desestabilizador.

106. LOHR, Steve. Generative A.I.'s Biggest Impact Will Be in Banking and Tech, Report Says. The New York Times, 1 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.nytimes.com/2024/02/01/business/ai-impact-jobs.html?unlocked_article_code=1.SE0.-W1k.6YLx1J6GM3Uc&smid=wa-share. Consultado el: 11 de febrero de 2024. Se estima que los bancos y algunas empresas tecnológicas destinan entre el 60% y el 80%, o más, de sus nóminas a trabajadores con alta probabilidad de verse afectados por las nuevas tecnologías. De igual manera, en cuanto al mercado publicitario y marketing: MAHESHWARI, Sapha. A.I. Fuels a New Era of Product Placement. The New York Times, 1 de febrero de 2024. Disponible en: https://www.nytimes.com/2024/02/01/business/media/artificial-intelligence-product-placement.html?unlocked_article_code=1.SE0.p-JV.iFEjWII2qW-4&smid=wa-share. Consultado el: 11 de febrero de 2024.

107. Otros estudios indican que los trabajos que requieren inteligencia social (relaciones públicas), creatividad (biólogos y designers), percepción y manipulación fina (cirujanos) tienden a ser más vulnerables (FREY, Carl B.; OSBOURNE, Michael A. The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation? Future of Humanity Institute, enero de 2017. Disponible en: <https://www.sciencedirect-com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/science/article/pii/S0040162516302244>). También evalúan que los trabajos que involucran análisis, pronóstico y estrategia serán los más afectados (WEBB, Michael. The Impact of Artificial Intelligence on the Labor Market. 6 de noviembre de 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482150. Consultado el: 11 de febrero de 2024).

108. Como observó Keynes hace casi un siglo, el avance tecnológico tiende a generar al menos un desequilibrio temporal en la mano de obra, hasta que se identifican nuevas oportunidades laborales (KEYNES, John Maynard. Economic Possibilities for our Grandchildren. 1930. Disponible en: https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/files/content/upload/Intro_and_Section_I.pdf. Consultado el: 12 de febrero de 2024).

2. *Uso para fines militares*

La literatura sobre el uso de la IA con fines militares es relativamente escasa, en parte debido al secretismo que suele imponérsele por razones de seguridad. Sin embargo, a lo largo de la historia, las nuevas tecnologías se han originado en la investigación con objetivos militares o se han redirigido rápidamente hacia ese fin. No es difícil imaginar a países como Estados Unidos y China compitiendo por emplear la IA con fines militares, utilizando nuevas tecnologías y robots. De hecho, los drones automatizados (*automated drones*) operados remotamente ya se han utilizado para este fin desde hace tiempo, en misiones de reconocimiento, vigilancia, entrega de equipos o incluso ataques aéreos. Un tema que ha suscitado gran preocupación es el de las armas letales autónomas (*autonomous lethal weapons*), que pueden entrar en combate y atacar objetivos por iniciativa propia, sin control humano. Existen debates en curso sobre el control estricto de su uso mediante leyes internacionales¹⁰⁹. Las implicaciones éticas de este tipo de armamento son drásticas, y es imperativo regular estrictamente su uso, o quizás mejor, prohibirlo.

Además, las tecnologías de la comunicación y la información llevan mucho tiempo movilizandolos esfuerzos militares, desempeñando un papel fundamental en tácticas recurrentes en el contexto de la “*guerra híbrida*” (*hybrid warfares*). Se trata de nuevas formas de agresión que implican, además de la destrucción física, campañas de influencia y desinformación (*cognitive warfares*), así como ciberataques dirigidos a comprometer sistemas informáticos vitales, como las estructuras de suministro de energía¹¹⁰.

3. *Masificación de la desinformación*

Al menos desde 2016, la difusión de información a través de plataformas digitales y aplicaciones de mensajería ha representado un grave problema para el proceso democrático y electoral. Estudios documentan que la circulación de falsedades y el radicalismo *on-line* se produce a un ritmo más rápido y con mayor participación que la difusión de discursos veraces y moderados. Lo emotivo, improbable y alarmante genera mayor participación y movilización. Los *deepfakes* empeoran la situación, ya que simulan que personas dicen cosas que nunca dijeron, adulterando el contenido y la realidad de forma imperceptible

109. KLARE, Michael T. UN to address autonomous weapons systems. Arms Control Association, December 2023. Disponible en: <https://www.armscontrol.org/act/2023-12/news/un-address-autonomous-weapons-systems>. Consultado el: 28 de marzo de 2024.

110. ALVIM, Federico Franco; ZILIO, Rodrigo López; CARVALHO, Volgane Oliveira. Guerras cognitivas na arena eleitoral: control judicial de la desinformación. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 69.

para el ciudadano¹¹¹. Este escenario no es hipotético, y los precedentes son preocupantes. La influencia que la difusión de desinformación ha ejercido en acontecimientos históricos como la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit), las elecciones estadounidenses de 2016 y las elecciones brasileñas de 2018 se ha vuelto notoria. La democracia presupone la participación informada de la ciudadanía y, naturalmente, se ve seriamente comprometida por la circulación generalizada de mentiras deliberadas, la destrucción de reputaciones y las teorías conspirativas.

4. Violación de la privacidad

El modelo de negocio de las plataformas basadas en IA se basa en recopilar la mayor cantidad posible de datos personales de las personas, convirtiendo la privacidad en una mercancía¹¹². A partir de estos datos, algoritmos complejos y múltiples capas neuronales establecen correlaciones profundas que les permiten obtener datos genéticos, sistemas psíquicos, vulnerabilidades, comportamiento del consumidor, información política, financiera, sexual y religiosa¹¹³. Con estos datos y correlaciones, la IA puede realizar predicciones, recomendaciones, manipular intereses y producir los resultados deseados por el algoritmo. Por lo tanto, el acceso a datos privados, tanto personales como corporativos, es fundamental para el modelo de negocio de la IA tal como está establecido¹¹⁴. No es casualidad que, en el ámbito académico, los datos se hayan considerado el “petróleo” del siglo XXI¹¹⁵.

111. BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracy, Social Media, and Freedom of Expression: Hate, Lies, and the Search for the Possible Truth. *Chicago Journal of International Law*, v. 24, N° 50, 2023; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello; RUDOLF, Renata H. S. B. A. Redes sociais y democracia: disrupción tecnológica, erosión democrática y nuevas perspectivas. En: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus (Org.). *Direito e política: ¿un posible diálogo?* Londrina: Thoth, 2023. p. 53-78.

112. MOROZOV, Evgeny. Big Tech: el auge de los datos y la muerte de la política. São Paulo: Ubu, 2018. p. 36.

113. HUQ, Aziz. Constitutional Rights in the Machine Learning State. *Cornell Law Review*, v. 105, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3613282>. Consultado el: 11 de febrero de 2024. En particular, la página 37 de la versión disponible en SSRN.

114. ZUBOFF, Shoshana. Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and Politics of Knowledge in Our Information Civilization. *Organization Theory*, v. 3, p. 1-79, 2022. Muchas otras restricciones a los derechos se derivan de restricciones a la privacidad, como las relacionadas con: daños físicos, reputacionales, relacionales, psicológicos (emocionales), económicos, discriminatorios y relacionados con la autonomía humana (coerción, manipulación, desinformación, distorsión de expectativas, pérdida de control, entre otros) (CITRON, Danielle; SOLOVE, Daniel J. Privacy Harms. *Boston University Law Review*, v. 102, p. 793-863, 2022, en particular p. 831; HUQ, Aziz. Constitutional Rights in the Machine Learning State. *Cornell Law Review*, v. 105, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3613282>. Consultado el: 11 de febrero de 2024. En particular, las p. 35-41 de la versión disponible en SSRN.).

115. REBOLLO DELGADO, Clicerio. Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2023. p. 17.

Hay al menos tres aspectos que requieren atención con respecto a la cuestión de la privacidad. El primero es la recopilación de datos de los usuarios de internet sin su consentimiento por parte de plataformas digitales y sitios web. Esta información se utiliza para ventas comerciales, información y publicidad dirigidas, o incluso para manipular la voluntad de los usuarios, como lo demuestra la investigación en neurociencia. Un segundo aspecto se refiere a la vigilancia y el seguimiento por parte del gobierno y las autoridades policiales mediante tecnologías de reconocimiento facial y herramientas de ubicación. Aunque el objetivo legítimo es combatir la delincuencia, los riesgos de abuso son muy altos. Estos riesgos, intuitivamente, se exacerban en el caso de gobiernos autoritarios. Finalmente, un tercer punto es que los sistemas de IA requieren la adquisición de grandes cantidades de datos para entrenar sus respectivos modelos, con los riesgos de filtraciones y ciberataques por parte de actores maliciosos, por ejemplo, en actividades de phishing selectivo (*spear phishing*¹¹⁶) y *doxxing*¹¹⁷, que a menudo alimentan prácticas de acoso, violencia política, malinformación y desinformación.

5. Discriminación algorítmica

Los algoritmos se entrenan con datos existentes, que, a su vez, expresan comportamientos humanos pasados y presentes, repletos de sesgos y prejuicios, profundamente determinados por circunstancias históricas, culturales y sociales¹¹⁸. Por esta razón, tienden a reproducir estructuras sociales actuales y pasadas de inclusión y exclusión. En ese sentido, los datos sobre empleabilidad muestran tasas de contratación más bajas para mujeres, personas negras e indígenas —una tendencia no relacionada con su capacidad y productividad, pero

116. MUÑOZ VELA, José Manuel. Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica. Pamplona: Arazandi, 2022. p. 64. Se trata de correos electrónicos o mensajes maliciosos, personalizados para un destinatario específico, con apariencia de credibilidad, orientados a obtener información sensible (contraseñas, por ejemplo) o instalar malware, que son programas maliciosos con graves efectos en los sistemas afectados.

117. PRADO, Michelle. Tempestade ideológica. Bolsonarismo: la extrema derecha y el populismo iliberal en Brasil. São Paulo: Todos Livros, 2023. p. 162. El doxing consiste en la eliminación maliciosa de información sobre una persona, ya sea de archivos públicos o mediante el hackeo informático, con el fin de acosar, intimidar o extorsionar, entre otros fines.

118. Sobre sesgos y heurísticas en los procesos cognitivos y conductuales humanos, véase la nota a pie de página de HORTA, Ricardo Lins. ¿Por qué existen sesgos cognitivos en la toma de decisiones judiciales? La contribución de la psicología y la neurociencia al debate jurídico. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, N° 3, p. 85-122, diciembre de 2019.

que puede inducir la reproducción de comportamientos futuros¹¹⁹; los datos sobre seguridad pública registran una mayor propensión a la reincidencia y la violencia que involucra a personas negras, no necesariamente porque sean más violentas, sino posiblemente porque viven en contextos sociales más adversos¹²⁰; los datos sobre costos de atención médica tienden a sobreestimar los gastos de algunos grupos y minimizar los de otros, por razones no necesariamente relacionadas con sus condiciones físicas¹²¹; los datos sobre riesgo crediticio aumentarán los riesgos y, en consecuencia, los costos de financiamiento de las personas con menor estatus económico y social, incluso cuando hayan logrado mejorar sus condiciones, dependiendo de las circunstancias de la recopilación de datos¹²². En este sentido, se observa que algunos algoritmos de contratación pueden tender a excluir a las mujeres. Criminalizan a los hombres negros y obstaculizan el acceso al crédito para los más pobres. En estas condiciones, el funcionamiento de la IA puede profundizar las desigualdades existentes, en detrimento de los grupos más vulnerables de la sociedad¹²³.

119. De hecho, Amazon dejó de usar un sistema de selección de candidatos tras identificar que discriminaba a las mujeres en la contratación. La empresa descubrió que la discriminación se debía a que el sistema de IA se había entrenado con datos de contratación recopilados durante los últimos 10 años, cuando las mujeres tenían una menor representación en la fuerza laboral. El sistema interpretó la menor presencia de mujeres como preferible a la contratación de hombres, descartando candidatas (DASTIN, Jeffrey. Amazon desecha una herramienta secreta de reclutamiento de IA que mostraba sesgo contra las mujeres. Reuters, 10 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/>. Consultado el: 12 de febrero de 2024).
120. LARSON, Jeff et al. How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm. ProPublica, 23 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Consultado el: 12 de febrero de 2024. Una situación similar ocurre con las tecnologías de reconocimiento facial, cuya aplicación ha indicado la existencia de sesgo racial, así como la manifestación de repetidos “falsos positivos”, lo que ha provocado arrestos injustificados y situaciones sumamente embarazosas. Un episodio reciente, relacionado con la detención arbitraria de un aficionado en un estadio de fútbol, llevó al Estado de Sergipe a suspender el uso del instrumento (véase DURÃES, Uesley). Reconocimiento facial: errores exponen falta de transparencia y sesgo racista. UOL, 28 de abril de 2024. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/28/reconhecimento-facial-erros-falta-de-transparencia.htm>. Consultado el: 7 de mayo de 2024.
121. OBERMEYER, Ziad et al. Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations. Science, 25 out. 2019. Disponible en: <https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.aax2342>. Consultado el: 12 de febrero de 2024. En este caso, los datos utilizados para entrenar el algoritmo estaban incompletos. Se utilizaron datos sobre los costos de los pacientes blancos y negros para estimar el alcance de sus necesidades de atención médica. Los recursos empleados para los pacientes negros fueron menores que para los blancos, no porque sus necesidades fueran menores, sino porque tenían mayor dificultad para acceder al servicio. Por lo tanto, la IA subestimó incorrectamente las necesidades de los pacientes negros.
122. PASQUALE, Frank. The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2016. E-book. Capítulo 4.
123. HUQ, Aziz. Constitutional Rights in the Machine Learning State. Cornell Law Review, v. 105, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3613282>. Consultado el: 11 de febrero de 2024. Especialmente las p. 29-34 de la versión disponible en SSRN; SILBERG, Jake; MANYIKA, James. Notes from the AI frontier: Tackling bias in AI (and in humans). McKinsey Global Institute, junio de 2019, p. 3. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featuredinsights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans#>. Consultado el: 17 de enero de 2024.

6. Preguntas sobre propiedad intelectual y derechos de autor

El modelo de negocio de la IA plantea importantes preguntas sobre los derechos de autor y la propiedad intelectual. ¿Quién posee los derechos de autor del vasto universo de canciones, películas, noticias y contenido recopilado por las grandes tecnológicas (*big techs*) para alimentar sus IA? ¿A sus autores y creadores, o a quiénes han comenzado a usarlos y explotarlos mediante algoritmos? La IA generativa se alimenta de una increíble cantidad de datos. Sin embargo, las respuestas a las preguntas que se le plantean no identifican la fuente ni al autor. Los debates sobre este tema se han intensificado y han llegado a los tribunales. Tomemos el ejemplo de la prensa. El contenido producido por las empresas periodísticas es recopilado por empresas de IA, que lo utilizan para entrenar aplicaciones que compiten con los propios medios de comunicación en la producción de información¹²⁴. La cuestión es objeto de una demanda presentada por The New York Times contra *OpenAI* y *Microsoft*¹²⁵. Una demanda similar involucra a Getty Images, una empresa de medios visuales y proveedor de imágenes, y Stability AI, una empresa de inteligencia artificial¹²⁶.

124. Sobre la crisis del modelo de negocio de la prensa y su impacto en la democracia, v. MINOW, Martha. *Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 35; JACKSON, Vicki C. Knowledge Institutions in Constitutional Democracy: reflections on “the press”. *Journal of Media Law*, v. 14, N° 2, p. 280 y ss., 2022. Y, en la literatura nacional, BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracia, redes sociales y libertad de expresión: odio, mentiras y la búsqueda de la verdad posible. *Direitos fundamentais e Justiça*, año 17, N° 49, p. 285-311, julio/diciembre de 2023; y MELLO, Patrícia Perrone Campos; RUDOLF, Renata H. S. B. A. Redes sociais e democracia: disrupção tecnológica, erosão democrática e novas perspectivas. En: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus (Org.). *Direito e política: ¿un posible diálogo?* Londrina: Thoth, 2023. p. 53-78.
125. GRYNBAUM, Michael M.; MAC, Ryan. The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work. *The New York Times*, 27 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html>. Consultado el: 12 de febrero de 2024. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *The New York Times v. Microsoft Corporation, OpenAI Inc.* Case 1:23-cv-11195. OpenAI LP, OpenAI GP LLC, OpenAI LLC, OpenAI OpCo LLC, OpenAI Global LLC, OAI Corporation, LLC, OpenAI Holdings, LLC. Federal District Court of Manhattan. 27 de diciembre de 2023. Disponible en: https://nytco-assets.nytimes.com/2023/12/NYT_Complaint_Dec2023.pdf. Consultado el: 12 de febrero de 2024.
126. Getty Images alega que Stability utilizó las imágenes que produjo para entrenar un sistema de generación de imágenes de IA llamado Stable Diffusion sin autorización, violando sus derechos de propiedad intelectual y los derechos de autor de sus colaboradores, con el propósito de ofrecer servicios similares a los suyos. (VINCENT, Jame. Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content. *The Verge*, 17 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit>. Consultado el: 12 de febrero de 2024; REINO UNIDO. High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales. EWHC 30390. Getty Images (US) Inc, Getty Images International UC, Getty Images UK Limited, Getty Images Devco UK Limited, Istockphoto LP, Thomas M Barwick Ink v. Stability AI Ltd. Case No. IL-2023-000007. 1 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.documentcloud.org/documents/24183636-getty-images-v-stability-ai-uk-ruling>. Consultado el: 12 de febrero de 2024).

No es posible explorar exhaustivamente los riesgos que conlleva el desarrollo de la IA, ya que existen innumerables posibilidades a considerar, por no mencionar aquellas que ni siquiera podemos imaginar ni anticipar. Pero hay una última preocupación que merece una reflexión especial. Se trata de la llamada singularidad, un término utilizado para identificar el riesgo de que las computadoras adquieran consciencia, adquieran libre albedrío y dominen la condición humana. Esto se debe a que, al ser capaces de procesar un volumen mucho mayor de datos a una velocidad mucho mayor, si poseen consciencia y voluntad, serán superiores a todos nosotros. El temor surge del hecho de que los sistemas de IA pueden automejorarse, alcanzando la superinteligencia, dominando el conocimiento científico, la cultura general y las habilidades sociales que los situarían por encima de los mejores cerebros humanos.

Alguien escéptico respecto al potencial humano podría incluso suponer que una superinteligencia extrahumana tendría mayor capacidad para abordar algunos de los grandes problemas no resueltos de la humanidad, como la pobreza, la desigualdad o la degradación medioambiental. Pero nunca se podría saber si esta inteligencia descontrolada serviría a la causa y los valores de la humanidad. Por lo tanto, la gobernanza de la IA, tanto a nivel nacional como internacional, necesita establecer protocolos de seguridad y parámetros éticos diseñados para gestionar y mitigar este riesgo. Si la tecnología logra alcanzar ese punto —algo que muchos científicos cuestionan—, el futuro mismo de la civilización y la humanidad estará en juego.

Yuval Noah Harari hace un comentario curioso sobre el tema. Según él, en 2022, se preguntó a unos 700 de los científicos e investigadores de IA más relevantes sobre los peligros de que esta tecnología impactara la existencia humana o causara una pérdida significativa de poder. La mitad respondió que el riesgo sería del 10% o más. Ante esto, plantea la crucial pregunta: ¿te subirías a un avión si los ingenieros que lo construyeron dijeran que hay un 10% de riesgo de estrellarse?¹²⁷ Si ese es realmente el caso, no puedes dormir tranquilo.

127. HARARI, Yuval Noah. You can have the blue pill or the red pill, and we are out of blue pills. New York Times, 24 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2023/03/24/opinion/yuval-harari-ai-chatgpt.html>. Consultado el: 28 de mayo de 2024.

IV. ALGUNOS PRINCIPIOS PARA REGULAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

1. *Complejidades de la regulación*

Con base en todo lo discutido hasta ahora, es evidente que regular la inteligencia artificial se ha vuelto esencial. Sin embargo, la tarea no es sencilla y enfrenta desafíos y complejidades. A continuación, buscamos identificar algunos de ellos.

La regulación debe realizarse mientras el tren está en movimiento. En marzo de 2023, más de mil científicos, investigadores y emprendedores firmaron una carta abierta solicitando una pausa en el desarrollo de los sistemas de IA más avanzados, dados los “*profundos riesgos para la sociedad y la humanidad*” que representaban. La pausa, de al menos seis meses, tendría como objetivo introducir “*un conjunto de protocolos de seguridad compartidos*”¹²⁸. Las preocupaciones estaban plenamente justificadas, pero la suspensión de la investigación no se produjo. El tren continuó a gran velocidad. Esto se debe a que los avances en esta área se han convertido en objeto de disputa entre naciones, investigadores y emprendedores. La carta, sin embargo, reforzó las demandas de gobernanza, regulación, monitoreo y atención a los impactos sociales, económicos y políticos de las nuevas tecnologías.

La velocidad de las transformaciones es asombrosa. Este hecho dificulta enormemente predecir el futuro y comprender las nuevas realidades de las normas jurídicas, que corren el riesgo de quedar obsoletas en poco tiempo. No es difícil ilustrar este punto. El teléfono fijo tradicional tardó 75 años en alcanzar los 100 millones de usuarios. El teléfono móvil, 16 años. Internet, 7 años. Pues bien, ChatGPT alcanzó los 100 millones de usuarios en dos meses¹²⁹. No es fácil que la legislación y la regulación sigan el ritmo de la innovación.

Riesgos de una regulación excesiva. La regulación se ha vuelto indispensable, como se mencionó anteriormente, pero conlleva riesgos. Dos de ellos merecen ser destacados. El primero es que las restricciones y la responsabilidad civil no pueden ser tan gravosas como para inhibir el impulso a la innovación. En

128. FUTURE OF LIFE. Pause AI Giant experiments: an open letter. 22 de marzo de 2023. Disponible en: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>. Consultado el: 12 de febrero de 2024.

129. THE FEED. ChatGPT witnesses massive rise, chatbot gains 100 million users in two months. Economic Times, 5 de marzo de 2023. Disponible en: <https://economictimes.indiatimes.com/news/new-updates/chatgpt-witnesses-massive-rise-chatbot-gains-100-million-users-in-two-months/articleshow/98428443.cms?from=mdr>. Consultado el: 31 de marzo de 2024.

segundo lugar, una regulación desproporcionada puede crear una reserva de mercado para las empresas consolidadas, creando una brecha entre ellas y la competencia, exacerbando la concentración económica entre las grandes empresas. La opinión generalizada es que la regulación debe centrarse en los resultados, no en la investigación en sí.

Asimetría de información y poder entre empresas y reguladores. La tecnología de IA está controlada principalmente por las empresas involucradas en su desarrollo, que poseen un conocimiento superior al de los posibles reguladores. A esto se suma el hecho de que las empresas tecnológicas, conocidas como *big techs*, se encuentran entre las más valiosas del mundo y gozan de un poder económico que se transforma fácilmente en poder político. Este poder se evidenció durante la votación en el Congreso Nacional de Brasil sobre un proyecto de ley que regula la desinformación en redes sociales. Algunas empresas tecnológicas lanzaron una intensa campaña contra la medida en sus propias plataformas y mediante lobbies en el Congreso Nacional, logrando que el proyecto de ley se retirara de la agenda¹³⁰.

La necesidad de una armonización global de la regulación. La IA es una tecnología predominantemente privada que no respeta fronteras nacionales. Las empresas operan globalmente y, por lo general, ni siquiera tienen su sede en sus principales centros de actividad. Los datos pueden recopilarse y utilizarse para entrenar sistemas en diferentes partes del mundo. En estas condiciones, el funcionamiento de la IA pone en tela de juicio algunos elementos esenciales del derecho, tal como lo practicamos. Estos elementos son: la exigibilidad de los derechos fundamentales y humanos frente a los Estados (y no específicamente frente a agentes privados) y el alcance de las jurisdicciones nacionales, que están

130. REZENDE, Constança. La Policía Federal de Brasil concluye que Google y Telegram actuaron de forma abusiva contra la Ley de Noticias Falsas. Las empresas, que lanzaron una ofensiva contra la ley el año pasado, niegan las irregularidades. Folha de São Paulo, 31 de enero de 2024. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/01/pf-conclui-que-google-e-telegram-agiram-de-modo-abusivo-contra-pl-das-fake-news.shtml>. Consultado el: 31 de enero de 2024; La Ley de Fake News otorga “*poderes de censura*” al gobierno, afirma Telegram. Poder 360, 9 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.poder360.com.br/tecnologia/pl-das-fake-news-da-poderes-de-censura-ao-governo-diz-telegram/>. Consultado el: 19 de enero de 2024; Google incluye texto contra la Ley de Noticias Falsas en la página principal de su motor de búsqueda. Una gran empresa tecnológica muestra un enlace a un artículo titulado “*PL das fake news pode aumentar a confusão entre o que é verdade ou mentira no Brasil*”. Poder 360, 1 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.poder360.com.br/tecnologia/google-inclui-texto-contra-pl-das-fake-news-na-home-do-buscador/>. Consultado el: 19 de enero de 2024. Se estima que existe poco interés en contener las noticias falsas o en moderar el contenido. A mayor cantidad de noticias falsas, mayor participación del usuario y mayor interacción en redes sociales; por lo tanto, mayor producción de datos, la materia prima de las big techs.

limitadas por las soberanías de otros países. Además, el tratamiento regulatorio heterogéneo del tema en diferentes países puede provocar fuga de capitales y obstáculos al desarrollo tecnológico en Estados restrictivos, y representar una invitación a violaciones generalizadas de derechos en lugares más permisivos.

2. Algunos esfuerzos regulatorios

A nivel internacional, cabe destacar algunas iniciativas que incluyen propuestas no vinculantes (*soft law*). Entre ellas, destacan: a) la Recomendación del Consejo de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) sobre Inteligencia Artificial, de 2019¹³¹; y b) la Recomendación de la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, de 2021^{132 133}. Ambos documentos buscan abordar los riesgos ya mencionados, son convergentes y complementarios, y reúnen principios bastante generales sobre IA, que se detallarán en la normativa nacional de los respectivos países.

A nivel nacional, Estados Unidos emitió una extensa *Executive Order* (EO) a finales de 2023 sobre IA¹³⁴. Se trata de una amplia regulación que abarca múltiples áreas de riesgo asociadas con la tecnología. Mediante esta, el presidente estadounidense se dirigió a las agencias federales, según su experiencia, instruyéndolas a establecer estándares y medidas para probar, garantizar la seguridad y fiabilidad de la tecnología, prevenir el fraude, la discriminación algorítmica y la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consumidores, competidores y estudiantes. La EO también dispuso la identificación del contenido generado por IA con marcas de agua. Estableció la

131. OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. OECD/LEGAL/0449, 2019. Disponible en: <https://oecd.ai/en/wonk/documents/g20-ai-principles>. Consultado el: 13 de febrero de 2024. Esta recomendación también fue adoptada por el G-20. (G20, Ministerial Statement on Trade and Digital Economy).

132. UNESCO. Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. 23 de noviembre de 2023. Disponible el: <https://www.unesco.org/en/articles/recommendation-ethics-artificial-intelligence>. Consultado el: 13 de febrero de 2024. El documento enumera los siguientes 10 principios: 1 – Proporcionalidad y no daño; 2 – Seguridad; 3 – Justicia y no discriminación; 4 – Sostenibilidad; 5 – Privacidad y protección de datos; 6 – Supervisión y determinación humanas; 7 – Transparencia y explicabilidad; 8 – Concientización y alfabetización (Awareness and literacy); 9 Responsabilidad y control (Responsibility and accountability); 10 – Pluralidad de participantes, gobernanza adaptable y colaboración.

133. Las Naciones Unidas también han adoptado Principios para el uso ético de la IA en el sistema de las Naciones Unidas, bastante similares a los recomendados por la UNESCO, v. NACIONES UNIDAS. Chief Executives Board for Coordination. Principles for the Ethical Use of Artificial Intelligence in the United Nations System. 20 de septiembre de 2022. Disponible en: https://unsceb.org/sites/default/files/2022-09/Principles%20for%20the%20Ethical%20Use%20of%20AI%20in%20the%20UN%20System_1.pdf. Consultado el: 15 de mayo de 2024.

definición de las mejores prácticas y la realización de estudios sobre los impactos de la IA en las relaciones laborales, con medidas para mitigarlos. Contempló la financiación de la investigación y el apoyo a las pequeñas empresas para que accedan a asistencia técnica, recursos y mercados en IA, así como la atracción de nuevos talentos mediante medidas migratorias. Determinó que los desarrolladores de modelos fundamentales que puedan suponer riesgos para la seguridad nacional, la economía nacional y la salud pública deben notificar al gobierno durante el entrenamiento de sus sistemas y compartir los resultados de sus pruebas de seguridad (*red-team safety tests*). También pidió al Congreso aprobar una legislación que proteja el derecho a la privacidad y salvaguarde los datos de los ciudadanos.

La Unión Europea (UE) aprobó la Ley de Inteligencia Artificial (EU AI Act) en marzo de 2024. A diferencia de la *Executive Order* estadounidense, el reglamento propuesto por la UE establece directamente normas y sanciones relativas al desarrollo, la implementación y el funcionamiento de la IA. También prevé la actuación concentrada de determinados organismos en su supervisión e implementación. Sin embargo, estas normas son proporcionales al riesgo que supone la tecnología (*risk based approach*) para las personas y los bienes¹³⁵. En este sentido, los sistemas se clasifican en tres niveles: a) *sistemas sujetos a riesgos inaceptables*, cuya implementación está prohibida; b) *sistemas de alto riesgo*, cuya implementación está permitida, siempre que cumplan las normas obligatorias¹³⁶; y, *sistemas de IA que no suponen un alto riesgo*, para los que se prevén incentivos para la adopción voluntaria de códigos de conducta, una especie de autorregulación¹³⁷.

En Brasil, los Proyectos de Ley Nº 21/2020 y Nº 2.338/2023 se encuentran actualmente en trámite en el Congreso Nacional, mostrando una tendencia hacia la armonización con los estándares establecidos en las propuestas de

134. Una *Executive Order* es un documento normativo, un tipo de directiva, emitido por el presidente de los Estados Unidos de América, dirigido a la gestión del gobierno federal. Es similar a un decreto en Brasil. Su poder normativo es limitado, ya que no es una ley emitida por el Poder Legislativo y puede ser modificado por decisión del siguiente presidente.

135. V. UNIÓN EUROPEA. EU Artificial Intelligence Act. 2024. Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Consultado el: 15 de mayo de 2024.

136. Esta categoría incluye tecnologías de puntuación social (*social scoring*), identificación biométrica en lugares públicos con fines de aplicación de la ley (salvo excepciones específicas), así como prácticas subliminales de manipulación de personas y/o explotación de las vulnerabilidades de grupos vulnerables.

137. UNIÓN EUROPEA. EU Artificial Intelligence Act. 2024. Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Consultado el: 15 de mayo de 2024.

reglamento de la Unión Europea¹³⁸. En términos generales, las propuestas buscan: a) garantizar los derechos de las personas directamente afectadas por los sistemas de IA; b) establecer responsabilidades según los niveles de riesgo que presentan los sistemas y algoritmos impulsados por este tipo de tecnología; y c) establecer medidas de gobernanza aplicables a las empresas y organizaciones que operan en este ámbito.

3. Algunas directrices

A la luz de todo lo presentado hasta ahora, es posible extraer algunos valores, principios y objetivos que deberían guiar la regulación de la IA, para que estas tecnologías sirvan a la causa de la humanidad, maximizando sus beneficios y minimizando sus riesgos. Dicha regulación debe centrarse en la defensa de los derechos fundamentales, la protección de la democracia y la promoción de la buena gobernanza. A continuación, se presentan algunos elementos y aspectos relacionados con cada uno de estos propósitos.

i) Defensa de los derechos fundamentales

- b) *Privacidad*. El uso de la IA debe respetar los datos individuales de las personas físicas y jurídicas, y no puede utilizarse sin consentimiento. La vigilancia invasiva (*invasive surveillance*), como el reconocimiento facial, la biometría y la monitorización de la ubicación, debe tener un uso restringido y controlado. Y, dada la gran cantidad de datos utilizados para alimentar la IA, deben existir mecanismos de seguridad adecuados contra filtraciones.
- c) *Igualdad (no discriminación)*. La igualdad de todas las personas, en sus dimensiones formal, material y de reconocimiento, es uno de los pilares más valiosos de la civilización contemporánea. Ya hemos advertido anteriormente sobre los peligros de la discriminación algorítmica. Es necesario regular la IA para evitar que las personas sean tratadas injustamente con base en categorías sospechosas que exacerban vulnerabilidades, como el género, la raza, la orientación

138. BRASIL. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley 21/2020. Iniciativa del diputado Eduardo Bismark, estado: aprobado con enmiendas en el Pleno y enviado al Senado. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Consultado el: 17 de febrero de 2024. BRASIL. Senado Federal. Proyecto de Ley N° 2338/2023. Iniciativa del senador Rodrigo Pacheco, actual ponente del senador Eduardo Gomes, estado: en la relatoría. Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/157233>. Consultado el: 17 de febrero de 2024.

sexual, la religión, la edad y otras características. Existe un precedente negativo en este asunto¹³⁹.

- d) *Libertades*. En cuanto a la autonomía individual, el uso de la neurociencia y la publicidad dirigida (*microtargeting*) tiene el poder de manipular el comportamiento y la voluntad de las personas mediante sentimientos de miedo, prejuicio, euforia y otros sesgos cognitivos, induciéndolas a comprar bienes, contratar servicios o adoptar comportamientos contrarios a sus intereses, vulnerando así su libertad cognitiva o autodeterminación mental. Además, *el derecho a la información, el pluralismo de ideas y la libertad de expresión* pueden verse comprometidos por algoritmos de recomendación o moderación que filtran, dirigen y excluyen contenido, en una conducta equivalente a la censura privada.

ii) Protección de la democracia

- c) *Combate a la desinformación*. La democracia es un régimen de autogobierno colectivo que presupone la participación ciudadana informada y bien informada. Por lo tanto, la circulación de desinformación y teorías conspirativas engaña o genera temores infundados en las personas, comprometiendo su discernimiento y sus decisiones. Como ya se ha observado, todo esto se ve agravado por las *deepfakes*, que simulan vídeos y discursos inexistentes con una apariencia de realidad. Todos estamos educados para creer lo que vemos y oímos. Manipulaciones de esta naturaleza rompen los paradigmas de la experiencia¹⁴⁰ y son destructivas para la democracia.

139. DASTIN, Jeffrey. Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women. Reuters, 10 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/>. Consultado el: 12 de febrero de 2024; LARSON, Jeff et al. How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm. ProPublica, 23 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Consultado el: 12 feb. 2024; OBERMEYER, Ziad et al. Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations. Science, 25 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.aax2342>. Consultado el: 12 de febrero de 2024; HEAVEN, Will Douglas Heaven, Predictive Policing is Still Racist—Whatever Data it Uses. MIT Technology Review, 5 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/2021/02/05/1017560/predictive-policing-racist-algorithmic-bias-data-crime-predpol>.

140. Nuestra experiencia acumulada nos lleva a entender los vídeos y registros fotográficos como elementos que atestiguan la veracidad de la información. Sin embargo, la IA basada en tecnologías de aprendizaje profundo permite la producción de contenido multimedia fraudulento, pero ultrarrealista, que confunde las mentes y permite la producción sintética de representaciones falsas de la realidad. (FILIMOWICZ, Michael. Introduction. En: FILIMOWICZ, Michael. Deep Fakes. Algorithms and Society. New York: Routledge, 2022. p. X-XI).

- d) *Combate al discurso de odio*. Desde la fundación del sufragio universal, la democracia implica la participación igualitaria de todas las personas. El discurso de odio consiste en ataques a grupos vulnerables, manifestaciones racistas, discriminatorias o capacitistas contra personas negras, homosexuales, personas con discapacidad e indígenas, entre otras. Al intentar descalificar, debilitar o silenciar a ciertos grupos sociales, el discurso de odio socava la protección de la dignidad humana y debilita la democracia.
- e) *Combate a los ataques a las instituciones democráticas*. Las redes sociales, con la ayuda de la IA, han sido fundamentales para orquestar ataques a las instituciones democráticas, con el objetivo de desestabilizarlas. Actos insurreccionales como los del 6 de enero de 2021 en Estados Unidos o el 8 de enero en Brasil, con intentos de golpe de Estado para desacatar los resultados electorales, ponen en riesgo la democracia y no pueden tolerarse¹⁴¹.

iii) Promoción de la Buena Gobernanza

A la luz de las recomendaciones y regulaciones internacionales, regionales y nacionales mencionadas, y del amplio debate público en curso en el ámbito académico, la sociedad civil y la prensa, es posible extraer algunos consensos comunes sobre la gobernanza de la IA, que se describen en las cinco directrices que se presentan a continuación:

- a) *Prioridad del bien común*. La IA debe desarrollarse y orientarse hacia el bienestar de las personas, los países y el planeta. Sus beneficios deben distribuirse equitativamente entre todos y sus impactos negativos deben mitigarse mediante legislación y regulación¹⁴².

141. Véase RAMONET, Ignacio. La era del conspiracionismo. Trump, el culto a la mentira y el asalto al Capitolio. Buenos Aires: Siglo XXI, 2022.

142. La regulación debe considerarse una condición necesaria, pero insuficiente. Abordar los riesgos asociados a la inteligencia artificial, en este sentido, trasciende la dimensión jurídica para abarcar también otros campos, entre los que destacan la ética aplicada a la economía y la programación. Según Lucrecio Rebollo: “Concebir el Derecho como la única vía para ordenar e igualar la sociedad digital es un grave error. El Derecho debe ser, como siempre lo ha sido, una vía para resolver los conflictos sociales desde una perspectiva de bien común, pero en todos los casos necesita la colaboración de otras áreas del conocimiento, de todos los elementos que conforman la estructura social” (REBOLLO DELGADO, Lucrecio. Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2023. p. 52) (traducción libre).

- b) *Gobernanza plural*. La gobernanza de la IA debe, en sus diversas etapas, incluir proporcionalmente la participación de un conjunto diverso de actores, entre ellos: el sector público, científicos e investigadores, la sociedad civil, el mundo académico, las empresas y las organizaciones de derechos humanos. La diversidad de perspectivas y el equilibrio de valores e intereses son fundamentales para la legitimidad de las decisiones y la correcta regulación.
- c) *Transparencia y explicabilidad*. La transparencia define el conocimiento mínimo del usuario sobre el funcionamiento del sistema y la información con la que interactúa en un sistema de IA. La explicabilidad implica hacer inteligibles las razones de las decisiones tomadas, incluyendo la posibilidad de cuestionar los resultados. Ambos requisitos se combinan para mitigar las preocupaciones sobre la precisión e imparcialidad de los algoritmos, así como para fomentar el uso responsable de las tecnologías de automatización¹⁴³.
- d) *Seguridad*. Los sistemas de IA deben ser seguros internamente para evitar errores que produzcan resultados indeseables y también deben estar protegidos contra ataques externos. La seguridad en el uso de la IA incluye el análisis de impacto, el control de calidad de los datos, la ciberseguridad y el mapeo de los procesos y decisiones que conforman el ciclo de vida de la IA (*traceability*).
- e) *Control y responsabilidad*. La supervisión o el control humano son fundamentales para que la IA opere dentro de los límites de la legalidad, la ética y la justicia. A pesar de su relativa autonomía en la toma de decisiones, la responsabilidad siempre recaerá en una persona física o jurídica. En caso de uso indebido o intención maliciosa, una o ambas estarán sujetas a responsabilidad civil, administrativa y penal.

143. BENDER, Sarah M. L. Algorithmic Elections. Michigan Law Review, v. 121, N° 3, 2022. p. 12.

V. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

El papel del conocimiento es consolar a los afligidos y afligir a los consolados¹⁴⁴. Este capítulo afirma haber cumplido esa función. La inteligencia artificial, como se demuestra aquí, presenta tanto potencial como riesgos en casi todas sus aplicaciones. En el ámbito político, puede ayudar a mejorar el sistema representativo y captar mejor los sentimientos y la voluntad de los ciudadanos. Pero también puede masificar la desinformación, el discurso de odio y las teorías conspirativas, engañando a los votantes, debilitando a los grupos vulnerables o difundiendo miedos infundados, sacando a relucir lo peor de las personas.

En el ámbito *económico*, la IA puede contribuir al aumento de la productividad en diversas áreas, desde la agroindustria hasta la industria, así como a mejorar significativamente el sector servicios. Sin embargo, también puede concentrar la riqueza en los sectores más favorecidos y en las naciones más ricas, aumentando la desigualdad mundial. En el ámbito social, puede ser un instrumento importante para abordar los problemas relacionados con la pobreza y las desigualdades injustas, pero también puede conducir al desempleo masivo. Existen, además, dualidades éticas. Una mayor comprensión de la naturaleza humana puede elevar el nivel humanístico o espiritual del mundo, pero no se puede descartar la pérdida de la centralidad de la persona humana.

En resumen, vivimos en una era de ambigüedades y decisiones decisivas. En opinión de los autores, la historia del mundo ha sido un flujo constante, aunque no lineal, hacia el bien, la justicia y el progreso de la civilización. Hemos pasado de épocas de penurias, sacrificios humanos y despotismo, hasta llegar a la era de los derechos humanos. Por ello, es posible tener una visión y una actitud constructivas hacia la inteligencia artificial. Sin miedos paralizantes, pero también sin ingenuidad ni fantasías. Necesitaremos legislación, regulación y, sobre todo, educación y concienciación de científicos, empresas y ciudadanos para no perder el rumbo. Y, como ya se ha mencionado, la brújula, la dirección que indican las estrellas, son los valores que conducen a una vida plena: la virtud, la razón práctica y la valentía moral. Si perdemos las referencias del bien,

144. Esta frase es una paráfrasis de “*The job of the newspaper is to comfort the afflicted and afflict the comfortable*”, atribuida a un personaje ficticio, el Sr. Dooley, creado por el periodista Finley Peter Dunne, do Chicago Evening Post. V. SHEDDEN, David. Today in Media History: Mr. Dooley: ‘The job of the newspaper is to comfort the afflicted and afflict the comfortable’. Poynter, 7 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.poynter.org/reporting-editing/2014/today-in-media-history-mr-dooley-the-job-of-the-newspaper-is-to-comfort-the-afflicted-and-afflict-the-comfortable/>. Consultado el: 7 de mayo de 2024.

la justicia y la dignidad humana, entonces estaríamos dejando que las máquinas tomen el control y apostando a que pueden hacerlo mejor.

Pero tiene que ser así. Quizás, paradójicamente, la inteligencia artificial pueda ayudar a rescatar y profundizar nuestra propia humanidad, valorando la empatía, la fraternidad, la solidaridad, la alegría, la capacidad de amar y otros atributos que siempre nos diferenciarán de las máquinas.

[CAPÍTULO II]

**DEMOCRACIA, REDES SOCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN:
ODIO, MENTIRAS Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD POSIBLE¹⁴⁵**

I. DEMOCRACIA Y POPULISMO AUTORITARIO

La democracia constitucional fue la ideología predominante en el siglo XX en la mayor parte del mundo, superando los proyectos alternativos que surgieron: comunismo, fascismo, nazismo, regímenes militares y fundamentalismo religioso. El constitucionalismo democrático gira en torno a dos ideas principales que se fusionaron a finales del siglo XX. El constitucionalismo, heredero de las revoluciones liberales en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, expresa las ideas de poder limitado, el estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales. La democracia, a su vez, es el régimen de soberanía popular, elecciones libres y justas, y gobierno de la mayoría. En muchos países, la democracia solo se consolidó verdaderamente a lo largo del siglo XX, con el sufragio universal garantizado por el fin de las restricciones a la participación política basadas en el estatus social, la religión, la raza, el sexo o el nivel de educación¹⁴⁶.

Las democracias contemporáneas se basan en el voto, los derechos y la razón. No se limitan a la integridad de los procesos electorales, sino que también exigen el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y un debate público continuo que informe y legitime las decisiones políticas¹⁴⁷. Para garantizar la protección de estos tres elementos esenciales, la mayoría de los regímenes democráticos incluyen en su estructura constitucional una

145. Este artículo fue coescrito con Luna van Brussel Barroso. Se publicó originalmente en el *Chicago International Law Journal*, otoño de 2023, bajo el título *Democracy, Social Media, and Freedom of Expression: Hate, lies, and the Search for the possible truth* (traducción al portugués realizada con la colaboración de Matheus Verano).

146. BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século. XX. *Revista Publicum*, v. 4, 2018. p. 14.

147. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 12; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 181.

Corte Suprema o un Tribunal Constitucional con jurisdicción para arbitrar las inevitables tensiones que surgen entre la democracia y el constitucionalismo, es decir, entre la soberanía popular y los valores constitucionales¹⁴⁸. Estos tribunales son, en última instancia, las instituciones responsables de proteger los derechos fundamentales y las reglas del juego democrático contra cualquier intento de abuso de poder por parte de la mayoría. Experiencias recientes en Hungría, Polonia, Turquía, Venezuela y Nicaragua demuestran que, cuando no cumplen esta función, la democracia se derrumba o sufre graves reveses¹⁴⁹.

En los últimos años, diversos acontecimientos han puesto en entredicho la prevalencia del constitucionalismo democrático en muchas partes del mundo. Este fenómeno se ha caracterizado como recesión democrática¹⁵⁰, retroceso democrático¹⁵¹, constitucionalismo abusivo¹⁵², autoritarismo competitivo¹⁵³, democracia iliberal¹⁵⁴, legalismo autocrático¹⁵⁵, entre otros. Incluso las democracias consolidadas han enfrentado momentos de turbulencia y descrédito institucional¹⁵⁶, a medida que el mundo ha presenciado el auge de una ola populista autoritaria, antipluralista y antiinstitucional que representa una grave amenaza para la democracia.

El populismo puede ser de derecha o de izquierda¹⁵⁷, pero la ola reciente se ha caracterizado por la prevalencia del extremismo de derecha, a menudo

148. BARROSO, Luis Roberto. El constitucionalismo democrático o neoconstitucionalismo como ideología victoriosa del siglo XX. *Revista Publicum*, v. 4, 2018. p. 14.

149. ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 1.

150. DIAMOND, Larry. Facing up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015. p. 141.

151. HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, 2018. p. 91.

152. LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 189.

153. LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, v. 13, 2002. p. 51.

154. Al parecer, el término fue utilizado por primera vez por ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, v. 76, p. 22, 1997.

155. SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, 2018. p. 545.

156. BALZ, Dan. A Year After Jan. 6, Are the guardrails that protect democracy real or illusory? *The Washington Post*, Washington, 6 de enero de 2022. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/democracy-january-6/2022/01/06/2a1fc41e-6db4-11ec-a5d2-7712163262f0_story.html. Consultado el: 5 de mayo de 2023; BREXIT: Reaction from around the UK. BBC, Londres, 24 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36619444>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

157. MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, v. 39, 2014. p. 541-544.

racista, xenófobo, misógino y homófobo¹⁵⁸. Si bien en el pasado existía una Internacional Comunista, hoy es la extrema derecha la que cuenta con una amplia red global¹⁵⁹. El sello distintivo del populismo de derecha es la división de la sociedad entre “*nosotros*” —la gente pura, decente y conservadora— y “*ellos*” —las élites corruptas, liberales y cosmopolitas—. El populismo autoritario surge de las fallas de la democracia, de las promesas incumplidas de oportunidades y prosperidad para todos¹⁶⁰. Muchos factores conducen a esta frustración democrática, de los cuales tres destacan: políticos (las personas no se sienten representadas por los sistemas electorales existentes, sintiéndose sin voz o irrelevantes); sociales (pobreza, estancamiento o disminución de los ingresos y aumento de la desigualdad); culturales e identitarios: una reacción conservadora a la agenda progresista de derechos humanos que ha prevalecido en las últimas décadas, con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, los afrodescendientes, las minorías religiosas, los homosexuales, las poblaciones indígenas y el medio ambiente¹⁶¹.

El populismo extremadamente autoritario a menudo adopta estrategias similares en diferentes partes del mundo, entre ellas: a) comunicación directa con sus partidarios, más recientemente a través de las redes sociales; b) eludir o cooptar las instituciones intermediarias que interactúan entre el pueblo y el gobierno, como la legislatura, la prensa y la sociedad civil; y c) ataques a las cortes supremas y los tribunales constitucionales, así como intentos de

158. MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, v. 39, 2014, p. 541; 544. Para una discusión general sobre el extremismo de derecha en la India, véase: SIYECH, Mohammed Sinan. An Introduction to Right-Wing Extremism in India. *New Eng. J. Pub. Pol.*, 1, 2021, p. 33. Para rastrear la historia de “*Hindutva*” y observar que se ha vuelto mainstream desde 2014 bajo el gobierno de Modi, v. LEIDIG, Eviane. *Hindutva as a Variant of Right-Wing Extremism. Patterns of Prejudice*, v. 54, N° 3, p. 215-237, 2020. Para un análisis del extremismo de derecha en Brasil bajo el gobierno de Bolsonaro, véase GOLDSTEIN, Ariel. Brazil leads the third wave of the Latin American far right. C-REX – Center for Research on Extremism, 1 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2021/brazil-leads-the-third-wave-of-the-latin-american-.html>. Consultado el: 5 de mayo de 2023. Para un análisis del extremismo de derecha en Estados Unidos bajo el gobierno de Trump, véase JONES, Seth G. The rise of far-right extremism in the United States. Center for Strategic & International Studies, noviembre 2018. Disponible en: <https://www.csis.org/analysis/rise-far-right-extremism-united-states>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

159. FAUSTO, Sergio. El desafío democrático. *Revista Piauí*, v. 8, 2022, p. 191.

160. KUO, Ming-Sung. Against instantaneous democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, p. 554-575, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moz029>. Consultado el: 5 de mayo de 2023. V. tb., ECPS – EUROPEAN CENTER FOR POPULISM STUDIES. Digital Populism. Disponible en: <https://www.populismstudies.org/Vocabulary/digital-populism/>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

161. Sobre este asunto véase BARROSO, Luís Roberto. Technological Revolution, Democratic Recession and Climate Change: The Limits of Law in a Changing World. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, p. 334-349, 2020.

capturarlos mediante el nombramiento de jueces serviles¹⁶². Como sugiere el título de este artículo, una de las principales preocupaciones en este ámbito es el uso de campañas de desinformación, discursos de odio, difamación, mentiras y teorías conspirativas para promover estos objetivos antidemocráticos. Estas tácticas amenazan la democracia y la celebración de elecciones libres y justas porque engañan a los votantes, violan derechos fundamentales, silencian a las minorías y distorsionan el debate público, socavando así los valores que justifican la protección especial de la libertad de expresión. El “*declive de la verdad*” y la “*polarización de los hechos*” desacreditan a las instituciones y, en consecuencia, fomentan la “*desconfianza en la democracia*”¹⁶³.

II. INTERNET, REDES SOCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹⁶⁴.

El mundo vive bajo la égida de la tercera revolución industrial, también conocida como revolución tecnológica o digital¹⁶⁵. Algunas de sus principales características son la adopción masiva de computadoras personales, la universalización de los teléfonos inteligentes y, sobre todo, internet, que conecta a miles de millones de personas en el planeta. Una de las principales consecuencias de la revolución digital y de internet fue la aparición de plataformas de redes sociales como Facebook, Instagram, YouTube, TikTok y aplicaciones de mensajería como WhatsApp y Telegram. Vivimos en un mundo de aplicaciones, algoritmos, inteligencia artificial e innovación acelerada, donde nada parece realmente nuevo durante mucho tiempo. Este es el escenario en el que se desarrolla la siguiente narrativa.

162. Para el uso de las redes sociales, véase: ENGESSER, Sven et al. *Populism and Social Media: How Politicians Spread a Fragmented Ideology*. Information, Communication & Society, v. 20, 2017. p. 1109. Sobre los ataques a la prensa, véase WPF2021: *Attacks on Press Freedom Growing Bolder Amid Rising Authoritarianism*. International Press Institute, 30 abr. 2021. Disponible en: <https://ipi.media/wpfd-2021-attacks-on-press-freedom-growing-bolder-amid-rising-authoritarianism/>. Consultado el: 5 de mayo de 2023. Para ataques al Poder Judicial, véase: DICH0, Michael; LOGVINENKO, Igor. *Authoritarian Populism, Courts and Democratic Erosion*. Just Security, 11 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.justsecurity.org/74624/authoritarian-populism-courts-and-democratic-erosion/>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

163. JACKSON, Vicki C. *Knowledge institutions in constitutional democracies: reflections on the “press”*. The Journal of Meida Law, v. 14, 2022. p. 275. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2142733>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

164. BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

165. A La primera revolución industrial está simbolizada por el uso del vapor como fuente de energía, a partir de mediados del siglo XVIII. La segunda comenzó con el uso de la electricidad y la invención del motor de combustión interna a finales del siglo XIX y principios del XX. Y ya se habla de la Cuarta Revolución Industrial, resultado de la fusión de tecnologías, que está afectando las fronteras entre las esferas física, digital y biológica. Sobre este último punto, véase SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Cássio Leite Vieira. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2018.

1. El impacto de Internet

Internet ha revolucionado el mundo de la comunicación interpersonal y social, ampliando exponencialmente el acceso a la información y al conocimiento, y creando una esfera pública en la que cualquiera puede expresar ideas, opiniones y difundir hechos¹⁶⁶. Antes de internet, la participación en el debate público dependía principalmente de la prensa profesional¹⁶⁷, que investigaba los hechos, seguía las normas de la técnica y la ética periodísticas¹⁶⁸, y era responsable de los daños y perjuicios si publicaba información falsa, deliberadamente o por negligencia¹⁶⁹. Existía control editorial y responsabilidad civil respecto a la calidad y veracidad de lo publicado. Esto no significa que fuera un mundo perfecto. El número de medios de comunicación es limitado y no siempre plural, las empresas periodísticas tienen sus propios intereses y no todas distinguen los hechos de las opiniones con el debido cuidado. Aun así, existía un mayor control sobre lo que se hacía público, así como consecuencias negativas por publicar noticias falsas o discursos de odio.

Internet, con la aparición de sitios web, *blogs* personales y redes sociales, ha revolucionado este universo. Ha creado comunidades *on-line* para textos, imágenes, vídeos y enlaces generados por los usuarios, publicados sin control editorial y sin coste alguno. Estas innovaciones han multiplicado la participación en el debate público, han diversificado las fuentes de información y han incrementado exponencialmente el acceso a ellas¹⁷⁰. Esta nueva realidad ha dado voz a las minorías, la sociedad civil, los políticos, los funcionarios públicos y los influencers digitales, y ha permitido que las demandas de igualdad y democracia adquieran dimensiones globales. Todo esto ha representado una poderosa contribución al dinamismo político y la resistencia al autoritarismo,

166. MAGARIAN, Gregory P. A Internet y las redes sociales. En: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. *Liberdade de expressão*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 350-368.

167. WU, Tim. *Is the First Amendment Obsolete?* En: POZEN, David E. (Ed.). *The Perilous Public Square*. N. York: Columbia University Press, 2020. E-book.

168. La ética periodística incluye distinguir entre hechos y opiniones, verificar la veracidad de lo publicado, no tener intereses personales en el tema informado, escuchar a la otra parte y corregir errores. Para un ejemplo de una carta internacional de ética periodística, véase GLOBAL Charter of Ethics for Journalists. The International Federation of Journalists, junio 2019. Disponible en: <https://perma.cc/7A2C-JD2S>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

169. E.g., *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964.

170. BALKIN, Jack M. *Free Speech is a Triangle*. *Columbia Law Review*, v. 118, N° 7, p. 2011-2056, 2018. Disponible en: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

y ha estimulado la creatividad, el conocimiento científico y el intercambio comercial¹⁷¹. Cada vez más, las comunicaciones políticas, sociales y culturales relevantes se producen a través de este medio.

Sin embargo, el auge de las redes sociales también ha provocado un aumento exponencial en la difusión de discursos abusivos y delictivos. Si bien estas plataformas no generaron desinformación, discursos de odio ni discursos que atacaran la democracia, la posibilidad de publicar libremente, sin control editorial y con poca o ninguna rendición de cuentas, ha incrementado el uso de estas tácticas. Además, y de forma más fundamental, los modelos de negocio de las plataformas han exacerbado el problema mediante el uso de algoritmos que controlan y distribuyen contenido *on-line*.

2. El rol de los algoritmos

La capacidad de participar y ser escuchado en el discurso público *on-line* está actualmente definida por los algoritmos de moderación de contenido de las grandes empresas tecnológicas. Si bien las plataformas digitales se presentaron inicialmente como espacios neutrales donde los usuarios podían publicar libremente, en realidad desempeñan funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, ya que (i) establecen unilateralmente las reglas del discurso en sus términos y condiciones, (ii) definen, a través de sus algoritmos, cómo se distribuye y modera el contenido, y, finalmente, (iii) deciden cómo se aplican estas reglas¹⁷².

En concreto, las plataformas digitales se basan en algoritmos para dos funciones diferentes: recomendar y moderar contenido¹⁷³. En primer lugar, un aspecto fundamental del servicio que ofrecen consiste en seleccionar el contenido disponible para brindar a cada usuario una experiencia personalizada y aumentar el tiempo que pasan *on-line*. Utilizan algoritmos de *deep learning* que monitorizan cada acción en la plataforma, extraen datos y predicen qué

171. MAGARIAN, Gregory P. The Internet and Social Media. En: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (Eds.). Freedom of Speech. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 350-368.

172. KADRI, Thomas E.; KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: public figures and newsworthiness in online speech. Southern California Law Review, v. 93, p. 37-99, 2019. p. 94. Disponible en: https://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/292/. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

173. ELKIN-KOREN, Niva; PEREL, Maayan. Speech Contestation by Design: Democratizing Speech Governance by AI. Florida State University Law Review. Forthcoming. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

contenido mantendrá a un usuario específico interesado y activo, basándose en su actividad previa o la de usuarios similares¹⁷⁴. La transición de un mundo de escasez de información a un mundo de abundancia de información ha generado una feroz competencia por la *atención* del usuario, un recurso escaso en la era digital¹⁷⁵. Por lo tanto, la capacidad de modificar el entorno informativo de una persona tiene un impacto directo en su comportamiento y creencias. Y como los sistemas de IA pueden rastrear el historial *on-line* de un individuo, pueden adaptar mensajes específicos para maximizar su impacto. Aún más importante, monitorizan cómo interactúa el usuario con el mensaje personalizado, utilizando este *feedback* para influir en la segmentación de contenido futuro, volviéndose cada vez más eficaces en la configuración de comportamientos¹⁷⁶. Dado que los humanos interactúan más con contenido polarizador y provocador, estos algoritmos terminan provocando emociones fuertes, incluida la ira¹⁷⁷. El poder de organizar el contenido *on-line*, por lo tanto, tiene impactos directos sobre la libertad de expresión, el pluralismo y la democracia¹⁷⁸.

Más allá de los sistemas de recomendación, las plataformas también se basan en algoritmos para la moderación de contenido, lo que implica clasificar el contenido para verificar si infringe las normas de la comunidad¹⁷⁹. Como se mencionó, el crecimiento de las redes sociales y su uso por parte de personas en todo el mundo ha permitido la propagación de la ignorancia, las mentiras y la

174. MESEROLE, Chris. How do recommender systems work on digital platforms? Tech Stream, Brookings, 21 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.brookings.edu/techstream/how-do-recommender-systems-work-on-digital-platforms-social-media-recommendation-algorithms/>. Consultado el: 5 de mayo de 2023.

175. SHAFFER, Kris. Data versus democracy: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019. p. 11-15.

176. RUSSELL, Stuart. Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control. N. York: Penguin Books, 2019.

177. V. SHAFFER, Kris. Data versus democracy: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019. p. 11-15.

178. Más recientemente, con los avances en neurociencia, las plataformas han mejorado su capacidad para manipular y modificar nuestras emociones, sentimientos y, en consecuencia, nuestro comportamiento, no según nuestros propios intereses, sino según los suyos (o los de quienes les venden este servicio). En este contexto, ya se habla de un nuevo derecho fundamental a la libertad cognitiva, la autodeterminación mental o el derecho al libre albedrío.

179. La moderación de contenido se refiere a “sistemas que clasifican el contenido generado por el usuario en función de la coincidencia o predicción, lo que resulta en una decisión y gobernanza (por ejemplo, eliminación, bloqueo geográfico, suspensión de cuenta)” (ORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Moderación algorítmica de contenido: desafíos técnicos y políticos en la automatización de la gobernanza de la plataforma). Big Data & Society, v. 7, p. 1-15, 2020. Disponible el: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

práctica de delitos de diversa índole con poco costo y casi sin rendición de cuentas, lo que amenaza la estabilidad incluso de las democracias más consolidadas. En este escenario, la creación e imposición de términos y condiciones que definen los valores y las normas que cada plataforma desea para su comunidad digital y que guiarán la moderación del discurso se ha vuelto inevitable¹⁸⁰. Sin embargo, la cantidad potencialmente infinita de contenido publicado *on-line* significa que este control no puede ser ejercido exclusivamente por seres humanos.

Los algoritmos de moderación de contenido optimizan el análisis del material publicado en línea para identificar infracciones de las normas de la comunidad o los términos de servicio a gran escala, y aplican medidas que van desde la eliminación hasta la reducción o ampliación del alcance, o la inclusión de aclaraciones o referencias a información alternativa. Las plataformas suelen basarse en dos modelos algorítmicos para la moderación de contenido. El primero es el modelo de *detección de reproducción*, que utiliza hash, una tecnología que asigna un identificador único a textos, imágenes y vídeos, para identificar reproducciones idénticas de contenido previamente etiquetado como indeseable¹⁸¹. El segundo sistema, el *modelo predictivo*, utiliza técnicas de *machine learning* para identificar posibles ilegalidades en contenido nuevo y no clasificado¹⁸². *Machine learning* es un subtipo de inteligencia artificial que se basa en algoritmos entrenados en lugar de programados, capaces de aprender de los datos sin codificación explícita¹⁸³. Si bien son útiles, ambos modelos presentan limitaciones.

El modelo de detección de reproducción es ineficiente para contenidos como el discurso de odio y la desinformación, donde el potencial de publicaciones nuevas y diferentes es prácticamente ilimitado y los usuarios pueden realizar

180. BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. University of California, Davis, v. 51, p. 1149-1210, 2018. Disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

181. THAKUR, Dhanaraj; LLANSÓ, Emma. Do you see what I see? capabilities and limits of automated multimedia content analysis. Center for Democracy & Technology, Washington, 20 de mayo de 2021. Disponible en: <https://cdt.org/insights/do-you-see-what-i-see-capabilities-and-limits-of-automated-multimedia-content-analysis/>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

182. Idem.

183. WOOLDRIDGE, Michael. A Brief History of Artificial Intelligence: What It Is, Where We Are, and Where We Are Going. New York: Flatiron Book, 2021.

cambios deliberados para evitar ser detectados¹⁸⁴. El *modelo predictivo*, a su vez, aún presenta limitaciones en su capacidad para gestionar situaciones a las que no se expuso durante el entrenamiento, principalmente debido a su incapacidad para comprender significados y considerar consideraciones contextuales que influyen en la legitimidad del discurso¹⁸⁵. Además, los algoritmos de *machine learning* también se basan en datos recopilados del mundo real y pueden incorporar sesgos, lo que da lugar a aplicaciones asimétricas del filtro. Dado que los conjuntos de datos de entrenamiento son muy grandes, resulta difícil auditarlos para detectar estas fallas.

A pesar de estas limitaciones, los algoritmos seguirán siendo un recurso crucial en la monitorización de contenido, dada la escala de la actividad *on-line*¹⁸⁶. Solo en los últimos dos meses de 2020, Facebook aplicó algún tipo de moderación de contenido a 105 millones de publicaciones, e Instagram a 35 millones. YouTube tiene 500 horas de vídeo subidas por minuto y eliminó más de 9,3 millones de vídeos. En la primera mitad de 2020, Twitter revisó quejas relacionadas con 12,4 millones de cuentas que potencialmente infringían sus

184. Sin embargo, esta tecnología ha sido eficaz en la lucha contra la pornografía infantil, que a menudo implica la reproducción de imágenes repetidas, dada la dificultad de producir este contenido desde cero. Las empresas tecnológicas mantienen una base de datos compartida y, por lo tanto, pueden gestionar este material con relativa eficiencia. Esta tecnología también se utiliza con frecuencia para contenido terrorista y protegido por derechos de autor (BUCKMAN, Ian. Hashing it out: how an automated crackdown on child pornography is shaping the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, Berkeley, 13 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.bjcl.org/blog/hashing-it-out-how-an-automated-crackdown-on-child-pornography-is-shaping-the-fourth-amendment/>. Consultado el: 7 de mayo de 2023; FUSSEL, Sidney. Why the New Zealand shooting video keeps circulating. *The Atlantic*, 21 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2019/03/facebook-youtube-new-zealand-tragedy-video/585418/>. Consultado el: 7 de mayo de 2023).

185. La comprensión del lenguaje natural se ve obstaculizada por la ambigüedad lingüística, la dependencia contextual de palabras no inmediatamente relacionadas, las referencias, las metáforas y las reglas semánticas generales. De hecho, la comprensión del lenguaje requiere un conocimiento ilimitado del mundo real, basado en el sentido común, que los humanos poseemos y es imposible de codificar (LARSON, Erik J. *The Myth of Artificial Intelligence: Why Computers Can't Think the Way We Do*. Belknap Press, abril 2021). Un caso resuelto por la Junta de Supervisión de Facebook ilustra este punto: el filtro predictivo de la compañía para combatir la pornografía eliminó imágenes de una campaña de concienciación sobre el cáncer de mama, contenido claramente legítimo que el algoritmo no debería haber seleccionado. Sin embargo, basándose en un entrenamiento previo, el algoritmo eliminó la publicación porque detectó pornografía y no consideró el contexto de que se trataba de una campaña de salud legítima (FACEBOOK OVERSIGHT BOARD. Case 2020-004-IG-UA, Breast Cancer Symptoms and nudity. Disponible en: <https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1>. Consultado el: 7 de mayo de 2023).

186. DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, N° 3, 2021. p. 791. Disponible en: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

normas y eliminó 1,9 millones¹⁸⁷. Por lo tanto, la monitorización humana es imposible, y los algoritmos son una herramienta necesaria para reducir la difusión de contenido ilícito y perjudicial. Responsabilizar a las plataformas de errores ocasionales en estos sistemas crearía los incentivos equivocados para abandonar los algoritmos en la moderación de contenido, con la consecuencia negativa de aumentar significativamente la difusión de discursos no deseados. Por otro lado, las exigencias genéricas para que las plataformas implementen algoritmos para optimizar la moderación de contenido, o las leyes que imponen plazos muy cortos para responder a las solicitudes de retirada de los usuarios, pueden crear una presión excesiva para utilizar estos sistemas imprecisos a mayor escala. Reconocer las limitaciones de esta tecnología es fundamental para una regulación precisa.

3. Algunas consecuencias indeseables

Uno de los impactos más notables de este nuevo entorno informativo es el aumento exponencial de la escala de las comunicaciones sociales y la circulación de noticias. En todo el mundo, periódicos, publicaciones impresas y emisoras de radio cuentan con miles de lectores y oyentes¹⁸⁸. La televisión llega a millones de espectadores, aunque diluida en decenas o cientos de canales. Por otro lado, Facebook tiene alrededor de 3 mil millones de usuarios activos¹⁸⁹. YouTube tiene 2,5 mil millones de cuentas¹⁹⁰. WhatsApp, más de 2 mil millones¹⁹¹. Las cifras son alarmantes. Sin embargo, como ya se ha señalado, así como democratizó el acceso al conocimiento, la información y el espacio público, la revolución digital también trajo consigo consecuencias negativas que deben abordarse. Estas son:

187. Idem.

188. MINOW, Martha. *Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 20. Por ejemplo, el periódico más vendido del mundo, The New York Times, cerró 2022 con aproximadamente 10 millones de suscriptores, incluidos los suscriptores digitales e impresos (Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/11/02/business/media/nyt-q3-2022-earnings.html>). La revista The Economist tenía aproximadamente 1,5 millones en datos de 2019 (Disponible en: https://en.wikipedia.org/wiki/The_Economist). En todo el mundo, las publicaciones que alcanzan un millón de suscriptores son raras (THESE are the most popular paid subscription news websites. Wordl Econ. F., 29 de abril de 2021. Disponible el: <https://perma.cc/L2MK-VPNX>).

189. FACEBOOK statistics and trends. Datareportal, 19 de febrero de 2023. Disponible en: <https://datareportal.com/essential-facebook-stats>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

190. YOUTUBE User Statistic. Global Media Insight, 27 de febrero de 2023. Disponible en: <https://www.globalmediainsight.com/blog/youtube-users-statistics/>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

- a) *el aumento de la circulación de desinformación*, mentiras deliberadas, discursos de odio, teorías conspirativas, ataques a la democracia y comportamientos inauténticos, amplificados por algoritmos de recomendación que optimizan la interacción del usuario y algoritmos de moderación de contenido que aún no pueden identificar adecuadamente el contenido indeseable;
- b) *la tribalización de la vida*, con la formación de cámaras de eco en las que los grupos solo hablan consigo mismos, lo que refuerza el sesgo de confirmación¹⁹², radicaliza progresivamente el discurso y contribuye a la polarización y la intolerancia;
- c) *una crisis global en el modelo de negocio de la prensa profesional*. Si bien las plataformas de redes sociales se han convertido en una de las principales fuentes de información, no producen su propio contenido. Contratan ingenieros, no reporteros, y su interés es la interacción, no las noticias¹⁹³. Sin embargo, con la migración de la mayor parte de la publicidad a plataformas tecnológicas, la prensa ha sufrido una falta de ingresos, lo que ha obligado a cientos de publicaciones, tanto nacionales como locales, a cerrar sus puertas o despedir a periodistas¹⁹⁴. Pero una prensa libre y fuerte es vital para una sociedad abierta y libre.

La prensa profesional, tradicional e institucional es más que un negocio privado. Sirve al interés público en la búsqueda de la verdad en un mundo pluralista y en la difusión de noticias, opiniones e ideas, condiciones esenciales para el ejercicio informado de la ciudadanía. El conocimiento y la verdad — nunca absolutos, sino sinceramente buscados— son elementos esenciales para el funcionamiento de una democracia constitucional. Los ciudadanos necesitan compartir un conjunto mínimo de hechos objetivos comunes a partir de los cuales formar sus propios juicios de valor. Si no pueden aceptar los mismos hechos, el debate público se vuelve imposible. La intolerancia y la violencia son producto

191. WHATSAPP 2023 User Statistics: How Many People Use WhatsApp? Backlinko, 5 de enero de 2023. Disponible en: <https://backlinko.com/whatsapp-users>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

192. El sesgo de confirmación (confirmation bias) es un obstáculo para el pensamiento sólido porque sólo busca información que corresponde a lo que uno ya cree.

193. MINOW, Martha. *Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 49.

194. MINOW, Martha. *Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 3; 11.

de la incapacidad de comunicarse. De ahí la importancia de las “*instituciones del conocimiento*”, como las universidades, las entidades de investigación y la prensa institucional. Sintomáticamente, en diferentes partes del mundo, la prensa es una de las pocas empresas privadas mencionadas específicamente en la Constitución. Pese a su importancia para la sociedad y la democracia, las investigaciones revelan un declive en el prestigio de la educación superior y la prensa¹⁹⁵. Esto es preocupante.

Al inicio de la revolución digital, existía la creencia de que internet debía ser un espacio libre, abierto y sin regulaciones, tanto desde una perspectiva económica y comercial como de libertad de expresión. Con el tiempo, surgieron preocupaciones de diversa índole, y la necesidad de regular internet se convirtió gradualmente en un consenso, con enfoques propuestos en diferentes áreas¹⁹⁶, incluyendo: a) *económica*, mediante legislación antimonopolio, protección del consumidor, una tributación justa y respeto a los derechos de autor; b) *privacidad*, mediante leyes que restringen la recopilación de datos de usuarios sin consentimiento, con fines de segmentación o comercialización de contenido; y c) *lucha contra el comportamiento inauténtico, control de contenido y normas de responsabilidad de las plataformas*.

Encontrar el equilibrio adecuado entre la indispensable preservación de la libertad de expresión, por un lado, y la represión del contenido ilegal en las redes sociales, por otro, es uno de los problemas más complejos de nuestra generación. La libertad de expresión es un derecho fundamental consagrado en prácticamente todas las constituciones contemporáneas y, en muchos países, se considera una libertad preferente que debe prevalecer *prima facie* cuando entra en conflicto con otros valores. Diversas razones buscan justificar su protección especial, entre ellas: (i) *la búsqueda de la verdad posible* en una sociedad abierta y plural; (ii) como *elemento esencial para la democracia*, ya que permite la libre

195. Sobre la importancia del papel de la prensa como institución pública y su “*relación crucial*” con la democracia, véase MINOW, Martha. *Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 35. Sobre la prensa como “*institución de conocimiento*”, la idea de “*prensa institucional*” y datos sobre la pérdida de prestigio de periódicos y cadenas de televisión, véase. JACKSON, Vicki C. Knowledge Institutions in Constitutional Democracy: reflections on “*the press*”. *Journal of Media Law*, v. 14, N° 2. p. 280 y ss.

196. BALKIN, Jack M. How to Regulate (and Not Regulate) Social Media. *Journal of Free Speech Law*, v. 71, 2021; Knight Institute Occasional Paper Series, N° 1, March 2020; Yale Law School, Public Law Research Paper Forthcoming, 20 de noviembre de 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484114. Consultado ee: 7 de mayo de 2023.

circulación de ideas, información y puntos de vista que informan la opinión pública y el voto; y (iii) como *elemento esencial de la dignidad humana*, que permite la expresión de la personalidad de cada individuo.

La regulación de las plataformas digitales no puede comprometer estos valores. Al contrario, debe apuntar a su protección y fortalecimiento. Sin embargo, en la era digital, estos mismos valores que históricamente justificaron la mayor protección de la libertad de expresión pueden ahora justificar su regulación. Como señaló acertadamente el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres: “*La capacidad de promover la desinformación generalizada y socavar los hechos científicamente establecidos es un riesgo existencial para la humanidad*”¹⁹⁷.

Dos aspectos del modelo de negocio de internet son particularmente problemáticos. El primero es que, si bien el acceso a la mayoría de las plataformas y aplicaciones tecnológicas es gratuito, los usuarios pagan por el acceso con su privacidad¹⁹⁸. Como observó Lawrence Lessig, vemos televisión, pero internet nos observa. Todo lo que hacemos *on-line* se monitoriza y se monetiza. Los datos son el nuevo oro¹⁹⁹. El segundo aspecto es que los algoritmos están programados para maximizar el tiempo que se pasa *on-line*, lo que a menudo conduce a la amplificación de contenido provocador, radical y agresivo. Esto compromete la libertad de expresión porque, en su afán por la interacción, los algoritmos sacrifican la búsqueda de la verdad —con la circulación generalizada de *fake news*—, la democracia —con ataques a las instituciones y la defensa de golpes de Estado y autoritarismo— y la dignidad humana —con insultos, amenazas, racismo y otras formas de abuso. La búsqueda de atención y compromiso para generar ingresos no siempre es compatible con los valores que sustentan la protección de la libertad de expresión.

197. A GLOBAL dialogue to guide regulation worldwide. Unesco, 2023. Disponible en: <https://www.unesco.org/en/internet-conference>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

198. BEYER, R. Can we fix what's wrong with social media? Yale Law Report, verano de 2022.

199. LESSIG, Lawrence. They don't represent us: reclaiming our democracy. Providence: Dey Street Books, 2019. p. 105.

III. UN MODELO REGULATORIO PARA LAS REDES SOCIALES

Los modelos de regulación de plataformas pueden clasificarse en tres categorías. La primera es (a) *la regulación estatal o gubernamental*, mediante legislación y normas que crean un marco obligatorio e integral; (b) *la autorregulación*, mediante normas desarrolladas por las propias plataformas y materializadas en sus términos de uso; y (c) *la autorregulación regulada o coregulación*, mediante estándares establecidos por el Estado, pero con flexibilidad para que las plataformas los materialicen e implementen. Este artículo aboga por el tercer modelo, con una combinación adecuada de responsabilidades gubernamentales y privadas. El cumplimiento de las normas debería ser supervisado por un comité independiente, con una minoría de representantes gubernamentales y una mayoría de representantes del sector empresarial, la academia, las entidades tecnológicas, los usuarios y la sociedad civil.

El marco regulatorio debe apuntar a reducir la asimetría de información entre plataformas y usuarios, salvaguardar el derecho fundamental a la libertad de expresión frente a la intervención indebida privada o estatal, y proteger y fortalecer la democracia. Las limitaciones técnicas actuales de los algoritmos de moderación de contenido exploradas anteriormente, y el desacuerdo sustancial sobre qué debe considerarse ilegal o perjudicial, conducen a una consecuencia inevitable: el objetivo de la regulación debe ser encontrar un modelo capaz de optimizar el equilibrio entre los derechos fundamentales de los usuarios y las plataformas, reconociendo que siempre habrá casos en los que el consenso sea inalcanzable. El enfoque de la regulación debe ser el desarrollo de procedimientos adecuados de moderación de contenido capaces de minimizar errores y legitimar decisiones, incluso cuando alguien discrepa con el resultado sustancial²⁰⁰. Con estas premisas como antecedente, la propuesta regulatoria aquí formulada se divide en tres niveles: (i) el modelo adecuado de responsabilidad intermedia para los contenidos generados por los usuarios; (ii) los deberes procedimentales para la moderación de contenidos; y (iii) los deberes mínimos para la moderación de contenidos que representen amenazas concretas a la democracia y/o a la propia libertad de expresión.

200. DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, abr. 2021. p. 791. Disponible en: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Consultado el: 8 de mayo de 2023; ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: content governance in an age of disinformation. *Harvard Kennedy School – Misinformation Review*, 4 de enero de 2020. Disponible en: <https://misinformationreview.hks.harvard.edu/article/content-governance-in-an-age-of-disinformation/>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

1. Responsabilidad intermedia por el contenido generado por el usuario

Existen tres regímenes principales de responsabilidad de las plataformas por contenido de terceros. En los modelos de *responsabilidad objetiva*, las plataformas son responsables de todas las publicaciones generadas por los usuarios. Dado que las plataformas no tienen control editorial sobre lo que se publica y carecen de los recursos materiales para supervisar millones de publicaciones diarias, este régimen sería potencialmente destructivo y, por lo tanto, no ha sido adoptado por ninguna democracia. En el *modelo de responsabilidad subjetiva tras notificación extrajudicial*, la responsabilidad de las plataformas surgiría si no actuaran para eliminar el contenido tras una notificación extrajudicial de los usuarios. Finalmente, en el *modelo de responsabilidad subjetiva tras una decisión judicial*, las plataformas serían responsables del contenido publicado por los usuarios solo si incumplieran una orden judicial de eliminación del contenido. Este último modelo se adoptó en Brasil con el Marco Civil de Internet. La única excepción en la legislación brasileña a esta regla general es la llamada *pornografía vengativa*²⁰¹: Si existe una violación de la privacidad como resultado de la difusión, sin el consentimiento de los participantes, de imágenes, videos u otros materiales que contengan desnudez privada o actos sexuales privados, la notificación extrajudicial es suficiente para crear la obligación de eliminar el contenido bajo pena de responsabilidad.

En nuestra opinión, la regla general prevista en el modelo brasileño, aunque puede incluir excepciones, es la que mejor equilibra los derechos fundamentales involucrados²⁰². Como se mencionó, en los casos más complejos relacionados con la libertad de expresión, las personas discreparán sobre la legalidad del discurso. Las normas que responsabilizan a las plataformas por no eliminar contenido tras una simple notificación del usuario incentivan la eliminación

201. “Artículo 21. Los proveedores de aplicaciones de internet que pongan a disposición contenido generado por terceros serán responsables subsidiarios de las violaciones de la privacidad derivadas de la divulgación no autorizada de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudez o actos sexuales de carácter privado cuando, tras recibir la notificación del participante o de su representante legal, no retiren diligentemente dicho contenido dentro del alcance y los límites técnicos de su servicio. Párrafo único. La notificación a que se refiere la cláusula principal deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material señalado como violatorio de la privacidad del participante y la verificación de la legitimidad de la solicitud”.

202. En una declaración en la Conferencia Mundial de la UNESCO “Por una Internet Confiable”, celebrada el 23 de febrero de 2023, el primer autor defendió las siguientes ideas: en caso de conducta delictiva, las plataformas deberían eliminar el contenido ilícito de oficio, es decir, independientemente de la provocación. En casos de claras violaciones de derechos, como compartir fotos íntimas sin autorización o infringir los derechos de autor, entre otros, las plataformas deberían eliminar el contenido inmediatamente tras la notificación del interesado. En otros casos, especialmente cuando exista duda razonable, la eliminación debería producirse tras la primera orden judicial.

excesiva de cualquier contenido potencialmente controvertido, restringiendo excesivamente la libertad de expresión de los usuarios. En otras palabras, existiría un incentivo para eliminar todo contenido que represente un riesgo de ser considerado ilegal por los tribunales para evitar responsabilidades²⁰³, creando un entorno de autocensura.

Sin embargo, este régimen de responsabilidad debe coexistir con un marco regulatorio más amplio que imponga principios, límites y obligaciones a la moderación de contenido por parte de las plataformas digitales, tanto para aumentar su legitimidad al aplicar sus propios términos y condiciones como para minimizar los impactos potencialmente devastadores del discurso ilegal o perjudicial.

2. Reglas para la moderación de contenidos por parte de las plataformas

Las plataformas tienen la libertad de iniciativa y expresión para definir sus propias reglas y decidir el tipo de entorno que desean crear, así como para moderar el contenido dañino que podría alejar a los usuarios. Sin embargo, dado que estos algoritmos de moderación de contenido son los nuevos gobernantes de la esfera pública²⁰⁴ y definen la capacidad de participar y ser escuchado en el discurso público *on-line*, las plataformas deben cumplir con obligaciones mínimas de procedimientos en transparencia, auditabilidad, debido proceso e igualdad.

a) Transparencia y auditoría

Las medidas de transparencia y auditoría buscan principalmente garantizar que las plataformas sean responsables (*accountable*) de sus decisiones de moderación de contenido y del impacto de sus algoritmos. Proporcionan a los usuarios una mayor comprensión y conocimiento de la intensidad con la que las plataformas regulan la libertad de expresión, y brindan a los organismos supervisores e investigadores información para comprender las amenazas que surgen de los servicios digitales y el papel de las plataformas en amplificarlas o minimizarlas.

203. BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, p. 2011-2056, 2018. Disponible en: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

204. KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598-1670, 2018. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

Impulsadas por las demandas de la sociedad civil, varias plataformas digitales ya publican informes de transparencia. Sin embargo, la falta de regulaciones vinculantes implica que estos informes presentan importantes lagunas, carecen de verificación independiente de la información proporcionada²⁰⁵ y carecen de estandarización entre plataformas, lo que impide el análisis comparativo²⁰⁶. En este contexto, las iniciativas regulatorias que imponen requisitos y estándares mínimos son cruciales para que la supervisión sea más efectiva. Por otro lado, unos criterios de transparencia excesivamente amplios pueden obligar a las plataformas a adoptar reglas de moderación de contenido más simples para reducir costos, lo que impacta negativamente en la precisión de la moderación de contenido o en la calidad de la experiencia del usuario²⁰⁷. Un enfoque escalonado de la transparencia, donde cierta información es pública y otra se restringe a los organismos supervisores o a investigadores previamente calificados, garantiza una protección adecuada de los intereses en conflicto, como la privacidad del usuario y la confidencialidad empresarial²⁰⁸. La Ley de Servicios Digitales (*Digital Services Act*), aprobada por la Unión Europea el 16 de noviembre de 2022, contiene sólidas disposiciones de transparencia que, en general, se alinean con estas consideraciones²⁰⁹.

La información que debe proporcionarse públicamente incluye, entre otras cosas, términos de uso claros e inequívocos, las sanciones disponibles para abordar las infracciones (eliminación, desamplificación, aclaraciones, suspensión

205. HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. UN Doc A/HRC/32/38. 11 de mayo de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/HRC/32/38>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

206. LEERSSEN, Paddy. The soap box as a black box: regulating transparency in social media recommender systems. *European Journal of Law and Technology*, v. 11, 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3544009>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

207. KELLER, Daphne. Some humility about transparency. *The Center for Internet and Society Blog*, 19 de marzo de 2021. Disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/03/some-humility-about-transparency>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

208. MACCARTHY, Mark. Transparency requirements for digital social media platforms: recommendations for policy makers and industry. *Transatlantic Working Group*, 24 de junio de 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3615726> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3615726>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.

209. La Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés) (promulgada junto con la Ley de Mercados Digitales (DMA, por sus siglas en inglés)) fue aprobada por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022, y el 4 de octubre de 2022, el Consejo Europeo dio su aprobación definitiva al reglamento. La DSA aumenta la transparencia y la rendición de cuentas de las plataformas, estableciendo, por ejemplo, la obligación de proporcionar “información clara sobre la moderación de contenido o el uso de algoritmos para recomendar contenido (los llamados sistemas de recomendación); los usuarios podrán impugnar las decisiones de moderación de contenido” (Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>).

de cuentas, etc.) y la división del trabajo entre algoritmos y humanos. Es más importante aún que los informes de transparencia pública incluyan información sobre la precisión de las medidas de moderación automatizadas y el número de acciones de moderación de contenido, desglosadas por tipo (eliminación, bloqueo, eliminación de cuentas, etc.)²¹⁰. También deberían existir obligaciones de transparencia para los investigadores, dándoles acceso a información y estadísticas cruciales, incluido el contenido analizado para las decisiones de moderación de contenido²¹¹.

Si bien son valiosos, los requisitos de transparencia son insuficientes para promover una rendición de cuentas adecuada, ya que dependen de que los usuarios e investigadores supervisen activamente la conducta de la plataforma y asumen que tienen la capacidad de alertar sobre las fallas y promover el cambio²¹². Por lo tanto, la auditoría algorítmica de terceros es un complemento importante para garantizar que estos modelos cumplan con los estándares legales, éticos y de seguridad, así como para aclarar las compensaciones realizadas, por ejemplo, entre la seguridad del usuario y la libertad de expresión²¹³. Como punto de partida, las auditorías algorítmicas deben considerar aspectos como su precisión, cualquier posible sesgo o discriminación implícito en los datos y hasta qué punto los mecanismos internos son explicables por los humanos²¹⁴. La Ley de Servicios Digitales contiene una propuesta similar²¹⁵.

210. MACCARTHY, Mark. Transparency Requirements for Digital Social Media Platforms: Recommendations for Policy Makers and Industry. Transatlantic Working Group, 24 de junio de 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3615726> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3615726>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.
211. En este sentido, el profesor de la Universidad de Stanford, Nathaniel Persily, presentó recientemente un proyecto de ley al Congreso de Estados Unidos que propone un modelo para investigar el impacto de las comunicaciones digitales de forma que se proteja la privacidad del usuario. El proyecto de ley exige que las plataformas digitales compartan datos con investigadores previamente autorizados por la Comisión Federal de Comercio (FTC) y divulguen públicamente ciertos datos sobre contenido, algoritmos y publicidad (Disponible en: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/text_pata_117.pdf. Consultado el: 8 de mayo de 2023).
212. NAHMIAS, Yifat; PEREL, Maayan. The oversight of content moderation by AI: impact assessment and their limitations. *Harvard Journal on Legislation*, v. 58, 2021. Disponible el: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565025. Consultado el: 8 de mayo de 2023.
213. AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. Digital Regulation Cooperation Forum, 23 de septiembre de 2022. Disponible el: <https://www.gov.uk/government/publications/auditing-algorithms-the-existing-landscape-role-of-regulators-and-future-outlook>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.
214. KOSHIYAMA, Adriano; KAZIM, Emre; TRELEAVEN, Philip. Algorithm Auditing: Managing the Legal, Ethical, and Technological Risks of Artificial Intelligence, Machine Learning, and Associated Algorithms. *IEEE Transactions on Technology and Society*, v. 3, p. 128-142, abril 2022. Disponible el: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9755237>. Consultado el: 8 de mayo de 2023.
215. En el artículo 37, la DSA establece que las plataformas digitales de cierto tamaño deben rendir cuentas, mediante una auditoría independiente anual, del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa y de los compromisos asumidos de conformidad con los códigos de conducta y los protocolos de crisis.

El mercado de auditoría algorítmica aún es incipiente y está plagado de incertidumbres. Para abordar este panorama, los reguladores deben: (i) definir la frecuencia con la que deben realizarse las auditorías; (ii) desarrollar normas y mejores prácticas para los procedimientos de auditoría; (iii) exigir la divulgación específica de información para que los auditores tengan acceso a los datos necesarios; y (iv) definir cómo deben abordarse los daños identificados²¹⁶.

b) Debido proceso legal y razonabilidad (*fairness*)

Para garantizar el debido proceso, las plataformas deben informar a los usuarios afectados por decisiones de moderación de contenido qué cláusula de las condiciones de uso se ha infringido presuntamente, además de ofrecer un sistema interno para apelar estas decisiones. Las plataformas también deben crear sistemas que permitan la denuncia fundamentada de contenido o cuentas por parte de otros usuarios y notificar a los denunciantes sobre la decisión tomada.

En cuanto a la razonabilidad (es decir, los criterios básicos de imparcialidad de las decisiones), las plataformas deben garantizar que las normas se apliquen por igual a todos los usuarios. Si bien es permisible que las plataformas adopten criterios diferentes para figuras públicas o información de interés público, estas excepciones deben quedar claras en las condiciones de uso. Este tema ha sido objeto de controversia entre la Junta de Supervisión de Facebook y la empresa²¹⁷.

Debido a la enorme cantidad de contenidos publicados en las plataformas y la inevitabilidad de utilizar mecanismos automatizados para la moderación de contenidos, las plataformas no deberían ser consideradas responsables por una violación de estos deberes en casos específicos, sino solo cuando el análisis revele un incumplimiento sistemático²¹⁸.

216. AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. Digital Regulation Cooperation Forum, 23 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/auditing-algorithms-the-existing-landscape-role-of-regulators-and-future-outlook>. Consultado el: 7 de mayo de 2023.

217. En un informe de transparencia publicado al final de su primer año de funcionamiento, la Junta de Supervisión de Facebook (BOF) destacó la insuficiencia de las explicaciones de Meta sobre el funcionamiento de un sistema conocido como cross-check, que aparentemente otorgaba mayor libertad a algunos usuarios en la plataforma. En enero de 2022, Meta explicó que el sistema de cross-check otorga un grado adicional de revisión a cierto contenido que los sistemas internos identifican como infractor de las condiciones de uso de la plataforma. Meta presentó una consulta a la BOF sobre cómo mejorar el funcionamiento de este sistema, y esta formuló recomendaciones pertinentes. Más información en: <https://www.oversightboard.com/news/501654971916288-oversight-board-publishes-policy-advisory-opinion-on-meta-s-cross-check-program/>.

218. DOUEK, Evelyn. Content Moderation as Systems Thinking. Harvard Law Review, v. 2, 2022. p. 136. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2022/12/content-moderation-as-systems-thinking/>. Consultado el: 8 de mayo 2023.

c) Deberes mínimos para moderar contenidos ilícitos

El marco regulatorio también debe incluir obligaciones específicas para abordar ciertos tipos de discursos particularmente dañinos. Las siguientes categorías se consideran pertenecientes a este grupo: (a) desinformación, (b) discurso de odio, (c) ataques antidemocráticos, (d) *cyberbullying*, (e) terrorismo y (f) pornografía infantil. Es cierto que definir e identificar el discurso incluido en estas categorías, excepto en el caso de la pornografía infantil, naturalmente, es una tarea difícil y en gran medida subjetiva. Precisamente por esta razón, las plataformas deben tener libertad para definir cómo se operacionalizarán los conceptos, siempre que se guíen por los estándares internacionales de derechos humanos y de manera transparente. Esto no significa que todas las plataformas lleguen a las mismas definiciones o a los mismos resultados sustantivos en casos específicos, debido a las diferentes valoraciones y a la imposibilidad de consenso. Sin embargo, la obligación de observar los parámetros internacionales de derechos humanos reduce la discreción de las empresas, permitiendo la diversidad de políticas entre ellas. Después de definir estas categorías, las plataformas deben establecer mecanismos que permitan a los usuarios denunciar violaciones.

Además, las plataformas también deben desarrollar mecanismos para abordar el comportamiento inauténtico coordinado, que implica el uso de sistemas automatizados o medios engañosos para amplificar artificialmente mensajes falsos o peligrosos, mediante *bots*, perfiles falsos, *trolls* y provocadores²¹⁹. Por ejemplo, si una persona publica algo que dice que el queroseno es bueno para curar la COVID-19 y ese mensaje llega a sus veinte seguidores, es perjudicial, pero el efecto es limitado. Sin embargo, si ese mensaje se amplifica a miles de usuarios, se generará un problema de salud pública. O, en otro ejemplo, si el mensaje falso de que las elecciones fueron manipuladas llega a millones de personas, existe un riesgo democrático debido a la pérdida de credibilidad en las instituciones.

La función de los organismos de supervisión debería ser verificar si las plataformas han adoptado términos de uso que prohíban compartir estas categorías de discurso y garantizar que los sistemas de recomendación y moderación de contenido estén capacitados para moderar este contenido.

219. Facebook define el comportamiento inauténtico coordinado como “el uso de múltiples funciones de Facebook o Instagram que trabajan juntas para participar en un comportamiento inauténtico, donde el uso de cuentas falsas es central para la operación”. El comportamiento inauténtico se define como “el uso de las funciones de Facebook o Instagram (cuentas, páginas, grupos o eventos) para engañar a las personas o a Facebook: (i) sobre la identidad, el propósito o el origen de la entidad que representan; (ii) sobre la popularidad del contenido o las funciones de Facebook o Instagram; (iii) sobre el propósito de una audiencia o comunidad; (iv) sobre la fuente u origen del contenido; o (v) para evitar la aplicación de nuestras Normas comunitarias” (Disponible en: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/inauthentic-behavior/>).

IV. EL ROL DE LA SOCIEDAD

A pesar de la importancia de la acción regulatoria, la responsabilidad de preservar internet como una esfera pública saludable recae, sobre todo, en la ciudadanía. La alfabetización mediática y la concienciación de los usuarios son pasos fundamentales para crear un entorno libre, positivo y constructivo en la World Wide Web. La ciudadanía debe ser consciente de que las redes sociales pueden ser injustas y perversas, violando derechos fundamentales y reglas básicas de la democracia. Deben estar atentos para no transmitir la información recibida sin un cuestionamiento crítico. En palabras de Jonathan Haidt²²⁰, “[c]uando nuestra esfera pública se rige por la dinámica de la multitud, sin el más mínimo respeto por el debido proceso, el resultado no es justicia ni inclusión; sino, por el contrario, una sociedad que ignora el contexto, la proporcionalidad, la misericordia y la verdad”. La ciudadanía es la fuerza más importante para hacer frente a estas amenazas.

V. NUEVOS AVANCES SOBRE EL TEMA

1. Estados Unidos: Twitter contra Taamneh y González contra Google

En mayo de 2023, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió dos casos relacionados con la responsabilidad de las plataformas digitales. El primero, Twitter contra Taamneh²²¹, analizó la responsabilidad de Facebook, Twitter y Google por un ataque terrorista perpetrado por el Estado Islámico en Estambul en 2017. La familia de una de las víctimas demandó a los acusados, alegando que conocían el uso de sus plataformas por parte de la organización terrorista y no impidieron estas actividades, en violación de una disposición de la Ley Antiterrorista (18 U.S.C. §2333(d)(2))²²². Los autores alegaron además que

220. HAIDT, Jonathan. Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. The Atlantic, 2022. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/05/social-media-democracy-trust-babel/629369/>. Consultado el: 8 de mayo de 2023. Traducción libre, ligeramente editada.

221. Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 US (2023).

222. “In an action under subsection (a) for an injury arising from an act of international terrorism committed, planned, or authorized by an organization that had been designated as a foreign terrorist organization under section 219 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1189), as of the date on which such act of international terrorism was committed, planned, or authorized, liability may be asserted as to any person who aids and abets, by knowingly providing substantial assistance, or who conspires with the person who committed such an act of international terrorism”. Traducción libre: “En una acción interpuesta bajo la subsección (a) por daños que surjan de un acto de terrorismo internacional cometido, planificado o autorizado por una organización designada como organización terrorista extranjera bajo la sección 219 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (8 U.S.C. 1189), se puede reconocer responsabilidad a partir de la fecha en que dicho acto de terrorismo internacional fue cometido, planificado o autorizado, con respecto a cualquier persona que a sabiendas ayude e incite, al proporcionar asistencia sustancial, o que conspire con la persona que cometió dicho acto de terrorismo internacional”.

los algoritmos de recomendación de las plataformas habían facilitado las actividades de reclutamiento, financiación y propaganda del Estado Islámico, y que los demandados se habían beneficiado económicamente de los ingresos publicitarios incluidos en este material.

En una decisión unánime, la Corte Suprema rechazó la alegación, concluyendo que la mera disponibilidad de una plataforma digital con algoritmos que recomiendan contenido basándose en las entradas y el historial de los usuarios no constituye, en sí misma, una conducta ilícita. El Tribunal entendió que la relación de los demandados con el Estado Islámico era la misma que la que mantenían con el resto de los usuarios: impersonal, pasiva e indiferente. Los algoritmos de recomendación son independientes del contenido recomendado, ya que se ven influenciados exclusivamente por los datos recopilados de los usuarios, por lo que el Tribunal entendió que los demandantes no demostraron una acción deliberada ni una voluntad consciente de favorecer específicamente a la organización terrorista. La capacidad del Estado Islámico para beneficiarse de estas plataformas se consideró meramente incidental a los servicios prestados y al modelo de negocio de los demandados.

En el segundo caso, *González contra Google*²²³, la cuestión también fue la responsabilidad de Google por la muerte de un ciudadano estadounidense en un ataque terrorista en París. Los demandantes, hermanos de la víctima, argumentaron que Google era directa e indirectamente responsable del ataque terrorista por haber permitido a miembros del Estado Islámico usar su plataforma de YouTube. El Tribunal, nuevamente por unanimidad, consideró que la resolución de este caso debía ser idéntica a la del caso *Twitter v. Taamneh*. Sin embargo, en la decisión de tres páginas, señaló que ninguno de estos dos casos se presentó para discutir la disposición legal que otorga inmunidad a las plataformas por el contenido publicado por terceros, lo que deja abierta la posibilidad de revisión judicial de este modelo de responsabilidad civil, actualmente previsto en el artículo 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*)²²⁴.

223. *González v. Google LLC*, 598 U.S. (2023).

224. §230: “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”. Traducción libre: “Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo debe ser tratado como editor o portavoz de ninguna información proporcionada por otro proveedor de contenidos de información”.

2. Brasil: Proyecto de ley N° 2.630 no fue votado

En mayo de 2020, el Senado Federal inició el debate del Proyecto de Ley N° 2.630/2020, que establece la Ley de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet. La versión final, aprobada por el Senado el 30 de junio de 2020 y enviada a la Cámara de Diputados, establece estándares de transparencia para los proveedores de redes sociales y servicios de mensajería privada con dos millones o más de usuarios registrados en Brasil. En abril de 2023, tras casi tres años de espera para la votación en la Cámara, el ponente, el diputado Orlando Silva, presentó un nuevo texto y se aprobó un procedimiento de urgencia, programando la votación para el 2 de mayo de 2023. Sin embargo, el día de la votación, el ponente solicitó la retirada del proyecto de ley del orden del día, alegando falta de tiempo para examinar todas las sugerencias recibidas con respecto a la nueva versión. Entre los puntos más controvertidos se encuentran la definición de la autoridad responsable de supervisar la ley y la distribución de los ingresos publicitarios con las entidades periodísticas. Desde entonces, el PL ha vuelto a perder impulso.

3. Brasil: declaración de inelegibilidad del expresidente Jair Bolsonaro

El 30 de junio de 2023, el Tribunal Superior Electoral declaró al expresidente Jair Bolsonaro inelegible para el cargo durante 8 años por abuso de poder político y uso indebido de los medios de comunicación²²⁵. La condena se basó en una reunión celebrada en el Palacio de la Alvorada con embajadores el 18 de julio de 2022, en la que el expresidente realizó campaña electoral, dirigiéndose a sus votantes mediante ataques al sistema de votación. Entre otros fundamentos, el Tribunal equiparó el caso a la sentencia del RO N° 0603975-86 (caso del diputado Francischini), que ya había reconocido que la difusión de información falsa sobre la imparcialidad de las elecciones, en beneficio del candidato, constituye abuso de poder político o de autoridad y/o uso indebido de los medios de comunicación cuando se utilizan las redes sociales para este fin. Esta interpretación se deriva de la observación de que la libertad de expresión no protege la difusión de desinformación electoral, so pena de que la democracia sucumba a la charlatanería política.

225. Por mayoría de votos, el TSE declara a Bolsonaro inelegible por 8 años. Tribunal Superior Eleitoral (Tribunal Superior Electoral), 30 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declara-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos>.

VI. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La red informática global ha permitido a miles de millones de personas acceder al conocimiento, la información y el espacio público, cambiando el curso de la historia. Sin embargo, el uso indebido de internet y las redes sociales puede representar graves amenazas para la democracia y los derechos fundamentales. Por lo tanto, se ha vuelto necesario cierto grado de regulación para abordar el comportamiento inauténtico y el contenido ilegítimo. Es esencial, sin embargo, actuar con transparencia, proporcionalidad y procedimientos adecuados para preservar el pluralismo, la diversidad y la libertad de expresión. La alfabetización mediática y la concienciación entre las personas bienintencionadas —que afortunadamente constituyen la gran mayoría— son medidas cruciales para el uso constructivo de las nuevas tecnologías.

[CAPÍTULO III]

POPULISMO, AUTORITARISMO Y RESISTENCIA DEMOCRÁTICA: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL JUEGO DEL PODER

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente capítulo busca ofrecer una reflexión objetiva sobre el estado actual de la democracia en el mundo y en Brasil. Comienza estableciendo la idea de la democracia constitucional, demostrando que fue la ideología victoriosa del siglo XX. A continuación, analiza la erosión de la democracia en el mundo contemporáneo, en un contexto que se ha denominado recesión democrática, democracias iliberales y constitucionalismo abusivo, entre otros calificativos peyorativos. El diagnóstico de los problemas actuales implica la identificación de tres fenómenos conceptualmente distintos, pero frecuentemente asociados: populismo, extremismo y autoritarismo, así como sus causas políticas, socioeconómicas y de identidad cultural. En seguida, se dedica una sección específica al estado de la democracia en Brasil, en particular después de las elecciones de 2018 y ahora, en vísperas de las elecciones de 2022. El capítulo finaliza analizando cómo sobreviven las democracias, haciendo hincapié en el papel de las cortes supremas o tribunales constitucionales, narrando historias de éxito y fracaso. En conclusión, este estudio busca identificar los factores detrás de los casos en los que los tribunales constitucionales pudieron proteger la democracia frente al populismo autoritario.

II. LA DEMOCRACIA EN EL MUNDO: EL AUGE DEL POPULISMO AUTORITARIO

1. *La democracia y sus tres dimensiones*

El constitucionalismo democrático fue la ideología victoriosa del siglo XX. En este ordenamiento institucional, se fusionaron dos ideas distintas, tanto en su origen como en su contenido: el constitucionalismo y la democracia. El constitucionalismo se remonta a las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII y, en esencia, significa el estado de derecho, el poder limitado y el respeto a los derechos fundamentales. Su consolidación en países europeos y Estados Unidos se produjo a lo largo del siglo XIX. En Brasil, la Constitución de 1824 poseía algunos rasgos liberales, pero en esencia, llevaba la marca de los orígenes absolutistas impresos por Don Pedro I, aunque sustancialmente atenuados durante el Segundo Reinado. La democracia, a su vez, desde sus orígenes griegos, significa participación popular en el ejercicio del poder, soberanía del pueblo y gobierno de la mayoría. El ideal democrático solo se consolidó plenamente hasta bien entrado el siglo XX, con la consagración del sufragio universal. Sólo entonces se superaron por completo las restricciones a la participación de todos en el proceso electoral, como las basadas en el ingreso, la religión, la raza y el género.

Sin embargo, la mayoría de las democracias del mundo reservan una porción del poder político para un órgano no electo, pero cuya legitimidad se basa en la competencia técnica y la imparcialidad. Este es el Poder Judicial, en cuya cúspide, en el caso brasileño, se encuentra el Supremo Tribunal Federal. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, prácticamente todos los estados democráticos han adoptado un modelo de *supremacía constitucional*, interpretado por una corte suprema o un tribunal constitucional, responsable de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos del Poder Ejecutivo. Esta fue la prevalencia del modelo estadounidense de constitucionalismo, superando la fórmula que había prevalecido en Europa hasta entonces, que era la *supremacía del Parlamento*. Dichos tribunales pueden declarar la inconstitucionalidad de los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, teniendo como una de sus principales funciones arbitrar las tensiones que a menudo existen entre el constitucionalismo y la democracia, es decir, entre los derechos fundamentales y la soberanía popular. Es responsabilidad de estos tribunales proteger las reglas del juego democrático y los derechos de todos contra posibles abusos de poder

por parte de la mayoría, así como resolver los impasses entre los poderes del Estado. En muchas partes del mundo, han sido un importante antídoto contra el autoritarismo²²⁶.

En resumen: el *Estado democrático de derecho*, tal como se define en el Artículo 1 de la Constitución brasileña, es un régimen político fundado en la soberanía popular, con elecciones libres y gobierno de la mayoría, así como con un poder limitado, el Estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales de todos, incluido el mínimo vital. Sin la satisfacción de sus necesidades vitales, las personas no pueden ser verdaderamente libres e iguales. Existe también un elemento emocional y humanístico en la democracia: el sentimiento de pertenencia, de participación efectiva en un proyecto colectivo de autogobierno, en el que todas las personas merecen igual consideración y respeto²²⁷. Quienes se sienten excluidos no tienen motivos para apoyarlo y son presa fácil de las tentaciones populistas y autoritarias.

La democracia contemporánea se compone de votos, derechos y razones. Esto le confiere tres dimensiones distintas: a) la *democracia representativa*, cuyo elemento central es el voto y cuyos protagonistas son el Congreso Nacional y el Presidente de la República, ambos funcionarios públicos elegidos por voluntad popular; b) la *democracia constitucional*, cuyo elemento central son los derechos fundamentales y cuyo protagonista es el Poder Judicial, con el Supremo Tribunal Federal en su cúspide; y c) la *democracia deliberativa*, cuyo elemento central es el debate público, la justificación de las decisiones políticas y la sociedad civil²²⁹. De hecho, la democracia no se limita al momento de votar. También se manifiesta en el respeto a los derechos fundamentales de todos, incluidas las minorías. Quienes son derrotados en el proceso político mayoritario no pierden su

226. ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. i.

227. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University Press, 2008. p. iii; e DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 131.

228. Para ser claros, la Corte Suprema tiene la última palabra, pero no es el “dueño” de la Constitución: su interpretación debe tener en cuenta a otros actores institucionales y el sentimiento social. V. BARROSO, Luís Roberto. *Contramayoritarios, representativos e ilustrados: el papel de los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas*. *Direito e Práxis*, v. 9, 2017. p. 2219: “*La jurisdicción constitucional debe funcionar como escenario de un diálogo más amplio con el poder legislativo y la esfera pública, sin suprimir ni reprimir la voz de la calle, los movimientos sociales y los canales de expresión de la sociedad. Nunca está de más recordar que el poder emana del pueblo, no de los jueces.*”.

229. BARROSO, Luís Roberto. *Contramayoritarios, representativos e ilustrados: el papel de los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas*. *Direito e Práxis*, v. 9, 2017. p. 2200.

condición de sujetos de derecho ni de participantes en el proceso sociopolítico. Además, la democracia se compone de un debate público continuo, que debe acompañar las decisiones políticas. Este debate está abierto a todos los sectores de la sociedad, incluidos los movimientos sociales, la prensa, las universidades, los sindicatos, las asociaciones, la ciudadanía, las autoridades, etc.

2. La democracia como ideología victoriosa del siglo XX y la actual recesión democrática

Como se señaló al principio, el constitucionalismo democrático ha prevalecido históricamente, en gran parte del mundo, sobre los proyectos alternativos que compitieron con él a lo largo del siglo XX. Estos incluyeron el comunismo, tras la Revolución Rusa de 1917; el fascismo, que se extendió desde la Italia de Mussolini a partir de la década de 1920; el nazismo, bajo el liderazgo de Hitler en Alemania, a partir de la década de 1930; los regímenes militares que dominaron América Latina, Asia, África e incluso algunos países europeos en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial; y el fundamentalismo religioso, marcado por la revolución de los ayatolás en Irán en 1979. El modelo ganador consagró la centralidad y la supremacía de la Constitución, y no del partido, las Fuerzas Armadas o las escrituras religiosas. Algunos autores incluso han hablado del fin de la historia, celebrando la democracia liberal como la culminación de la evolución institucional de la humanidad²³⁰.

De hecho, ha habido varias olas de democratización²³¹. Una ocurrió al final de la Segunda Guerra Mundial, en un ciclo que incluyó a Alemania, Italia, Japón e incluso Brasil, que, sin embargo, recayó en el autoritarismo en la década de 1960. La segunda ola llegó en la década de 1970, afectando a países como Portugal, España y Grecia. Una tercera ola se formó en la década de 1980 en países latinoamericanos como Brasil, Chile, Argentina y Uruguay. Y, poco después, con la caída del Muro de Berlín, la década de 1990 fue testigo de la democratización

230. FUKUYAMA, Francis. The end of history. The National Interest, verão de 1989; e FUKUYAMA, Francis. The End of History and the Last Man. N. York: Free Press, 1992. V. tb. MOUNK, Yascha. The end of history revisited. Journal of Democracy, v. 31, p. 22, 2020.

231. V. HUNTINGTON, Samuel P. The third wave: democratization in the late twentieth century. Journal of Democracy, v. 2, p. 12, 1991. Huntington fue el primero en utilizar el concepto de “olas de democratización”: la primera tuvo lugar en la primera mitad del siglo XIX, cuando los países adoptaron cada vez más la idea del sufragio universal; la segunda tuvo lugar tras el fin de la Segunda Guerra Mundial; y la tercera a partir de la década de 1970. El texto es anterior al florecimiento de las democracias tras el fin del modelo comunista.

y reconstitucionalización de los países de Europa Central y del Este, incluidos Hungría, Polonia y Checoslovaquia. También en la década de 1990, con el fin del apartheid, llegó la democratización de Sudáfrica y otros países del continente. A principios del siglo XXI, más de cien países adoptaron este modelo, según *Freedom House*²³².

A pesar del éxito descrito en la breve retrospectiva anterior, algo parece fallar últimamente. Una ola populista, extremista y autoritaria se extiende por todo el mundo, lo que lleva a muchos autores a hablar de una *recesión democrática*²³³ o de un *retroceso democrático*²³⁴, como se mencionó anteriormente. Se han acumulado ejemplos a lo largo de los años: Hungría, Polonia, Turquía, Rusia, Georgia, Ucrania, Bielorrusia, Filipinas, Venezuela, Nicaragua y El Salvador, entre otros. En todos estos casos, la erosión de la democracia no se produjo mediante golpes de Estado, impulsados por algún general y sus hombres. En los ejemplos anteriores, el proceso de subversión democrática fue llevado a cabo por presidentes y primeros ministros inicialmente elegidos por voto popular²³⁵.

A continuación, gradualmente, vienen las medidas que allanan el camino para el autoritarismo: concentración de poder en el Poder Ejecutivo, persecución de líderes de la oposición, cambios en las reglas electorales, restricción de la libertad de expresión, debilitamiento de las cortes supremas con el nombramiento de jueces serviles y la depuración de los independientes, nuevas constituciones o enmiendas constitucionales con abuso de poder por parte de las mayorías, incluyendo la extensión del período en el poder con reelecciones sucesivas²³⁶. El principal problema con la construcción de estas *democracias iliberales*²³⁷ es

232. En 1900, ningún país del mundo tenía gobernantes elegidos por sufragio universal. En diciembre de 1999, 119 países podían considerarse democráticos. Véase: Encuesta de fin de siglo halla avances dramáticos para la democracia. *Freedom House*, 7 de diciembre de 1999. Disponible en: <https://freedomhouse.org/article/end-century-survey-finds-dramatic-gains-democracy>. Véase también BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo democrático: a ideologia vitoriosa do século XX*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

233. DIAMOND, Larry. Facing up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015.

234. HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, 2018. p. 91 y ss.

235. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. N. York: Crown, 2018. p. 3.

236. Sobre este tema, véase la extensa encuesta realizada por VERSTEEG, Mila et al. The law and politics of presidential term limit evasion. *Columbia Law Review*, v. 120:173, 2020, en el que se registró: “*Globally, no fewer than one-third of the incumbents who reached the end of their prescribed term pursued some strategy to remain in office*”.

237. Al parecer, el término fue utilizado por primera vez por ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, v. 76, p. 22, 1997. En la práctica política contemporánea, ha sido adoptado por el líder autoritario húngaro Viktor Orbán.

que cada ladrillo, individualmente, se coloca sin violar directamente el orden constitucional existente. El resultado final, sin embargo, es la supresión de las libertades, de elecciones verdaderamente libres y competitivas, así como el debilitamiento de las instituciones independientes y los árbitros imparciales. Este proceso se ha caracterizado como *constitucionalismo abusivo*²³⁸ o *legalismo autocrático*²³⁹.

3. Tres fenómenos distintos: populismo, extremismo y autoritarismo

Existen tres fenómenos distintos en curso en diferentes partes del mundo: a) populismo; b) extremismo; y c) autoritarismo. No son sinónimos, pese a sus múltiples coincidencias, pero cuando se manifiestan simultáneamente —lo cual ha sido frecuente—, plantean graves problemas a la democracia constitucional. El *populismo* es un concepto que ha sido intensamente reconsiderado en los últimos tiempos, a menudo con la connotación negativa de manipular los miedos, las necesidades y los deseos de la población. Por lo general, ofrece soluciones simplistas —y erróneas— a problemas complejos, satisfaciendo demandas inmediatas que tienen un alto precio en el futuro²⁴⁰. El *extremismo* se caracteriza por la intolerancia, el rechazo a la diferencia y el desprecio por el pluralismo político, recurriendo comúnmente a amenazas de violencia. El *autoritarismo*, por otro lado, implica la represión brutal de los oponentes, la intimidación o la cooptación de las instituciones de control y diversas formas de censura, lo que permite un gobierno autoritario sin *accountability*. A continuación, se presenta una breve reseña sobre cada una de estas disfunciones.

El *populismo* tiene un núcleo ideológico bastante tenue, que consiste en la división artificial de la sociedad entre “*nosotros, el pueblo*” y “*ellos, la élite*”. En la mayoría de los casos, se caracteriza por líderes personalistas y carismáticos que llegan al poder con un discurso *anti-establishment*—incluso cuando forman parte de él— y se presentan como “*diferentes a todo lo existente*”. El populismo también tiene una naturaleza antipluralista, ya que sus líderes se presentan como los únicos representantes legítimos del pueblo, excluyendo a todas las demás fuerzas

238. LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. U.C. Davis Law Review, v. 47, 2013.

239. SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. University of Chicago Law Review, v. 85, 2018. p. 545.

240. A esse propósito, escreveu ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty, International Journal of Constitutional Law, v. 18, 2020. p. 1135: “*Populism tends to pitch itself to base impulses, to desires for immediate reward, to disregard for the future, whether it be the destruction of the rainforest, the prorogation of Parliament, or the momentary inflation of the currency*”.

políticas. En rigor, no es una ideología propiamente dicha, pues es imperativo que vaya acompañada de alguna doctrina política externa, ya sea conservadora, liberal o socialista. De hecho, los populismos pueden ser de izquierda (Perón, Evo Morales, Rafael Correa) o de derecha (Orbán, Erdogan, Duterte). Desde esta perspectiva, el populismo es una apariencia de ideología, que debe combinarse con otra, constituyendo más bien una estrategia de discurso y acción. Se asocia frecuentemente con una postura nacionalista y la explotación del sentimiento religioso. Otra característica es la necesidad de identificar un enemigo que apoye el discurso antagónico y beligerante, ya sea contra el comunismo, la globalización, los judíos, la inmigración, los musulmanes, un partido político, un líder político o cualquier otra persona que se presente en la ocasión²⁴¹.

El *extremismo político*²⁴² se ha manifestado a lo largo de la historia en ambos bandos ideológicos²⁴³. Actualmente, el mundo asiste a una oleada de derecha radical. Tres de los países más poblados del mundo —India, Estados Unidos y Brasil— están, o han estado recientemente, bajo el liderazgo de esta identidad doctrinal. El *conservadurismo político*, cuya filosofía no choca con las instituciones democráticas tradicionales, no entra en esta categoría²⁴⁴. El extremismo amenazante es aquel que aboga por medidas como el cierre de la legislatura, la sustitución total de los jueces de la Corte Suprema, la demonización de la prensa “elitista” y las ONG “izquierdistas”, y la percepción de comunistas en todas partes. La intolerancia, la agresión y la violencia acompañan frecuentemente a esta ideología, marcada por el nativismo (nacionalismo más xenofobia), el machismo, la misoginia, la homofobia, el racismo, el negacionismo científico y medioambiental, el rechazo a las organizaciones internacionales de derechos humanos, la explotación abusiva de la religión y el discurso de odio de diversa

241. Respecto a la definición y caracterización del populismo, véase MOFFITT, Benjamin. *Populism*. Cambridge: Polity, 2020. p. 10 y ss.; MUDDE, Cas. *The populist zeitgeist*. Government and Opposition, v. 39, 2014. p. 543; e MULLER, Jan-Werner. *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. ProQuest Ebook Central. Disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/harvard-ebooks/detail.action?docID=4674419>.

242. El extremismo puede manifestarse en diferentes áreas de la vida, incluida la esfera religiosa, como lo documentan numerosos acontecimientos históricos, desde la Inquisición hasta el yihadismo.

243. A la izquierda, por ejemplo, con Stalin y Pol Pot, y a la derecha, con Mussolini y Hitler.

244. Conservadurismo, en el sentido de preservación de los valores tradicionales, prudencia en los procesos de transformación social y énfasis en lo individual sobre lo colectivo, es una de las opciones legítimas del mainstream político, que está o ha estado en el poder en democracias consolidadas, como Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos.

índole²⁴⁵. Con la excepción de regímenes dictatoriales, como el de Franco en España y el de Pinochet en Chile, la extrema derecha, desde la Segunda Guerra Mundial, se había limitado a minorías al margen de la historia. Sin embargo, en los últimos años se ha ido integrando a la corriente principal de la política, llegando al poder mediante el voto popular y socavando la democracia “*desde dentro*”²⁴⁶.

El *autoritarismo*, a su vez, ha sido recurrente en la vida de los pueblos desde el inicio del proceso civilizatorio. Con excepción de los breves y limitados períodos de la edad de oro de Atenas y la República en Roma, el despotismo, el feudalismo y el absolutismo acompañaron toda la trayectoria humana. Esta situación solo comenzó a cambiar con las revoluciones liberales de finales de los siglos XVII y XVIII, y la democracia solo se consolidó plenamente a lo largo del siglo XX, como ya se ha señalado. Aun así, hubo recaídas dramáticas. Tras la Segunda Guerra Mundial, la democracia se extendió por todo el mundo occidental, en procesos históricos que se produjeron sucesivamente en diferentes partes del planeta, incluyendo Europa continental, América Latina, Europa Central y del Este, y África, como ya se ha detallado. A pesar de estas oleadas de democratización de la segunda mitad del siglo pasado, el autoritarismo persiste como una tentación permanente en todos los continentes. Los regímenes autoritarios implican una concentración de poder con escaso o nulo control, el debilitamiento del Estado de derecho y la separación de poderes, la persecución de opositores políticos, la censura de prensa y la ausencia de elecciones libres y competitivas. En el mundo del populismo extremista, un fenómeno que se ha extendido es la apropiación abusiva —por ser formal, no sustantiva— del diseño institucional, los conceptos y las doctrinas de la democracia constitucional para encubrir proyectos autoritarios²⁴⁷.

Como se ha demostrado anteriormente, el populismo, el extremismo y el autoritarismo son fenómenos distintos, pese a sus ocasionales solapamientos. Sin embargo, últimamente han ido de la mano, amenazando la supervivencia de

245. Sobre el atractivo emocional de las teorías conspirativas y la degeneración del conservadurismo en extremismo, véase APPLEBAUM, Anne. *Twilight of democracy*. N. York: Doubleday, 2020. p. 45 y ss.

246. Respecto al tema y las ideas de este párrafo, véase MUDDE, Cass. *The far right today*. Cambridge: Polity, 2019, especialmente p. 2-3; 18; 20; 168; 172.

247. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 3; 176: “[A]busive constitutional borrowing is a significant phenomenon, serving as a dark side of liberal democratic discourse and of comparative constitutional law”.

numerosas democracias. En casos más agudos, pueden degenerar en fascismo²⁴⁸. Episodios como el Brexit, la elección de Donald Trump y la reacción a su derrota demuestran que ni siquiera las democracias consolidadas escapan a las tormentas contemporáneas. En países como Turquía, Hungría y Polonia, incluso es difícil afirmar que la democracia haya sobrevivido en todos sus elementos esenciales. El populismo extremista y autoritario utiliza estrategias similares en los diferentes países donde busca establecerse, que incluyen: a) comunicación directa con sus partidarios, más recientemente a través de las redes sociales; b) eludir o cooptar las instituciones intermediarias que interactúan entre el pueblo y el gobierno, como el poder legislativo, la prensa y las organizaciones de la sociedad civil; y c) ataques a las cortes supremas y tribunales constitucionales, intentando capturarlos y llenarlos de jueces sumisos. Estos tribunales tienen, precisamente, la función constitucional de limitar el poder. De hecho, las constituciones institucionalizan y limitan el poder político, asignando a estos tribunales la función de hacerlos cumplir.

Es imposible no reconocer, en este contexto, el impacto de la revolución tecnológica o digital en la vida contemporánea, en particular el papel desempeñado por las redes sociales. Internet ha revolucionado el mundo de la comunicación interpersonal y social, expandiendo exponencialmente el acceso a la información y al conocimiento, y, además, creando un espacio público donde cualquiera puede expresar sus ideas, opiniones y difundir información. En este sentido, es innegable su importancia para la democratización de la sociedad a escala global, universalizando bienes y servicios que antes eran privilegio de unos pocos. En el ámbito político, ha sido igualmente fundamental en importantes procesos históricos —aunque no del todo exitosos— como, por ejemplo, la *Primavera Árabe*.

Antes de internet, la difusión de noticias y opiniones dependía en gran medida de la prensa profesional. Era su responsabilidad investigar los hechos, difundir noticias y filtrar las opiniones según la ética periodística. Por lo tanto, existía un nivel mínimo de control editorial sobre la calidad y la veracidad de lo publicado. Esto no estaba exento de problemas: el número de medios de comunicación es limitado y no siempre pluralista, las empresas periodísticas

248. El fascismo se caracteriza por líderes que dividen en lugar de unir, por la supresión de los derechos de los no alineados, por la exaltación exagerada de la grandeza nacional y por la disposición a usar la violencia y cualquier otro medio para lograr sus objetivos. Sobre este tema, véase ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: a warning*. N. York: HarpersCollins, 2018. p. 11; 118; 245.

tienen sus propios intereses y, además, no todos distinguían los hechos de las opiniones con el cuidado necesario. Aun así, existía un grado de control más refinado sobre lo que se hacía público. Internet, con la aparición de sitios web, *blogs* personales y, especialmente, las redes sociales, ha permitido la difusión y circulación generalizada de ideas, opiniones e información sin ningún filtro. Sin embargo, la consecuencia negativa es que también ha permitido la propagación de la ignorancia, las mentiras y los ataques a la democracia.

A nivel mundial, plataformas tecnológicas como Facebook, Instagram, YouTube, WhatsApp, Twitter y TikTok han cobrado una importancia significativa en el proceso político y electoral²⁴⁹. Si bien existen variaciones entre países, las redes sociales han desempeñado un papel decisivo en las elecciones de Estados Unidos, India, Hungría y Brasil, entre otros, así como en el proceso de votación del Brexit. Uno de los principales problemas actuales ha sido el uso de internet y sus herramientas para la difusión de discursos de odio, noticias falsas, desinformación y teorías conspirativas por parte de movimientos populistas, extremistas y autoritarios como estrategia para obtener y mantener el poder. Por ello, en diversas partes del mundo, legisladores y reguladores debaten la mejor manera de controlar internet sin comprometer la libertad de expresión²⁵⁰. Los objetivos son las conductas inauténticas coordinadas (el uso de bots, perfiles falsos y otras estrategias para forjar la interacción y silenciar las expresiones de terceros), las campañas de desinformación y la práctica de delitos (terrorismo, pedofilia, etc.). Se crea un entorno en el que las personas ya no discrepan, no solo en sus opiniones, sino también en los propios hechos. La posverdad y los hechos alternativos son términos que han entrado en el vocabulario contemporáneo. Una de las manifestaciones del autoritarismo es el intento de desacreditar el proceso electoral para, en caso de derrota, alegar fraude y deslegitimar al ganador.

249. En Brasil, según una investigación realizada por la Cámara de Diputados y el Senado Federal en 2019, el 79% de la población utiliza WhatsApp como su principal fuente de información. La televisión ocupa el segundo lugar (50%), seguida de YouTube (49%), Facebook (44%) y los portales de noticias (38%). Los periódicos impresos representan solo el 8% (Disponible en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa>).

250. Sobre las redes sociales y su impacto en la vida contemporánea y las democracias, véase BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. tb. Francis Fukuyama, *Making the internet safe for democracy*, *Journal of Democracy* 32:37, 2021.

4. Algunas causas de la erosión democrática

Existe un conjunto de factores que han propiciado el auge del populismo de derecha en diversos países, como Estados Unidos, Gran Bretaña (Brexit) y Brasil. Es posible sistematizar estos factores en tres categorías: políticos, socioeconómicos y de identidad cultural²⁵¹. Las causas políticas residen en la crisis de representación en las democracias contemporáneas, donde el proceso electoral no otorga suficiente voz ni relevancia a la ciudadanía. “*No nos representan*” es el lema actual²⁵². Esto se debe, en parte, a que la clase política se ha convertido en un mundo aislado, desvinculado de la sociedad civil, y en parte a la sensación de que el poder económico y financiero globalizado es quien realmente manda. De ahí el auge de quienes emiten discursos antiélite, antiglobalización y “*antipolítica tradicional*”.

Las causas socioeconómicas residen en el gran contingente de trabajadores y profesionales que han perdido sus empleos²⁵³ o han visto reducidas sus perspectivas de progreso social²⁵⁴, ya sea por la pobreza endémica o por su menor relevancia²⁵⁵ en el mundo de la globalización, la nueva economía del conocimiento y la automatización, que debilitan las industrias y actividades más tradicionales²⁵⁶. Sin olvidar las políticas de austeridad impulsadas por organizaciones internacionales y países con liderazgo económico global²⁵⁷, que

251. Sobre este tema, véase BARROSO, Luís Roberto. Revolución tecnológica, crisis de la democracia y cambio climático. Revista Estudos Institucionais, v. 5, N° 3, p. 1262, 2019.

252. V. CASTELLS, Manuel. Ruptura: la crisis de la democracia liberal. [s.l.]: [s.n.], 2018. Digital. loc. 103.

253. A finales de 2018, cuando se celebraron las elecciones presidenciales en Brasil, por ejemplo, la tasa de desempleo rondaba el 12%, llegando a más de 13 millones de personas (POLITO, Rodrigo; CONCEIÇÃO, Ana. El desempleo en Brasil alcanza más de 12 millones a finales de 2018. Valor Econômico, 31 de enero de 2019).

254. ISSACHAROFF, Samuel. Populism versus democratic governance. En: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional democracy in crisis? Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 447: “*La combinación de la desaceleración económica posterior a 2008 y el impacto del comercio globalizado en los salarios de los países industrializados avanzados ha empañado la legitimidad de los regímenes democráticos como un juego interno, un medio para institucionalizar las prerrogativas de la élite; y también CANZIAN, Fernando*”. En 40 años, la mitad de EE. UU. ganó solo US\$200 más. Fuente: Global Inequality. Folha de São Paulo, 29 de julio de 2019.

255. V. HARARI, Yuval. 21 lessons for the 21st century. N. York: Spiegel & Grau, 2018. p. 34 y ss.

256. INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Trump, Brexit, and the rise of populism: economic have-nots and cultural backlash. Working Paper Series, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 16-026, 2016, p. 2. V. tb. INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Cultural backlash: Trump, Brexit and authoritarian populism. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

257. TROTMAN, Andrew. Angela Merkel: ‘Austerity makes it sound evil, I call it balancing the budget’. The Telegraph, 23 de abril de 2013; CERULUS, Laurens; GABRIEL, Sigmar. ‘Merkel’s austerity is driving EU to brink of collapse’. Politico, 8 de enero de 2017.

reducen las redes de protección social. Finalmente, existen causas *culturales identitarias*: existe un contingente de personas que no profesan el credo cosmopolita, igualitario y multicultural que impulsa la agenda progresista de derechos humanos, igualdad racial, políticas feministas, matrimonio igualitario, defensa de los pueblos indígenas, protección medioambiental y despenalización de drogas, y el uso de la ciencia como criterio informativo para políticas públicas, entre otras modernidades. Estas personas, que se sienten desfavorecidas o excluidas en el mundo de lo “*políticamente correcto*”, se aferran a los valores tradicionales que les brindan seguridad y al sueño de recuperar una hegemonía perdida²⁵⁸.

En un interesante *insight*, Yascha Mounk observa que la democracia liberal adolece de dos disfunciones: (i) *democracias iliberales* o democracias sin derechos; y (ii) liberalismo sin democracia o derechos sin democracias. Al analizar las democracias iliberales, donde los líderes populistas electos suprimen gradualmente los derechos, identifica tres factores contribuyentes: el estancamiento social, la pérdida de hegemonía racial y la pérdida de la influencia mediática en la comunicación social debido a la llegada de las redes sociales. Por otro lado, también identifica lo que denomina liberalismo sin democracia. Este fenómeno se asocia a la creciente complejidad de la vida moderna, con la pérdida del papel protagónico del Poder Legislativo como órgano de representación popular. De hecho, en las últimas décadas, ha aumentado la participación de órganos no electos en la toma de decisiones que influyen drásticamente en la vida de las personas, como las agencias reguladoras, los bancos centrales, los tribunales constitucionales y los organismos y agencias internacionales que implementan tratados y convenciones internacionales²⁵⁹.

III. DEMOCRACIA EN BRASIL: AMENAZAS, RESISTENCIAS Y SUPERACIÓN

Tras establecer algunas bases teóricas y describir el escenario global, es necesario analizar cómo el proceso histórico de populismo extremista autoritario ha impactado a Brasil. El 1 de enero de 2019, Jair Bolsonaro asumió la presidencia de la República tras derrotar a Fernando Haddad, del Partido de los Trabajadores, obteniendo casi 58 millones de votos (55,13%). El ex presidente Luiz Inácio Lula

258. V. CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. [s.l.]: [s.n.], 2018. Digital. loc. 178.

259. MOUNK, Yascha. The people vs. democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2018. Edición Kindle. Partes I e II.

da Silva no pudo presentarse debido a la Ley de Antecedentes Limpios, ya que en ese momento tenía una condena penal en segundo grado. Capitán retirado del Ejército, el presidente electo se presentó como el candidato anti-establishment, pese a haber servido siete mandatos como diputado federal entre 1991 y 2018. Sus tres hijos mayores también tuvieron trayectorias políticas. A pesar de la ironía, no es raro que miembros de la élite política, económica o empresarial tradicional se presenten como “*verdaderos*” representantes del pueblo. El húngaro Viktor Orbán, por ejemplo, estudió en la Universidad de Oxford con una beca (*scholarship*) financiada nada menos que por George Soros, de quien más tarde se convertiría en archienemigo. Y Donald Trump, un ícono populista, es un heredero multimillonario que estudió en algunas de las universidades estadounidenses más prestigiosas (*Ivy league schools*)²⁶⁰.

1. El escenario del ascenso de Jair Bolsonaro

La presidenta Dilma Rousseff fue destituida temporalmente el 12 de mayo de 2016, tras el inicio de un proceso de impeachment, y fue destituida definitivamente por el Senado Federal el 31 de agosto de 2016. La justificación formal fueron las llamadas “*maniobras fiscales*” (violaciones de las normas presupuestarias), aunque la verdadera razón fue la pérdida de apoyo político. El vicepresidente Michel Temer asumió el cargo hasta el final del mandato, intentando implementar una agenda liberal cuyo rumbo se vio afectado por sucesivas acusaciones de corrupción. En dos ocasiones, la Cámara de Diputados impidió el inicio de un proceso penal contra la presidenta.

Hasta el impeachment de la presidenta Dilma Rousseff, el Partido de los Trabajadores había permanecido en el gobierno durante 14 años. No es este el lugar para evaluar los logros y fracasos de ese período. Lo cierto es que, como no es raro, tras una década y media en el poder, el desgaste político se había vuelto inevitable. Existía una importante demanda social por un cambio de poder. Entre los escándalos a lo largo del período se incluyen el Mensalão, el Petrolão, el Sanguessugas y otros episodios de corrupción, denunciados en diversos acuerdos de culpabilidad por funcionarios públicos y empresarios. A todo esto se sumó la mala gestión fiscal revelada desde finales de 2014, que condujo a una grave situación de recesión, desempleo y desinversión, con la pérdida del grado

260. FRIEDMAN, Nick. The impact of populism on courts: institutional legitimacy and the popular will. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2019. p. 2.

de inversión del país por parte de agencias internacionales. De hecho, el país incluso soñó con que el futuro había llegado, con indicadores extremadamente favorables que llevaron a la revista *The Economist*, en su edición del 12 de noviembre de 2009, a celebrar el despegue y la perspectiva de que Brasil se convirtiera en la quinta economía más grande del mundo. No sucedió. Y el 24 de septiembre de 2013, cuatro años después, la misma revista informó que Brasil había desperdiciado, una vez más, una oportunidad. La caída fue traumática.

Fue en este contexto que surgió y cobró impulso la improbable candidatura de Jair Bolsonaro. Un político que nunca había estado en la corriente dominante ni en el centro de los procesos de toma de decisiones, era conocido por sus pronunciamientos retóricos radicales, como defender la dictadura y la tortura, y declarar que, si pudiera, habría fusilado al ex presidente Fernando Henrique Cardoso. Al votar a favor del impeachment de la presidenta Dilma Rousseff, rindió homenaje a un militar acusado de ser un notorio torturador durante el período dictatorial. El ascenso de Bolsonaro coincidió con el éxito de los movimientos radicales de derecha en diferentes partes del mundo, captando una parte significativa de la base conservadora, desde Estados Unidos hasta Hungría. Con un uso profesional y eficiente de las redes sociales, el candidato logró catalizar al electorado que ya no quería al Partido de los Trabajadores (PT) en el poder. Muchas de sus posturas radicales quedaron enmascaradas tras promesas que abordaban importantes demandas sociales, como la lucha contra la corrupción, el liberalismo económico y la supresión de la antigua política de *"quid pro quo"*. De forma singular, el bolsonarismo unió a dos segmentos opuestos: por un lado, aquellos frustrados por las promesas constitucionales incumplidas; y por el otro, aquellos insatisfechos con las promesas cumplidas²⁶¹.

Una vez que el gobierno asumió el cargo, la lucha contra la corrupción quedó simbolizada por el nombramiento del exjuez Sergio Moro al Ministerio de Justicia. Esta decisión no duró mucho. Moro dejó el ministerio poco más de un año después del inicio del gobierno, acusando al presidente de interferir con la Policía Federal y obstaculizar la lucha contra la corrupción. Para implementar la agenda liberal, se nombró al economista Paulo Guedes, egresado de la Escuela de Chicago, apodado *"Posto Ipiranga"*. Esta agenda liberal tampoco perduró. Tras la

261. Respecto al tema, véase NUNES, Daniel Capechi. Promessa constitucional e crise democrática: o populismo autoritário na Constituição de 1988. Mimeografiado. Tesis doctoral – PPGD, Universidad Estatal de Río de Janeiro, Río de Janeiro, 2022.

Reforma Previsional, se produjo una relajación de la responsabilidad fiscal y una paralización de las privatizaciones, lo que provocó numerosas salidas del equipo ministerial. Para superar la vieja política, el presidente se alió con el tradicional Centrão (bloque de centroderecha), estigmatizado por la prensa por su voraz apetito por cargos y fondos públicos. Stephen Holmes dijo la famosa frase de que *“la democracia está hecha de promesas, decepciones y la gestión de las decepciones”*²⁶².

2. Amenazas a las instituciones

Bolsonaro fue elegido siguiendo el manual populista tradicional: el pueblo sencillo, puro y conservador contra las élites sofisticadas, corruptas e “izquierdistas”. Inevitablemente, pronto surgió el conflicto que marca la relación entre populismo y democracia: no hay forma de cumplir las promesas de campaña sin confrontar las instituciones supuestamente ocupadas por los representantes de estas élites. De hecho, el populismo tiene una falla conceptual fundamental: las élites no son una categoría homogénea, no corresponden a un solo bloque social. Al contrario, existen diversas “élites”. Ciertamente, existen élites extractivas que deben ser confrontadas porque ponen el Estado al servicio de sus intereses. Son poderosas en Brasil. Pero existen élites cualificadas e indispensables en el servicio público, desde las carreras diplomáticas hasta los investigadores en instituciones de vanguardia; hay élites intelectuales que piensan y marcan el rumbo del país, en universidades y diversos *think tanks*; hay élites empresariales verdaderamente emprendedoras, decisivas para la creación de empleo y riqueza. En la práctica, la retórica antiélite termina transformándose en un discurso antidemocrático, anticientífico y antiempresarial. Además, “el pueblo” tampoco es un concepto unificado²⁶³. En un mundo pluralista, cualquier grupo que se presente como único representante del pueblo adopta un sesgo excluyente y autoritario.

Los ataques a las instituciones se produjeron de forma coordinada, desde sitios web, *blogs* y canales de extrema derecha, que abogaban por la invasión y el cierre del Congreso Nacional y el Supremo Tribunal Federal, con la destitución forzosa de sus miembros. Se reveló la existencia de tramas profesionales de

262. HOW democracies die. Youtube. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=nHr6Mcqq-Ek>. Consultado el: 12 de julio de 2019.

263. PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, v. 20, 2019. p. 246: “Populist claims are misconceived to begin with in presupposing a definitive unitary people”.

desestabilización democrática, con presunta financiación pública en algunos casos, amplificadas por el uso masivo de las redes sociales, alimentadas por fanáticos, mercenarios (que monetizan el odio y las mentiras), *trolls*²⁶⁴ y seguidores acríticos. La participación personal del presidente en manifestaciones antidemocráticas generó preocupación incluso en sectores que lo apoyaban políticamente. Los ejemplos se multiplicaron: a) asistencia a una manifestación en la sede del comando del Ejército, en la que se exigió el regreso de la dictadura militar; b) ataques diarios al Tribunal Electoral, insultos personales contra sus miembros y falsas acusaciones de fraude electoral en elecciones anteriores; c) un desfile de tanques en la Praça dos Três Poderes (Plaza de los Tres Poderes), con claros fines intimidatorios; d) solicitud de *impeachment* de un ministro de la Suprema Corte de Justicia por decisiones judiciales que desagradaron al Presidente; e) cambio del Director General y Superintendentes de la Policía Federal por actuar con independencia; y f) reiterados ataques a periodistas y medios de comunicación, así como la utilización de fondos de publicidad oficial para cooptar el apoyo de conglomerados mediáticos.

Curiosa y paradójicamente, el momento que generó mayor temor por la estabilidad del régimen democrático fue también el punto de inflexión del golpe institucional. Se trató de la gran manifestación convocada para el 7 de septiembre, Día de la Independencia. Con el alquiler de cientos de autobuses en el interior y el pago de comidas, los organizadores concentraron las manifestaciones en São Paulo y Brasília, esperando más de un millón de personas en cada una. Las pancartas de las manifestaciones fueron heterogéneas e incluyeron el cierre del Supremo Tribunal Federal, el *impeachment* de ministros del Tribunal y la impresión de papeletas con recuento público manual. Algunos manifestantes abogaron por el regreso del régimen militar, con la permanencia del presidente en el poder. Otros exigieron el cierre de la representación diplomática china, entre otras idiosincrasias. El presidente asistió a ambas manifestaciones, ofendió directamente a un ministro del STF, acusó a otro de intentar manipular las elecciones y declaró que ya no acataría las decisiones judiciales con las que no estaba de acuerdo. Sin embargo, la participación popular fue inferior a una décima parte de lo esperado, lo que demuestra el reducido tamaño de la derecha

264. Troll, en la terminología de internet, esto identifica al usuario que difunde mensajes incendiarios, agresivos y, a menudo, falsos para generar interacción a través de la ira, la indignación, el odio y el radicalismo.

radical. La falta de participación de la policía militar en la manifestación también frustró a muchos activistas, mientras que las tropas estatales se mantuvieron disciplinadas. Ningún alto oficial militar mostró apoyo. Además, hubo una reacción inmediata de las instituciones y la prensa. En resumen, no hubo apoyo popular, ni de ningún sector relevante, para infringir la ley. Lo sorprendente es que 48 horas después de la manifestación, el presidente cambió por completo su discurso, justificándose con el “*calor del momento*”²⁶⁵ y buscando a quienes había ofendido para justificarse lo mejor posible. Días después, en una entrevista con la revista *Veja*, negó cualquier intención golpista y, de repente, comenzó a proclamar su confianza en las máquinas de votación electrónica y el proceso electoral, que había atacado durante meses²⁶⁶.

3. Resistencia democrática

Las reiteradas amenazas a la legalidad constitucional y la estabilidad institucional han generado una fuerte reacción de múltiples sectores. Ante todo, la prensa, pese a los boicots publicitarios y las dificultades inherentes a su modelo de negocio, ha sido un bastión de resistencia. Distinguiendo adecuadamente los hechos de las opiniones, mantuvo un tono crítico y cumplió con valentía su función supervisora. A pesar del temor generalizado a la intervención militar, sus líderes también resistieron tentaciones indebidas. El Ministro de Defensa y los comandantes militares dimitieron con dignidad, discrepando, según informes, del uso político e intimidatorio de la institución²⁶⁷. El Supremo Tribunal Federal de Brasil, que se había mostrado dividido en la lucha contra la corrupción, se unió en defensa de la democracia. En este sentido, reiteró su compromiso con la libertad de expresión, la preservación de los consejos de la sociedad civil, el debido proceso legislativo y, sobre todo, la lucha contra los ataques a las instituciones perpetrados por grupos extremistas. En diversas

265. BOLSONARO da marcha atrás y dice que el discurso golpista del 9 de julio surgió del calor del momento. UOL, 9 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/09/jair-bolsonaro-nota-stf.htm>.

266. “A CHANCE de um golpe é zero”, diz Bolsonaro em entrevista à *Veja*. *Veja*. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/politica/a-chance-de-um-golpe-e-zero-diz-bolsonaro-em-entrevista-a-veja/>.

267. Según el exministro de Defensa y Seguridad Pública, Raul Jungmann, el presidente de la República presuntamente ordenó a aviones de la Fuerza Aérea Brasileña sobrevolar el edificio del Supremo Tribunal Federal a velocidad supersónica para destruir las ventanas del edificio, amenazando a los magistrados del Tribunal. Su negativa a obedecer, según se informa, resultó en su destitución (JUNGMMANN: Bolsonaro determinou que jatos sobrevoassem STF para quebrar vidros. Poder 360, 20 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.poder360.com.br/brasil/jungmann-bolsonaro-determinou-que-jatos-sobrevoassem-stf-para-quebrar-vidros/>).

investigaciones, que posteriormente se consolidaron en una única que indagaba sobre las actividades de organizaciones criminales, el Tribunal, mediante audiencias, allanamientos e incautaciones, e incluso detenciones preventivas, frenó las amenazas de violencia contra sus jueces y sus instalaciones²⁶⁸.

En relación con la pandemia, ante las posturas de las autoridades que negaron o minimizaron su importancia y consecuencias, el Supremo Tribunal Federal (STF) dictó una larga serie de decisiones que preservaron la salud de la población y salvaron miles de vidas. De hecho, el Tribunal (i) garantizó la facultad de los estados y municipios para tomar medidas de protección a la población, (ii) impidió el lanzamiento de una campaña para instar a la población a volver a las calles y al trabajo, cuando todas las entidades médicas recomendaban el confinamiento, (iii) afirmó que el incumplimiento del consenso médico-científico constituyó negligencia grave a los efectos de exigir responsabilidades a los agentes públicos, (iv) ordenó la divulgación del plan de vacunación, (v) ordenó la vacunación obligatoria y (vi) la protección de las comunidades indígenas, entre otras decisiones. En una acción interpuesta por senadores, el STF también ordenó la creación de una Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) por parte del Senado Federal para investigar las acciones del gobierno federal durante la pandemia. Según la Constitución, si un tercio de los parlamentarios de la cámara legislativa lo solicita, el inicio de la investigación es obligatorio, ya que constituye un derecho de las minorías parlamentarias. El informe final de la Comisión Parlamentaria de Investigación fue devastador para el gobierno.

Finalmente, tras las manifestaciones del 7 de septiembre, con las graves amenazas del Presidente de la República a las instituciones, se produjeron duros pronunciamientos del Presidente del Congreso Nacional, del Presidente del Supremo Tribunal Federal y del Presidente del Tribunal Superior Electoral.

Tras analizar el contexto global del auge del populismo autoritario y su impacto específico en Brasil, es necesario analizar cómo han reaccionado las democracias ante este fenómeno, con especial atención al papel de las cortes supremas y los tribunales constitucionales.

268. El Tribunal Superior Electoral, integrado por tres magistrados del STF, también enfrentó la conducta antidemocrática al iniciar procedimientos para investigar falsas denuncias de fraude contra el sistema de voto electrónico, además de ordenar la “desmonetización” de sitios web y canales que difunden desinformación contra el proceso electoral y contra la democracia.

IV. ¿CÓMO SOBREVIVEN LAS DEMOCRACIAS?

1. *El papel decisivo (y ambiguo) de las cortes supremas y los tribunales constitucionales*

Desde hace tiempo se ha establecido en la teoría constitucional que las cortes supremas y los tribunales constitucionales, al ejercer el control judicial (*judicial review*), desempeñan dos funciones principales que legitiman sus acciones: (i) proteger las normas que rigen la democracia y (ii) proteger los derechos fundamentales de todos. La actuación de estos tribunales constituye un antídoto contra el abuso de poder por parte de las mayorías. Sin embargo, los gobiernos populistas suelen ser hostiles a los valores constitucionales²⁶⁹, defendiendo el poder ilimitado de las mayorías políticas, atacando los mecanismos de checks and balances, ignorando a las minorías (políticas, raciales, religiosas, sexuales) e incluso subordinando los derechos fundamentales a la “*voluntad del pueblo*”. No es de extrañar que a menudo exista una mayor tensión entre los gobiernos populistas y las cortes supremas, cuya función es precisamente mantener el poder político dentro de los límites de la Constitución. No es casualidad que estos, junto con las autoridades electorales, sean blanco frecuente de ataques del populismo autoritario.

Las cortes supremas y los tribunales constitucionales desempeñan un papel decisivo en los gobiernos populistas, a veces para bien y a veces para mal. Cuando logran preservar su independencia efectiva, funcionan como un importante baluarte contra la invasión de las instituciones democráticas. Existen algunos casos de éxito en el desempeño de esta función. Por otro lado, también es cierto que los líderes autoritarios buscan capturar o debilitar a las cortes supremas, atacándolas verbalmente y mediante dos comportamientos replicados en todo el mundo: (i) “llenar” los tribunales con jueces sumisos, forzando la apertura de vacantes con cambios en las reglas de jubilación, impeachments o un aumento en el número de escaños; y (ii) aprobar enmiendas constitucionales y leyes que eliminan poderes jurisdiccionales y administrativos de los tribunales o dificultan su desempeño. De hecho, los actores antidemocráticos utilizan estas dos estrategias para poner los tribunales al servicio de los fines gubernamentales, beneficiándose de la legitimidad que el aval judicial puede otorgar a sus

269. MULLER, Jan-Werner. What is populism? Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. ProQuest Ebook Central. Disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/harvard-ebooks/detail.action?docID=4674419>.

acciones²⁷⁰. En diferentes países, estas dos estrategias han funcionado, transformando a los tribunales en auxiliares del poder político autoritario. En este escenario, por ejemplo, no declaran la inconstitucionalidad de enmiendas, leyes y actos que violan claramente la Constitución, debido a su subordinación a los demás poderes del Estado. O, en un escenario aún más grave, asumen un papel proactivo en el autoritarismo, prohibiendo a los partidos que se oponen al gobierno de turno y contribuyendo a la persecución de la oposición²⁷¹. En resumen: en la lucha contra el populismo extremista y antidemocrático, las cortes supremas y los tribunales constitucionales pueden ser parte de la solución o parte del problema. Algunos ejemplos ilustran este punto.

2. Historias de éxito y derrota en la resistencia democrática

Brasil ha sido un caso de éxito en la resistencia al populismo extremista y autoritario, como se mencionó anteriormente. El Supremo Tribunal Federal reaccionó con firmeza a los ataques contra las instituciones y contra el propio tribunal, con decisiones que preservaron la democracia, los procesos penales y los pronunciamientos incisivos de su presidente. De igual manera, el Tribunal Superior Electoral (TSE), el órgano judicial que organiza y supervisa las elecciones nacionales, también jugó un papel decisivo en la reacción a los ataques antidemocráticos. Desde 1996, Brasil adoptó un sistema de votación electrónica que eliminó un pasado de fraude electoral con papeletas. Sin embargo, durante meses, el presidente de la República acusó falsamente al sistema de ser fraudulento, siguiendo la vieja lógica del populismo autoritario de anticipar la derrota al acusarlo de ser deshonesto. En el caso brasileño, añadiendo un toque surrealista a la narrativa, el presidente atacaba el sistema por el cual había sido elegido por un amplio margen. El Tribunal Superior Electoral (TSE) de Brasil se opuso con firmeza y éxito a la propuesta de volver al voto en papel “*con recuento público manual*”, propuesta presentada al Congreso Nacional con el apoyo del presidente, que finalmente fue rechazada. Dado que el voto en papel con

270. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 92; 177.

271. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en países como Camboya y Tailandia, donde los tribunales superiores utilizaron la doctrina de la “*democracia militante para suprimir la competencia electoral*” (militant democracy to suppress electoral competition), y en Venezuela, país donde la Corte Suprema actuó para neutralizar y paralizar al Congreso opositor. V. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 178.

recuento manual siempre ha sido una vía de fraude electoral en Brasil, muchos sospecharon intenciones ocultas y golpistas en el intento de volver al antiguo modelo. Esto ocurrió en un momento en que el presidente se encontraba en clara desventaja en las encuestas para las elecciones de 2022.

En Estados Unidos, durante las elecciones de 2020, el presidente Donald Trump, quien buscaba la reelección, alegó fraude sin pruebas, incluso antes de que comenzara la votación. Fue derrotado por Joe Biden en el Colegio Electoral–306 votos contra 232–y en el recuento nacional por más de 7 millones de votos. Aun así, Trump nunca reconoció la victoria de su oponente. Por el contrario, sus partidarios presentaron más de 60 demandas para anular las elecciones en diferentes estados, sin éxito en ninguna de ellas. La propia Corte Suprema rechazó dos demandas respaldadas por el presidente²⁷². El 6 de enero de 2021, cientos de personas irrumpieron y vandalizaron el Capitolio, sede del Congreso, intentando impedir la proclamación de los resultados electorales. Se produjeron siete muertos y más de cien heridos. Una semana después del ataque, Trump fue sometido a un impeachment en la Cámara de Representantes por incitación a la insurrección. También fue condenado en el Senado por 57 votos a favor y 43 en contra, cifra que no alcanzó la mayoría de dos tercios necesaria para su destitución, que habría sido de 67 votos. Sin embargo, lo que cabe destacar aquí es que el Poder Judicial, incluida la Corte Suprema, no cedió a las apelaciones del líder populista, insatisfecho con la derrota, preservando así los resultados electorales y la democracia. Al cumplirse un año del suceso, el 6 de enero de 2022, aún persistía una guerra de narrativas y muchas heridas abiertas²⁷³.

Unos años antes, en un escenario menos dramático pero en una decisión de gran importancia histórica, la Corte Constitucional de Colombia, en 2010, declaró inconstitucional una enmienda a la Constitución que permitía la reelección del Presidente de la República para un tercer mandato, enmienda

272. CUMMINGS, William; GARRISON, Joey; SERGENT, Jim. By the numbers: President Donald Trump's failed efforts to overturn the elections. USA Today, 6 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.usatoday.com/in-depth/news/politics/elections/2021/01/06/trumps-failed-efforts-overturn-election-numbers/4130307001/>.

273. THE EDITORIAL Board, Everyday is Jan. 6 now. The New York Times, 1 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/01/01/opinion/january-6-attack-committee.html>; CARTER, Jimmy. I fear for our democracy. New York Times, 6 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/01/05/opinion/jan-6-jimmy-carter.html>.

que habría beneficiado al entonces presidente Álvaro Uribe²⁷⁴. La decisión siguió un viejo precedente de la Corte Suprema de la India²⁷⁵ y reforzó una tendencia que luego se solidificaría —para bien o para mal— de reconocer la inconstitucionalidad de las enmiendas constitucionales, basándose en motivos procesales o sustantivos²⁷⁶. Tal inconstitucionalidad se caracteriza por modificaciones que rompen con la identidad del texto constitucional original, violando principios estructurantes y constituyendo una verdadera sustitución de la Constitución, como lo ha destacado la Corte Constitucional colombiana²⁷⁷. El primer precedente sobre este asunto, en cuanto a la prohibición de la reelección, se produjo en Costa Rica, en la situación opuesta: la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en 2003, afirmó que la prohibición absoluta de la reelección, incluso para un período no consecutivo, interfería inconstitucionalmente con un derecho político fundamental. Como resultado, el expresidente Óscar Arias pudo postularse nuevamente dieciséis años después de dejar el cargo. Sin embargo, esta decisión, razonable y emitida en un país con una democracia estable, sería posteriormente invocada por populistas autoritarios para revocar las prohibiciones a la reelección y perpetuarse en el poder²⁷⁸.

La práctica populista de vaciar, capturar y copar las cortes supremas tiene su hito histórico en la purga de cuatro de los cinco jueces de la Corte Suprema de Argentina por parte de Juan Domingo Perón, poco después de su elección en 1946²⁷⁹. Esto marcó el inicio de una larga tradición de interferencia ejecutiva en

274. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141/10. Comunicado del 26 de febrero de 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2009%20Comunicado%2026%20de%20febrero%20de%202010.php>. Sobre el tema, véase BERNAL PULIDO, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013.

275. *Kesavananda v. State of Kerala* (1973) SCR (Supp) 1 (India). Disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/257876/>.

276. Uno de los pioneros en la discusión doctrinal de este tema fue ALBERT, Richard. Nonconstitutional amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 22, 2009. p. 21-31.

277. Respecto al tema, véase BARROSO, Luís Roberto. The life and death of Constitutions in Latin America: constitutional amendments, the role of courts and democracy. Foreword. En: ALBERT, Richard; BERNAL PULIDO, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Ed.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2019.

278. V. ROZNAI, Yaniv. Constitutional Unamendability in Latin America gone wrong? En: ALBERT, Richard; BERNAL PULIDO, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Ed.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2019. p. 93-116.

279. ARATO, Andrew. Populism, the Courts and Civil Society. December 4, 2017. p. 1. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3082596>: “Admittedly, no current populist government has gone as far as Peron’s in 1947 when he has initiated the impeachment and trial of 4 out of 5 Supreme Court justices, with one of them resigning before impeachment succeeded”.

los tribunales de ese país²⁸⁰. En la historia reciente, hay muchos casos que han seguido este camino. Uno de los ejemplos más emblemáticos es el del Tribunal Constitucional de Hungría, que gozó de poder, prestigio e independencia tras la redemocratización del país tras la disolución de la Unión Soviética. Tras la llegada al poder de Viktor Orbán y su partido, Fidesz, en 2010, esta situación se deterioró progresivamente. El guion que siguió fue predecible: copar, eliminar poderes relevantes y capturar. En este sentido, las enmiendas constitucionales y la extensa legislación aprobada en el Parlamento, dominado por el FIDESZ, aumentaron el número de jueces del Tribunal de 11 a 15, redujeron la edad de jubilación para crear nuevas vacantes²⁸¹, modificaron los criterios de nombramiento de jueces, aumentaron la interferencia política y partidista, y eliminaron las facultades de revisión judicial (*judicial review*), especialmente en lo que respecta a las enmiendas constitucionales. Para 2013, el gobierno ya tenía el control total del Tribunal y otras instituciones, como el Parlamento, los medios de comunicación y las universidades. Icono del populismo autoritario de derecha a nivel mundial, Orbán es considerado por algunos académicos como el “*dictador supremo del siglo XXI*” (*the ultimate twenty-first-century dictator*)²⁸².

El Tribunal Constitucional de Polonia también atravesó vicisitudes similares, hasta quedar totalmente controlado por el Partido Ley y Justicia (*Law and Justice Party*). Las tensiones entre el Tribunal y el gobierno comenzaron ya en 2015, cuando este se negó a juramentar a cinco jueces nominados por el Sejm (Cámara de Diputados) que se encontraba al final de su mandato²⁸³.

280. CASTAGNOLA, Andrea. *Manipulating courts in new democracies: forcing judges off the bench in Argentina*. Milton: Routledge, 2018.

281. O El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que la ley que reduce la edad de jubilación de jueces, fiscales y notarios públicos de 70 a 62 años es incompatible con las normas que rigen la Unión Europea (COMISIÓN EUROPEA). Court of Justice rules Hungarian forced early retirement of judges incompatible with EU law. 6 de noviembre de 2012. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/mt/MEMO_12_832).

282. SCHEPPELE, Kim Lane. Why conservatives around the world have embraced Hungary's Viktor Orbán. Entrevista a: CHOTINER, Isaac. *The New Yorker*, 21 de Agosto de 2021. En cuanto al deterioro institucional en Hungría, véase SCHEPPELE, Kim Lane. *Autocratic Legalism*. University of Chicago Law Review, v. 85, 2018. p. 549 y ss.; e DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 89; 92; e MOUNK, Yascha. The end of history revisited. *Journal of Democracy*, v. 31, 2020. p. 31.

283. A manobra do Partido Civic Platform Esto era realmente cuestionable, ya que tres de los cinco jueces reemplazados recién completarían sus mandatos después de las elecciones. V. ARATO, Andrew. *Populism, the Courts and Civil Society*. December 4, 2017. p. 6. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3082596>.

Posteriormente, se aprobaron leyes que anticipaban la jubilación de los jueces²⁸⁴, limitaban su jurisdicción, exigían una supermayoría para la invalidación de leyes (de una mayoría a dos tercios) y, lo que es aún más grave, otorgaban al Ejecutivo facultades discrecionales para publicar o no las decisiones del Tribunal²⁸⁵. En febrero de 2020, una carta abierta firmada por más de dos docenas de exjueces que lo habían formado, incluidos varios de sus expresidentes, denunciaba que el Tribunal “*había sido prácticamente abolido*” (*has virtually been abolished*)²⁸⁶.

El Tribunal Constitucional de Turquía, a su vez, era conocido por su importante papel en la promoción de un Estado y un gobierno laicos. Sin embargo, en 2010, cuando Recep Tayyip Erdogan era primer ministro, una enmienda constitucional alteró las normas relativas a la composición del Tribunal, el proceso de selección de jueces y las reglas de votación. Según los críticos, el Tribunal fue “*domesticado*” (*tamed*), pasando a estar bajo el control del gobierno²⁸⁷. Decisiones excepcionales y ocasionales desfavorables al Ejecutivo desencadenan amenazas de represalias, como el cierre del Tribunal²⁸⁸ y la limitación o fragmentación de sus poderes por una nueva Constitución²⁸⁹.

En América Latina, los casos de represalias contra tribunales constitucionales y los intentos de captura son frecuentes. Un precedente más lejano ocurrió en 1997 en Perú, cuando tres jueces del Tribunal Constitucional que votaron en contra de la interpretación que permitía un tercer mandato al presidente Alberto Fujimori fueron destituidos²⁹⁰. Actualmente, el caso más dramático y

284. Al igual que en un procedimiento similar en Hungría, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que dicha legislación violaba los principios de la Unión Europea, en particular la inamovilidad de los jueces. (TJUE. Commission vs. Poland, j. 24 de junio de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2019%3A531>).

285. DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 93.

286. CONSTITUTIONAL Tribunal has virtually been abolished, announce retired judges. Rule of Law, 20 de febrero de 2020. Disponible en: <https://ruleoflaw.pl/constitutional-tribunal-has-virtually-been-abolished-announce-retired-judges/>.

287. ŞEN, İlker Gökhan. The final death blow to the Turkish Constitutional Court. VerfBlog, 28 de enero de 2021. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/death-blow-tcc/>.

288. ERDOGAN allies call for closure of Turkey's Constitutional Court. Arab News, 2 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.arabnews.com/node/1836056/middle-east>.

289. ERDOGAN'S nationalist ally prepares draft Turkish constitution. Reuters, 4 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.reuters.com/world/middle-east/erdogans-nationalist-ally-prepares-draft-turkish-constitution-2021-05-04/>.

290. SIMS, Calvin. Peru's Congress is assailed over its removal of judges. New York Times, 31 de mayo de 1997. Disponible en: <https://www.nytimes.com/1997/05/31/world/peru-s-congress-is-assailed-over-its-removal-of-judges.html>. El 31 de enero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Perú por violar las garantías del poder judicial (the right to judicial protection) y le ordenó pagar una indemnización a los tres jueces que fueron destituidos de sus cargos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Case of the Constitutional Court v. Peru. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.pdf).

emblemático es el de la República Bolivariana de Venezuela. Hugo Chávez fue elegido presidente en 1998, asumió el cargo en 1999, el mismo año en que aprobó una nueva Constitución, y se mantuvo en el poder mediante sucesivas reelecciones hasta su muerte en 2013. En 2002, sufrió un intento de golpe de Estado, logrando regresar al poder dos días después. En 2004, en represalia contra la Corte Suprema de Justicia, que había absuelto a los comandantes militares rebeldes, el Congreso, dominado por Chávez, aumentó el número de jueces de la Corte de 20 a 32, en la primera intervención para “llenar” el máximo tribunal del poder judicial. La misma ley facilitó la destitución de jueces por parte del Congreso, lo que pronto se puso en práctica con la destitución del vicepresidente de la Corte. Desde entonces, Chávez y su gobierno han tomado el control de la Corte Suprema²⁹¹.

Entre 2005 y 2014 no hubo una sola decisión desfavorable al gobierno central. Tras la muerte de Chávez en 2013 y el ascenso de Nicolás Maduro, la crisis económica condujo a una importante victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias de 2015. Sin embargo, antes de que el nuevo Congreso asumiera funciones, la legislatura saliente nombró a 13 nuevos jueces titulares y 21 jueces suplentes para la Corte el 23 de diciembre de 2015, sin seguir los procedimientos establecidos en la Constitución y la legislación²⁹⁴. A partir de entonces, el Tribunal Supremo de Justicia desempeñó su peor papel: se convirtió en aliado del presidente para neutralizar y paralizar al Congreso opositor. Al considerar que la decisión de destituir a parlamentarios electos había sido desobedecida, el Tribunal declaró al Congreso en desacato (*contempt*) y declaró inconstitucionales todas sus leyes y actos. En 2017, el Tribunal validó la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que no elaboró una Constitución, sino que concentró los principales poderes de la República en sí misma, incluyendo la celebración de unas elecciones presidenciales amañadas de las que se excluyó a los principales

291. VENEZUELA: Chávez allies pack Supreme Court. Human Rights Watch, 13 de diciembre de 2004.

292. V. CORRALES, Javier. Autocratic legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015. p. 44.

293. Durante este período, la Corte confirmó numerosas leyes que transformaron a Venezuela en un régimen dictatorial al restringir la libertad de expresión, perseguir a opositores, cambiar las reglas electorales a favor del gobierno y revocar las licencias de medios de comunicación de oposición. V. SANCHEZ URRIBARRI, Raul A. Courts between democracy and hybrid authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, 2011, p. 876.

294. ORE, Diego. Venezuela's outgoing Congress names 23 Supreme Court Justices. Reuters, 23 de diciembre de 2015. Disponible el: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-idUSKBN0U626820151223>. Véase Constitución de Venezuela, Artículo 264 y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, art. 38.

partidos de la oposición. En resumen: en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia fue un actor proactivo en el desmantelamiento del Estado democrático.

Otro país latinoamericano que se desvió hacia la dictadura fue Nicaragua. Aquí también, la Corte Suprema de Justicia fue un aliado. Daniel Ortega, líder del Sandinismo, ya había sido presidente durante el período revolucionario, que comenzó en 1979, y fue elegido por voto popular en 1984. En 1990 fue derrotado y no logró ser reelegido. En 1995, la Asamblea Nacional aprobó una enmienda constitucional a la Constitución de 1987, prohibiendo las reelecciones sucesivas. En 2007, Ortega fue elegido presidente de nuevo. Luego, en 2009, obtuvo de una Corte Suprema altamente partidista la eliminación ilimitada de la restricción a la reelección, en un procedimiento considerado astuto, por no decir deshonesto: los jueces que no apoyaron la medida no fueron convocados debidamente a la sesión de juicio y fueron reemplazados ad hoc por aliados del presidente²⁹⁵. Mediante manipulación y numerosas medidas de persecución a opositores, fue reelegido en 2011, 2016 y 2021. Organismos internacionales denunciaron las elecciones en Nicaragua como una farsa antidemocrática²⁹⁶.

La ola de prohibiciones a las reelecciones consecutivas, que ya afectaba a Venezuela, se ha extendido a Bolivia, donde el Tribunal Supremo de Justicia, en una decisión de 2017, derogó la prohibición, allanando el camino para la candidatura de Evo Morales a un cuarto mandato. Esto a pesar de la prohibición expresa de la Constitución que prohíbe la posibilidad de más de dos mandatos y del rechazo expreso de la propuesta en una consulta popular²⁹⁷. Al final, Morales se vio obligado a dimitir del cargo en noviembre de 2019 y se convocaron nuevas elecciones.

También en Honduras, la Constitución de 1982 solo permitía un mandato presidencial, una disposición contenida en una cláusula arraigada y, en consecuencia, no sujeta a enmiendas²⁹⁸. Sin embargo, en una decisión de 2015,

295. ASSOCIATED Press, Nicaragua court allows Ortega to seek new term in 2011. The Guardian, 20 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2009/oct/20/nicaragua-ortega-sandinista-reelection>.

296. IDEA – INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. The election has greatly aggravated the crisis. 7 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.idea.int/news-media/news/election-has-greatly-aggravated-crisis-nicaragua>.

297. RAMOS, Daniel. Bolivia Morales' defies term limits, launches bid for fourth term. Reuters, 18 de mayo de 2019.

298. Constitución de Honduras: "Art. 374. No podrán reformarse, en ningún caso, el artículo anterior, el presente artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición de volver a ser Presidente de la República, al ciudadano que se haya desempeñado bajo cualquier título y referentes a quién no puede ser Presidente de la República para el período siguiente".

la Corte Suprema de Justicia anuló, por inconstitucional, la cláusula contenida en el texto original de la Constitución, lo que, naturalmente, se aparta de la hipótesis establecida más recientemente de considerar inconstitucionales ciertas *enmiendas* constitucionales²⁹⁹. La decisión allanó el camino para la reelección de Juan Orlando Hernández en las controvertidas elecciones de 2017. Irónicamente, en las elecciones presidenciales de 2021, resultó elegida la candidata de la oposición, Xiomara Castro, esposa del ex presidente Manuel Zelaya. Zelaya había sido depuesto por un golpe de Estado en 2009, acusado de intentar, mediante una enmienda indirecta a la Constitución, eludir la prohibición de la reelección.

Finalmente, en Ecuador, Rafael Correa se mantuvo en el poder de 2007 a 2017. En un referéndum validado por la Corte Constitucional en 2011, adquirió amplios poderes en el proceso de nombramiento de jueces, lo que le permitió reemplazar completamente a los miembros del Tribunal³⁰⁰. En 2015, Correa logró aprobar, mediante un cuestionable procedimiento simplificado que luego fue validado por la Corte, una enmienda constitucional que permite la reelección presidencial ilimitada³⁰¹. Tras una ola de protestas, se incluyó una enmienda que estipulaba que la norma no se aplicaría a las elecciones inmediatamente posteriores en 2017. En una secuencia histórica de acontecimientos, bajo el presidente recién elegido, Lenín Moreno, un plebiscito volvió a limitar los mandatos en el cargo a dos³⁰².

3. Los tribunales constitucionales en el juego de poder

Como muestra la narrativa anterior, no es fácil para las cortes supremas cumplir eficazmente su función de resistencia democrática. Por un lado, una actitud pasiva o cautelosa, para evitar la confrontación con líderes populistas, frustra su misión. Por otro lado, la confrontación abierta y solitaria no suele tener un final feliz para los tribunales. Lo ocurrido en Rusia es ejemplar. En 1989, tras

299. LANDAU, David. Honduras: Term limits drama 2.0 – how the Supreme court declared the Constitution unconstitutional. Constitutionet, 27 de mayo de 2015.

300. CASTRO-MONTERO, José Luís; VAN DIJCK, Gijs. Judicial politics in unconsolidated democracies: an empirical analysis of the Ecuadorian Constitutional Court. *Justice System Journal*, v. 38, 2017. p. 384; e DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 95.

301. ECUADOR legislature lifts presidential re-election limit. *BBC News*, 4 de diciembre de 2015.

302. ASSOCIATED Press, Ecuador votes to limit presidents' term in blow to Rafael Correa. *The Guardian*, 5 febrero de 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/feb/05/ecuador-votes-to-limit-presidents-terms-in-blow-to-rafael-correa>.

la caída del Muro de Berlín y acercándose al fin de la Unión Soviética, el Tribunal Constitucional emergió como un actor importante en la transición democrática. Emitió decisiones de gran trascendencia, incluyendo las relativas a la disolución del Partido Comunista y su reorganización. Sin embargo, en 1993, el Tribunal se enfrentó a Boris Yeltsin por los decretos que suspendían el Parlamento, considerando que el presidente se había extralimitado en sus poderes. Yeltsin convocó entonces un referéndum popular y obtuvo apoyo para disolver tanto el Parlamento como el propio Tribunal. A finales de 1993, Rusia contaba con una nueva Constitución, pero ya no con un Tribunal Constitucional. Recién en 1995 fue restablecido, con un papel mucho más pequeño y ya subordinado al nuevo presidente, Vladimir Putin³⁰³.

Cuando existe un partido hegemónico que controla la legislatura y goza de un amplio apoyo de las instituciones de la sociedad civil y la población, prevenir movimientos mayoritarios autoritarios se vuelve mucho más difícil. Por el contrario, cuando existe mayor equilibrio y competencia política entre diversos partidos y segmentos, la contención de los procesos antidemocráticos es más viable. De hecho, las circunstancias específicas y la cultura constitucional de la población marcan la diferencia. Al igual que el grado de independencia y credibilidad del propio tribunal constitucional. En Estados Unidos, el intento de golpe de Estado mediante el asalto al Capitolio generó una reacción inmediata del Congreso y la prensa. Aunque, sorprendentemente, un número significativo de votantes republicanos, incitados por el presidente derrotado, creen que hubo fraude, a pesar de la falta de pruebas³⁰⁴. En Brasil, aunque es una democracia mucho más joven (el régimen militar terminó en 1985 y la Constitución vigente data de 1988), también hubo una reacción masiva de las instituciones, la prensa y la sociedad, que contuvo los intentos de golpe.

Por lo tanto, la capacidad de las cortes supremas y tribunales constitucionales para prevenir la escalada autoritaria de líderes populistas depende de múltiples factores: un pluralismo político efectivo en la sociedad, con partidos gobernantes y de oposición fuertes; elecciones libres y competitivas; tribunales con una tradición de independencia y reconocimiento social; apoyo de otras

303. V. ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 273.

304. CUTHBERT, Lane; THEODORIDIS, Alexander. Do republicans really believe Trump won the 2020 election? Our research suggest that they do. *Washington Post*, 7 de enero de 2022: “[A]mong a nationally representative sample of the U.S. voting-age population, only 21 percent of Republicans say Joe Biden’s victory was legitimate”.

instituciones a la democracia y al propio tribunal; y una sociedad con una cultura constitucional capaz de rechazar las aventuras dictatoriales. En otras palabras: los tribunales son importantes, pero no pueden hacer la tarea solos. Y, obviamente, deben evitar la trampa de convertirse en actores impulsados por preferencias o sentimientos intrínsecamente políticos, si no partidistas, sin fundamentar genuinamente sus decisiones en valores y principios constitucionales.

V. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La democracia contemporánea ha enfrentado numerosas adversidades. Algunas provienen de su propia incapacidad para resolver problemas graves y de larga data que la debilitan. Si bien el panorama puede variar sustancialmente de un país a otro, algunos de estos problemas incluyen: (i) la pobreza extrema, las desigualdades injustas y otros factores que conducen a la exclusión social o al estancamiento; (ii) la apropiación privada del Estado por parte de élites políticas y económicas extractivas, que lo ponen al servicio de sus intereses, alienando a la mayoría de la población; y (iii) el sentimiento de no pertenencia de muchos, ya sea por exclusión social o porque los sistemas de representación política ya no pueden dar suficiente voz y relevancia a la ciudadanía. En un mundo marcado por la innovación y la destrucción creativa, la democracia necesita encontrar nuevos diseños institucionales que la preserven y reaviven los valores que la convirtieron en la ideología victoriosa del siglo XX.

Mientras se enfrenta a viejos fantasmas, la democracia constitucional se enfrenta a las nuevas amenazas que plantea el populismo extremista y autoritario. Todo esto en un mundo donde gran parte de la comunicación social y política ha migrado de los medios tradicionales —impresos, televisión y radio— a las redes sociales, que operan con pocos filtros, abriendo espacio a la desinformación, las teorías conspirativas o el odio puro y duro. Algunos países han logrado resistir este proceso de deterioro democrático, aunque no sin consecuencias. En otros, sin embargo, las instituciones han sucumbido a la hegemonía de líderes populistas y partidos con inclinaciones antidemocráticas. En este contexto, las cortes supremas y los tribunales constitucionales han protagonizado historias de éxito y de fracaso. En algunos casos, han sido pilares de resistencia. En otros, han sido incapaces de reaccionar. Y en situaciones más dramáticas, han sido parte del problema. No se debe ser tan ingenuo como para creer que los tribunales, por sí solos, pueden mantener en pie el edificio constitucional. Como proyecto colectivo, la democracia necesita una población participativa y leal, líderes honestos y un conjunto de instituciones inclusivas.

[CAPÍTULO IV]

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PRENSA Y REDES SOCIALES:
JURISPRUDENCIA, DERECHO COMPARADO Y NUEVOS DESAFÍOS**

*En este mundo traidor
nada es verdad ni mentira
todo es según el color
del cristal con que se mira.
(Ramón de Campoamor)*

I. GENERALIDADES

1. Comunicación humana

Hace unos 70.000 años, con la Revolución Cognitiva, se desarrolló uno de los rasgos esenciales que distinguen a la condición humana: la comunicación, el lenguaje, la capacidad de transmitir información, conocimiento e ideas. A lo largo de los siglos, la comunicación social ha recorrido un largo camino, comenzando con inscripciones y dibujos en cuevas, señales de humo y tambores, y marcada por la invención transformadora de la escritura entre el 3500 y el 3000 a. C. Hasta entonces, obras emblemáticas de la historia de la humanidad, como la Biblia hebrea, la Ilíada griega, el Mahabharata indio y las primeras escrituras budistas, se transmitían de generación en generación como narraciones orales³⁰⁵.

Con el avance de la ciencia, la comunicación humana se ha beneficiado de inventos cada vez más sofisticados, como la imprenta, el teléfono, la radio, la televisión abierta y la televisión por cable, que culminaron en computadoras conectadas a una red global. Vivimos en la era de la convergencia de medios —radio, televisión, periódicos, sitios web de noticias— concentrados en una única plataforma, accesible por computadora, celular o *tablet*, streaming y redes sociales. Todo es nuevo solo temporalmente. Desde el principio de los tiempos, la libertad de expresión siempre ha sido el tormento de quienes ostentan el poder: el poder político, el poder económico y el poder religioso. Una conquista obtenida lenta y gradualmente a lo largo de la historia.

2. La libertad de expresión en Brasil: el pasado condena

La censura en Brasil tiene una larga historia. El primer documento que la sufrió fue la carta de Pero Vaz de Caminha, considerada el certificado de nacimiento de lo que un día sería Brasil. En ella, Caminha, escriba de la flota de

305. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. N. York: HarperCollins, 2015. p. 122.

Cabral, describió a las mujeres indígenas al rey Manuel I, con “*sus partes íntimas tan desnudas*”. La carta permaneció olvidada durante más de dos siglos en los archivos de la Torre do Tombo en Lisboa, hasta que fue revelada por el padre Manuel Aires do Casal. El sacerdote, sin embargo, eliminó algunos pasajes que consideró “*indecorosos*”³⁰⁶. Tras la llegada de la familia real portuguesa a Río de Janeiro en 1808, se creó la Imprenta Real, encargada de publicar documentos, obras y libros oficiales. Una Junta Directiva se encargaba de revisar con antelación todo lo que se iba a publicar, y se prohibió la impresión de “*documentos y libros cuyo contenido contradijera el gobierno, la religión y las buenas costumbres*”³⁰⁷.

Adelantándose en el tiempo, durante el régimen del Estado Novo de Getúlio Vargas, se creó el Departamento de Prensa y Propaganda en diciembre de 1939. Entre sus objetivos estaba “*censurar el teatro, el cine, los eventos recreativos y deportivos, la radio, la literatura social y política, y la prensa*”. Unos años antes, pero ya bajo la dictadura de Vargas, ocurrió un episodio que pasó a formar parte del folclore de la lucha por la libertad de expresión en Brasil. El periodista y humorista Apparício Torelly, Barón de Itararé, fundador del Jornal do Povo (Periódico del Pueblo), fue secuestrado de la sede de su periódico y golpeado a causa de una serie de artículos que había publicado. Al regresar a la redacción, de donde había sido expulsado a la fuerza, se dice que colocó un cartel en la puerta que decía: “*Entre sin golpear la puerta*”.

El período más reciente de censura generalizada se produjo durante la dictadura militar, entre 1964 y 1985, especialmente durante la vigencia del Acto Institucional N° 5 (1968-1978). La restricción de la libertad de expresión afectó a múltiples ámbitos de la vida intelectual y cultural brasileña:

- a) en la prensa escrita, (i) los periódicos estaban sujetos a censura previa y, ante los recortes de los censores, quienes se instalaban en las redacciones, se veían obligados a dejar espacios en blanco o publicar poemas y recetas de pasteles; (ii) se confiscaban periódicos y revistas por motivos políticos (como Opinião y Pasquim) o por razones de “*moralidad*” (Ele & Ela); y (iii) se boicoteaba la publicidad en los periódicos que no se sometían al gobierno, con el fin de asfixiarlos económicamente (Correio da Manhã);

306. BUENO, Eduardo. Brasil: uma história. São Paulo: Ática, 2003. p. 33.

307. SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Helosa M. Brasil: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 183.

- b) en la música, las letras de las canciones debían presentarse con antelación a la División de Censura y Espectáculos Públicos. Había artistas malditos que no podían grabar ni aparecer en televisión, y otros que solo podían conseguir la aprobación de sus canciones bajo seudónimo. Un país vivía en el subtexto y en las sutilezas. Incluso se publicó la canción *Apesar de você*, de Chico Buarque, hasta que alguien se dio cuenta de que podría haber una protesta incrustada en sus versos;
- c) en el cine, se prohibieron películas, se proyectaron con cortes o barras negras que enfocaban los pechos y los genitales, como ocurrió con el drama *Laranja Mecânica*;
- d) en las artes, la obra *Roda Viva*, también de Chico Buarque, sufrió la invasión de su teatro y la agresión de sus actores por parte de un grupo paramilitar, prohibiéndose posteriormente su puesta en escena en todo el país. Se impidió al Ballet Bolshoi actuar en el Teatro Municipal de Río de Janeiro, bajo el argumento absurdo de que constituía propaganda comunista;
- e) en televisión, los festivales de música fueron víctimas de la intervención gubernamental; todos los programas, excepto los en directo, fueron sometidos previamente a la censura, y la telenovela *Roque Santeiro*, en su primera versión, fue totalmente prohibida.

El periodista y escritor Zuenir Ventura realizó una encuesta que reveló que, durante los diez años de vigencia del AI-5, se vetaron aproximadamente 500 películas, 450 obras de teatro, 200 libros y más de 500 letras de canciones³⁰⁸. El colmo del oscurantismo fue la prohibición de difundir información sobre un brote de meningitis en el país. Se impidió una respuesta adecuada a la epidemia en nombre de la protección de la imagen del Gran Brasil.

Desde la Independencia, todas las Constituciones brasileñas, comenzando por la de 1824, han garantizado la libertad de expresión. Desafortunadamente, siempre ha existido una gran brecha entre la intención y la acción, en un marcado desajuste entre el discurso oficial y la conducta de los gobiernos. En nombre de la seguridad nacional, la moral, las buenas costumbres, la familia y otros pretextos, la prensa, las artes y la literatura siempre han sido restringidas. En Brasil, como en todo el mundo, la censura siempre oscila entre la arbitrariedad, el capricho, el prejuicio y el ridículo. Esto se debe a que siempre ha sido así.

308. VENTURA, Zuenir. 1968: *o ano que não terminou*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 285-86; y BERNARDO, André. *Quais obras foram censuradas na ditadura?* Superinteressante, 14 de febrero de 2020.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Se suele decir que una nueva Constitución es una reacción al pasado y un compromiso con el futuro. Como se vio en el tema anterior, una de las señas de identidad del régimen militar fue el largo período de censura de la libertad de expresión en sus diferentes formas, incluyendo la libertad de prensa y la creación artística. Por ello, el texto constitucional de 1988 abordó el tema con gran precisión, como lo hizo en una pluralidad de disposiciones, transcritas anteriormente. En lugar de garantizar la libertad de expresión de forma genérica, prohibiendo la censura y otras intervenciones estatales, la Constitución consagró varias normas específicas sobre la materia.

De hecho, del artículo 5 de la Constitución, dedicado a los derechos y deberes individuales y colectivos, se puede extraer el siguiente régimen jurídico: (i) la libre expresión del pensamiento, con prohibición del anonimato (artículo IV); (ii) la libre expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de la censura o licencia (artículo IX); y (iii) el derecho de acceso a la información (artículo XIV). Para frenar los abusos, también prevé (iv) el derecho de réplica, proporcional a la ofensa, y la compensación en caso de daño (artículo V), así como (v) la inviolabilidad de la privacidad, el honor y la imagen, que también son indemnizables en caso de violación (artículo X). Más adelante, en el capítulo dedicado a la comunicación social, el artículo 220 prohíbe cualquier restricción a la expresión del pensamiento, la creación, la expresión y la información, en cualquier forma, proceso o medio. En este sentido, establece que ninguna ley puede constituir un impedimento a la libertad periodística (§1), prohíbe cualquier censura de naturaleza política, ideológica o artística (§2) y prescinde de cualquier tipo de licencia de la autoridad para la publicación de medios impresos (§6). El tratamiento del asunto, como puede verse, fue exhaustivo.

De este conjunto de normas se pueden extraer varias observaciones relevantes. Una de ellas es que la Constitución atribuye una doble dimensión a la libertad de expresión: (i) la dimensión individual, que identifica el derecho de toda persona a expresarse libremente, sin interferencias indebidas, como corolario de su dignidad humana y autonomía individual; y (ii) la dimensión colectiva, que se traduce en el derecho de la sociedad en su conjunto a tener acceso a la información y a las expresiones de los demás³⁰⁹. Cabe destacar

309. V. BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 73-74.

también que, bajo la etiqueta genérica de libertad de expresión, la Constitución engloba diversos términos y contenidos, entre ellos:

- a) la *libertad de expresión propiamente dicha*, que corresponde al derecho de toda persona a expresar sus pensamientos, es decir, sus ideas, opiniones y juicios de valor sobre personas y acontecimientos;
- b) el *derecho a la información*, que comprende (i) el derecho individual a acceder a los hechos, (ii) el derecho individual a comunicarlos y (iii) el derecho general de la sociedad a estar informada de los acontecimientos; y
- c) la *libertad de prensa*, que significa el derecho de los medios de comunicación a informar y opinar sobre la realidad del país.

La libertad de expresión, en todos sus aspectos, merece especial protección en la Constitución de la mayoría de los países democráticos, por razones de gran relevancia social, moral y política, especialmente porque es esencial para³¹⁰:

- a) la *búsqueda de la verdad posible*, en una sociedad abierta y plural, que incluya múltiples puntos de vista, pero que no desprecie la buena fe objetiva;
- b) la *dignidad humana y la autonomía individual*, como expresión de la personalidad de cada persona y su relación con el mundo que la rodea; y
- c) la *democracia*, al permitir la libre circulación de información, ideas y opiniones.

La libertad de expresión suele denominarse libertad preferencial, una doctrina desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos³¹¹

310. Esta sistematización tiene su origen en el derecho estadounidense, pero es ampliamente reconocida en otras jurisdicciones. V. OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 54; SCHAUER, Frederick. *Free Speech: a Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 15-72; e BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 46 y ss.

311. Esta fue una tesis desarrollada en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos y que prevaleció a lo largo del siglo XX. El estatus preferente de la libertad de expresión en el derecho estadounidense tuvo su origen en la famosa nota al pie N° 4 del dictamen emitido por Justice Stone, en el caso de *United States v. Carolene Products Co.* (1938), y posteriormente fue desarrollado y articulado en una serie de casos, como *Jones v. Opelika* (1942), *Murdock v. Pennsylvania* (1943) y *Thomas v. Collins* (1945). Actualmente, existen dudas sobre si aún cuenta con el apoyo de la mayoría de la Corte. V. PACELE JR., Richard L. *Preferred position doctrine. The First Amendment Encyclopedia*. Disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1008/preferred-position-doctrine>. Consultado el: 10 de julio de 2022.

e invocada con frecuencia por tribunales de otros países, incluido Brasil³¹². La justificación de este punto de vista reside en que la libertad de expresión es un requisito previo para el ejercicio de otros derechos fundamentales, especialmente los de carácter político, como el derecho al voto y a participar de forma informada y progresista en el debate público³¹³. También es indispensable para documentar la historia y la cultura de un pueblo. La idea de un derecho preferencial, como he argumentado personalmente en contextos doctrinales y jurisprudenciales, no implica una jerarquía respecto a otros derechos —como parece haber sido la postura de jueces estadounidenses como Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo—³¹⁴, sino una especie de primacía *prima facie*, es decir: la carga de la prueba para su superación normalmente recaerá en la parte que defiende el derecho contrario. Este trato preferencial se ve reforzado por la historia de censura que ha marcado la experiencia política brasileña.

Cabe reiterar que el hecho de que la libertad de expresión sea una libertad preferente no significa que sea un derecho absoluto o ilimitado. El texto constitucional contiene restricciones que protegen otros derechos o valores fundamentales, como la prohibición del anonimato (artículo 5, IV), el derecho de réplica y el derecho a la indemnización por daños materiales, morales o a la imagen (artículo 5, V), la protección de la intimidad y el honor (artículo 5, X), las restricciones a la publicidad comercial de tabaco, bebidas alcohólicas, pesticidas y terapias (artículo 220, §4), y la protección de la infancia, la adolescencia y la

312. V. BARROSO, Luís Roberto. Colisión entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Criterios de ponderación. Interpretación constitucionalmente adecuada del Código Civil y la Ley de Prensa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 5, 2005. En la misma línea, FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos – Honor, intimidade, vida privada e imagem versus liberdade de expressão e informação [s.l.]: [s.n.], 2000. p. 167; e BARROSO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar. La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales. Madrid: Fragua, 1998. p. 48. En un sentido diferente, v. SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton. El Estado democrático de derecho y los límites de la libertad de expresión en la Constitución Federal de 1988, destacando el problema de su conflicto con otros derechos fundamentales, especialmente los derechos de la personalidad. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, 2016. p. 121-122: “*Aunque se afirma que Brasil adopta la teoría de la posición preferencial, consagrada por el Supremo Tribunal Federal en la sentencia ADPF 130, esa teoría se aplica generalmente de forma tímida y no es, además, ampliamente reconocida en Alemania y en Europa en general, donde la libertad de expresión no supone una posición preferencial previa en la arquitectura de los derechos fundamentales*”.

313. V. Luís Roberto Barroso, voto en ADI N° 4.815. y también: OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 65, con referencias a: (i) CORTE IDH. Caso Claude Reyes et al. v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151; (ii) Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación general N° 34, art. 19; (iii) CIDH. Informe N° 130/99. Caso N° 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de noviembre de 1999.

314. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

juventud (artículos 21, XVI y 227). Sin embargo, por las razones explicadas hasta ahora, la Constitución brasileña considera excepcional la posibilidad de prohibir previamente la difusión de contenidos, que se determinará mediante decisión judicial, en las raras situaciones en que no sea posible la indemnización posterior por daños. Como regla general, las consecuencias en los casos de abuso deben incluir la rectificación, la retractación, el derecho de respuesta, la responsabilidad civil con pago de una indemnización y, eventualmente, en los casos más graves, la responsabilidad penal, como en los delitos contra el honor³¹⁵ o contra el Estado democrático de derecho³¹⁶.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

El Supremo Tribunal Federal de Brasil cuenta con un amplio corpus jurisprudencial en materia de libertad de expresión, y la mayoría de sus intervenciones buscan garantizarla y ampliarla. A continuación, se presenta una selección de las principales sentencias del Tribunal sobre temas como la libertad de prensa, el discurso de odio, la libertad de expresión artística e intelectual, el derecho al olvido, la libertad de expresión y los ataques a las instituciones democráticas.

1. Libertad de prensa

- a) *No recepción de la Ley de Prensa del Régimen Militar* (ADPF N° 130)³¹⁷. En una sentencia histórica de 2009, se consideró que la Ley N° 5.250 de 1967 no se había incorporado a la Constitución de 1988 debido a una “*incompatibilidad material insalvable*”. Esta ley, que regulaba la expresión del pensamiento y la información, se promulgó durante el período de mayor dictadura que precedió a la promulgación del Acto Institucional N° 5 de 1968. Si bien la sentencia dictada por el ministro Carlos Ayres no utilizó la expresión “*libertad preferente*”, este estatus especial de la libertad de prensa se desprende claramente de su contenido³¹⁸. Es importante destacar, al

315. Los delitos contra el honor (calumnia, difamación y calumnia) están tipificados en los artículos 138, 139 y 140 del Código Penal, respectivamente.

316. La Ley N° 14.197, de 1 de septiembre de 2021, derogó la antigua Ley de Seguridad Nacional (Ley N° 7.170, de 14 de diciembre de 1983) y añadió el Título XII a la Parte Especial del Código Penal, relativo a los delitos contra el Estado democrático de derecho.

317. STF. ADPF N° 130. Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.

318. El resumen de la sentencia dice textualmente: “[E]n otras palabras, ante todo, las relaciones de prensa prevalecen como bienes jurídicos superiores y una forma natural de control social sobre el poder del Estado [...]”.

respecto, que la decisión de la ADPF N° 130 ha servido de base para decenas de decisiones del STF, emitidas en demandas, suspendiendo juicios y fallos que interferían indebidamente en la libertad de expresión³¹⁹.

- b) Inaceptación del requisito de título de periodismo (RE N° 511.961)³²⁰. El Tribunal consideró incompatibles con la Constitución de 1988 el requisito de un título de educación superior para el ejercicio del periodismo, así como la creación de un consejo profesional para supervisar la profesión. Ambas disposiciones, contenidas en el Decreto-Ley N° 972/1969 —tanto las relativas al título como a la creación de un órgano de supervisión—, imponen una restricción indebida al ejercicio de la libertad periodística, contraria al artículo 220, §1, de la Constitución. Según la sentencia, “[e]l ejercicio del poder de policía del Estado está prohibido en este ámbito, donde prevalecen la libertad de expresión e información”.
- c) Libertad de crítica severa (AI N° 690.841)³²¹. Las críticas duras a figuras públicas, incluso si son crudas o injustas, no deben, por regla general, estar sujetas a limitaciones. En este caso, se alegó “*mala gestión financiera*” contra un empleado de Petrobras. La decisión de la Segunda Sala, dictada por el juez Celso de Mello, estableció que la crítica “*mordaz, irónica o incluso despiadada*” a una figura pública, independientemente de si posee o no autoridad gubernamental, constituye un “*factor excluyente de la intención*” capaz de invalidar la intención de ofender³²².

319. E.g. STF. Rcl N° 18.638 MC. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 17.9.2014: “*Derecho Constitucional. Demanda. Libertad de expresión. Retirada de material periodístico de un sitio web por decisión judicial. 1. En la sentencia ADPF 130, el STF prohibió la censura de publicaciones periodísticas y declaró excepcional cualquier tipo de intervención estatal en la difusión de noticias y opiniones. 2. La libertad de expresión goza de una posición preferente en el Estado democrático brasileño, ya que es una condición previa para el ejercicio informado de otros derechos y libertades. 3. El uso abusivo de la libertad de expresión debe remediarse, preferentemente, mediante la rectificación, el derecho de réplica o una compensación. Al ordenar la retirada de una publicación en redes sociales, la decisión impugnada violó esta directriz. 4. Demanda cuya solicitud se considera admisible*”.

320. STF. RE N° 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de junio de 2009.

321. STF. AI N° 690.841. Rel. Min. Celso de Mello, j. 21 de junio de 2011.

322. Un mal momento para la Corte en este tema fue la censura impuesta a la revista digital *Crusoé* en 2019. La decisión, sin embargo, fue revocada días después, cuando se aclaró una situación fáctica que había engañado al ponente.

2. Discurso de odio³²³

- a) *Antisemitismo* (HC N° 82.424)³²⁴. Conocida como el Caso *Ellwanger*, esta sentencia sentó un precedente importante contra el discurso de odio. Por mayoría, el Tribunal sostuvo que “*escribir, editar, difundir y vender libros que promuevan ideas prejuiciosas y discriminatorias contra la comunidad judía constituye un delito de racismo sujeto a las cláusulas de irrevocabilidad e imprescriptibilidad*” previstas en la Constitución (artículo 5, XLII). Negando la existencia de razas en un sentido científico, la sentencia reconoció, sin embargo, el racismo como una conducta sociopolítica destinada a inferiorizar y descalificar a ciertos pueblos. Y, en consecuencia, punible según la Ley N° 7.716/1989, que define los delitos derivados del prejuicio o el color. En resumen: la publicación de obras antisemitas, que reproducen las creencias nazis sobre los judíos y niegan hechos históricos incontrovertibles como el Holocausto, no está protegida por la libertad de expresión.
- b) *Homofobia* (ADO N° 26)³²⁵. La decisión de criminalizar la homofobia y la transfobia, en una votación histórica del ministro Celso de Mello, tuvo una importancia simbólica. Al evaluar esta decisión, es importante considerar que Brasil es considerado el país con el mayor número de asesinatos de personas transgénero en el mundo³²⁶. La Corte reconoció la demora del Congreso Nacional en cumplir con el mandato de criminalización contenido en el artículo 5, XLI, de la Constitución, que establece que “*la ley sancionará toda discriminación que viole los derechos y libertades fundamentales*”. Esto incluye, naturalmente, los actos de violencia física y psicológica perpetrados por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. En consecuencia, la decisión determinó que las prácticas de homofobia y transfobia se enmarcan en el concepto de racismo, a efectos de responsabilidad penal, hasta que el Poder Legislativo promulgue legislación específica. En esencia, revisó la lógica del caso *Ellwanger*,

323. Respecto a este tema, véase SARMENTO, Daniel. La libertad de expresión y el problema del “*hate speech*”. En: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 207-262.

324. STF. HC N° 82.424, dictamen del Ministro Maurício Corrêa. Gaceta Oficial, 17 de septiembre de 2003. Disintieron los magistrados Carlos Ayres Britto y Marco Aurélio.

325. STF. ADO N° 26. Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.6.2019.

326. Según Transgender Europe, organización de derechos humanos que sistematiza los datos disponibles sobre el asesinato de personas transgénero en todo el mundo (Disponible en: <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>. Consultado el: 11 de julio de 2022).

en el que el intento de inferiorizar y estigmatizar a grupos sociales históricamente vulnerables se consideró racismo.

- c) *Racismo e injuria racial* (HCN° 154.248)³²⁷. En esta sentencia, el STF equiparó la injuria racial al delito de racismo, a efectos de imprescriptibilidad. Una mujer, entonces septuagenaria, ofendió a una empleada de una gasolinera, llamándola “*negrita repugnante, ignorante y descarada*”. Esta conducta se tipificó como delito de injuria, calificado por prejuicio, tipificado en el artículo 140, §3, del Código Penal³²⁸. Este delito, denominado injuria racial, se trata en una disposición distinta de la que penaliza el racismo, tipificada en la Ley N° 7.716/89. La infractora fue condenada a un año de prisión y a una multa de 10 días. Sin embargo, debido a su edad y a las disposiciones del Código Penal, en su artículo 115, que establece que el plazo de prescripción se reduce a la mitad para los mayores de 70 años, la demandante, en el recurso de habeas corpus, solicitó la extinción de su responsabilidad penal. Al equiparar el delito de injuria racial al de racismo, el STF lo consideró imprescriptible, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5, XLII, de la Constitución³²⁹.

3. Libertad de expresión artística e intelectual

- a) *Biografías* (ADI N° 4.815)³³⁰. El STF declaró inconstitucionales dos disposiciones del Código Civil que exigían la autorización previa de una persona o su familia para la publicación de su biografía. Bajo la vigencia de estos artículos, se prohibió la circulación de libros que contuvieran biografías de Mané Garrincha, Roberto Carlos, Guimarães Rosa, Leila Diniz y Lampião, entre otros. Intuitivamente, el requisito de consentimiento previo habría resultado en la producción únicamente de biografías blanqueadas. El Tribunal consideró inválido el equilibrio a priori realizado por el Código Civil, que priorizaba los derechos fundamentales y colocaba los derechos a la privacidad y a la imagen por encima de la libertad de expresión y el derecho del público a la información. En la sentencia, escrita

327. STF HC N° 154.248. Rel. Min. Luiz Edson Fachin, j. 28.10.2021.

328. Código Penal: “Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. [...] §3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de um a três anos e multa”.

329. CF, art. 5º: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

330. STF ADI N° 4.815. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.2015.

por la jueza Cármen Lúcia, se estableció: *“La autorización previa para una biografía constituye censura previa privada. La confiscación de obras es censura judicial, que sustituye a la censura administrativa”*.

- b) *Humor en las elecciones* (ADINº 4.451)³³¹. En esta sentencia, la Corte declaró inconstitucionales las disposiciones de la Ley Electoral que impedían a las estaciones de radio y televisión transmitir programas de humor que involucraran a candidatos, partidos y coaliciones durante los tres meses previos a las elecciones. La sentencia reconoció que dicha prohibición constituía un claro caso de censura previa. Y añadió:

Si bien no se pueden ignorar ciertos riesgos que la comunicación de masas plantea al proceso electoral —como el fenómeno de las fake news—, es constitucionalmente inadecuado y realistamente falso suponer que el debate electoral, al perder libertad y pluralidad de opiniones, ganaría en imparcialidad o legitimidad.

- c) *Especial de Navidad de Porta dos Fundos* (Rcl. Nº 38.782)³³². El grupo de comedia Porta dos Fundos presentó un especial de Navidad en Netflix titulado La Primera Tentación de Cristo, que, entre otros elementos irreverentes, retrataba a un Jesucristo gay. El programa generó una fuerte reacción de grupos conservadores y cristianos y fue suspendido por un juez del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro. El argumento principal fue que *“ofendía los valores cristianos”*. En una decisión preliminar emitida en una demanda, que posteriormente fue confirmada por la Segunda Sala, el entonces presidente del STF, el ministro Dias Toffoli, suspendió la decisión del tribunal estatal. En la decisión final sobre el fondo, la sentencia estableció que *“la prohibición de la difusión de ciertos contenidos solo debe ocurrir en casos muy excepcionales, como cuando constituya una práctica ilícita, incitación a la violencia o la discriminación, así como la propagación del discurso de odio”*.

- d) *Beso gay* (SL Nº 1.248 MC³³³ y Rcl. Nº 36.742 MC³³⁴). En este caso, inspectores de la Alcaldía de Río de Janeiro incautaron revistas en la Bienal del Libro que contenían un beso gay en la portada, basándose en la necesidad de proteger a niños, niñas y adolescentes. El ministro Dias Toffoli accedió a la solicitud de suspensión de la decisión del presidente del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro que declaró legal la incautación. Ese

331. STF. ADI Nº 4.451. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018.

332. STF. Rcl Nº 38.782. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3-11-2020.

333. STF. SL Nº 1.248 MC. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8-9-2019.

334. STF. Rcl Nº 36.742 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 8-9-2019.

mismo día, el ministro Gilmar Mendes concedió otra medida cautelar, en una demanda, en la que declaró:

al ordenar sumariamente la retirada de obras que abordan la temática de la homosexualidad y la transexualidad de forma no apropiada para el público infantil y juvenil, la orden de la Administración Municipal constituyó un verdadero acto de censura previa, con el claro objetivo de vigilar el contenido de las publicaciones artísticas.

e) El caso Gerald Thomas (HC N° 83.996)³³⁵. Un caso curioso involucró al director teatral Gerald Thomas. Ante los abucheos del público al final de su producción de Tristán e Isolda, el director subió al escenario, simuló una masturbación y mostró sus nalgas a un público atónito. Fue acusado penalmente de cometer un acto obsceno. Sin embargo, el STF desestimó la causa penal, considerando que la actitud, por inapropiada y descortés que fuera, constituía un ejercicio de libertad de expresión, dado que se trataba de una obra de temática adulta, vista por un público adulto.

4. Derecho al olvido

El derecho al olvido está entrelazado con la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones, incluyendo la libertad de prensa y la libertad artística e intelectual. El *derecho al olvido* consiste en el derecho de una persona a no ser mencionada en redes sociales o motores de búsqueda de noticias en línea por eventos pasados desagradables o desacreditables. Un precedente importante en esta materia fue el caso *Doca Street*, juzgado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro. El autor de un notorio crimen pasional en la ciudad de Búzios intentó sin éxito impedir la transmisión de un programa de televisión que mostraba el episodio, argumentando que ya había cumplido su condena y estaba rehabilitado. Un precedente internacional que se hizo global fue la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ordenó la eliminación de los resultados de búsqueda de Google de una referencia al hecho de que un individuo, hace muchos años, tuvo su casa vendida en subasta debido a una deuda con la Seguridad Social. La base de la decisión fue la falta de cualquier interés público en la información³³⁶.

335. STF HC N° 83.996, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 17-8-2004.

336. Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, sentencia dictada el 13 de mayo de 2014. (Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&dclang=PT>).

Caso Aída Curi (RE Nº 1.010.606)³³⁷. La cuestión del derecho al olvido llegó al Supremo Tribunal Federal en un recurso extraordinario contra una decisión del Tribunal Superior de Justicia en el caso Aída Curi. Los hermanos de una mujer víctima de homicidio solicitaron y obtuvieron una indemnización por el uso de la imagen de su hermana en un programa de televisión que retransmitió el episodio. El STF revocó la decisión del tribunal inferior, al entender que el supuesto derecho al olvido vulneraba la libertad de expresión. La tesis establecida al final de la sentencia afirmaba: *“La idea del derecho al olvido, entendida como la facultad de impedir, debido al paso del tiempo, la difusión de hechos o datos veraces obtenidos y publicados lícitamente en medios sociales analógicos o digitales, es incompatible con la Constitución”*.

5. Manifestación del pensamiento

Marcha de la Marihuana (ADPF Nº 187³³⁸ y ADI Nº 4.274³³⁹). En ambas acciones, se debatió la legitimidad de los eventos en los que se abogó por la despenalización de la marihuana. En ambas sentencias, la Corte, por unanimidad, reconoció el derecho constitucional a realizar asambleas, reuniones, marchas, desfiles o concentraciones en espacios públicos con el objetivo de criticar los modelos normativos vigentes y buscar apoyo para cambios legislativos. En el resumen de la ADI Nº 4724, el ministro Carlos Ayres Britto afirmó: *“Ninguna ley, ya sea civil o penal, puede sustraerse a la discusión de su propio contenido. Ni siquiera la Constitución está a salvo de la discusión amplia, libre y abierta de sus defectos y virtudes [...]”*.

6. Ataque a las instituciones democráticas

En junio de 2020, el Supremo Tribunal Federal de Brasil consideró legítima la continuación de una investigación sobre ataques y amenazas contra la Corte y sus magistrados, así como otras instituciones constitucionales³⁴⁰. La investigación surgió de una iniciativa del propio presidente de la Corte, que generó críticas y cuestionamientos. Posteriormente, se iniciaron otras dos investigaciones, esta vez por la Fiscalía General de la República, para investigar organizaciones criminales y autores de *fake news* que amenazaron a personas e instituciones.

337. STF RE Nº 1.010.606. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11-02-2021.

338. STF ADPF Nº 187. Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-06-2011.

339. STF ADI Nº 4.274. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 23-11-2011.

340. STF ADPF Nº 572. Rel. Min. Edson Fachin, j. 18-06-2020.

En realidad, se trataba de la conducta masiva de grupos radicales, orquestada y financiada con el propósito de desestabilizar la democracia y propiciar una ruptura institucional. El Tribunal dictaminó que las manifestaciones destinadas a socavar la independencia del Poder Judicial, mediante amenazas contra miembros del Supremo Tribunal Federal y sus familias, constituyen ataques contra los poderes establecidos, el Estado de derecho y la democracia.

Para cerrar este tema, siempre es bueno recordar, en los debates que involucran la libertad de expresión, la sabia advertencia de Rosa Luxemburg: *“La libertad es siempre libertad para quien piensa diferente”*.

IV. NOTAS DE DERECHO COMPARADO: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA

En Estados Unidos, la Primera Enmienda de la Constitución prohíbe la promulgación de leyes que restrinjan la libertad de expresión y de prensa. Expresiones que se han integrado en la semántica del tema se originan allí, como *“libre mercado de ideas”*, en analogía con el libre mercado de las economías liberales. O, también, la afirmación de que el debate público debe ser *“desinhibido, sólido y completamente abierto”*. Y, además, la preocupación por el *“efecto silenciador”*, consecuencia del miedo de las personas a expresarse por temor a las sanciones. A pesar de ser elogiada por autores y tribunales como símbolo de cultura y democracia, la libertad de expresión en Estados Unidos no ha seguido una trayectoria lineal.

De hecho, durante el primer cuarto de siglo, especialmente debido a la Guerra Fría y al anticomunismo, varias decisiones limitaron drásticamente la libertad de expresión política. Así, bajo el argumento legal de que ciertas manifestaciones representaban un *“peligro claro y real”* (*clear and actual danger*), la Corte Suprema confirmó las condenas penales contra activistas socialistas que hicieron campaña contra el servicio militar³⁴¹, inmigrantes rusos protestando contra la intervención estadounidense en la Revolución Bolchevique³⁴², militantes³⁴³ y dirigentes sindicales que abogaban por sustituir el modelo capitalista por uno socialista³⁴⁴. Recién en 1969 esta línea de razonamiento fue

341. Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919.

342. Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 1919.

343. Gilow v. New York, 268 U.S. 652, 1925.

344. Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927.

sustituída por el nuevo argumento de que la libertad de expresión sólo debe ser castigada si incita a la comisión de actos ilegales y si existe la probabilidad de que éstos efectivamente ocurran³⁴⁵. No debe pasar desapercibido que la reversión del entendimiento favoreció a un líder del Ku Klux Klan que dirigía ataques al presidente, al Congreso y a la Corte Suprema por “*proteger a los negros y a los judíos*”.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX, la libertad de expresión se fue ampliando progresivamente, con una prohibición expresa de la censura previa, excepto en casos de amenazas a la seguridad nacional³⁴⁶. En 1971, la Corte Suprema confirmó el derecho del New York Times y Washington Post a publicar los llamados “*Papeles del Pentágono*” (*The Pentagon Papers*), informes clasificados sobre la participación estadounidense en la guerra de Vietnam, filtrados por uno de sus autores³⁴⁷. En uno de los casos más emblemáticos en materia de libertad de prensa —New York Times v. Sullivan—³⁴⁸, la Corte Suprema estableció criterios bastante estrictos para que un funcionario público criticado pueda interponer una acción contra el periódico: la necesidad de “*malicia real*” (*actual malice*), entendida como conocimiento de la falsedad del hecho o negligencia grave en su investigación.

También se hicieron historia con decisiones como las que prohibieron la criminalización de la quema de banderas como forma de protesta y la controvertida decisión que consideró inconstitucional la ley que impedía los gastos electorales por parte de empresas y sindicatos³⁵⁰. A pesar de las severas críticas de muchos, la Corte consideró que gastar dinero en elecciones constituye un ejercicio de la libertad de expresión. En general, según la Corte Suprema, la obscenidad, la falsedad deliberada, los delitos contra el honor, la incitación al delito y las palabras que incitan al odio y la violencia (*fighting words*) no merecen protección bajo la Primera Enmienda.

A diferencia de la Constitución estadounidense, bastante lacónica al respecto, la Constitución alemana, en su artículo 5, detalla un conjunto de

345. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969.

346. Near v. Minnesota, 403 U.S. 713, 1971.

347. New York Times v. United States, 403 U.S. 713, 1971.

348. New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964.

349. Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, juzgado en 1989 y United States v. Eichman, 496 U.S. 310, juzgado en 1990.

350. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310, 2010.

derechos asociados a la libre expresión del pensamiento: libertad de expresión, derecho a la información, libertad de prensa, libertad de comunicación, libertad de investigación, libertad académica y libertad de educación. Algunos aspectos de la experiencia histórica alemana, especialmente el trauma del nazismo, han dado lugar a restricciones específicas a la libertad de expresión, como la criminalización de la negación del Holocausto y la prohibición de los símbolos nazis. El discurso de odio (hate speech), como el racismo y el antisemitismo, también está prohibido y castigado por la ley.

En Alemania, la libertad de expresión no tiene el status preferencial que a menudo se reconoce en Estados Unidos. Más allá de un mayor énfasis en separar la opinión de los hechos —la información incorrecta o falsa no está protegida—³⁵¹, el Tribunal Constitucional con frecuencia equilibra la libertad de expresión con la dignidad y los derechos de la personalidad, a menudo dando prioridad al derecho al honor sobre el derecho a la creación artística e incluso al derecho a la información. Un precedente histórico es conocido como el caso *Mephisto*, en el que los herederos de un actor lograron prohibir la publicación de un libro de ficción cuyo personaje principal se inspiraba en la vida del actor fallecido y asociaba su éxito con la adhesión al nazismo³⁵². En otro caso, conocido como el *caso de los soldados Lebach*³⁵³, el Tribunal Constitucional impidió, a petición de uno de los implicados en un delito, la emisión de un documental que mostraría su imagen. Esta decisión fue finalmente revocada en una sentencia conocida como el caso *Lebach II*³⁵⁴.

V. REVOLUCIÓN DIGITAL, INTERNET Y REDES SOCIALES³⁵⁵

El mundo está experimentando la Tercera Revolución Industrial —la Revolución Tecnológica o Digital—, que comenzó en las últimas décadas del siglo XX y se caracteriza por la adopción masiva de computadoras personales, teléfonos inteligentes y, sobre todo, internet, conectando a miles de millones de personas en todo el mundo. Internet ha revolucionado el mundo de la comunicación social e interpersonal, expandiendo exponencialmente el acceso a

351. Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 61, 1 1, 1982.

352. Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 30, 173, 1971.

353. Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 35, 202, 1973.

354. Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 1, 349, 1999.

355. Muchas de las ideas e información de este tema fueron extraídas de BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

la información, el conocimiento y la esfera pública. Hoy en día, cualquiera puede expresar sus ideas, opiniones y difundir información a escala global. Un largo camino que va desde Gutenberg hasta Zuckerberg³⁵⁶.

Antes de internet, la difusión de noticias y opiniones dependía en gran medida de la prensa profesional. Era su responsabilidad investigar los hechos, difundir noticias y filtrar las opiniones según la ética periodística. Por lo tanto, existía un nivel mínimo de control editorial sobre la calidad y la veracidad de lo publicado. Esto no estaba exento de problemas: el número de medios de comunicación es limitado y no siempre pluralista, las empresas periodísticas tienen sus propios intereses y, además, no todos distinguían los hechos de las opiniones con el cuidado necesario. Aun así, existía un grado de control más refinado sobre lo que se hacía público. Internet, con la aparición de sitios web, blogs personales y, especialmente, las redes sociales, ha permitido la difusión y circulación generalizada de ideas, opiniones e información sin ningún filtro. Sin embargo, la consecuencia negativa es que también ha permitido la propagación de la ignorancia, las mentiras y la comisión de diversos delitos.

Una de las implicaciones más significativas de la Revolución Digital ha sido el surgimiento de las redes sociales y las aplicaciones de mensajería. Facebook cuenta con más de 3 mil millones de cuentas. YouTube, con más de 2,5 mil millones. En Brasil, según una investigación del Congreso Nacional, el 79% de la población utiliza WhatsApp como su principal fuente de información. La televisión ocupa un distante segundo lugar, con el 50%. Los medios impresos, que atraviesan una crisis en su modelo de negocio, son utilizados solo por el 8%. El creciente peso de las plataformas tecnológicas en todo el mundo y los numerosos riesgos que pueden derivar de su uso indebido han llevado a un gran número de democracias a debatir la mejor manera de regularlas. En Brasil ya existe un proyecto de ley aprobado en el Senado Federal y en debate en la Cámara de Diputados.

Es interesante observar que, en los inicios de internet, existía la creencia de que debía ser un espacio “abierto, libre y sin regulaciones”, pero esta percepción se ha desmoronado por completo. Hoy en día, existe consenso sobre la necesidad de regulación en diferentes niveles: a) económico, para evitar la dominación

356. La frase “*De Gutenberg a Zuckerberg*” fue utilizada por Newton Minow en el prefacio del libro de MINOW, Martha. *Salvando las Noticias*. Oxford: Oxford University Press, 2021. También da título al libro. NAUGHTON, John. *What you really need to know about the Internet*. Londres: Quercus Publishing, 2012.

del mercado, proteger los derechos de autor y establecer una tributación justa; b) privacidad, para prevenir el uso indebido de la información que las plataformas tecnológicas recopilan sobre quienes las navegan; y c) control del comportamiento y el contenido, para encontrar el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y la represión de conductas ilegales. Este último punto es relevante para los fines de esta reflexión.

Es importante señalar desde el principio que la libertad de expresión es un logro significativo de la civilización, y su preservación es esencial por muchas razones, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la regulación del contenido no puede socavar la libertad de expresión. Al contrario, debe aspirar a protegerla. Toda censura es sospechosa. Sin embargo, como observó Luna van Brussel Barroso, es necesario considerar que, en la era digital, los mismos fundamentos que tradicionalmente justificaron la protección reforzada de la libertad de expresión —la búsqueda de la verdad, la dignidad humana y la democracia— pueden justificar su regulación³⁵⁷.

La regulación de las redes sociales debe buscar frenar: a) el comportamiento inauténtico, que implica el uso de sistemas automatizados —robots o *bots*—, perfiles falsos o individuos contratados —*trolls*— para simular compromiso y/o acallar expresiones de terceros; b) el contenido ilícito, que incluye terrorismo, abuso sexual infantil, incitación al crimen y la violencia, discurso de odio o lenguaje discriminatorio, ataques antidemocráticos, intercambio no consentido de imágenes íntimas (*revenge porn*) etc.; y c) la *desinformación*, que consiste en la creación o difusión deliberada de noticias falsas, generalmente con el propósito de obtener ganancias personales —políticas, económicas o personales— causando daño a otros.

Tres observaciones importantes: a) a diferencia de antes, cuando el número de medios que difundían información era limitado, hoy la competencia es por la atención del público, dada la abundancia de información difundida con ayuda de las redes sociales; b) lamentablemente, según estudios, el contenido falso, difamatorio y sensacionalista que despierta ira o expresa odio genera mucho más engagement que las publicaciones factuales, moderadas y racionales; y c) este hecho da a las plataformas los incentivos equivocados, cuyos sistemas de recomendación se ven tentados a impulsar el contenido extremista, que atrae más visitas y, en consecuencia, aumenta los ingresos publicitarios.

357. BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 109.

Dentro de un marco legal básico establecido por el Estado, lo ideal es la autorregulación de las propias plataformas, minimizando la interferencia de las autoridades públicas. La denominada moderación de contenido por parte de las plataformas es tanto un derecho como una necesidad, permitiéndoles definir el tipo de entorno que desean crear, prohibiendo, por ejemplo, la violencia, la pornografía, el lenguaje vulgar, etc. La moderación puede implicar la eliminación, el etiquetado (por ejemplo, una advertencia sobre la naturaleza dudosa de una publicación o post), la amplificación o reducción de su alcance y la desmonetización. Sin embargo, una vez que las democracias hayan superado la censura estatal de la libertad de expresión, no es deseable que esta sea reemplazada por la censura privada.

Por ello, al moderar contenidos con base en sus propios principios, las plataformas deben tener los siguientes deberes: a) transparencia: claridad en los términos de uso, criterios objetivos para la remoción de contenidos, así como su amplificación o reducción de alcance, y también información sobre la publicidad política difundida en sus redes; b) debido proceso: las decisiones de remoción deben estar justificadas (aunque sea objetivamente), deben ser notificadas al usuario que la publicó y deben permitir algún tipo de recurso; y c) igualdad: si bien pueden existir eventuales diferencias de trato entre individuos públicos y privados, no debe haber discriminación contra los usuarios con base en factores diferenciadores ilegítimos como sexo, orientación sexual, raza o religión.

Estas precauciones son importantes para evitar sustituir un tipo de censura por otro. Las plataformas tecnológicas, como WhatsApp, Facebook, Twitter e Instagram, se han transformado en ágoras electrónicas, constituyendo una gigantesca esfera pública para la comunicación y el debate. Ya se ha establecido que, como regla general, el Estado no debe interferir en la comunicación social, evitando la censura previa. ¿Qué ocurre, sin embargo, con la censura privada, que se produce cuando las propias redes sociales eliminan contenido? De hecho, hace algún tiempo, Facebook desactivó páginas de cuentas vinculadas a un movimiento político. En 2020, Twitter y Facebook, por iniciativa propia, sin orden judicial, eliminaron publicaciones del presidente brasileño, ambas relacionadas con la COVID-19, por comentarios que contradecían el consenso científico. Parece indudable que las redes sociales pueden hacer cumplir sus términos de uso, evitando convertirse en canales para contenido peligrosamente anticientífico, ilegal o moralmente indeseable. Algunos ejemplos incluyen la

pornografía infantil, el racismo, la incitación a la violencia, el terrorismo o la pornografía vengativa (*revenge porn*). Pero para que dicha conducta sea legítima y no constituya una violación privada de la libertad de expresión, es esencial que sus criterios sean públicos y claros, sin lugar a la arbitrariedad ni a la selectividad.

Una última observación: a pesar de los esfuerzos de las autoridades y plataformas públicas, la preservación de internet como una esfera pública sana y robusta depende, sobre todo, de la propia sociedad, sus actitudes y demandas. En consecuencia, es necesario invertir en la alfabetización mediática y la concienciación pública como un capítulo decisivo en la creación de un entorno virtual libre, positivo y constructivo. Siempre habrá delitos en el mundo. Lo que el proceso civilizatorio hace es convertirlos en residuales, mediante el cumplimiento espontáneo de las leyes por parte de los ciudadanos. En cuanto a la desinformación y el uso de mentiras deliberadas como estrategia política, se espera que ocurra algo similar a lo que ocurrió con la pornografía a finales de la década de 1970: a pesar del temor a que ganara popularidad o se volviera mainstream, lo cierto es que permaneció confinada a un espacio específico y limitado, consumida solo por quienes así lo deciden, sin haber ocupado el espacio público de forma dominante.

En conclusión, podemos afirmar que: (1) la World Wide Web ha brindado acceso al conocimiento, la información y el espacio público a miles de millones de personas, transformando el curso de la historia; (2) es imperativo abordar el comportamiento inauténtico coordinado y el contenido ilícito mediante una regulación adecuada. Sin embargo, es esencial actuar con proporcionalidad y con los procedimientos adecuados para no comprometer la libertad de expresión, la diversidad y el pluralismo; (3) la alfabetización mediática y la concienciación de la sociedad y de las personas bienintencionadas —que, afortunadamente, constituyen la mayoría— son medidas esenciales para promover el uso positivo y constructivo de las nuevas tecnologías.

VI. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La comunicación humana ha recorrido un milenio, desde las inscripciones rupestres hasta la revolución digital. Este largo camino incluye la creación de la imprenta con tipos móviles y conduce a internet y las redes sociales. Sin escapar del cliché, un viaje a través del tiempo, desde Gutenberg hasta Zuckerberg.

Históricamente, la libertad de expresión siempre ha sido vista como un enemigo del poder, ya sea político, económico o religioso. No es sorprendente

que su represión, en diversos grados, haya sido una constante a lo largo de los siglos, incluso en las últimas décadas. En Brasil, fue especialmente restringida durante las dictaduras del Estado Novo y el Régimen Militar. Por esta razón, la Constitución de 1988 abordó el tema de forma casi obsesiva, en múltiples disposiciones, rechazando categóricamente todo tipo de censura.

Tras haber superado, no sin dificultades y ocasionales recaídas, el largo período de injerencia indebida del Estado en la libertad de expresión, Brasil y el mundo se enfrentan ahora a la nueva realidad que trae consigo la revolución digital. Internet y las redes sociales, si bien democratizan el acceso a la información, el conocimiento y el espacio público, también han propiciado el odio, las mentiras deliberadas, la desinformación, la destrucción de la reputación y las teorías conspirativas. En este escenario, los riesgos para la democracia y los derechos fundamentales no son menores.

Por esta razón, en países democráticos de todo el mundo, académicos, legisladores y reguladores han dedicado tiempo y energía a encontrar soluciones normativas a un desafío crucial: preservar la integridad de la libre expresión del pensamiento frente a las amenazas del mundo digital; sin interferir irrazonablemente en su ejercicio. La difícil tarea de frenar el abuso sin cometerlo es crucial. Por un lado, las conductas delictivas o poco éticas no constituyen derechos fundamentales ni pueden ser sancionadas por el sistema legal. Por otro lado, el Estado es un actor con un historial negativo en sus acciones en esta materia. Por todas estas razones, no es tarea fácil trazar un punto medio en la densa niebla de una era de polarización e intolerancia.

La dualidad descrita anteriormente dificulta el abordaje del problema. Como se ha demostrado, cierto grado de regulación, tanto estatal como autorregulada, se ha vuelto inevitable. Sin embargo, esta debe ser adecuada y proporcionada para que la libertad de expresión siga sirviendo a los valores que justifican su protección preferente: la dignidad humana (para que las personas puedan expresar su personalidad y cosmovisión), la búsqueda de la verdad (la verdad posible y plural en una sociedad abierta) y la democracia (que no puede prescindir de la libre circulación de información, ideas y opiniones). En pocos ámbitos del universo jurídico es tan delicado definir el punto óptimo de equilibrio entre preocupaciones contrapuestas y encontrar la justa medida entre el exceso y la escasez, entre la luz y la sombra.

[CAPÍTULO V]

**TREINTA Y CINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988: LOS
VERTIGINOSOS GIROS QUE DA EL MUNDO**

I. INTRODUCCIÓN

Se está convirtiendo en un ritual en mi vida escribir artículos con motivo de los aniversarios emblemáticos de la Constitución de 1988. En cada uno de estos textos, intento narrar los logros y frustraciones de la época, así como captar el estado de ánimo del momento. En el décimo aniversario de la Carta, con un tono optimista, bajo el subtítulo “*¿También te fue bien?*”, celebré la exitosa transición de una larga dictadura de casi un cuarto de siglo a un estado democrático de derecho. En el vigésimo aniversario, bajo el subtítulo “*El Estado que hemos alcanzado*”, establecí un paralelo con el bicentenario de la llegada de la familia real a Brasil, registrando el progreso que habíamos alcanzado como nación a lo largo de dos siglos. Cuando la Constitución cumplió treinta años, en “*La República que aún no ha sido*”, busqué dar cuenta de los avances y retrocesos, que incluyeron logros en materia de derechos fundamentales y la apropiación privada crónica del espacio público en Brasil.

Ahora, a los treinta y cinco años, es imposible no celebrar la victoria de la democracia y las instituciones sobre las mayores amenazas que se han presentado desde el fin del Régimen Militar. Fueron tiempos de agitación y temor a la regresión. Pero necesitamos sanar las heridas y asegurar que quienes piensan diferente puedan sentarse a la misma mesa y debatir el rumbo del país. Necesitamos paz, armonía y un proyecto de futuro para retomar el crecimiento sostenido, como lo hicimos durante la mayor parte del siglo pasado, y poder distribuir la renta para combatir la pobreza y las desigualdades injustas. El siguiente texto busca recuperar la memoria de los antecedentes de la Constitución, analizar y evaluar las promesas y los cambios que introdujo, y narrar su desempeño en el mundo real durante estos treinta y cinco años y siete presidentes. En definitiva, busco presentar una agenda consensuada y constructiva para Brasil.

II. REVIVIENDO EL PASADO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Del golpe de Estado de 1964 al Acto Institucional N° 5/68*

En la madrugada del 31 de marzo al 1 de abril de 1964, un golpe de Estado destituyó a João Goulart de la Presidencia de la República, cargo que posteriormente ocupó el Jefe del Estado Mayor del Ejército, Mariscal Castelo Branco³⁵⁸. No se trató de un *movimiento* ni de una *revolución*, sino de un golpe de Estado, término empleado en ciencias políticas y teoría constitucional para designar las situaciones en las que el jefe de gobierno es destituido mediante un procedimiento no previsto en la Constitución. Las palabras deben conservarse en su sentido más simple. Los hechos objetivos no pueden distorsionarse en narrativas ficticias. Con base en la terminología correcta y la realidad indiscutible, cada persona puede desarrollar la interpretación y la opinión que correspondan a su cosmovisión, dentro del pluralismo que caracteriza a las sociedades abiertas y democráticas.

También es cierto que el golpe contó con el apoyo de numerosos sectores de la sociedad, no mayoritarios, pero sí significativos, como gran parte de la clase empresarial, los productores rurales, la clase media y la Iglesia, así como el ejército y la prensa, además de Estados Unidos. Cada uno de estos actores tenía sus propios temores: la República Sindicalista, las Reformas Básicas, la Reforma Agraria, las Ligas Campesinas, el comunismo, el desorden, la ruptura de la jerarquía en las Fuerzas Armadas, la justicia social, etc. En general, los partidarios creían que el régimen de excepción solo duraría hasta el final del mandato de João Goulart y que las elecciones de 1965 se celebrarían con normalidad. Para justificar el golpe e intentar demostrar su legitimidad, los nuevos detentadores del poder —los comandantes del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea— promulgaron el Acta Institucional del 9 de abril de 1964³⁵⁹. Fue la primera de una larga serie de 17 actos de excepción.

358. Humberto de Alencar Castelo Branco asumió el cargo el 15 de abril de 1964. Fue elegido por el Congreso Nacional con una mayoría significativa, incluyendo el voto del expresidente Juscelino Kubitschek. Este apoyo no impidió que JK fuera destituido el 8 de junio de 1964. Juscelino era el candidato favorito en las elecciones que no se celebraron en 1965.

359. Este fue el preámbulo del acto que posteriormente se conocería como Acta Institucional N.º 1, debido a la sucesión de otros actos institucionales: *“La revolución victoriosa se investe del ejercicio del Poder Constituyente. Este se manifiesta mediante la elección popular o la revolución. Esta es la forma más expresiva y radical del Poder Constituyente. Así, la revolución victoriosa, como Poder Constituyente, se legitima. Destituye al gobierno anterior y tiene la capacidad de constituir el nuevo gobierno. Contiene la fuerza normativa inherente al Poder Constituyente. Promulga normas jurídicas sin estar limitada en esto por la normatividad anterior a su victoria. Los líderes de la revolución victoriosa, gracias a la acción de las Fuerzas Armadas y al apoyo inequívoco de la Nación, representan al Pueblo y en su nombre ejercen el Poder Constituyente, del cual el Pueblo es el único titular”*.

La dictadura comenzó a gestarse con la prórroga del mandato de Castelo Branco. Si bien la medida fue aprobada mediante enmienda constitucional, implicó un Congreso cuyos miembros fueron amenazados con la expulsión. Con la prórroga, las elecciones presidenciales del 3 de octubre de 1965 se cancelaron y se reprogramaron para noviembre del año siguiente. La presidencia de Castelo Branco, que debía concluir el 31 de enero de 1966, se prorrogó por más de un año, hasta el 15 de marzo de 1967. Algunos estados celebraron elecciones para gobernador, que tuvieron lugar el 3 de octubre de 1965. En estas elecciones, resultaron victoriosos candidatos que el régimen militar veía con antipatía, como en Guanabara y Minas Gerais³⁶⁰. Estas derrotas motivaron el “*endurecimento*” del proceso político, con la promulgación del Acto Institucional N° 2, del 27 de octubre de 1965.

El Acto Institucional N° 2 (AI-2) sentó las bases para la dictadura militar, imponiendo cambios institucionales y concentrando el poder en manos del general-presidente. Entre sus medidas se encontraba la extinción de los partidos políticos existentes, creando un bipartidismo artificial: la Alianza de Renovación Nacional (ARENA), que apoyaba al gobierno militar, y el Movimiento Democrático Brasileño (MDB), que constituía una oposición tolerada pero amenazada, con la posibilidad de revocación de mandatos y suspensión de derechos políticos. Y eso no fue todo: la misma ley hizo indirecta la elección presidencial, previó la posibilidad de receso en el Congreso Nacional, aumentó el número de magistrados del Supremo Tribunal Federal de 11 a 16 y renovó la posibilidad de revocación de mandatos, suspensión de derechos políticos, destitución arbitraria de funcionarios públicos y jubilación obligatoria. En la secuencia histórica, el Acto Institucional N° 3, del 5 de febrero de 1966, hizo indirectas las elecciones de gobernadores y abolió las elecciones de alcaldes de las capitales estatales, quienes eran nombrados por el jefe del poder ejecutivo estatal. Sólo mediante la negación absoluta sería posible dejar de ver la dictadura instaurada.

La expectativa de un retorno a la normalidad democrática se fue disipando gradualmente. Dentro de las Fuerzas Armadas, “*la línea dura*”, liderada por el Ministro de Guerra³⁶¹, Arthur da Costa e Silva, prevaleció sobre la facción moderada, representada por Castelo Branco. Castelo Branco intentó, sin embargo, moderar el proceso, redactando una Constitución enviada al Congreso Nacional, que se transformó en Asamblea Constituyente mediante el Acto

360. No Rio de Janeiro venceu Francisco Negrão de Lima e em Minas Gerais, Israel Pinheiro.

361. Em 1967, o nome mudaria para Ministério do Exército.

Institucional Nº 4 del 7 de diciembre de 1966. El proyecto fue aprobado por procedimiento de urgencia y plazos perentorios. Como era de esperar, la nueva Carta no logró cambiar el curso de la degeneración institucional. En la sociedad civil, la desilusión ante el avance autoritario alimentó una creciente protesta entre asociaciones profesionales, la prensa y grupos estudiantiles, lo que propició el surgimiento de grupos urbanos y rurales de resistencia armada al régimen dictatorial.

La nueva Constitución entró en vigor el 24 de enero de 1967, fecha de la toma de posesión del Mariscal Costa e Silva como presidente, elegido indirectamente por un Congreso Nacional sin autonomía. Llegó entonces el fatídico año de 1968, que movilizó a jóvenes de todo el mundo en manifestaciones por diversas causas, desde las reformas universitarias hasta la guerra de Vietnam. En Brasil, se sumaron las protestas estudiantiles contra la falta de plazas universitarias y la dictadura, incluyendo la emblemática marcha de los cien mil, junto con un encendido discurso del diputado Márcio Moreira Alves contra las acciones militares y armadas de organizaciones de izquierda (robos a bancos, robos de armas y, posteriormente, el secuestro de embajadores). Todo esto culminó con la promulgación, por parte de Costa e Silva, del Acto Institucional Nº 5 el 13 de diciembre de 1968.

A partir de entonces, la dictadura se volvió flagrante³⁶², otorgándosele al Presidente de la República la facultad de decretar el receso del Congreso Nacional, legislar en todas las materias; decretar la intervención en estados y municipios; suspender los derechos políticos y revocar mandatos electos; declarar el estado de sitio; confiscar bienes; destituir o jubilar a cualquier servidor público. También se suspendió la garantía del *habeas corpus* para diversos delitos, y todos los actos basados en el AI-5 quedaron excluidos de la revisión judicial. Poco después, el 16 de enero de 1969, tres magistrados del STF fueron jubilados forzosamente³⁶³. Los medios de comunicación quedaron bajo censura, todas las canciones necesitaban la aprobación previa del gobierno y se multiplicaron los episodios de tortura contra opositores políticos. Pero eso no fue todo.

362. Este es el título del volumen II de la colección de cinco volúmenes escrita por Elio Gapari: A ditadura envergonhada, A ditadura escancarada, A ditadura derrotada, A ditadura encurralada y A ditadura acabada. Las obras se publicaron a partir de 2002 y constituyen un relato notable y bien documentado del régimen militar, que duró de 1964 a 1985.

363. Se trataba de los ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva y Víctor Nunes Leal. Poco después, el 18 de enero de 1969, el presidente del Supremo Tribunal Federal (STF), Gonçalves de Oliveira, renunció a la presidencia en señal de protesta. Sobre este episodio, ver RECONDO, Felipe. Tanques e togas. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

2. Desde los años más oscuros de la dictadura hasta la apertura política

El presidente Costa e Silva sufrió una trombosis cerebral y fue destituido de la presidencia por el Acto Institucional N° 12, del 31 de agosto de 1969, falleciendo el 17 de diciembre de 1969. Su sucesor constitucional fue el vicepresidente Pedro Aleixo, un civil. Y entonces vino lo inevitable: el golpe dentro del golpe. Los comandantes militares tomaron el poder, impidieron que Pedro Aleixo asumiera el cargo y promulgaron la Enmienda Constitucional N° 1, del 17 de octubre de 1969. En realidad, en lugar de publicar solo las enmiendas, como era habitual, se publicó el texto constitucional completo. La razón era simple: bajo la apariencia formal de una enmienda, se impuso una nueva Constitución, materializando el proyecto autoritario que se había consolidado. El Acto Institucional N° 5, sus Actos Complementarios y toda la legislación represiva que se había promulgado, permanecieron vigentes.

Nubes grises anunciaban la llegada de los “Años de Plomo”, como se conoció al gobierno del presidente Emílio Garrastazu Médici. Tras intensas disputas internas en las Fuerzas Armadas, Médici fue elegido indirectamente por un Congreso subyugado, que reabrió sus sesiones para ratificar su nombre. Gobernó durante un período de gran prosperidad, conocido como el “*milagro económico*”. También fue una época de movilización armada contra el régimen militar dictatorial por parte de grupos de izquierda, organizados en movimientos guerrilleros³⁶⁴. Se produjeron secuestros de aviones y embajadores, incluyendo los de Estados Unidos, Alemania y Suiza, para obtener intercambios de prisioneros como rescate. La represión gubernamental fue brutal, incluyendo homicidios, desapariciones forzadas, presos políticos y cientos de personas torturadas en cuarteles y cárceles clandestinas³⁶⁵. Muchos brasileños se exiliaron.

El 31 de enero de 1974, finalizó el mandato de Médici y fue reemplazado como presidente por el general Ernesto Geisel, también elegido indirectamente. En un acto simbólico de resistencia democrática, se postuló contra él el presidente del MDB, Ulysses Guimarães. Geisel inició un proceso de apertura política “*lento, gradual y seguro*”, alternando entre medidas liberalizadoras y

364. Entre ellos estaban la Vanguardia Popular Revolucionaria (VPR), Acción de Liberación Nacional (ALN) y la Vanguardia Popular Revolucionaria Palmares (VAR Palmares).

365. V. Informe Final de la Comisión Nacional de la Verdad (Disponible en: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>).

represión violenta³⁶⁶. El gobierno sufrió el impacto de la primera crisis petrolera —una drástica reducción de la oferta de los países productores, con un aumento exponencial de los precios— y no pudo mantener las tasas de crecimiento del período anterior. Las elecciones de 1974 presenciaron una expansión significativa de la oposición. Sin embargo, la reacción autoritaria llegó con el “*Paquete de Abril*”.

Tras el receso del Congreso el 13 de abril de 1977, Geisel promulgó las Enmiendas Constitucionales N° 7 y N° 8. La segunda contenía una reforma judicial menor, pero la primera modificó las normas electorales para favorecer al gobierno, extendió el mandato del siguiente presidente a seis años mediante elección indirecta y creó la estigmatizada figura del senador “*biónico*”, elegido indirectamente por las asambleas legislativas. Todo esto para prolongar la duración del régimen militar. El 12 de octubre de 1977, Geisel destituyó al comandante del Ejército, el general Sylvio Frota, quien orquestaba su propia candidatura presidencial, buscando unir a los radicales de “*línea dura*”. También destituyó al comandante del II Ejército tras la muerte del periodista Vladimir Herzog y del trabajador Manuel Fiel Filho, ambos bajo tortura.

3. De la decadencia del régimen militar a la convocatoria de la Asamblea Constituyente

No están claras las razones que llevaron a Geisel a elegir al general João Baptista de Oliveira Figueiredo como su sucesor. Figueiredo era un militar con poca experiencia política y autor de declaraciones desastrosas, como “*Prefiero el olor a caballo al olor a persona*”. Elegido indirectamente el 15 de octubre de 1978, Figueiredo enfrentó oposición dentro de las propias Fuerzas Armadas³⁶⁷. Su período estuvo marcado, a nivel internacional, por la segunda crisis del petróleo (1979) y, a nivel nacional, por el bajo crecimiento económico y la alta inflación. Fue también durante el gobierno de Figueiredo que militares de línea dura y extrema derecha perpetraron varios atentados terroristas, incluyendo varios quioscos que vendían publicaciones universales y el envío de cartas bomba, como la dirigida al Colegio de Abogados de Brasil, donde fue asesinada la Sra. Lyda

366. V. SORANO, Vitor et al. 89 murieron o desaparecieron tras una reunión informada por la CIA en la que Geisel autorizó muertes. G1, 11 de junio de 2018. Disponible en: <https://g1.globo.com/politica/noticia/mais-de-80-morreram-ou-desapareceram-na-ditadura-apos-geisel-autorizar-a-execucao-de-subversivos-perigosos-veja-lista.ghtml>.

367. V. ABREU, Hugo de. O outro lado do poder. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1979.

Monteiro, y el terrible atentado en Riocentro, donde los militares planeaban colocar bombas en un concierto de música popular el 30 de abril de 1981.

Figueiredo no pudo, no quiso o no pudo castigar a los autores del ataque terrorista de Riocentro, lo que marcó la muerte moral del régimen militar. El general Golbery do Couto Silva, figura clave en la apertura política desde el gobierno de Geisel, renunció a su cargo de Jefe del Estado Mayor en protesta. A pesar de todo, Figueiredo continuó el lento proceso de redemocratización, aboliendo las leyes institucionales (Enmienda Constitucional N° 11, 13 de octubre de 1978) y promulgando una amnistía política (Ley N° 6.683, 28 de agosto de 1979), que permitió el regreso a Brasil de presos políticos y exiliados, como Miguel Arraes y Leonel Brizola. Poco después, se abolió el sistema bipartidista (Ley N° 6.767, 20 de diciembre de 1979), lo que dio lugar al surgimiento de numerosos partidos nuevos, incluidos partidos de izquierda que habían estado prohibidos durante un largo período. En 1984, al acercarse el fin del gobierno, una amplia campaña popular salió a las calles, en el movimiento conocido como "*Diretas Já*" (Elecciones Directas Ya), que exigía el regreso de las elecciones directas para la presidencia de la República. En la votación de la enmienda constitucional en el Congreso Nacional, no se alcanzó el quórum para su aprobación.

Sin embargo, Figueiredo llegó al final de su mandato debilitado e incapaz de liderar el proceso de sucesión entre los miembros de la base gubernamental, agrupados en el partido que había reemplazado a ARENA, el Partido Socialdemócrata (PDS). Tras una intensa disputa interna, el candidato del partido fue Paulo Maluf, exgobernador de São Paulo. La oposición, a su vez, se organizó en torno a uno de sus líderes más moderados, Tancredo Neves, quien formó una alianza con disidentes del partido gobernante, liderados por José Sarney. Presentando sus candidaturas a la presidencia y la vicepresidencia, obtuvieron la victoria en las elecciones indirectas celebradas el 15 de enero de 1985, poniendo fin al régimen militar. Trágicamente, Tancredo Neves enfermó y no pudo asumir el cargo, falleciendo el 21 de abril de 1985. José Sarney asumió la presidencia, gobernando Brasil del 15 de marzo de 1985 al 15 de marzo de 1990.

III. SOÑANDO CON EL FUTURO: LAS PROMESAS DE LA CONSTITUCIÓN

1. “Carta del Ciudadano” y “Constitución blanqueada”

En cumplimiento del compromiso asumido por Tancredo Neves, el presidente José Sarney presentó una propuesta al Congreso Nacional para convocar una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) el 28 de junio de 1985. Simultáneamente, se creó la Comisión Provisional de Estudios Constitucionales, conocida como Comisión Arinos, con el propósito de redactar un anteproyecto de Constitución. El buen trabajo de la Comisión fue desestimado por el Poder Ejecutivo, en gran medida debido al carácter parlamentario del proyecto, y por los constituyentes, quienes no querían que su trabajo se guiara por un documento externo. Este hecho, sumado a las circunstancias que rodearon la elección del presidente de la ANC, significó que el trabajo se desarrollara sin un texto base³⁶⁸. Así, se formaron ocho comisiones temáticas, cada una subdividida en tres subcomisiones, para un total de 24. La consolidación y sistematización del trabajo fue una ardua tarea, cuyo resultado fue un texto extenso, detallado y a veces prolijo, con 250 artículos en el cuerpo principal y 70 en la ley de disposiciones constitucionales transitorias. La Enmienda Constitucional N° 26, del 27 de noviembre de 1985, formalizó la convocatoria de la Asamblea Constituyente, cuyos miembros fueron elegidos el 15 de noviembre de 1986 y sesionaron a partir del 1 de febrero de 1987, sumándose a los senadores que ya formaban parte del Congreso.

Promulgada el 5 de octubre de 1988, la nueva Constitución fue apodada “*Constitución Ciudadana*” por el presidente de la Asamblea Constituyente, Ulysses Guimarães. De hecho, su preámbulo comienza anunciando la ambición de crear una sociedad “*fraternal, pluralista y sin prejuicios*”, siendo uno de sus principios fundamentales, enunciado en el Artículo 1, III, “*la dignidad de la persona humana*”. Además, en un cambio simbólicamente importante, la sección dedicada a los *derechos y garantías* fundamentales se colocó al principio del texto, mientras que las Constituciones anteriores comenzaban con la organización

368. Ulysses Guimarães, el principal candidato a presidente de la Asamblea Constituyente, tuvo la idea de formar una comisión preliminar para redactar un anteproyecto de ley. Sin embargo, el diputado Fernando Lyra también lanzó su candidatura denunciando que la fórmula de Ulises, basada en la experiencia de 1946, crearía asambleas constituyentes de primera y segunda categoría. Ulises se vio obligado a retirar la idea y no se presentó ningún proyecto de ley preliminar. (Ver JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. En: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 11).

de poderes. Los diversos capítulos que tratan de los derechos fundamentales describen los derechos individuales —cuyos pilares son la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad (Constitución brasileña, artículo 5)— los *derechos sociales* —la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y de la infancia y la asistencia a los indigentes (Constitución brasileña, artículo 6)— y los derechos políticos, que consisten en el derecho a participar en la vida pública, en particular votando y siendo votado (Constitución brasileña, artículos 14 a 16).

Algunos críticos, sin embargo, se refieren al texto constitucional como una “*Constitución blanqueada*”, debido al importante número de disposiciones que abordan categorías profesionales, especialmente dentro del servicio público³⁶⁹. En muchos casos, esto establece prerrogativas y privilegios. De hecho, la Constitución incluye disposiciones para el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República, las Fiscalías Estatales y del Distrito Federal, las Fuerzas Armadas, los Tribunales de Cuentas, la Policía Federal, las fuerzas policiales estatales (tanto civiles como militares) y las notarías, entre otros. Además, en su versión original, la Constitución mantenía numerosos monopolios estatales en áreas como las telecomunicaciones, la electricidad, el petróleo y el gas natural, así como diversas restricciones a la participación del capital extranjero en sectores de la economía. Fue solo durante la década de 1990 que diversas reformas relajaron los monopolios, abolieron ciertas restricciones a la inversión extranjera y allanaron el camino para la privatización de algunos sectores de la economía.

La Constitución de 1988 se redactó con la significativa participación de movimientos sociales y sectores organizados de la sociedad, todos en busca de protección constitucional. El resultado fue una Constitución extremadamente completa y detallada, que incorpora numerosos asuntos que en otras partes del mundo quedan relegados al ámbito de las decisiones políticas y la legislación ordinaria. La Constitución brasileña no solo aborda cuestiones típicamente constitucionales, como la definición de los derechos fundamentales, la organización del Estado y la distribución de poderes, sino que ha ido más allá al incluir en su texto: el sistema tributario, el sistema de seguridad social, el sistema de salud, el sistema educativo, la organización económica y financiera,

369. V. SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, 2006.

la protección del medio ambiente, la protección de las comunidades indígenas, la protección de la infancia, la adolescencia, la juventud y la tercera edad, la protección del patrimonio histórico, la promoción de la cultura, la ciencia y la tecnología, entre otros temas. Incluir un asunto en la Constitución significa, en gran medida, sustraerlo de la política y llevarlo al ámbito del derecho. Esta es la razón de la generalizada judicialización de la vida brasileña.

2. La separación de poderes

i) Poder Ejecutivo

El pleno de la Asamblea Constituyente rechazó el modelo parlamentario (en realidad semipresidencial)³⁷⁰, propuesto por la Comisión de Sistematización mantuvo el sistema presidencial. En contraste, previó un plebiscito (ADCT, art. 2), que tuvo lugar el 21 de abril de 1982, permitiendo a los votantes elegir entre ambos modelos. El presidencialismo prevaleció por un amplio margen. Una de las dificultades del presidencialismo es la ausencia de un mecanismo institucional no traumático para destituir a los presidentes que han perdido apoyo político. Paraguay, Perú, Ecuador y Brasil son ejemplos de países que, en los últimos tiempos, han experimentado las dificultades, la inestabilidad y el resentimiento propios de los procesos de *impeachment*³⁷¹. Bajo la Constitución de 1988, como es bien sabido, los presidentes Fernando Collor y Dilma Rousseff fueron destituidos mediante este método. En resumen, con el sistema presidencial, estamos recayendo en una fórmula que ha sido caldo de cultivo para crisis políticas en América Latina, a menudo conduciendo a regímenes autoritarios, desde Perón hasta Chávez, desde Getúlio a Ortega.

Una característica del modelo brasileño es el llamado presidencialismo de *coalición*³⁷², resultado de la combinación del sistema presidencial con el federalismo

370. Aunque separaba las figuras del jefe de gobierno y del jefe de Estado, la propuesta mantenía la elección directa para presidente de la República y atribuía competencias limitadas, pero importantes, al presidente de la República.

371. En los últimos 30 años, ha habido al menos una docena de casos de impeachment en América Latina, concentrados en los países mencionados en el texto. V. O'BOYLE, Brendan. Presidents no longer. *American Quarterly*. Disponible en: <https://www.americasquarterly.org/fullwidthpage/impeached-assassinated-and-overthrown-a-graphic-history-of-latin-american-presidencies-cut-short/>. En Argentina, desde el regreso a la democracia en 1983, hubo más de 80 solicitudes de impeachment presentadas ante el Congreso. V. ROSS, Gregory. Impeachment fever. *Wilson Center*, 22 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/blog-post/impeachment-fever>.

372. La expresión fue utilizada por primera vez por Sérgio Abranches en un artículo titulado "*Presidencialismo de coalición: El dilema institucional brasileño*", publicado en 1988, es decir, antes de la aplicación práctica de la nueva Constitución. Abordó el tema en su excelente libro *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Este párrafo se beneficia de sus reflexiones.

y, sobre todo, con el multipartidismo, en un marco de fragmentación partidaria. Esta denominación identifica el tipo de maniobras políticas y concesiones que el presidente debe realizar para consolidar su apoyo político en la legislatura. Este sistema es indispensable para la gobernabilidad, ya que permite la formación de las mayorías necesarias para la aprobación de leyes y reformas constitucionales, e incluso para evitar el impeachment. La fórmula no es necesariamente negativa y, de hecho, ya ha propiciado buenas políticas públicas, como los programas Plano Real y Bolsa Familia. Por lo tanto, se pueden formar coaliciones mediante métodos legítimos, basados en valores y programas comunes³⁷³. Sin embargo, el presidencialismo de coalición a menudo ha degenerado en un modelo clientelista, que implica la distribución de cargos públicos, la asignación de empresas estatales y la liberación discrecional de fondos presupuestarios. Los criterios no siempre son republicanos ni transparentes, con casos de gran indulgencia ante la malversación de fondos públicos, lo que perpetúa un patrón de apropiación privada del Estado³⁷⁴.

Otra característica destacada del presidencialismo brasileño es el rol del titular del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo, que va mucho más allá del poder de aprobación y veto, habitual en las democracias presidenciales. Una innovación particularmente importante instituida por la Constitución de 1988 fue la facultad del Presidente de la República para dictar medidas provisionales³⁷⁵, actos normativos primarios con fuerza de ley inmediata, que se someten a posteriori al Congreso Nacional. Los abusos en su uso y las omisiones en su revisión, que dieron lugar a sucesivas promulgaciones sin deliberación del Poder Legislativo, condujeron a la promulgación de la Enmienda Constitucional N° 32, del 11 de septiembre de 2001. A partir de entonces, las medidas provisionales tuvieron una vigencia de 60 días (anteriormente 30), pero solo se permitió una promulgación. Si no es aprobada por el Congreso y convertida en ley, pierde su vigencia. También se impuso la prohibición de medidas provisionales en diversas materias (Constitución, artículo 62 y párrafos).

373. ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 9; 13.

374. Las palabras de ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 371: *"Nuestro sistema político y económico encontró en el presidencialismo de coalición los instrumentos para reproducir el dominio oligárquico. [...] Ya sea en los gobiernos del PSDB o del PT, la mayor parte de los ingresos públicos se transfirió a los más ricos"*.

375. Para una discusión original y valiosa sobre las medidas provisionales y su papel, v. ABRAMOVAY, Pedro. Separação de poderes e medidas provisórias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Además, el Poder Ejecutivo en Brasil, a diferencia del sistema presidencial estadounidense, tiene iniciativa exclusiva para iniciar el proceso legislativo en diversos asuntos, como la creación de cargos, los aumentos salariales y el régimen jurídico de los funcionarios públicos (Constitución brasileña, art. 61, §1). Finalmente, se analizarán más adelante algunos cambios de gran impacto relacionados con el Poder Ejecutivo, como la reducción del mandato presidencial, la posibilidad de reelección de los titulares del Poder Ejecutivo y la creación del Ministerio de Defensa.

ii) Poder Legislativo

El Poder Legislativo fue el más afectado durante el régimen militar, con el cierre del Congreso, las purgas y la imposición de un bipartidismo forzado, con la extinción de los partidos existentes. En los 35 años transcurridos desde la entrada en vigor de la Constitución de 1988, nada similar ha ocurrido, a pesar de las importantes crisis que resultaron en la pérdida de mandatos por corrupción o falta de decoro. El Congreso Nacional también jugó un papel importante en los dos procesos de destitución tras la redemocratización: el del presidente Collor, cuya acusación fue aceptada por la Cámara el 29 de septiembre de 1992, y quien posteriormente fue destituido por el Senado el 30 de diciembre de 1992, a pesar de haber renunciado el día anterior; y la de la presidenta Dilma Rousseff, cuya acusación fue aceptada por la Cámara el 2 de diciembre de 2015 y destituida definitivamente mediante un juicio en el Senado el 31 de agosto de 2016. En el caso de la presidenta Dilma, a pesar de haberse cumplido las formalidades procesales constitucionales, existía una percepción generalizada entre diferentes sectores de la sociedad de que su destitución equivalía a una moción de censura —una institución típica del sistema parlamentario— y no exactamente a un delito de responsabilidad, dada la menor gravedad de las presuntas violaciones de las normas presupuestarias. En última instancia, como suele ocurrir en procedimientos de esta naturaleza, la pérdida del cargo se produjo por falta de apoyo político en el Congreso.

Uno de los aspectos más destacados del desempeño del Poder Legislativo durante este período fue la creación de diversas comisiones parlamentarias de investigación (CPI), por cada una de las cámaras legislativas o comisiones mixtas de investigación (CPMI), para investigar episodios relevantes de la vida política nacional. Varias de ellas fueron muy destacadas y tuvieron consecuencias significativas. La CPI del PC Farias (1992) investigó graves episodios de

corrupción en el gobierno de Collor y condujo a la destitución y renuncia del presidente. La CPI del Presupuesto (1993) reveló una enorme trama de corrupción, conocida como los “*Enanos del Presupuesto*”, que incluía la recepción de sobornos y la transferencia de fondos a empresas fantasma o empresas propiedad de familiares. La CPI del Poder Judicial (1999) expuso una trama de sobrepagos relacionada con la construcción del Tribunal Regional del Trabajo en São Paulo y resultó en la expulsión de un senador. La CPI del Servicio Postal (2005) reveló una trama de corrupción en la empresa estatal y fue la punta del iceberg que desencadenó el escándalo del Mensalão. La CPI de Petrobras (2015), originada a raíz de la llamada Operación Lava Jato, investigó las denuncias de malversación de fondos de la empresa por parte de partidos políticos mediante el nombramiento de directores que participaron en la trama. En 2021, la CPI sobre el Covid, cuya creación fue ordenada por el STF, investigó las omisiones e irregularidades en las acciones del gobierno durante la pandemia.

El Congreso Nacional también desempeña un papel destacado en la elaboración del presupuesto público. Este es un ámbito frecuentemente desatendido en el debate público brasileño, tratado como un campo inaccesible para la ciudadanía. Sin embargo, es en el presupuesto donde se toman las principales decisiones políticas en la vida del país. Cabe destacar que la Constitución fue obsesiva al abordar el presupuesto, estableciendo un plan plurianual, una ley de directrices presupuestarias y la ley anual de presupuesto (CF, art. 165). Algunos de los episodios más graves de corrupción y patrimonialismo en la vida brasileña se han asociado con el presupuesto, desde el escándalo de PC Farias hasta el presupuesto secreto, incluyendo el episodio de los “*Enanos del Presupuesto*”. En el modelo actual, el Congreso participa en el presupuesto no solo en la aprobación general, sino también en la presentación de enmiendas de comisiones, bancadas, individuales y de relatores. Las enmiendas del ponente, originalmente destinadas a corregir errores y omisiones técnicas o legales, se han distorsionado hasta convertirse en lo que se ha dado en llamar el presupuesto secreto: excesiva discreción personal del ponente y la no identificación del parlamentario que las propone. Esta práctica fue declarada inconstitucional por el STF³⁷⁶, por violación a la separación de poderes y al principio de transparencia, pero persistió, al menos en parte, debido a acuerdos políticos con el Poder Ejecutivo.

376. STF. ADIs n°s 850, 851, 854 e 1.014. Rel. Min. Rosa Weber, j. 19.12.2022.

iii) Poder Judicial

Algunos sostienen que el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo, el siglo XX el del Poder Ejecutivo y que el siglo XXI pertenece al Poder Judicial³⁷⁷. Es posible que esta apreciación sea exagerada. Siguen siendo los poderes políticos los que definen el rumbo de la sociedad. Sin embargo, es un hecho que, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha producido un vertiginoso auge institucional del Poder Judicial. Jueces y tribunales han dejado de ser un departamento técnico especializado del Estado para transformarse en un verdadero poder político, compitiendo por espacio con los otros dos. Este proceso histórico se debe a múltiples causas, entre ellas: la percepción de la importancia de un Poder Judicial fuerte e independiente para preservar la democracia y los derechos fundamentales; la insuficiencia de una representación política mayoritaria para satisfacer todas las demandas de la sociedad; y la circunstancia de que, en relación con diversos asuntos, especialmente aquellos en los que existe un desacuerdo moral razonable (aborto, uniones entre personas del mismo sexo, restricciones de derechos), el Poder Legislativo es incapaz de formar mayorías o superar bloqueos. Esta situación es global. En Brasil, siguiendo esta tendencia, la Constitución de 1988 consagró nuevos derechos (por ejemplo, los derechos del consumidor³⁷⁸), nuevas acciones (por ejemplo, la acción civil pública³⁷⁹) e instituyó modelos de juicio simplificados (tribunales especiales³⁸⁰), ampliando el acceso a la justicia.

Además, el Poder Judicial en Brasil se ha visto afectado por varios procesos históricos y acuerdos institucionales que han ampliado su alcance. Estos incluyen el desplazamiento de la Constitución al centro del sistema legal, la constitucionalización del derecho (véase más adelante) y una Constitución integral. Asuntos que en otras partes del mundo pertenecen a la política y la legislación ordinaria se vuelven legales y justiciables en Brasil. Además, bajo el sistema de revisión constitucional adoptado aquí, existe la siguiente realidad:

377. O SÉCULO XXI Marca la era de los derechos y del Poder Judicial, afirma Lewandowski. Conselho Nacional de Justiça, 14 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski/>.

378. El Código de Protección al Consumidor (Ley N° 8.078) data del 11 de septiembre de 1970. La protección al consumidor fue incluida en el artículo 5, XXXII, de la Constitución Federal.

379. La Ley de Acción Civil Pública (Ley N° 7.347) data del 24 de julio de 1985, y su constitucionalización se produjo a través del artículo 129, III.

380. CF, art. 98, I, Ley N° 9.099, de 26 de septiembre de 1995, en el ámbito de los Tribunales Estaduales, y Ley N° 10.259, de 12 de julio de 2001, en el ámbito de los Tribunales Federales.

(i) todos los jueces y tribunales del país aplican e interpretan la Constitución (control incidental y difuso); y (ii) es posible presentar acciones constitucionales directamente ante el Supremo Tribunal Federal (control principal y concentrado). La suma de estos factores —el auge institucional del Poder Judicial, los nuevos derechos y acciones, la juridificación de los más variados temas y el amplio acceso a la jurisdicción, incluida la constitucional— ha traído dos consecuencias muy visibles en Brasil: la judicialización de la vida y un cierto protagonismo del Supremo Tribunal Federal.

La judicialización ha sido tanto cuantitativa como cualitativa. La *judicialización cuantitativa* se manifiesta en la existencia de aproximadamente 80 millones de demandas judiciales en curso en el país, una de las tasas de litigio más altas del mundo, en demandas que abarcan desde derechos del consumidor hasta cuestiones de seguridad social, abarcando todas las ramas del derecho. Considerando que la población adulta de Brasil es de aproximadamente 159 millones de personas³⁸¹, si las estadísticas fueran una ciencia simple, sería posible afirmar que uno de cada dos adultos está involucrado en litigios. Obviamente, esto no es del todo cierto, ya que el sistema judicial tiene muchos clientes preferentes, incluyendo, en el sector público, el INSS (Instituto Nacional de Seguridad Social de Brasil) y, en el sector privado, las instituciones financieras. El lado positivo de la realidad aquí descrita es que revela un alto grado de confianza en el desempeño del Poder Judicial. El lado negativo es que no existe una estructura capaz de gestionar este volumen de demanda con la rapidez deseada. El país necesita un proceso de desjudicialización, que incluya métodos alternativos de resolución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje), pero no se limite a ellos. El abogado del futuro será más un negociador de buenos acuerdos que un formulador de demandas.

La *judicialización cualitativa* es lo que ha llevado al Poder Judicial algunos de los principales problemas políticos, económicos, sociales y éticos nacionales. Temas como el establecimiento de CPIs, los planes económicos, la vacunación poblacional, el aborto, la investigación con células madre embrionarias, las uniones entre personas del mismo sexo y la preservación de la Amazonía, por nombrar solo algunos ejemplos, han tenido su último capítulo ante jueces y tribunales. En la práctica, este fenómeno ha otorgado gran prominencia al

381. ALBUQUERQUE, Ana Luíza. El IBGE estima que el 95% de la población mayor de 18 años se identifica como heterosexual. Folha de São Paulo, 25 de mayo de 2022.

Supremo Tribunal Federal, que termina siendo la última instancia —y a veces la primera y única— para tales debates. Las razones para esto incluyen: (i) una Constitución completa y detallada; (ii) la existencia de múltiples acciones directas que discuten la constitucionalidad de las leyes³⁸²; y (iii) una amplia legitimación para interponer dichas acciones³⁸³. A esto se suma la amplia jurisdicción penal para juzgar a parlamentarios y autoridades ejecutivas —que siempre atrae la cobertura mediática— y el hecho de que los juicios se transmitan por TV Justiça (TV Justicia). En Brasil, no hay día en que no aparezca una noticia sobre una decisión judicial en la portada de periódicos y sitios web de noticias. Esta excesiva visibilidad, fruto del orden institucional brasileño, a veces se confunde indebidamente con activismo judicial, lo cual no es el caso³⁸⁴.

3. Las transformaciones de la teoría constitucional

La Constitución de 1988, influenciada por movimientos históricos, políticos y doctrinales, tanto nacionales como internacionales, sentó las bases para profundas transformaciones en la concepción y la práctica del derecho constitucional en Brasil. Estas concepciones innovadoras pueden resumirse en tres bloques principales: la consecución de status normativo y eficacia constitucional por parte de la Constitución; el surgimiento de un nuevo constitucionalismo basado en diversos fundamentos filosóficos y teóricos; y la constitucionalización del derecho, es decir, la difusión de los valores y principios constitucionales en todo el sistema jurídico.

382. El derecho constitucional brasileño comprende las siguientes acciones directas: (i) acción directa de inconstitucionalidad (CF, art. 102, I, “a”); (ii) acción directa de inconstitucionalidad por omisión (CF, art. 103, §2º); (iii) acción declaratoria de constitucionalidad (CF, art. 102, I, “a”); (iv) demanda de incumplimiento de un precepto fundamental (CF, art. 102, §1º). Además, existe la acción de intervención directa, a efectos de la intervención federal en los estados, que nunca se ha utilizado en virtud de la Constitución de 1988.

383. El artículo 103 de la Constitución enumera los agentes, órganos y entidades con derecho a proponer leyes, entre los que se incluyen el Presidente de la República, los presidentes de la Cámara de Diputados, del Senado y de todas las asambleas legislativas estatales, los gobernadores estatales, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil (OAB), todos los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, todas las asociaciones profesionales nacionales y las confederaciones sindicales.

384. El activismo judicial, en sentido peyorativo, se refiere al ejercicio indebido de la jurisdicción, interfiriendo en las competencias de otros poderes del Estado. En un sentido más técnico, identifica la aplicación de un principio o analogía para regir una situación no expresamente contemplada por el legislador o la asamblea constituyente, lo que implica, en cierta medida, la creación judicial de la ley. Los ejemplos en la jurisprudencia del STF brasileño son escasos, siendo el más notable la equiparación de las uniones entre personas del mismo sexo a las uniones estables convencionales. A falta de una norma específica y dada la necesidad de regular la materia, el Tribunal elaboró una solución basada en los principios de igualdad, dignidad humana y seguridad jurídica.

i) La doctrina brasileña de la eficacia

Una de las más graves disfunciones históricas del constitucionalismo brasileño, desde la Constitución de 1824, ha sido siempre la “*insinceridad normativa*”, es decir, la inclusión en el texto constitucional de promesas que se sabía de antemano que no se cumplirían³⁸⁵. De hecho, siguiendo la tradición que prevaleció en Europa hasta la Segunda Guerra Mundial, la Constitución no se consideraba una norma jurídicamente vinculante ante los tribunales. Sus proposiciones funcionaban simplemente como un llamado a la acción para los poderes legislativo y ejecutivo. No se reconocía al Poder Judicial un papel relevante en la implementación del contenido de la Constitución. Solo cuando dicho contenido se desarrollaba mediante leyes parlamentarias o de órganos administrativos, adquiría fuerza judicial³⁸⁶. A lo largo de la década de 1980, bajo el nombre de *doctrina brasileña de la eficacia*³⁸⁷, se articuló un movimiento cuya esencia era hacer que las normas constitucionales fueran directa e inmediatamente aplicables en la máxima extensión de su densidad normativa³⁸⁸. En consecuencia, cuando se viola un mandato constitucional, el ordenamiento jurídico debe proporcionar mecanismos adecuados de protección —mediante la acción judicial y la jurisdicción— que regulen los recursos legales apropiados y la actuación efectiva de jueces y tribunales. El Poder Judicial, por lo tanto,

385. Dos ejemplos emblemáticos: la Constitución de 1824 estableció que “*la ley será igual para todos*”, una disposición que coexistía, sin aparente perplejidad ni vergüenza, con los privilegios de la nobleza, el sistema de votación basado en la propiedad y el régimen esclavista. Otro ejemplo: la Constitución de 1969, otorgada por el Ministro de Marina, Ejército y Fuerza Aérea, garantizó una amplia gama de libertades públicas inexistentes y prometió a los trabajadores una pintoresca lista de derechos sociales incumplidos, incluyendo “*campamentos de vacaciones y clínicas de descanso*”. La Constitución no buscaba el camino, sino el desvío; no la verdad, sino el disfraz.

386. Sobre este paradigma anterior y su superación en el modelo europeo, véase HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. En: HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Esta es la traducción al español de un ensayo fundamental de 1958. V. tb., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 2006.

387. La expresión “*doctrina brasileña de la efectividad*” fue utilizada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamento y normatividad de los derechos fundamentales: una reconstrucción teórica a la luz del principio democrático. En: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

388. Respecto al tema, véase. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1990 (La primera versión del texto es de 1987). Textos precursores importantes del movimiento fueron TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, texto revisado y actualizado por María García (recopilación de conferencias impartidas a finales de los años 50); SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: RT, 1968; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia de las normas constitucionales en la justicia social. RDP, v. 57, 1981.

asume un papel decisivo en la implementación de la Constitución. Esto se ha convertido en uno de los sellos distintivos del constitucionalismo posterior a 1988 en Brasil.

ii) Neoconstitucionalismo o derecho constitucional contemporáneo³⁸⁹

Otro proceso histórico transformador, inicialmente denominado neoconstitucionalismo, puede describirse en tres hitos fundamentales. El marco histórico fue la reconstitucionalización de Europa tras la Segunda Guerra Mundial, con la aprobación de constituciones más analíticas, con capítulos más detallados dedicados a los derechos fundamentales y la introducción del control judicial de las leyes. El marco *filosófico* fue el surgimiento de una cultura pospositivista que, sin menospreciar la importancia del derecho, promovió un acercamiento entre el derecho y la ética, subordinando la interpretación jurídica a los valores, a una pretensión de corrección moral³⁹⁰. En última instancia, esto conduce a la idea de justicia, tal como se deriva del texto constitucional. Finalmente, este proceso de cambio en la comprensión del derecho constitucional se enmarcó teóricamente en tres factores principales: (i) el reconocimiento de la normatividad de la Constitución; (ii) la expansión de la jurisdicción constitucional, con el surgimiento de tribunales constitucionales o cortes supremas en casi todas las democracias; y (iii) el surgimiento de una nueva interpretación constitucional, menos formalista, con sus propios principios y categorías, que incluían la normatividad de los principios, el reconocimiento de los conflictos entre normas constitucionales, la técnica de la ponderación y la rehabilitación de la argumentación jurídica³⁹¹. Hoy en día, el uso del prefijo “neo” ya no se justifica, pues se ha convertido en norma del derecho constitucional contemporáneo, practicado en Brasil y en diversas partes del mundo, y representa, en cierto modo, la prevalencia del modelo estadounidense, vigente desde la decisión de *Marbury v. Madison* en 1803³⁹².

389. V. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

390. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005. p. 58.

391. Sobre la interpretación constitucional contemporánea, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. [s.l.]: [s.n.], 2022, especialmente el capítulo “*Nuevos paradigmas y categorías de interpretación constitucional*”.

392. BARROSO, Luís Roberto. La americanización del derecho constitucional y sus paradojas: teoría constitucional y jurisprudencia en el mundo contemporáneo. *Interesse Público*, v. 59, 2010.

iii) La constitucionalización del derecho

*“Ayer, los Códigos; hoy, las Constituciones. La venganza de Grecia contra Roma”*³⁹³. El fenómeno de la constitucionalización del derecho se inicia con el desplazamiento de la Constitución al centro del ordenamiento jurídico, de donde fue desplazado el Código Civil³⁹⁴. En Brasil, desde 1988 y especialmente en los últimos años, la Constitución ha gozado, además de su supremacía formal, de una supremacía material y axiológica, potenciada por la apertura del sistema jurídico³⁹⁵ y la normatividad de los principios. Entendida como un orden objetivo de valores, se ha convertido en el filtro a través del cual debe interpretarse todo el sistema jurídico. En este contexto, la Constitución se convierte no solo en un sistema en sí mismo —con su orden, unidad y armonía—, sino también en una forma de ver e interpretar todas las demás ramas del derecho. La constitucionalización identifica un efecto expansivo de las normas constitucionales, que se extienden a todo el sistema jurídico. Los valores, los fines públicos y las conductas contempladas en los principios y normas de la Ley Fundamental llegan a condicionar la validez y el significado de todas las normas del derecho subconstitucional. Muchas instituciones del derecho civil, administrativo, penal y procesal, entre otras, se resignifican y reinterpretan.

393. La primera parte de la frase (*“Ayer, los Códigos; hoy, las Constituciones”*) fue pronunciada por Paulo Bonavides al recibir la Medalla Teixeira de Freitas del Colegio de Abogados de Brasil en 1998. El complemento lo realizó Eros Roberto Grau al recibir la misma medalla en 2003, en un discurso publicado por separado por el IAB: *“Ayer, los códigos; hoy, las Constituciones. La venganza de Grecia sobre Roma, tal como ocurrió, en otro nivel, en la evolución del derecho de propiedad, antes justificado por su origen, ahora legitimado por sus fines: la propiedad que no cumple su función social no merece ninguna protección legal”*.

394. V. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6: *“El Código Civil ha perdido sin duda su antigua centralidad. El papel unificador del sistema, tanto en sus aspectos tradicionalmente civiles como en los de relevancia para el derecho público, se está ejerciendo de forma cada vez más incisiva en el Texto Constitucional”*. Véase también, MORAES, Maria Celina B. *A caminho de um direito civil constitucional*. RDC, v. 65, 1993 y TEPEDINO, Gustavo. *El Código Civil, los llamados microsistemas y la Constitución: premisas para la reforma legislativa*. En: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

395. En Alemania, la idea de la Constitución como un orden objetivo de valores, que condiciona la lectura e interpretación de todas las ramas del derecho, quedó establecida en la sentencia del famoso caso Lüth, juzgada en 1958, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que sentenció: *“Los derechos fundamentales son antes que todos los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la misma Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivos, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho”* (SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, Sentencia 7, 198). En este caso concreto, el tribunal consideró que la conducta de un ciudadano que llamaba al boicot de una determinada película, dirigida por un cineasta con un pasado vinculado al nazismo, no violaba la moral pública, ya que estaba protegida por la libertad de expresión.

IV. ENFRENTANDO LA REALIDAD: EL DESEMPEÑO DE LA CONSTITUCIÓN

1. Los diferentes gobiernos

i) Los gobiernos de Sarney, Collor e Itamar Franco

El gobierno del presidente José Sarney duró hasta el 15 de marzo de 1990, poco más de un año bajo la Constitución de 1988, que redujo el mandato presidencial de seis a cinco años. El primer gobierno civil desde el golpe militar de 1964 puede atribuirse el exitoso inicio de la transición democrática, si bien el presidente mantuvo una visión crítica de la Constitución. Sin embargo, la economía se vio afectada por una hiperinflación que persistió a pesar de los sucesivos planes económicos³⁹⁶ y las fluctuaciones monetarias³⁹⁷. El balance final del período incluyó un aumento promedio anual del PIB del 4,54 %, un aumento general del 12,51 % en el ingreso *per capita*³⁹⁸ y una inflación récord, que alcanzó el 84,5 % en marzo de 1990³⁹⁹.

Fernando Collor de Mello ganó las primeras elecciones directas del período posdictadura militar, en la campaña presidencial para suceder a José Sarney, y asumió el cargo el 15 de marzo de 1990. En la primera vuelta participaron veinticinco candidatos, y en la segunda, Collor derrotó a Luiz Inácio Lula da Silva. Con un discurso basado en la lucha contra la inflación, la moral administrativa y la liberalización económica, su campaña contó con el apoyo de grandes grupos empresariales y sectores liberales y conservadores. Al inicio de su gobierno, se lanzó un controvertido plan económico que implicaba la retención de activos depositados en instituciones financieras y la congelación de precios (Plan Collor)⁴⁰⁰. Los resultados no se materializaron. El período estuvo marcado

396. La inflación, desde principios de la década de 1980 hasta mediados de la de 1990, azotó al país con tasas mensuales superiores a los dos dígitos, perturbando la economía, obstaculizando la planificación a mediano y largo plazo y erosionando los salarios. El Plan Cruzado, lanzado el 28 de febrero de 1986, arrojó resultados iniciales y ayudó al PMDB a elegir a 22 de los 23 gobernadores en las elecciones de 1986, así como a 46 de los 72 senadores y 260 de los 487 diputados (cabe recordar que estos parlamentarios, elegidos en 1986, serían miembros de la asamblea constituyente). Sin embargo, poco después de las elecciones del 15 de noviembre, la situación de inflación descontrolada regresó. Todavía bajo la administración de Sarney, se lanzaron el Plan Cruzado II (noviembre de 1986), el Plan Bresser (1987) y el Plan Verano (1989). Durante la transición de gobierno de Fernando Collor, la inflación se disparó, superando el 80% mensual.

397. Durante ese período tuvimos el cruzeiro (1970-1986), el cruzado (1986-1989) y el cruzado novo (1989-1990). Con el Plan Collor se produjo el retorno al cruzeiro (1990-1993).

398. THE WORLD BANK. GDP Growth (annual %) – Brazil. Disponible en: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=BR>. Consultado el: 15 de julio de 2023.

399. FGV/CPDOC. Atlas histórico do Brasil. Disponible en: <https://atlas.fgv.br/marcos/governo-jose-sarney-1985-1990/mapas/inflacao-do-governo-sarney-mes-mes>. Consultado el: 15 de julio de 2023.

400. Durante su gestión aún se implementarían los Planes Collor II y Marfílio.

por los esfuerzos para abrir la economía brasileña al mercado internacional, la privatización de empresas estatales y una inusual exposición mediática del presidente. Una disputa provincial entre el tesorero de la campaña presidencial, PC Farias, y el hermano del presidente, Pedro Collor, acabaría sacando a la luz un universo de manipulación privada del poder y beneficios indebidos al jefe del Ejecutivo. Una comisión parlamentaria de investigación recogió testimonios altamente incriminatorios, y el presidente perdió definitivamente su mandato en los últimos días de diciembre de 1992, mediante su renuncia y una decisión del Senado Federal, casi simultáneamente. Durante este período, el PIB de Brasil se contrajo un 1,3%⁴⁰¹.

El vicepresidente Itamar Franco, quien había asumido la presidencia de forma interina tras la decisión de la Cámara de Diputados que condujo a la destitución de Fernando Collor, asumió oficialmente el cargo a finales de 1992. Unos meses después, el 21 de abril de 1993, se celebró un plebiscito sobre la forma y el sistema de gobierno, según lo estipulado en el artículo 2 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias. Con un 66% de los votos, la República se impuso a la Monarquía; y, con un 55,4% frente a un 24,6%, el presidencialismo se impuso al parlamentarismo. Itamar asumió el gobierno en medio de una grave crisis económica, con una inflación que alcanzó el 1100% en 1992 y el 2484% al año siguiente⁴⁰². Tras varios cambios de ministros de finanzas, el presidente invitó al entonces ministro de Relaciones Exteriores, Fernando Henrique Cardoso, a asumir el cargo. En febrero de 1994, se lanzó el Plan Real, el primero de los muchos planes de estabilización económica implementados desde 1986, que produjo resultados a largo plazo, permitiendo finalmente controlar la inflación. Envalentonado por el éxito del Real, Fernando Henrique, candidato del PSDB (Partido de la Social Democracia Brasileña), salió victorioso de las elecciones presidenciales del 3 de octubre de 1994, derrotando al candidato del PT, Luiz Inácio Lula da Silva. Con FHC, la generación perseguida por el régimen militar finalmente llegó al poder.

401. OSAKABE, Marcelo. El PIB del gobierno de Bolsonaro sólo supera al de los gobiernos de Dilma y Collor. Valor Investe, 3 de marzo de 2023. Disponible en: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2023/03/03/pib-de-governo-bolsonaro-so-vence-os-governos-dilma-e-collor.ghhtml#>. Consultado el: 15 de julio de 2023.

402. Según Dieese, el Departamento Intersindical de Estadística y Estudios Socioeconómicos (disponible en: <http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec36SalarioseBaixaInflacao.pdf>), Fernando Henrique Cardoso, quien asumiría el área económica casi siete meses después, el 19 de mayo de 1993, afirmó en su *A arte da política* (2006, p. 141): “Fui el cuarto ministro de Hacienda en siete meses [...]. La inflación podría superar el 3.000% anual si se anualizara en los puntos más altos de inflación”.

ii) El gobierno de Fernando Henrique Cardoso

Fernando Henrique Cardoso fue elegido por mayoría absoluta para dos mandatos, del 1 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 2002. Sus dos mandatos se caracterizaron por un exitoso esfuerzo por consolidar la estabilidad económica —a costa de tasas de interés muy altas y períodos de recesión—, por combatir el déficit público y por reformas económicas y administrativas que transformaron la imagen del Estado. Comentaré estas transformaciones más adelante, así como la controvertida enmienda constitucional que permitió la reelección. Cabe destacar la promulgación de la Ley de Responsabilidad Fiscal, así como la reestructuración y venta de la banca estatal, con la renegociación de la deuda estatal y su inclusión en el programa de ajuste fiscal. El gobierno también logró aprobar, en el Congreso Nacional, una necesaria Reforma Previsional y una Reforma Administrativa con altos costos políticos y escasos resultados prácticos. El PIB creció a una tasa promedio anual del 2,42% durante este período⁴⁰³. A pesar de su merecida evaluación histórica positiva, Fernando Henrique Cardoso no logró asegurar su sucesor. El candidato del PSDB, José Serra, fue derrotado por el candidato del PT, Luiz Inácio Lula da Silva. En su cuarto intento, Lula finalmente llegó al poder.

iii) El gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva

Lula también gobernó durante dos mandatos, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2010. Sorprendiendo a adversarios y desagradando a aliados, el gobierno buscó la estabilidad económica y el control de la inflación, a pesar de las críticas recibidas con el tiempo por la creciente laxitud fiscal. En el ámbito social, el programa *Bolsa Família* recibió reconocimiento mundial como un exitoso programa de transferencias monetarias condicionadas para familias muy pobres. El gobierno también logró aprobar otra importante Reforma de la Seguridad Social, así como la Reforma Judicial, que creó el Consejo Nacional de Justicia e introdujo importantes mecanismos para agilizar la administración de justicia⁴⁰⁴. De igual manera, se lograron avances significativos en la reducción de la pobreza, el aumento del salario mínimo, la eliminación práctica de la deuda externa y la obtención de la confianza de los inversionistas extranjeros⁴⁰⁵. El

403. THE WORLD BANK. GDP Growth (annual %) – Brazil. Disponible en: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=BR>. Consultado el: 15 de julio de 2023.

404. La enmienda constitucional N° 45, de 8 de diciembre de 2004, introdujo un precedente vinculante y repercusión general.

405. A principios de mayo de 2008, la agencia de calificación Standard & Poor's elevó la calificación del país a "grado de inversión" (investment grade). Este hecho fue celebrado por el gobierno, la comunidad financiera y la prensa (véase Revista Veja, 7 de mayo de 2008).

impacto de la crisis mundial de 2008 fue mínimo en Brasil. Una revisión del período muestra, en el ámbito social, una reducción significativa del número de pobres, que, según se informa, pasó de 50 millones a 29,9 millones⁴⁰⁶. En el ámbito económico, a lo largo de los ocho años de su mandato presidencial, el PIB experimentó un significativo crecimiento promedio anual del 4%. En el ámbito político, el gobierno y el PT (Partido de los Trabajadores) cargaron con la pesada carga de no haber intentado cambiar la forma oportunista y opaca en que se conducía la política en el país. Sin embargo, el presidente Lula dejó el cargo con un 83% de aprobación popular⁴⁰⁷ y logró elegir a su sucesor con un margen razonable.

iv) El gobierno de Dilma Rousseff

La presidenta Dilma Rousseff asumió el cargo el 1 de enero de 2011 y gozó de una alta aprobación popular durante sus dos primeros años. En mayo y junio de 2013, comenzaron a aparecer signos de declive, con manifestaciones populares que llevaron a cientos de miles de personas a las calles de diferentes ciudades. Las protestas carecían de una agenda clara y homogénea y revelaban un descontento difuso con los funcionarios gubernamentales en general, tanto a nivel federal como estatal y municipal. Aun así, la presidenta logró ser reelegida en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales de 2014. Poco después, sin embargo, el deterioro de las finanzas públicas y las perspectivas de crecimiento económico quebrantaron su estabilidad política. El PIB dejó de crecer —de hecho, se contrajo un 0,4%—, el país perdió su calificación de grado de inversión y el desempleo aumentó. En este escenario, aunque la presidenta no había enfrentado cargos penales y era percibida por la mayoría de la sociedad como una persona íntegra, se vio arrastrada por la crisis económica, política y ética que se extendió por todo el país. Su solicitud de *impeachment* se inició debido a circunstancias personales del entonces Presidente de la Cámara de Representantes, y procedió por falta de apoyo político en el Congreso, resultando en su destitución definitiva el 31 de agosto de 2016.

406. Las estadísticas, como es habitual, son algo inconsistentes. Según el economista Marcelo Néri, de FGV, la pobreza se redujo un 50,6% durante la presidencia de Lula, mientras que se redujo un 31,9% durante la presidencia de FHC. (Disponible en: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fgv-pobreza-caiu-50-6-com-lula-e-31-9-com-fhc,65287e>).

407. Lula termina su mandato con un 83% de aprobación, según IBOPE. Veja, 19 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/politica/lula-encerra-mandato-com-aprovacao-de-83-afirma-ibope>.

v) El gobierno de Michel Temer

El presidente Michel Temer asumió el cargo provisionalmente el 12 de mayo de 2016, fecha en la que el Senado Federal inició el proceso de *impeachment* contra la presidenta Dilma Rousseff, tras la autorización de la Cámara de Diputados. El 31 de agosto de ese año, tras la sentencia firme del Senado que destituyó al presidente, asumió el cargo de forma permanente. En el ámbito económico, el nuevo gobierno heredó una situación de recesión, inflación y altas tasas de interés, que abordó con relativo éxito⁴⁰⁸. Con el apoyo del Congreso, se aprobó una importante y controvertida medida de política fiscal: la enmienda constitucional que establecía un límite al gasto público⁴⁰⁹. También se aprobó una reforma laboral, que incluía la regulación de la subcontratación. Los cambios fueron aclamados por algunos como una modernización de las relaciones laborales, y por otros como una consecuencia de su precariedad. Igualmente importante fue la reforma de la educación secundaria y la posterior aprobación de la Base Curricular Nacional Común. Sin embargo, la reforma de las pensiones se vio frustrada en medio de una crisis derivada de acusaciones de corrupción en el gobierno. El presidente enfrentó dos cargos penales mientras aún ocupaba el cargo: uno por corrupción pasiva y otro por organización criminal y obstrucción a la justicia. En ambos casos, la Cámara de Diputados denegó la autorización para iniciar procesos penales. Sin embargo, una parte significativa de la energía política del gobierno se consumió en estos procesos. A pesar de las medidas apoyadas por el mercado y las mejoras en los indicadores económicos, la aprobación personal del presidente y la de su gobierno alcanzaron mínimos históricos⁴¹⁰.

vi) El gobierno de Jair Bolsonaro

El 28 de octubre de 2018, Jair Bolsonaro fue elegido presidente de la República por el Partido Social Liberal (PSL) en segunda vuelta, con 57.797.487 votos (55,13%). Derrotó a Fernando Haddad, candidato del Partido de los Trabajadores (PT), en las octavas elecciones presidenciales tras la promulgación de la Constitución de 1988. Una confluencia de razones llevó a Bolsonaro al

408. De hecho, hubo una caída significativa de la inflación y de las tasas de interés, aunque hubo un aumento en el número de desempleados (MAZUI, Guilherme; MATOSO, Filipe; MARTELLLO, Alexandro. A los 2 años, el gobierno de Temer celebra la economía, pero enfrenta impopularidad, acusaciones y una crisis política. G1, 12 de mayo de 2018).

409. Enmienda Constitucional No. 95, de 15 de diciembre de 2016.

410. GADELHA, Igor; TRUFFI, Renan. Encuesta muestra a Temer con el peor índice de aprobación de la historia registrada. O Estado de São Paulo, 19 de septiembre de 2017.

poder. La primera y más evidente fue la recesión económica que azotó al país en los años previos a las elecciones. En segundo lugar, el declive social de segmentos que se habían convertido en la “*nueva clase media*”, al ingresar al mercado de consumo y que, en parte, regresaron a niveles de pobreza previos. En tercer lugar, el estallido de escándalos de corrupción, centrados en Petrobras, aunque no exclusivamente, y revelados por la Operación Lava Jato. El imaginario social brasileño tiende a ver la corrupción como la raíz de todos los males. Por lo tanto, se generó una ola de descontento y frustración en este entorno, que fue capitalizada por el candidato ganador. Otros dos factores contribuyeron a estas causas: la condena penal de Lula, vigente en ese momento, que lo hizo inelegible bajo la Ley de Antecedentes Limpios, que él mismo había sancionado; y el ascenso global de la extrema derecha, que capturó el pensamiento conservador en diferentes partes del mundo.

Jair Bolsonaro fue elegido con una agenda social conservadora y una plataforma económica liberal, junto con un sólido discurso anticorrupción. Sin embargo, su lucha contra la corrupción fue la primera en flaquear, con intentos de proteger a allegados y alianzas políticas con varios acusados. La reducción del tamaño del Estado tampoco se materializó, con solo una privatización significativa (Eletrobras) y un auge en los programas de bienestar, como *Auxílio Brasil*, que sustituyó a *Bolsa Família*. Cabe destacar la aprobación por parte del Congreso Nacional de una importante reforma de las pensiones. El gobierno también lidió con la gravedad de la pandemia de COVID-19, que gestionó desastrosamente, y la guerra en Ucrania. Estas contingencias comprometieron los resultados económicos, produciendo un crecimiento promedio anual del PIB de tan solo el 1,5%⁴¹¹. El dramático enfrentamiento del presidente y algunos de sus partidarios con las instituciones democráticas se analizará más adelante.

vii) El comienzo del tercer mandato de Luiz Inácio Lula da Silva

Finalmente, el 30 de octubre de 2022, Luiz Inácio Lula da Silva fue elegido para su tercer mandato como Presidente de la República, derrotando a Jair Bolsonaro por un margen de menos de dos puntos porcentuales. En la elección más reñida desde la redemocratización, Lula recibió 60.345.999 votos (50,9%

411. VARGAS, Ivan Martinez. El PIB con Bolsonaro creció un promedio del 1,5 % anual, menos que el de Lula y Temer, y solo más que el de Dilma. O Globo, 2 de marzo de 2023. Disponible en: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/03/pib-sob-bolsonaro-cresceu-em-media-15percent-ao-ano-menos-que-lula-e-temer-e-so-maior-que-o-de-dilma.ghtml#>. Consultado el: 15 de julio de 2023.

de los votos válidos), en comparación con los 58.206.354 votos recibidos por Bolsonaro (49,1% de los votos válidos). A pesar de tener un recuento de votos nominales mayor en comparación con 2018, Jair Bolsonaro fue el primer candidato presidencial en perder una reelección. Luiz Inácio Lula da Silva, por otro lado, registró un nuevo récord de votos en el país, en una elección marcada por la polarización y la circulación generalizada de desinformación a través de plataformas digitales y aplicaciones de mensajería. Es demasiado pronto para una evaluación más consistente, aunque el entorno de riesgo institucional ha mejorado claramente. Durante los primeros seis meses de su mandato, el gobierno se centró en una importante agenda económica y social, que incluyó la propuesta de un nuevo marco fiscal, la reforma tributaria y la reanudación de los programas sociales. Cabe destacar que las relaciones con el Congreso Nacional se han vuelto más complejas que en los dos mandatos anteriores del actual presidente.

2. Las principales modificaciones a la Constitución

Para el receso de julio de 2023, la Constitución brasileña ya había recibido 129 enmiendas, además de las seis enmiendas de revisión promulgadas en 1994. El texto constitucional, debido a su naturaleza integral y analítica, implica que incluso pequeños cambios en la vida política requieren una reforma constitucional. No sería exagerado decir que la política ordinaria en Brasil se suele gestionar mediante enmiendas constitucionales. En esencia, la Asamblea Constituyente parece haber hecho un *trade off*, una especie de compensación: ante la gran cantidad de asuntos constitucionalizados, instituyó un proceso relativamente simple para reformar la Constitución. De hecho, redujo el quorum de 2/3 a 3/5 y, a diferencia de otros países, solo se requieren dos rondas de votación, que pueden ser muy próximas entre sí, sin los retrasos previstos en otras Constituciones. A continuación, se presenta una selección breve, bastante discrecional, de algunas de estas principales enmiendas.

i) Cambios a la Constitución económica

La Asamblea Nacional Constituyente se reunió en 1986 y desarrolló su labor durante 1987 y buena parte de 1988. Era un mundo que experimentaba la polarización entre el socialismo, con sus economías planificadas, y el capitalismo, con su libre mercado. La Guerra Fría aún persistía. Reflejando esta dualidad, la Constitución brasileña se dividió entre los valores sociales del trabajo y la libre

empresa, con ciertos énfasis estatistas y nacionalistas. De hecho, reservó un alto grado de protagonismo para el Estado en áreas situadas entre la prestación de servicios públicos y el desarrollo de actividades económicas, además de crear reservas de mercado con restricciones a la inversión extranjera. Sin embargo, sin que nadie lo hubiera previsto claramente, el mundo experimentó una inmensa conmoción: en noviembre de 1989, cayó el Muro de Berlín y el modelo socialista se derrumbó, consumido por la pobreza, el descontento popular y el autoritarismo. Poco después, en diciembre de 1991, se disolvió la Unión Soviética. La Constitución brasileña había reservado amplio espacio para el estatismo y el proteccionismo en un mundo dominado por la economía de mercado y la globalización. Durante la década de 1990, fue necesario reescribir parte del orden económico constitucional mediante enmiendas constitucionales y legislación ordinaria.

De hecho, se aprobaron enmiendas y leyes que: (i) eliminan restricciones al capital extranjero en áreas como la minería y el cabotaje, y abolen el concepto de empresa brasileña con capital nacional⁴¹²; (ii) flexibilizan los monopolios estatales en áreas como el gas natural, las telecomunicaciones y el petróleo⁴¹³; y (iii) implementan un amplio programa de privatización⁴¹⁴. En este proceso, se privatizaron numerosas empresas controladas por el gobierno federal, tanto las que explotaban actividades económicas —por ejemplo, la siderurgia y la minería— como las que prestaban servicios públicos en áreas como la telefonía

412. La Enmienda Constitucional N° 6, del 15 de agosto de 1995, eliminó el Artículo 171 de la Constitución, que contenía el concepto de “*empresa brasileña de capital nacional*”, a la que se le podía otorgar protección, beneficios especiales y preferencias. La misma enmienda eliminó el requisito de control de capital nacional para las empresas mineras. La Enmienda Constitucional N° 7, también del 15 de agosto de 1995, modificó el Artículo 178, eliminando las restricciones proteccionistas al cabotaje.

413. La Enmienda Constitucional N° 5, del 15 de agosto de 1995, permitió a los Estados miembros otorgar a empresas privadas el derecho a operar servicios locales de distribución de gas por canalización, que anteriormente solo podían delegarse en empresas estatales. La Enmienda Constitucional N° 8, del 15 de agosto de 1995, eliminó el requisito de que los servicios de telecomunicaciones solo pudieran ser operados por empresas con participación estatal, lo que permitió la privatización de las compañías telefónicas. Por último, la Enmienda Constitucional N° 9, del 9 de noviembre de 1995, permitió la contratación de empresas privadas para actividades relacionadas con la extracción, la investigación y otras etapas del ciclo económico petrolero.

414. La Ley N° 8.031, del 12 de abril de 1990, todavía bajo la administración Collor, estableció el Programa Nacional de Privatizaciones, posteriormente sustituida por la Ley No. 9.491, del 9 de septiembre de 1997. La década de 1990 estuvo marcada por una prolífica producción legislativa en temas económicos, abarcando diversos sectores como energía (Ley No. 9.427, del 26 de diciembre de 1996), telecomunicaciones (Ley No. 9.472, del 16 de julio de 1997), y petróleo (Ley No. 9.478, del 6 de agosto de 1997), con la creación de sus respectivas agencias reguladoras; modernización portuaria (Ley No. 8.630, del 25 de febrero de 1993); y derecho de la competencia (Ley No. 8.884, del 11 de junio de 1994).

y la electricidad. Otros servicios públicos relevantes, como la construcción, reparación y mantenimiento de carreteras, se concesionaron al sector privado⁴¹⁵. La disminución de la intervención estatal directa en la esfera económica fue acompañada por la aparición y proliferación de agencias reguladoras⁴¹⁶.

ii) Posibilidad de reelección para los titulares del Poder Ejecutivo

La posibilidad de reelección de los titulares del Poder Ejecutivo para un mandato inmediatamente posterior nunca ha formado parte de la tradición brasileña, salvo durante la dictadura de Vargas, que duró 15 años en su primer gobierno. Las Constituciones de 1891, 1934 y 1988, en sus versiones originales, la prohibían explícitamente. Las Constituciones de 1937, 1946 y 1967 no hicieron mención alguna al respecto. En virtud de la Constitución de 1988, se aprobó la Enmienda Constitucional N° 16, del 4 de junio de 1997, que modificó el artículo 14, §5, estableciendo la reelección *“para un solo mandato posterior”*. La innovación se produjo en medio de críticas de muchos (el propio presidente Fernando Henrique hizo un mea culpa años después)⁴¹⁷ y acusaciones de compra de votos a los parlamentarios⁴¹⁸. Existe un debate considerable en la comunidad académica y el ámbito político sobre la conveniencia de tal posibilidad. Quienes la critican argumentan que, desde el primer día, el presidente investido empieza a gobernar con el objetivo de la reelección, a menudo sacrificando el interés público a largo plazo por esta contingencia electoral. Por otro lado, hay quienes afirman que, sin la reelección, el presidente se vería debilitado desde la mitad de su mandato, cuando todo el sistema empieza a girar en torno a la perspectiva del poder futuro.

En los sistemas parlamentarios, el tema no se plantea con la misma intensidad, debido a las funciones predominantemente ceremoniales del presidente y a la aceptación pacífica de la prolongación del mandato de los

415. Sobre concesiones y permisos, véanse las leyes N° 8.987, de 13 de febrero de 1995, y N° 9.074, de 7 de julio de 1995.

416. V. BARROSO, Luís Roberto. Organismos reguladores. Constitución, transformaciones del Estado y legitimidad democrática. En: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. II. p. 283.

417. FERNANDO Henrique hace mea culpa y afirma que la enmienda que permitió la reelección fue un error. Folha de São Paulo, 6 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/09/fhc-faz-mea-culpa-e-afirma-que-reeleicao-foi-um-erro.shtml>. Consultado el: 16 de julio de 2023.

418. Cómo se produjo la compra de votos a favor de la enmienda de la reelección en 1997. Poder 360, 8 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.poder360.com.br/brasil/entenda-como-foi-a-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao-em-1997/>.

primeros ministros, siempre que mantengan el apoyo político. Sin embargo, en los sistemas presidenciales, existen ejemplos de países que permiten la reelección, como Estados Unidos, Argentina y Chile. A la luz de la experiencia brasileña y considerando los riesgos de abuso de poder político para la continuidad del gobierno, el argumento a favor de prohibir la reelección, con una disposición para un mandato de cinco años, ha ganado aceptación.

iii) La creación del Ministerio de Defensa

La idea de crear un Ministerio de Defensa es de larga data y fue debatida en la Asamblea Constituyente, pero no prosperó debido a la fuerte resistencia de las Fuerzas Armadas⁴¹⁹. El tema se retomó, sin embargo, durante el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso, con la aprobación de la Ley Complementaria N° 97, de 9 de junio de 1999. La conclusión del proceso, sin embargo, requirió una enmienda a la Constitución para abolir los ministerios militares (Marina, Ejército, Fuerza Aérea y Estado Mayor de las Fuerzas Armadas) y establecer el Ministro de Estado de Defensa en las diversas disposiciones pertinentes, lo cual se llevó a cabo mediante la Enmienda Constitucional N°23, de 2 de septiembre de 1999. Desde un punto de vista administrativo, la innovación se justificó al proporcionar una coordinación integrada de la defensa nacional, con una planificación unificada y la racionalización de las actividades. Desde un punto de vista político, su principal motivación fue transmitir el mensaje simbólico —muy importante a la luz de la historia brasileña— de la sumisión del poder militar al poder civil, como es la esencia de la democracia. Desde la creación del Ministerio de Defensa hasta 2018⁴²⁰, todos los ministros nombrados fueron efectivamente civiles⁴²¹. En los gobiernos de Temer y Bolsonaro, se nombró personal militar. En enero de 2023, el presidente Lula nombró al ex presidente del Tribunal de Cuentas de la Unión, José Múcio, con la importante misión de pacificar el ambiente y liderar el proceso de despolitización de las Fuerzas Armadas.

419. REZENDE, Pedro Paulo. Oficiales militares se oponen al Ministerio de Defensa. O Globo, 24 de mayo de 1987. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131449/maio87%20-%200140.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado el: 16 de julio de 2023.

420. AMARAL, Luciana. Por primera vez desde su creación en 1999, el Ministerio de Defensa estará dirigido por un militar. UOL, 26 de febrero de 2018. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/02/26/pela-primeira-vez-desde-criacao-em-1999-ministerio-da-defesa-sera-comandado-por-um-militar.htm>.

421. Se nombraron políticos (por ejemplo, Raúl Jungmann), diplomáticos (por ejemplo, Celso Amorim) y juristas (por ejemplo, Nelson Jobim).

iv) Reformas de las pensiones

El sistema brasileño de seguridad social está regulado en gran medida por la Constitución. A efectos de este análisis, se puede dividir en el Régimen General, aplicable a los trabajadores del sector privado y administrado por el INSS (Instituto Nacional de Seguridad Social), y el Régimen Especial, aplicable a los funcionarios públicos y administrado por cada entidad estatal (Unión, estados, Distrito Federal y municipios)⁴²². Bajo el Régimen General, el sistema siempre ha sido contributivo desde la entrada en vigor de la Constitución, pero no así bajo el Régimen Especial. En ambos, el sistema original era de reparto, financiado con fondos del presupuesto público, y no de capitalización, en el que cada asegurado acumulaba su propio ahorro a lo largo del tiempo. El Régimen General siempre ha tenido un límite máximo de prestaciones, mientras que bajo el Régimen Especial, las prestaciones de jubilación eran íntegras —es decir, equivalentes al salario percibido durante el servicio activo—, lo que garantizaba la paridad para los jubilados, lo que implicaba los mismos ajustes y aumentos que quienes aún trabajaban.

Sin embargo, a lo largo de los años, el sistema se ha reformado sucesivamente mediante enmiendas constitucionales y legislación integradora para adaptarlo a las nuevas realidades fiscales, demográficas y de esperanza de vida. Esto se debe, además de la demanda de servicios estatales (y el fin de la inflación, que antes enmascaraba las cuentas públicas), a que las personas han empezado a vivir más⁴²³ y a que las familias tienen menos hijos⁴²⁴. A continuación, se presenta un breve resumen de las principales reformas implementadas durante los gobiernos de Fernando Henrique Cardoso, Lula y Bolsonaro:

- a) *Enmienda Constitucional N° 3*, de 17 de marzo de 1993: hizo contributivo el Régimen de Pensiones del Servicio Público, es decir, el sistema pasó a financiarse no sólo con recursos del Gobierno Federal, sino también con contribuciones de los servidores públicos;

422. Existe también un sistema de jubilación complementaria, de carácter privado y facultativo, y un régimen jurídico específico para el personal militar.

423. Según el IBGE, la esperanza de vida en Brasil hoy es de 77 años. En 1980, era de 65,7 (Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/11/25/ibge-expectativade-vida.html> y <https://www.google.com/search?q=expectativa+de+vida+no+Brasil+em+1980&oq=expectativa+de+vida+no+Brasil+em+1980&aqs=chrome..69i57j0i22i30l3j0i390i650l2.18725j1j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>).

424. En 1950, una mujer tenía un promedio de 6.2 hijos. En 2019, año de la última Reforma de la Seguridad Social, tenía 1.7. V. MALAN, Pedro. Introducción: Una perspectiva general. En: BACHA, Edmar et al. (Org.). 130 anos: em busca da República. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

- b) *Enmienda Constitucional N° 20*, de 15 de diciembre de 1998: constitucionalizó los planes complementarios de pensiones (privados y opcionales), estableció una edad mínima para la jubilación voluntaria en el sector público y previó una combinación de tiempo de servicio y tiempo de cotización para la jubilación, tanto en el Régimen Especial como en el Régimen General⁴²⁵;
- c) *Enmienda Constitucional N° 43*, de 19 de diciembre de 2003: abolió las prestaciones de jubilación completas y la paridad en el Régimen de Pensiones de la Función Pública (con normas transitorias) e instituyó una contribución a la pensión para los funcionarios jubilados. Las prestaciones de jubilación de los funcionarios dejaron de calcularse con base en su último salario y comenzaron a considerar el promedio de sus contribuciones;
- d) *Enmienda Constitucional N°88*, de 7 de mayo de 2015: conocida como “*PEC da Bengala*” (Enmienda de la Caña), elevó la edad de jubilación del servicio público a 75 años;
- e) *Enmienda Constitucional N°103*, del 12 de noviembre de 2019: elevó la edad mínima de jubilación de las mujeres a 62 años, instituyó nuevos criterios de cálculo de las pensiones de supervivencia, tasas de contribución progresivas y la segregación de los fondos en dos fondos distintos: un fondo financiero, bajo una regla de distribución simple; y un fondo de pensiones, bajo un régimen de capitalización.

v) Otras reformas

La Reforma Laboral, o mejor dicho, las modificaciones a la legislación laboral, no se materializaron mediante una enmienda constitucional, a pesar de su importancia e impacto. Muchos problemas derivados de las relaciones laborales son motivo de gran preocupación, como el desempleo, la informalidad y la litigiosidad excesiva. Encontrar el equilibrio entre la necesaria protección laboral y la excesiva protección que a menudo desalienta la contratación y el empleo formal no es sencillo. Este ámbito es controvertido. Durante el gobierno del presidente Michel Temer, se aprobaron leyes que validaron la subcontratación,

425. La regla general en el sector público es la siguiente: a) sesenta años de edad y treinta y cinco años de cotización para los hombres, y cincuenta y cinco años de edad y treinta años de cotización para las mujeres; b) sesenta y cinco años de edad para los hombres y sesenta años de edad para las mujeres, con prestaciones proporcionales al período de cotización. En el sector privado: treinta y cinco años de cotización para los hombres y treinta años de cotización para las mujeres; sesenta y cinco años de edad para los hombres y sesenta años de edad para las mujeres.

incluso en las actividades principales de la empresa⁴²⁶ y eliminaron las cuotas sindicales obligatorias⁴²⁷. Ambas iniciativas fueron ratificadas por el Supremo Tribunal Federal.

Cabe destacar también la Enmienda Constitucional No. 35, del 20 de diciembre de 2001, que eliminó el requisito de autorización previa del órgano legislativo para iniciar procesos penales contra parlamentarios. Desde entonces, se han tramitado cientos de causas e investigaciones penales ante el Supremo Tribunal Federal contra miembros del Congreso Nacional.

Finalmente, cabe mencionar algunos nuevos derechos individuales añadidos a la Constitución, en la extensa lista del capítulo sobre derechos individuales y colectivos (artículo 5): *“la duración razonable del proceso”* (artículo LXXVIII) y, como resultado de la revolución tecnológica, internet y la era digital, *“la protección de datos personales”*. Más recientemente, aunque aún no está previsto expresamente, está surgiendo un nuevo derecho: el *“derecho a la inclusión digital”*.

3. Los momentos críticos

i) Dos impeachments

El impacto de los dos juicios políticos presidenciales ocurridos bajo la Constitución de 1988 ya ha sido documentado. El juicio político a Fernando Collor trajo consigo el trauma de destituir al primer presidente elegido por voto popular tras la redemocratización del país. El impeachment de la presidenta Dilma Rousseff fue aún más problemático. A pesar de la falta de apoyo político en el Congreso y los bajos índices de aprobación en las encuestas de opinión pública, lo cierto es que los hechos que se le atribuyeron, según muchos, no tuvieron la gravedad necesaria para justificar una medida tan extrema. El Supremo Tribunal Federal incluso anuló el procedimiento, ordenando que se siguiera adelante el proceso de impeachment del presidente Collor. El proceso se reanudó. Sin embargo, los fundamentos de la decisión del Congreso se consideran universalmente un asunto político, generalmente no sujeto a revisión judicial. El episodio reveló la inadecuación del modelo presidencial para abordar situaciones en las que el gobernante, aunque elegido democráticamente, perdió apoyo durante su mandato. La exigencia de un delito de responsabilidad, cuando el asunto es esencialmente político, conduce a graves distorsiones. Esta

426. Ley N° 13.429, de 31 de marzo de 2017.

427. CLT, artículos 579 y 582, modificados por la Ley N° 13.467, de 13 de julio de 2017.

es una de las razones de mi simpatía por la fórmula semipresidencial, en la que el presidente es elegido, conserva importantes poderes como jefe de Estado, pero no gestiona los aspectos políticos cotidianos, que son responsabilidad del primer ministro, quien es el jefe de gobierno. En caso de pérdida del apoyo mayoritario, el primer ministro puede ser reemplazado por decisión parlamentaria, sin que esto produzca una perturbación institucional.

ii) Mensalão y Operación Lava Jato

El escándalo conocido como Mensalão salió a la luz en 2005, durante el primer mandato del presidente Lula. Consistía en un plan para pagar a parlamentarios de diferentes partidos para que votaran favorablemente proyectos gubernamentales en la Cámara de Diputados. El episodio recibió una amplia cobertura mediática, fue objeto de una comisión parlamentaria conjunta de investigación y resultó en la destitución de los diputados Roberto Jefferson, el principal denunciante, y José Dirceu, acusado de ser el cerebro de la trama. El episodio dio lugar a la presentación de cargos penales contra cuarenta acusados, lo que dio lugar a la Acción Penal N° 470, tramitada ante el Supremo Tribunal Federal (STF) y concluida su sentencia a finales de 2013. Por primera vez en la historia, delitos de cuello blanco cometidos por políticos y empresarios resultaron en la condena y el encarcelamiento efectivo de sus autores, por delitos como corrupción activa, corrupción pasiva, malversación de fondos, blanqueo de capitales y gestión imprudente de una institución financiera. Aunque causó un shock momentáneo en el gobierno, el escándalo no impidió la reelección del presidente.

Iniciada en 2014 y concluida en 2021, la Operación Lava Jato ocupó el imaginario social brasileño durante años y ha sido objeto de evaluaciones contradictorias y ambiguas. En las vicisitudes de la vida, pasó de ser deificada a demonizada. Como es habitual en la vida, un poco de moderación puede ayudar a comprender lo sucedido, en sus facetas positivas y negativas. Lo cierto es que será necesaria cierta distancia histórica para una evaluación libre de las pasiones y circunstancias que la rodearon. En el lado positivo, la operación ayudó a revelar la existencia de un marco de corrupción estructural, sistémica e institucionalizada que ha marcado la historia de Brasil durante mucho tiempo. No fue un fenómeno de un solo gobierno o partido, sino un proceso acumulativo que se ha prolongado durante mucho tiempo y que un día se desbordó. De las tramas de corrupción en Petrobras, salió a la luz la división de la empresa estatal

entre partidos políticos y un asombroso universo de sobrepagos, sobornos y otras conductas desviadas. Una parte de la élite política y económica fue castigada eficazmente y sus fechorías quedaron debidamente probadas.

Por otro lado, los métodos empleados en la conducción de los procedimientos y la estrecha relación entre fiscales y jueces han sido cada vez más cuestionados, inicialmente por abogados y posteriormente también por la prensa. Algunos errores visibles en la operación involucraron al expresidente y al actual presidente Lula da Silva, como la filtración de una conversación telefónica con la entonces presidenta Dilma Rousseff, una detención coercitiva innecesaria, una famosa presentación de PowerPoint que condenó al acusado al inicio del proceso y la divulgación, durante un período electoral, del acuerdo de culpabilidad del exministro Antônio Palocci. El hecho de que el juez que dirigió la operación aceptara un cargo ministerial en el gobierno entrante, tras ser responsable de la condena que eliminó a su oponente de la contienda, dio credibilidad al discurso de motivación política en la conducción de al menos algunos de los procedimientos. La Operación Lava Jato ha sido fuertemente cuestionada, tanto por quienes no perdonan sus errores como por quienes no aceptan sus éxitos. Muchos de los condenados en casos graves y evidentes de corrupción activa y pasiva y lavado de dinero han visto sus casos anulados.

Independientemente de la opinión personal sobre la Operación Lava Jato, la triste realidad es que la corrupción sigue profundamente arraigada en la vida brasileña, atormentando a generaciones. El Índice de Percepción de la Corrupción de Brasil es peor que los promedios mundiales, regionales y de los BRICS, por no mencionar los de los países del G-20. Brasil se encuentra en el puesto 94 entre 180 países⁴²⁸.

iii) Populismo autoritario

La democracia constitucional fue la ideología victoriosa del siglo XX. Sin embargo, en los últimos tiempos, algo parece fallar, en un escenario descrito como *recesión democrática*. Esta expresión se refiere a procesos históricos ocurridos en países como Hungría, Polonia, Turquía, Rusia, Filipinas, Venezuela y Nicaragua, entre otros. Lo que se ha observado en diferentes partes del mundo

428. ZANFER, Gustavo. Brasil mantiene una puntuación por debajo del promedio y parece estancado en el ranking de corrupción. CNN Brasil, 31 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-mantem-nota-ruim-e-aparece-estagnado-em-ranking-mundial-da-corrupcao/>. Consultado el: 18 de julio de 2023.

es el auge de un populismo autoritario⁴²⁹, con inclinaciones extremistas, que utiliza las siguientes estrategias: (i) comunicación directa con sus partidarios, más recientemente a través de las redes sociales; (ii) la consiguiente elusión de instituciones intermediarias, como el poder legislativo, la prensa y la sociedad civil; y (iii) ataques a las instituciones que controlan el poder, en particular las cortes supremas, con la intención de debilitarlas o controlarlas. Todo esto va acompañado del uso intensivo de plataformas digitales y aplicaciones de mensajería, con la difusión de desinformación, discursos de odio, teorías conspirativas y la destrucción de reputaciones. Aunque el populismo autoritario y extremista puede ser de derecha o de izquierda, en los últimos tiempos ha prevalecido la extrema derecha, con una ideología a menudo racista, misógina, homofóbica y antiecológica, además de una preocupante mezcla de religión y política.

Brasil no fue inmune a esta tendencia, ya que vivió, entre 2018 y 2022, una serie de acontecimientos que llevaron a los organismos internacionales a detectar un retroceso de la democracia en el país⁴³⁰. Los ataques a la prensa y a las instituciones, incluyendo, en particular, al Supremo Tribunal Federal y al Tribunal Superior Electoral, fueron constantes. También hubo intentos de desacreditar el sistema de voto electrónico —que eliminó el fraude electoral en el país— con acusaciones falsas y sin fundamento. A esto se sumó un desfile de tanques en la Plaza de los Tres Poderes el día de la votación para reinstaurar el voto en papel; solicitudes de impeachment de los magistrados del STF; amenazas de incumplir las decisiones judiciales; la negativa a conceder la victoria al candidato ganador tras las elecciones, incluyendo la negación de la banda presidencial, una importante tradición democrática brasileña; y campamentos frente a cuarteles militares exigiendo la intervención de las Fuerzas Armadas para anular las elecciones. Finalmente, estuvieron los ataques físicos a las sedes de los tres poderes del Estado el fatídico 8 de enero de 2023 — “*Día de la infamia*”, en palabras de la ministra Rosa Weber, entonces presidenta del STF⁴³¹—, por

429. V. BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo y resistencia democrática: los tribunales constitucionales en el juego del poder. *Direito e Práxis*, ahead of print, 2022. Y también del mismo autor, *Populism, authoritarianism and institutional resistance: constitutional courts in the game of power*. *Texas International Law Journal*, v. 57, 2022.

430. IDEA. Global State of Democracy Initiative: Brazil. Disponible en: <https://idea.int/democracytracker/country/brazil>. Consultado el: 18 de julio de 2023: “*Brazil is a mid-performing democracy that has experienced significant declines over the past five years in Clean Elections, Civil Liberties, Gender Equality and Personal Integrity and Security*”.

431. 8 DE ENERO: Descubra qué sucedió en el STF en los seis meses posteriores a los intentos de golpe. STF, 8 de julio de 2023. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510262&ori=1>.

parte de miles de manifestantes que apoyaban al presidente derrotado, en un intento de golpe de Estado que fue repudiado por casi toda la sociedad brasileña.

V. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO: AVANZANDO

1. *Una agenda para Brasil*

La Constitución brasileña cumple 35 años con importantes logros que celebrar, entre ellos: (i) el período más largo de estabilidad institucional en la historia republicana; (ii) el logro de la estabilidad monetaria tras años de inflación galopante; y (iii) cierto grado de inclusión social, aunque afectado en los últimos años por la recesión y el bajo crecimiento. Por otro lado, seguimos enfrentando problemas no resueltos en el sistema político, en los índices de percepción de la corrupción y en los niveles de violencia social, que afectan especialmente a las personas de bajos recursos, a las personas negras, a las mujeres y a la comunidad LGBTQI+. De cara al futuro, en un mundo y un país polarizados, es posible intentar construir una agenda de consenso que incluya:

- a) *Combatiendo la pobreza y la desigualdad.* Según datos de 2021, el 8,4% de la población brasileña vive en extrema pobreza (menos de R\$ 5,60 al día). Y el 29% se encuentra por debajo de la línea de pobreza (R\$ 16,20)⁴³². Brasil es uno de los mayores productores de alimentos del mundo, pero aproximadamente el 30,7% de su población experimenta inseguridad alimentaria moderada o grave, según datos de 2022⁴³³. Además, somos uno de los países más desiguales del planeta, donde el 10% más rico gana casi el 60% del ingreso nacional total y la mitad más pobre posee menos del 1% de la riqueza⁴³⁴. La lucha contra la pobreza y la desigualdad debe ser la máxima prioridad del país.

432. BRASIL registró un número récord de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza en 2021, según el IBGE. UOL, 2 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2022/12/02/brasil-teve-recorde-da-populacao-abaixo-da-linha-de-pobreza-em-2021-diz-ibge.htm>.

433. INFLACIÓN alimentaria e inseguridad alimentaria en Brasil. Banco Mundial, 19 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-food-insecurity-and-food-inflation>. Consultado el: 26 de julio de 2023.

434. FERNANDES, Daniela. Cuatro datos que demuestran por qué Brasil es uno de los países más desiguales del mundo, según un informe. BBC, 7 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Consultado el: 22 de julio de 2023.

- b) *Reanudación del crecimiento*. La economía brasileña tuvo un desempeño excepcional durante el siglo XX. Medida en términos de PIB, creció a una tasa anual promedio superior al 5,5 % entre 1900 y 1980⁴³⁵. Sin embargo, entre 2002 y 2022, el PIB de Brasil creció sólo un 2,2%⁴³⁶. Y en la última década, la situación fue aún peor. La tasa de crecimiento promedio de cada gobierno reciente fue: FHC, 2,4%; Lula, 4,1%; Dilma, 0,4%; Michel Temer, 1,6%; Jair Bolsonaro, 1,5%⁴³⁷. La dura verdad es que sin un crecimiento económico continuo y sostenible no hay manera de combatir la pobreza y distribuir la riqueza.
- c) *Máxima prioridad para la educación básica*. La pobreza y la baja productividad laboral están directamente asociadas con los niveles y la calidad de la educación. Los principales problemas de la educación básica en Brasil ya han sido bien diagnosticados⁴³⁸ e incluyen: (i) niños que no se alfabetizan a la edad adecuada; (ii) altas tasas de deserción escolar; y (iii) déficits de aprendizaje, que se traducen en la finalización de las etapas de la educación básica (primaria y secundaria) sin que el joven haya adquirido los conocimientos mínimos necesarios. El mayor atractivo de las carreras docentes, la escolarización a tiempo completo, la despolitización de los nombramientos de directores y la educación infantil temprana se encuentran entre las soluciones consensuadas para estos problemas.
- d) *Saneamiento básico*. El saneamiento básico es la principal política pública para la salud preventiva, además de ser vital para prevenir la degradación del suelo, las fuentes de agua (fuentes de abastecimiento), los ríos y las playas. Consiste en acciones para el abastecimiento de agua, la recolección y el tratamiento de aguas residuales, así como la gestión del agua de lluvia y los residuos sólidos. Nuestros indicadores en este ámbito son muy deficientes. Aproximadamente la mitad de los hogares brasileños no tienen acceso a una red de alcantarillado. Además, más del 50% de los municipios

435. SOARES, Gabriela. Brasil atraviesa su peor década económica en 120 años. Poder 360, 3 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-tem-pior-decada-para-a-economia-em-120-anos/>.

436. BOLSONARO, Lula, Temer o Dilma: ¿Qué presidente logró el mayor crecimiento del PIB? Exame, 2 de marzo de 2023. Disponible en: <https://exame.com/economia/bolsonaro-lula-temer-ou-dilma-qual-presidente-conseguiu-maior-crescimento-do-pib/#>.

437. Idem.

438. BARROSO, Luís Roberto. Educación básica en Brasil: del atraso prolongado a la conquista del futuro. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, v. 41, 2019.

brasileños no cuentan con ningún sistema de tratamiento de aguas residuales, vertiéndolas directamente al medio ambiente⁴³⁹. Respecto a los residuos sólidos, más del 50% de los municipios los disponen en vertederos a cielo abierto, conocidos como rellenos sanitarios⁴⁴⁰. Como el Estado carece de recursos para las inversiones necesarias, la participación del sector privado es esencial para superar esta situación.

- e) *Inversión en ciencia y tecnología*. La Revolución Tecnológica ha transformado el mundo en el que vivimos. Algunas de las principales fuentes de riqueza han dejado de ser bienes físicos para convertirse en conocimiento, innovación, datos y propiedad intelectual. Vivimos en la era de las nuevas tecnologías —inteligencia artificial, robótica avanzada, computación en la nube, streaming, blockchain— que han traído nuevos paradigmas a las relaciones económicas, productivas y laborales. Un mundo de nuevos modelos de negocio, como Amazon, Google y Netflix, entre muchos otros. Si no invertimos fuertemente en ciencia, tecnología, investigación e innovación, nos quedaremos atrás en la historia, como eternos exportadores de commodities.
- f) *Vivienda pública*. La cuestión del derecho a la vivienda —un derecho social fundamental— se relaciona con el déficit habitacional y las condiciones inadecuadas de vivienda en Brasil. El déficit de vivienda identifica la necesidad de construcción de nuevas viviendas y toma en cuenta a las personas que viven en condiciones precarias, con un número excesivo de familias que viven en el mismo entorno y no pueden pagar el alquiler. La vivienda inadecuada se refiere principalmente a la falta de infraestructura urbana, incluyendo servicios como electricidad, agua, saneamiento y baños. También existe el problema de la regularización de tierras y las zonas vulnerables. En cifras de 2019, Brasil presenta un déficit de vivienda de aproximadamente 6 millones de unidades, concentrado principalmente

439. Los técnicos del MDR estiman que casi la mitad de la población cubierta por el sistema no tiene acceso a redes de alcantarillado. Esto significa que, de un total de 208,7 millones de brasileños, 94,1 millones no cuentan con este servicio. Otro desafío es que solo la mitad de las aguas residuales recolectadas (50,8%) recibe tratamiento (Disponible en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-12/quase-50-dos-brasileiros-nao-tem-acesso-redes-de-esgoto-diz-mdr>).

440. RESIDUOS sólidos urbanos en Brasil: desafíos tecnológicos, políticos y económicos. Ipea, 9 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/217-residuos-solidos-urbanos-no-brasil-desafios-tecnologicos-politicos-e-economicos>.

en el tramo de ingresos de hasta tres salarios mínimos⁴⁴¹. Por tanto, es necesario adoptar de manera constante y consistente políticas públicas orientadas a la construcción de nuevas viviendas y a la dotación de infraestructura, al mejoramiento de barrios marginales, a la protección del medio ambiente, al saneamiento básico y al transporte público.

g) *La cuestión medioambiental*. Brasil cuenta con todas las condiciones para convertirse en un importante líder medioambiental mundial y, así, contribuir a abordar uno de los problemas más críticos de nuestro tiempo: el cambio climático y el consiguiente calentamiento global. Contamos con una matriz energética predominantemente limpia, que es la hidroeléctrica, y un gran potencial para energías renovables, como la solar, la eólica y la biomasa, con especial énfasis en el potencial de la caña de azúcar. La Amazonia, a su vez, alberga la mayor biodiversidad del planeta, desempeña un papel decisivo en el ciclo del agua y es un importante sumidero de carbono. Debemos tratarla como el activo relevante que es, desarrollando una bioeconomía forestal que brinde sostenibilidad a sus 25 millones de habitantes y respete a las comunidades nativas⁴⁴².

¡Ah, sí! Hay un capítulo implícito en toda la agenda propuesta anteriormente: la integridad y la civilidad son prerequisites para todo lo demás y deben anteponerse a la ideología y las decisiones políticas.

441. Según la Fundación João Pinheiro, institución de investigación del estado de Minas Gerais, en 2019, el déficit de vivienda en Brasil era de aproximadamente 5,8 millones de hogares, considerando tanto la falta total de vivienda como las condiciones inadecuadas de vivienda. La investigación aún no considera el impacto de la pandemia (Disponible en: <https://habitatbrasil.org.br/deficit-habitacional-brasil/#:~:text=A%20última%20pesquisa%20da%20Fundação,no%20número%20de%20pessoas%20despejadas>).

442. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Cómo salvar la Amazonia: por qué un bosque en pie vale más que uno talado. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, 2020. De los mismos autores, véase *In defense of the Amazon*. *Harvard International Law Journal*, v. 62, 2021.

2. Cierre

*En la vida, nunca dejamos de buscar.
Y el final de cada búsqueda
nos lleva de vuelta al punto de partida
para encontrarnos por primera vez.
(T.S. Eliot)⁴⁴³*

Como demuestra claramente el Brasil posterior a las elecciones de 2022, el mundo gira y la vida a veces es un viaje circular, volviendo al punto de partida. El 35.º aniversario de la Constitución encuentra al país polarizado, con numerosos focos de intolerancia. Cada uno con sus razones y agravios. En los diferentes matices del espectro político, existe un consenso: que el país no está cumpliendo su destino. Esta es la razón de cierto malestar civilizatorio entre nosotros, la frustración de no ser todo lo que podemos ser. Para avanzar y vencer el atraso, la sociedad, independientemente de las convicciones políticas individuales, necesitará una comprensión correcta del pasado y un proyecto común que realizar. Los desacuerdos y las diferentes visiones del mundo no tienen por qué significar desconfianza ni enemistad. Donde hay buena fe y buena voluntad, casi todo es posible.

Esta fue la inspiración de este texto: reconstruir la historia reciente y encontrar puntos en común, capaces de allanar el camino hacia un futuro que se ha pospuesto, pero que aún está en el horizonte. La existencia de las personas y las naciones se compone de muchos nuevos comienzos. De oportunidades que se renuevan.

443. Traducción libre.

[CAPÍTULO VI]

LOS DUEÑOS DEL PODER: LA INQUIETANTE ACTUALIDAD DE
RAYMUNDO FAORO

I. INTRODUCCIÓN

Raymundo Faoro fue una figura polifacética en la vida brasileña. Presidente del Colegio de Abogados de Brasil (OAB) entre 1977 y 1979, desempeñó un papel destacado en el proceso de apertura política y restauración democrática. Con autoridad moral, capacidad intelectual y habilidad, contribuyó a impulsar la historia en la dirección correcta durante los inciertos días del ocaso del régimen militar.

Tras dejar la presidencia del Colegio de Abogados de Brasil (OAB), Faoro permaneció en la escena política brasileña como un intelectual público que analizaba la realidad con perspicacia y visión crítica. Por razones que explicaré más adelante, me convertí en su admirador, lector e interlocutor ocasional. En este artículo, busco explorar y, en cierto modo, contribuir a la difusión de otra faceta de Faoro, más allá de su liderazgo de abogados y su observación del panorama político: la de escritor refinado. De hecho, produjo obras relevantes sobre literatura⁴⁴⁴, coyuntura política⁴⁴⁵ y, muy especialmente, una de las narrativas más célebres sobre la formación histórica, sociológica y política de Brasil.

Me refiero a *Los dueños del poder: La Formación del Clientelismo Político Brasileño*. En este libro, Faoro abarca seis siglos de historia portuguesa y brasileña, desde el primer rey portugués, Afonso Henriques, hasta el final de la era Vargas. Si bien su visión de la construcción de Brasil no goza de aceptación universal⁴⁴⁶, su obra es una de las más influyentes en la sociología política brasileña, consolidándolo como uno de los grandes intérpretes de Brasil, junto a nombres como Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre y Caio Prado Júnior, entre otros⁴⁴⁷.

444. FAORO, Raymundo. Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.

445. FAORO, Raymundo. A república inacabada. [s.l.]: [s.n.], 2007.

446. Para una visión diversa y crítica, v. SOUZA, Jessé de. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. São Paulo: LeYa, 2017.

447. SANTIAGO, Silviano. Intérpretes de Brasil. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 2002. Antología de tres volúmenes que reúne obras representativas del pensamiento brasileño, incluyendo los autores mencionados en el texto y otros como Joaquim Nabuco, Euclides da Cunha y Florestan Fernandes.

Raymundo Faoro es un autor más citado que leído. Por eso me inspiré para escribir este artículo, en el que busco destacar pasajes emblemáticos y representativos de Los dueños del poder, relacionados con algunos conceptos e ideas que caracterizan la historia brasileña, como el patrimonialismo, el latifundismo y la omnipresencia del Estado. En el texto, ofrezco algunas reflexiones, explico mi interpretación del análisis de Faoro y transcribo pasajes textuales de su obra. Este es un homenaje intelectual a uno de los grandes pensadores brasileños, así como a un actor que cumplió excepcionalmente bien su papel en la historia.

II. DOS DEDOS DE LA HISTORIA

Conocí a Raymundo Faoro una tarde de 1978 en la sede del Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil, que por entonces estaba en Río de Janeiro. Dos o tres compañeros y yo fuimos a visitarlo. Cursaba tercer año de Derecho en la Universidad Estatal de Río de Janeiro. El motivo de la visita era serio, y lo describiré brevemente. Desafiando la legislación represiva de la época —el Decreto-Ley N° 477 y el Acto Institucional N° 5—, un grupo de estudiantes había recreado la entidad de representación estudiantil, el Centro Académico Luiz Carpenter —Livre (Libre). Livre significaba, precisamente, que no estaba autorizado.

Desde principios de 1976 —Vladimir Herzog fue asesinado en las instalaciones del 2.º Ejército en São Paulo en octubre de 1975— asistíamos a la movilización de la sociedad civil para el fin de la dictadura. La reapertura de las organizaciones estudiantiles fue un paso importante. Como era de esperar, dos compañeros que habían participado en la refundación de CALC-Livre fueron citados a declarar ante el Departamento de Policía Política y Social (DPPS), uno de los brazos represivos del régimen militar en Río de Janeiro. Con copias de las citaciones, el nombre y el número de teléfono del investigador, acudimos con inquietud al Colegio de Abogados de Brasil (OAB). Solicitamos una llamada al oficial que manifestaba interés en el caso. Creíamos que una llamada del presidente de la OAB, uno de los interlocutores de la *“apertura política”* iniciada por Geisel, podría minimizar el riesgo de violencia.

Faoro nos recibió e incluso dedicó una buena hora de esa tarde a una enriquecedora conversación sobre la dictadura, la represión y sus esfuerzos por la transición democrática brasileña. Fue la primera de varias conversaciones que

tuve con él, atraído por su erudición y su disposición a intercambiar ideas sobre Brasil con un joven apasionado por el país y deseoso de marcar la diferencia en ese proceso histórico. Una de estas conversaciones se materializó en una entrevista publicada en junio de 1978 en el periódico universitario *Andaime*, del cual fui uno de los editores. Al comienzo del artículo, escribí:

El Colegio de Abogados de Brasil, en estos últimos dos años, se ha posicionado como un referente en la lucha por los derechos humanos y la defensa del Estado de derecho. Parte de esta prominencia que la OAB ha adquirido a nivel nacional quizás se deba a una pequeña apertura del gobierno en estos tiempos de libertad discriminada.

Sin embargo, en mayor medida, el mérito es de su presidente, el Sr. Raymundo Faoro. De voz suave pero vehemente, este hombre de Rio Grande do Sul, que asiste al Palácio do Planalto con la misma facilidad con la que recibe a los estudiantes, ha brindado un servicio invaluable, no solo a la profesión jurídica, sino a todo el país. La semana pasada, el Sr. Raymundo Faoro recibió a Andaime durante una hora y media de su limitado tiempo y le concedió la siguiente entrevista.

Fue un encuentro memorable, reflejo de las tensiones de aquel momento de incipiente apertura política, del que Faoro fue uno de los protagonistas. Se estaba formando el nuevo gobierno, aún bajo el régimen militar, y se especulaba sobre su nominación a ministro de Justicia. Faoro criticó lo que llamó “*sanchismo político*”, que es la creencia, inspirada por Sancho Panza, de que si estoy allí puedo evitar lo peor. Nunca he olvidado la contundente respuesta que dio a la pregunta, que se puede resumir así: si es autoritario, no lo puedo aceptar. Si es democrático, no me necesitan. Ver:

En primer lugar, el próximo gobierno, si es como el actual, sería incompatible con el presidente de la OAB (Colegio de Abogados de Brasil) y cualquier persona comprometida con el Estado de derecho. Cualquier persona o abogado que ocupe este cargo, en una situación excepcional, perdería el respeto de su profesión. Si el próximo gobierno es un gobierno de Estado de derecho, entonces tampoco tendría nada que hacer allí; esto sería asunto de políticos.

Más tarde, en 1980, cuando Faoro ya había dejado la presidencia de la OAB, me reuní con él en las oficinas de la revista *Istoé* en el centro de Río para hablar sobre aspectos de mi primer libro, aún en mi último año de derecho. Era un texto sobre la federación en Brasil, un pretexto que utilicé para criticar duramente la concentración de poder, la manipulación y la falsificación del ordenamiento jurídico por parte de los gobiernos militares. Aproveché al máximo sus ideas, y mi trabajo recibió el Premio Cândido de Oliveira Neto de la OAB/RJ ese año.

Fue también en 1980 que leí por primera vez, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* (Los dueños del poder: la Formación del Clientelismo Político Brasileño). Era una edición en dos volúmenes de Editora Globo, 2.^a edición, publicada en 1979. La 1.^a edición era de 1958. ¡Dios mío, qué libro tan difícil! Faoro escribió con sofisticación y complejidad, sin concesiones a los principiantes. Era necesario releer las frases con frecuencia, buscando el profundo significado oculto tras un estilo artesanal y único. En aquel entonces, la simplicidad aún no era una virtud particularmente exaltada en la vida intelectual brasileña. Y, además, el tema no era fácil. Sea como fuere, el libro produjo un inmenso impacto en mi mente, que estaba comenzando el arduo e interminable viaje de intentar interpretar, comprender y transformar Brasil.

A lo largo de los años, también leí su importante monografía sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente⁴⁴⁸ y los numerosos artículos que publicó en diferentes medios de comunicación, recopilados posteriormente por Joaquim Falcão y Paulo Augusto Franco en una oportuna antología⁴⁴⁹. Tras dejar la presidencia de la OAB, Faoro continuó siendo una figura institucional destacada, participando con calidad en el debate sobre importantes cuestiones nacionales. En 2002, asistí a su concurrida ceremonia de investidura en la Academia Brasileña de Letras. Poco antes de su fallecimiento en 2003, en mi honor, escribió una carta al recién investido presidente Lula, recomendando mi nombre para una de las tres vacantes que pronto se abrirían en el Supremo Tribunal Federal. No era mi turno. Pero la carta, entregada al presidente por dos queridos y admirables amigos, Sepúlveda Pertence y Sigmaringa Seixas, es uno de los títulos de los que me enorgullezco en mi currículum vitae. Tanto por el autor como por los portadores.

En 2022, respiré hondo y releí meticulosamente, durante el primer semestre, *Los dueños del poder*, en una edición que me había regalado su hijo, André Faoro. Debo confesar que el libro seguía siendo difícil. Pero releerlo con madurez fue aún más beneficioso. Al terminar la lectura, me pareció oportuno separar, en este breve ensayo, algunas ideas y pasajes literales de Raymundo Faoro en esa obra, permitiendo un acceso directo a los lectores contemporáneos. Es un homenaje que rindo a un brasileño que ayudó a forjar y explicar la historia de Brasil con brillantez intelectual, desapego y patriotismo.

448. FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte: legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

449. FAORO, Raymundo. *A República em Transição: Poder e Direito no Cotidiano da Democratização Brasileira (1981-1988)*. Editado por Joaquim Falcão y Paulo Augusto Franco. Rio de Janeiro: Record, 2018.

III. ALGUNAS IDEAS ESENCIALES EN EL PENSAMIENTO DE RAYMUNDO FAORO

1. *Patrimonialismo*

La idea del patrimonialismo se remonta a nuestra tradición ibérica, a la forma en que se establecían las relaciones políticas, económicas y sociales entre el emperador y la sociedad portuguesa en general, y con los colonizadores de Brasil en particular. No existía separación entre el tesoro real y el tesoro del reino, ni entre la propiedad privada y la estatal. Los deberes públicos y las obligaciones privadas se superponían. El rey tenía una participación directa y personal en los impuestos y las ganancias obtenidas en la colonia. En este escenario, los agentes públicos y privados estaban vinculados al monarca por lazos de lealtad personal y objetivos de lucro comunes, más que por principios de legitimidad, deber funcional e interés público. De aquí se deriva la difícil separación entre las esferas pública y privada, sello distintivo de la formación nacional. Es una característica tan fuerte que la Constitución y la jurisprudencia brasileñas en los últimos años han tenido que establecer explícitamente valores fundamentales como la prohibición de utilizar fondos públicos para la promoción personal, la prohibición del nepotismo en los nombramientos para cargos públicos y la ilegalidad de la “*rachadinha*” (el desvío de la remuneración de empleados fantasmas para beneficio propio)⁴⁵⁰. Superar esto no ha sido fácil.

El patrimonialismo es uno de los conceptos centrales de *Los dueños del poder*, ciertamente importado de la obra de Max Weber y adaptado a la formación política y social lusobrasileña. Está presente en toda la narrativa de Faoro, desde nuestros orígenes portugueses hasta la República, pasando por el período colonial y el Imperio. Desde el principio, el texto sitúa históricamente la disfunción del patrimonialismo en las primeras etapas del surgimiento del Estado portugués, con la reconquista del territorio a los españoles y los árabes. Refiriéndose a un período que abarca desde el siglo XI hasta el XIII, época en la que el poder y la riqueza emanaban de la propiedad de la tierra, escribió:

450. El concepto de patrimonialismo que utilizo está claramente influenciado por mi lectura de Faoro, aunque no coincido plenamente con él. En su texto, Faoro parece defender una visión puramente liberal que critica cualquier intervención estatal significativa en la vida social y económica. Mi crítica, sin embargo, se centra en la apropiación privada del Estado por parte de las élites extractivas que lo ponen a su servicio, y no en la intervención estatal en sí.

Desde los primeros golpes de la Reconquista, la Corona logró amasar un inmenso patrimonio rural (propiedades conocidas como “requengos”, “regalengos”, “regoengos” y “regeengos”), cuya propiedad se entrelazaba con el dominio de la casa real. Los ingresos se destinaban a necesidades colectivas o personales, en circunstancias que difuminaban los límites entre propiedad pública y privada, esta última perteneciente exclusivamente al príncipe⁴⁵¹. [...]

La propiedad del rey —sus tierras y sus tesoros— está entrelazada en sus aspectos públicos y privados. Los ingresos y gastos se destinan, sin discriminación normativa previa, a gastos familiares o a obras y servicios de utilidad general⁴⁵².

Tras el descubrimiento de Brasil y el inicio de la colonización, el modelo se mantuvo y se profundizó. El rey era “*el señor de las tierras, las minas y el comercio*”, controlando la economía mediante monopolios, la creación de empresas con privilegios comerciales y concesiones. El círculo patrimonialista se diversificó y expandió en alianza con los colonizadores:

Brasil, al igual que la India, sería un negocio del rey, integrado en la estructura patrimonial, administrado por la realeza, versada en armas y atenta al comercio⁴⁵³. [...]

El rey delimitó las ventajas de la colonización, reservándose el diezmo de las cosechas y la pesca, el monopolio del comercio del palo de Brasil, las especias y las drogas, y el quinto de las piedras y metales preciosos⁴⁵⁴. [...]

El patrimonio del soberano se convierte gradualmente en el Estado, administrado por una clase cada vez más burocrática⁴⁵⁵. [...]

A diferencia del mundo holandés e inglés, la red, la maraña de controles, concesiones y vínculos degrada a la burguesía y la reduce a una función subsidiaria y dependiente del Estado. El ejercicio del comercio generalmente está vinculado a un contrato público, que genera contratistas, a su vez subcontratistas, siempre bajo el brazo codicioso de la administración pública⁴⁵⁶.

Esto también ocurrió durante el primer y, sobre todo, el segundo Imperio. El éxito empresarial solo se lograba mediante alianzas, ya no directamente con el monarca, sino con el Estado o, más precisamente, con el gobierno. Alianzas que implicaban promiscuidad entre los sectores público y privado, con favoritismo, nepotismo o pura corrupción:

451. FAORO, Raymundo. Los dueños del poder: Formación del Clientelismo político brasileño. 4. ed. São Paulo: Editora Globo, 2008. p. 18.

452. Idem, p. 23.

453. Idem, p. 127.

454. Idem, p. 155.

455. Idem, p. 197.

456. Idem, p. 201.

A lo largo de la historia, las principales figuras financieras e industriales del país se habían desarrollado a la sombra de la influencia y la protección que les brindaba el gobierno; este sistema solo podía resultar en corrupción y la gangrena de la riqueza pública y privada. De ahí la creciente expansión del presupuesto y la deuda⁴⁵⁷. [...]

Otra forma de asegurar el éxito de la empresa era mediante la asociación o el favoritismo hacia los políticos. Paraná colocó a un hijo, un yerno y al padre de este último entre los accionistas del Banco Mauá, Mac-Gregor⁴⁵⁸. [...]

El Ferrocarril de Bahía fue otorgado a Muniz Barreto, suegro de Francisco Otaviano, abogado y amigo de Mauá, quien casualmente era un político influyente. En este régimen incestuoso entre la economía y la política, los propios diputados, senadores, concejales o líderes de partidos buscaban y obtenían concesiones⁴⁵⁹. [...]

En los ministerios, en los pasillos de la Cámara y el Senado, hordas de aventureros, intermediarios y empresarios nominales pululaban, buscando las codiciadas concesiones, suministros, garantías de interés, subsidios, para obtener el beneficio rápido y sin esfuerzo de las transferencias. Las dificultades se disipan ante la tentadora promesa de acciones y empleos⁴⁶⁰.

En el capítulo final, luego de analizar el período republicano, desde la Proclamación hasta la era Vargas, se constata que la estructura patrimonialista que nos frena en la historia persiste obstinadamente, liderada por la misma clase que ella misma generó:

La realidad histórica brasileña ha demostrado la persistencia secular de la estructura patrimonial, resistiendo con valentía e inviolabilidad la repetición progresiva de la experiencia capitalista⁴⁶¹. [...]

En una etapa inicial, el dominio patrimonial, constituido así por el patrimonio, se apropia de las oportunidades económicas para el disfrute de bienes, concesiones y cargos, en una confusión entre los sectores público y privado que, con la mejora de la estructura, se convierte en un extremo de competencias fijas, con una división de poderes que separa el sector fiscal del sector de personal⁴⁶².

Sesenta años después de la primera edición de Los dueños del poder, el país sigue lidiando con el patrimonialismo, la dificultad de separar las esferas pública y privada y la apropiación privada del Estado, en episodios que se multiplican en tediosa repetición: Presupuesto Empequeñecido, Operación Sanguijuela, Mensalão, Petrolão, Presupuesto Secreto... Un aprendizaje largo, lento y cansador.

457. Idem, p. 462.

458. Idem, p. 498.

459. Idem, p. 499.

460. Idem, p. 499.

461. Idem, p. 822.

462. Idem, p. 823.

2. El Estado intervencionista y el capitalismo de orientación política

El Estado intervencionista, onnipresente y todopoderoso ha existido desde el inicio de la formación del Reino de Portugal. Las “*garras reales*”, desde muy temprano, a mediados del siglo XIII, se extendieron a todos los ámbitos de la actividad económica.

*Todo, comercio e industria, dependía de concesiones reales, delegaciones gratuitas y arrendamientos onerosos, que podían ser reemplazados en cualquier momento por empresas monárquicas. Estas son las semillas del mercantilismo sembradas en terreno fértil. El príncipe no olvidó cobrar su parte de los privilegios otorgados —para exportar e importar— en una apropiación de ingresos que solo puede compararse de forma análoga a los impuestos modernos*⁴⁶³.

Faoro argumenta que en Portugal no existía el feudalismo, sino un estado patrimonial. Por lo tanto, no existía una relación contractual entre señor y vasallo —con derechos, privilegios y obligaciones—, sino una relación jerárquico-burocrática entre monarca y súbdito, entre líder y funcionario. La experiencia de un poder atomizado y compartido con los señores feudales era inexistente.

*En una monarquía patrimonial, el rey se eleva por encima de todos los súbditos, señor de la riqueza territorial, propietario del comercio: el reino tiene un dominus, un poseedor de una riqueza eminente y perpetua, capaz de administrar las mayores propiedades del país, dirigir el comercio y conducir la economía como si fuera su propia empresa*⁴⁶⁴.

La iniciativa privada se vio frenada y el emprendimiento sofocado, salvo en alianzas con el monarca, sujeto a su voluntad y condiciones. La naciente burguesía estuvo atrapada, desde su nacimiento, en las doradas riendas de la Corona, constreñida a una relación patriarcal y restrictiva, sujeta a favores y privilegios.

*[El] capitalismo, dirigido por el Estado e impidiendo la autonomía de la empresa, ganará cuerpo anulando la esfera de las libertades públicas, fundadas en las libertades económicas, como la libre contratación, la libre competencia y la libertad de profesión, todas ellas opuestas a los monopolios y a las concesiones reales*⁴⁶⁵.

Este es el modelo que se diseñó y persistió: un Estado que interviene en todos los sectores de la economía, al servicio de los intereses del rey y de la burocracia. Repleto de monopolios, autorizaciones, concesiones y licencias. Todo sujeto a control de compras y ventas, control de precios, permisos de importación, embargos de exportación y medidas similares. Un déficit de ciudadanía y emprendimiento, y un exceso de burocracia.

463. Idem, p. 24.

464. Idem, p. 38.

465. Idem, p. 35.

La única forma posible de capitalismo será la de orientación política. La industria, la agricultura, la producción y la colonización serán obra del soberano, guiadas, invocadas y estimuladas por él desde arriba, para el beneficio nominal de la nación. Dondequiera que haya actividad económica, estará el delegado del rey, el funcionario, para compartir sus ingresos, ganancias e incluso para incrementarlas. Todo es tarea del gobierno, supervisando a los individuos, eternamente menores, incapaces o propensos a las catástrofes si se les deja a su suerte. El Estado se fusiona con el empresario, el empresario que especula, que manipula los hilos del crédito y el dinero para favorecer a sus socios y para desesperación de un pequeño segmento de la población, cautivado por el ejemplo europeo⁴⁶⁶.

Finalmente, Faoro destaca que la estructura patrimonial permitió la expansión del capitalismo comercial. Sin embargo, cuando surgió el capitalismo industrial, rompiendo la barrera del feudalismo, no encontró en el patrimonialismo las condiciones adecuadas para su desarrollo. Portugal, sus colonias y antiguas colonias, que heredaron su estructura económica y administrativa, quedaron al margen de la revolución industrial.

La actividad industrial, cuando surge, se basa en incentivos, favores y privilegios, sin la iniciativa individual, basada racionalmente en el cálculo e inmune a la intervención gubernamental, logrando un crecimiento autónomo. Está impulsada por un impulso comercial y un propósito especulativo, lo que la aleja de las libertades económicas en las que se basa la revolución industrial. Esto genera consecuencias económicas y efectos políticos que se extienden hasta el siglo XX y hasta nuestros días.

Solo los países impulsados por el feudalismo, en Europa y Asia, expandieron una economía capitalista de naturaleza industrial. Inglaterra, con sus extensiones en Estados Unidos, Canadá y Australia, Francia, Alemania y Japón, logró, por diferentes caminos pero bajo la misma base, desarrollar y adoptar el sistema capitalista, integrando en él la sociedad y el Estado. La Península Ibérica, con su florecimiento colonial, y los demás países sin raíces feudales, incluidos los del mundo antiguo, no experimentaron las relaciones capitalistas en su plena expresión industrial⁴⁶⁷.

De hecho, la industrialización llegó a Brasil recién entrado el siglo XX. Lo cierto es que, siglos y décadas después, incluso hoy, en la vida brasileña, lidiamos con las dificultades de un Estado sobredimensionado, con procesos de licitación amañados, contratos inflados, exenciones fiscales mal justificadas, trato preferencial en la concesión de créditos y un sistema tributario confuso e injusto. Un Estado demasiado grande económica y administrativamente, pero insuficiente socialmente, donde necesita ser aún más grande. El tamaño de uno impide el crecimiento del otro.

466. Idem, p. 103. Texto ligeramente editado.

467. Idem, p. 49-50.

3. Oficialismo

La omnipresencia del Estado, como se mencionó anteriormente, no se limitó al ámbito económico, con su control, a lo largo del tiempo, de la agricultura, la industria, el sistema financiero, el crédito, los sindicatos y el movimiento obrero. El mundo político y las acciones de la sociedad civil también estaban subordinados al poder estatal, creando sujetos dependientes en lugar de ciudadanos verdaderamente autónomos.

*El Estado, presente en todo y proveyéndolo todo, centraliza las fuerzas impulsoras del movimiento económico y político, creando un país a su imagen y semejanza, el país oficial*⁴⁶⁸.

*El gobierno lo sabe todo, lo administra y lo provee todo. Moldea la opinión pública, distribuye la riqueza y califica a los ricos. El sujeto, agobiado por la roca que le roba el sol y sus iniciativas, lo espera todo de la administración pública, en sus grandes y pequeñas dificultades, confiando, en momentos de agonía, en el milagro que surgirá de las cámaras del palacio o de los ministerios. Este peligroso complejo psicológico ha inhibido al pueblo durante siglos, convencido de que el Estado no es él mismo, sino una entidad mayor, abstracta y soberana*⁴⁶⁹.

A la sombra de este Estado en constante expansión, desde las Ordenanzas Filipinas, el estatuto que rige la organización política del Reino de Portugal, ha florecido una burocracia en constante crecimiento y crecimiento vegetativo. Una burocracia con poco poder para impulsar el progreso, pero con una inmensa fuerza para frenarlo, creando los obstáculos que a menudo son su razón de ser, a pesar de su falta de propósito.

En todas partes, en cada actividad, ordenanzas administrativas, disfrazadas de leyes, decretos y avisos, regulan la vida del país y de las provincias, desdibujando las fronteras entre el sector privado y el público. [...]

De la montaña de documentos emerge una organización congestionada, con papeles que circulan jerárquicamente de un escritorio a otro, alimentados por la desconfianza mutua. ¿Siete personas quieren formar una empresa? El gobierno les concederá la autorización. ¿Alguien quiere fabricar agujas? El gobierno intervendrá con permiso o privilegio. ¿El agricultor quiere exportar o pedir préstamos?

*Entre la ley y la propuesta, se interpondrá un atolladero de licencias. ¿Se necesita crédito privado? El ministerio será llamado a dar su opinión. El automóvil, tras su largo viaje, regresa a sus inicios, enredado en la reacción centralizadora y la supremacía burocrático-monárquica, estratificado en la forma, patrimonialista en el contenido*⁴⁷⁰.

468. Idem, p. 450.

469. Idem, p. 451.

470. Idem, p. 451.

En este contexto, el partido gobernante también se manifestó en el dominio político del electorado. Independientemente del fraude electoral, a pesar de la huella imborrable que dejó en la historia brasileña, el gobierno en el poder dictaba las reglas, los candidatos y los elegidos. No había salvación para la oposición.

*La verdad electoral no surgiría de la ley como deseaban los estadistas: la verdad electoral, incluso honestamente refinada, sacaría a la luz al propio país, con un electorado obediente al gobierno, quienquiera que fuese, siempre que fuese el poder el que nombra, el que posee las armas y el pan. El diputado, dentro de este círculo de hierro, no era más que el resultado de acuerdos de alto nivel, urdidos en los salones de los poderosos*⁴⁷¹.

Durante un largo período, la influencia del Estado también comprometió la libertad de expresión mediante la captación financiera de los medios de comunicación. Esta realidad fue descrita por José de Alencar, en un pasaje citado por Faoro:

No menos curiosa es la forma en que la burocracia fabrica la opinión pública en Brasil. [...]

*Los periódicos, como todo en este imperio, viven de la benevolencia de la administración. En cuanto el gobierno lo desee desesperadamente, el diario de mayor circulación descenderá de la posición que ha adquirido. Basta con bloquear sus canales oficiales y subvencionar cuantiosamente a otra empresa para antagonizarla*⁴⁷².

El oficialismo es una faceta persistente de la formación nacional. Esta es la característica que hace que los proyectos personales, sociales o empresariales dependan del Estado, es decir, de su aprobación, apoyo y financiación. La búsqueda de empleo público, crédito barato, exenciones fiscales o subsidios. Desde la telefonía hasta los disfraces de carnaval, la dependencia constante del dinero del BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social), la Caixa Econômica (Caja de Ahorros de Brasil), los fondos de pensiones, las arcas estatales o municipales. De los favores del presidente, gobernador o alcalde. Se crea una cultura de paternalismo y clientelismo, una república de parientes y amigos. El Estado se vuelve más importante que la sociedad.

471. Idem, p. 391.

472. Idem, p. 449. Faoro se refiere a ALENCAR, José de. Obra Completa. Río de Janeiro: Aguilar, 1960. v.4.

4. *Estamento*

Tengo mi propia interpretación del concepto de estamento, tal como lo utiliza Faoro a lo largo del texto. No estoy del todo seguro de que refleje con precisión el pensamiento del autor, pero es la interpretación que he obtenido de él. En cualquier caso, creo que el término —que, en mi opinión, no se corresponde con el concepto tradicional de estamentos en la sociedad medieval ni coincide plenamente con la interpretación de Max Weber⁴⁷³— sirve para identificar una realidad omnipresente en el poder y el clientelismo político en Brasil.

El estamento (*establishment*) es la élite política del patrimonialismo, como afirma Faoro, o, añadido, el beneficiario de sociedades caracterizadas por un capitalismo tardío e incompleto, por la escasa separación entre las esferas pública y privada, y por la frecuente apropiación del Estado para servir a los intereses de los estratos dominantes. Estos estratos son hegemónicos en múltiples dimensiones de la vida y se encuentran en el sector empresarial, la clase política, la burocracia estatal —incluido el poder judicial—, el sector militar e incluso en los sindicatos. El estamento se beneficia de diversas estrategias y políticas públicas, que contribuye a configurar, y que pueden incluir reservas de mercado, alivios y exenciones fiscales, el uso discrecional de porciones sustanciales del presupuesto, financiación pública preferencial, salarios desproporcionados y pensiones generosas, sistemas de seguridad social privilegiados y cotizaciones obligatorias de los empleados, por citar solo algunos ejemplos.

Como se puede apreciar claramente, su sello distintivo es la transversalidad —que se extiende a diferentes sectores de la vida nacional— y no la homogeneidad. Sin embargo, existe un hilo conductor que une diversos intereses: cierto grado de control o influencia sobre el presupuesto, las decisiones políticas, la dirección de la economía, los empleos y los cargos públicos, y también sobre la propia opinión pública. Por lo tanto, en mi interpretación de Brasil, el “*Estado*” (*establishment*/clase social) se refiere a las fuerzas que históricamente han predominado, independientemente de la alternancia en el poder político. Es decir: las fuerzas que realmente gobiernan, aunque no gobiernen. No se trata de una casta —porque puede haber cierta movilidad social— ni de una clase, ya que la cuestión económica, aunque importante, no es el único factor relevante: el estatus, el prestigio, los beneficios no financieros y otros factores simbólicos

473. WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Traducción de Waltensir Dutra. Río de Janeiro: LTC, 1982. p. 218 y sigs.

pueden formar parte de las aspiraciones del establishment/clase social. De hecho, quienes ostentan el poder forman un frente amplio, informal y no orgánico que marca la agenda del país y lo guía, como una sombra invisible y omnipresente.

Considero que este análisis, que va más allá de la idea de un estrato social puramente burocrático, es coherente con el pensamiento de Faoro desarrollado en *Los dueños del poder*. Sin embargo, si viviera, temería que me dirigiera la ocurrencia que recuerdo haber leído en alguna parte, en la que el autor de una obra adaptada al cine, al ser preguntado sobre su opinión, declaró: “*La película que hicieron basada en mi libro me inspiró a escribir otra*”. A continuación, para que el lector pueda formarse su propia opinión, se presentan algunos pasajes de Raymundo Faoro sobre el tema.

El origen del estamento:

La gestión de los asuntos de la Corona requería un grupo de asesores y albaceas, junto al rey, bajo la supremacía incuestionable del soberano. No solo había que recaudar impuestos, dondequiera que hubiera movimiento de mercancías, sino también ingresos que obtener, como la participación del príncipe en todos los negocios, siendo él mismo dueño de todas las transacciones, ganancias y ventajass.

Para ello, el Estado se dotaba, paso a paso, siempre que surgía la necesidad, de una organización político-administrativa, legalmente concebida y escrita, racionalizada y sistematizada por juristas.

Esta corporación de poder se estructuraba en una comunidad: el estamento. Para comprender el fenómeno, cabe señalar, desde el principio, que el orden social, al afirmarse en clases, estamentos y castas, incluye una distribución del poder, en sentido amplio: la imposición de la propia voluntad sobre la conducta de los demás⁴⁷⁴.

La naturaleza del estamento:

De naturaleza distinta es el estamento: es principalmente un estrato social y no económico, aunque puede residir, en una conexión no necesariamente real ni conceptual, en una clase. El estamento siempre constituye una comunidad, aunque amorfa: sus miembros piensan y actúan conscientemente como pertenecientes al mismo grupo, a un círculo elevado, capacitados para el ejercicio del poder⁴⁷⁵.

Capitalismo incompleto: “*Los estamentos florecen naturalmente en sociedades donde el mercado no domina toda la economía, como las sociedades feudales o patrimoniales*”.

474. Idem, p. 60. Texto ligeramente editado.

475. Idem, p. 61. Texto ligeramente editado.

476. Idem, p. 61.

La apropiación del Estado:

El sistema de estratificación social implica distanciamiento social y aspira a la conquista de ventajas materiales y espirituales exclusivas. [...] El aislamiento de la comunidad conduce a la apropiación de oportunidades económicas, lo que, en última instancia, resulta en monopolios de actividades lucrativas y cargos públicos. [...] Por otro lado, la estabilidad económica favorece a la sociedad estratificada, al igual que las transformaciones abruptas en la tecnología o las relaciones de intereses la debilitan. Por lo tanto, representan un freno conservador, preocupado por afianzar la base de su poder⁴⁷⁷.

La mezcla de lo público y lo privado:

Una categoría social, encerrada en sí misma, manipula lealtades a través de cargos públicos, sin otros medios, basándose en posiciones políticas. Entre la carrera política y el empleo existe una conexión íntima y necesaria, y el Estado actúa como dispensador de recursos para el juego interno de intercambio de favores⁴⁷⁸.

La toma política del Estado:

El clientelismo no es, en realidad, la aristocracia, la clase alta, sino el aparato, el instrumento mediante el cual esta se expande y se sostiene. Una circulación interna y cerrada de savia recorre el organismo, aislada de la sociedad, superior a ella y ajena a ella, indiferente a su miseria⁴⁷⁹. [...]

Por encima de la sociedad, por encima de las clases, el aparato político —un estrato social, comunal aunque no siempre articulado, a menudo amorfo— prevalece, gobierna y gobierna, en nombre propio, en un círculo de mando impenetrable. Este estrato cambia y se renueva, pero no representa a la nación; más bien, forzado por la ley del tiempo, reemplaza a los jóvenes por los viejos, a los capaces por los incapaces, en un proceso que moldea y ennoblece a los recién llegados, imprimiéndoles sus valores⁴⁸⁰.

El mando político aristocrático encubierto: “La élite de las democracias no puede consolidarse en un estrato privilegiado, variable en su gente, pero estructuralmente cerrado. [...] La élite política del patrimonialismo es el estamento, un estrato social con mando político efectivo, en un orden de contenido aristocrático”⁴⁸¹.

477. Idem, p. 62.

478. Idem, p. 447.

479. Idem, p. 448.

480. Idem, p. 824.

481. Idem, p. 830.

5. Atraso socioeconómico, propiedad de la tierra, esclavitud y fetichización del cargo público

Lo anterior aborda algunos temas cruciales en el análisis histórico, sociológico y político de Raymundo Faoro sobre Brasil, con énfasis en el patrimonialismo, el capitalismo de orientación política, la omnipresencia del Estado y el significado de los estamentos. Sin embargo, existen numerosas otras reflexiones relevantes a lo largo del libro. Destaco algunas de ellas. En más de un pasaje, Faoro busca explicaciones sobre el atraso económico y social que sufrió Portugal —y, por extensión, Brasil— en comparación con los países europeos. Algunas de estas causas radican en que no se realizó una transición liberal completa, tanto en el Imperio como en la República. El país se mantuvo persistentemente aristocrático y oligárquico. Además, y quizás por esta misma razón, nos perdimos la Revolución Industrial.

Esto es lo que escribió:

*La Revolución Industrial transcurrió lejos de sus costas (Lisboa), con su atmósfera sombría, incomprensida entre las fáciles ganancias de la especulación extranjera. Funcionarios públicos —nobles y burócratas— vestían ropa de fabricantes ingleses, adornaban a sus mujeres con joyas elaboradas en Holanda, comían trigo importado, todo a costa del oro que llegaba rápidamente a sus manos. Cuando un grito de pesimismo anuncia la miseria del día siguiente, sigue siendo al Estado a quien se le pide el remedio, al Estado, fuente de todos los milagros y padre de todas las desgracias*⁴⁸².

En palabras de Antero de Quental, quien transcribe:

*La monarquía era entonces gobernada por y para la nobleza [...] el espíritu aristocrático de la monarquía, oponiéndose naturalmente al progreso de la clase media, impidió el desarrollo de la burguesía, la clase moderna por excelencia, civilizadora e iniciadora, ya en la industria, la ciencia y el comercio. Sin ella, ¿qué seríamos en las grandes obras con las que el espíritu moderno ha transformado la sociedad, la inteligencia y la naturaleza?*⁴⁸³

En su relato, Faoro estigmatiza la forma en que se produjo la ocupación de tierras y la distribución de títulos de propiedad en Brasil. Describe un modelo que fomentó la formación de latifundios y oprimió a los trabajadores rurales, quienes carecían de tierras y no podían negociar condiciones de trabajo y vivienda dignas.

482. Idem, p. 105.

483. Idem.

484. Idem, p. 146.

485. Idem, p. 464.

La labor política y comercial de la colonización se basó en la distribución de tierras. [...] La monarquía portuguesa, en esta tarea de poblar el inmenso territorio, encontró, en los archivos de su tradición, un modelo legislado: las mercedes de tierras⁴⁸⁴. [...]

[E]l sistema de sesmarias, contrario a sus propósitos iniciales, generó grandes latifundios. [...] ¿[N]o era necesario solicitar y obtener una sesmaria? Se requería prestigio político previo, y la tierra no se confiaba al cultivador ocasional, sino a los ricos o a quienes ocupaban cargos públicos. [...]

Tantas fueron las liberalidades en la concesión de sesmarias, con extensiones de diez, veinte e incluso cien leguas, con diversas donaciones al mismo solicitante, que para 1822 ya no había más tierras que distribuir⁴⁸⁵. [...]

“Hay muchas familias pobres que vagan de un lugar a otro, según el favor y capricho de los terratenientes, y siempre carecen de los medios para obtener tierras donde establecer un asentamiento permanente. El panorama es claro: el latifundio domina el país, con la dependencia y el obstáculo a la movilidad social del agricultor no terrateniente. [...] El fin del sistema de sesmarias fue, incluso antes de la Resolución del 17 de julio de 1822, decretado por los hechos: el agotamiento de las tierras a distribuir cierra un período histórico⁴⁸⁶. [...]

El campesino sin tierra y el pequeño terrateniente desaparecen en el paisaje, apéndices pasivos del señor territorial que, a cambio de la cosecha que vende, les proporciona, en migajas costosas, los medios para sostener su modesta siembra. Las precarias chozas que pueblan el latifundio albergan al peón, al secuaz, quizás al enemigo encubierto, un siervo de la tierra sin estatus, sin contrato y sin derechos. El sistema de concesiones de tierras, tras su extinción, dejó un legado: el terrateniente con tierras excedentes, que ni las cultiva ni permite que otros las exploten⁴⁸⁷.

En *Los dueños del poder* también se aborda el fenómeno de la esclavitud y la cuestión racial en varios pasajes. Destaca el papel del trabajo forzado de los negros en el auge de la economía cafetalera, los diversos artificios empleados para posponer el fin del tráfico de africanos secuestrados al Nuevo Mundo y el racismo estructural en la sociedad brasileña desde la colonización. Si bien reconoce que las cifras son discutibles, afirma, basándose en Roberto Simonsen, que entre “dos millones y medio y cuatro millones de esclavos entraron en Brasil⁴⁸⁸”.

Un tratado con Gran Bretaña, firmado por Don Pedro en 1826, prometía la abolición de la trata de esclavos para 1830. Sin embargo, ante la inanidad de la medida, una ley de noviembre de 1831 declaró que los esclavos que entraran al país serían libres a partir de entonces. Estas medidas, en realidad dictadas por Inglaterra y aceptadas con fatalismo por los brasileños, se convirtieron en meras “leyes de fachada”. Nunca

486. Idem, p. 465. Faoro atribuye la frase inicial a Gonçalves Chaves.

487. Idem, p. 477.

488. Idem, p. 255, citando SIMONSEN, Roberto. *História econômica do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1944. t. I. p. 203 y ss.

antes se habían importado tantos esclavos como después del Tratado de 1826: la sobreabundancia provocó la caída de los precios[...]⁴⁸⁹. [...]

En la base de la pirámide, el esclavo negro, sin ninguna oportunidad de ascenso social. Para que un hombre negro se calificara, la libertad por sí sola no bastaba; también necesitaba poseer otro esclavo. Machado de Assis comprendió vívidamente esta realidad, a la vez sombría y cómica, cuando señaló —en “Memórias póstumas de Brás Cubas”, capítulo LXVIII— que el joven Prudêncio, un negro liberto, en el corazón de Valongo, golpeaba furiosamente a uno de sus esclavos: en las palizas, nació la condición de amo⁴⁹⁰. [...]

El mulato obtenía un certificado de blancura con el rango: un capitán mayor era, pero ya no es, mulato. Asombrado, el extranjero Koster pide una explicación: “Bueno, señor, ¿un capitán mayor puede ser mulato?”. [...] Negros, criollos y mulatos conquistan las filas, ante la indignada censura del hombre blanco⁴⁹¹.

El modelo patrimonialista y estamental tiene al cargo público como uno de sus protagonistas, un fetiche que siempre ha atraído a sucesivas generaciones de brasileños que buscan seguridad, prestigio y, en algunos casos, bienestar público. El insuficiente desarrollo de la libre empresa, sofocado por el sistema administrativo-burocrático, ha convertido al Estado en objeto de codicia y uno de los mayores empleadores nacionales. Esta tradición tiene una larga historia y aún persiste significativamente. Faoro retrató esta realidad en diferentes momentos de la historia. Véase:

El cargo público, la antigua realidad de la clase establecida, será el único foco del poder: poder que confiere prestigio, ennoblece, fomenta y legitima la riqueza. Para conquistarlo y mantenerlo, se desatan energías, feroces o astutas, según las circunstancias y la oportunidad⁴⁹². [...]

Los individuos talentosos, ávidos de poder, se atrincheran en la maquinaria política, intercambiando la agricultura, el comercio y las empresas industriales por empleo público, que les trae gloria y poder⁴⁹³. [...]

[Un] sistema que, al margen de la tierra y el comercio, solo asegura el pan mediante el empleo público. [...]

La primera consecuencia, la más visible, del orden burocrático, aristocratizado en su apogeo, será la búsqueda incansable, ardiente y apasionada del empleo público. Solo este ennoblece, solo este ofrece poder y gloria, solo este eleva, embellece y decora el nombre⁴⁹⁴. [...]

489. Idem, p. 375.

490. Idem, p. 254.

491. Idem, p. 226.

492. Idem, p. 357.

493. Idem, p. 378.

494. Idem, p. 449.

*En tiempos malos, como la crisis de la caña de azúcar en el Nordeste, el ingenio apaga tristemente su fuego y los orgullosos descendientes del antiguo amo buscan refugio de su grandeza perdida en el empleo público*⁴⁹⁵. [...]

6. Otros temas

Sería posible continuar transcribiendo indefinidamente los valiosos análisis e insights de Raymundo Faoro sobre una amplia variedad de temas. A continuación, se presentan tres breves ejemplos de áreas donde sus avances han sido significativos.:

- a) Fraude electoral: “Lo que ocurre en los colegios electorales”, testifica un contemporáneo, conocedor y beneficiario de las prácticas electorales, “es mero teatro para dar la apariencia de que se cumple la ley: lo que importa, lo que servirá ante la autoridad verificadora, es lo que se hace después, las actas que se levantan después, en las casas de los jefes electorales, según su conveniencia”.

Desde 1996, con la introducción de las máquinas de votación electrónica en Brasil, el fraude electoral pasó a ser una cosa del pasado.

- b) Baja participación electoral:

*Sólo entre uno y tres por ciento de la población participa en la formación de la llamada voluntad nacional, una tasa que no ha cambiado sustancialmente en la República durante sus primeros cuarenta años*⁴⁹⁷. [...] [Las] elecciones de 1930, las únicas que llevaron a más de un millón de electores a las urnas, alcanzarán un porcentaje del 5,7%⁴⁹⁸.

En las elecciones presidenciales de 2022, el número de votantes registrados fue de 156 millones (aproximadamente el 75% de la población y casi todos los adultos), con 124 millones de votantes participantes⁴⁹⁹.

- c) Analfabetismo: “En 1875, había un total de 1.564.481 personas alfabetizadas, en comparación con 8.365.991 analfabetas. [...] La tendencia es sorprendente considerando que la población alfabetizada aumentó del 14,8 % en 1890 al 24,5 % en 1920”⁵⁰¹.

497. Idem, p. 370.

498. Idem, p. 698.

499. 100% DE LAS SECCIONES totalizadas: consulte el panorama electoral tras la segunda vuelta. TSE, 2022. Disponible en: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/100-das-secoes-totalizadas-confira-como-ficou-o-quadro-eleitoral-apos-o-2o-turno>.

500. Idem, p. 431.

501. Idem, p. 698.

A pesar de las quejas sobre el analfabetismo funcional y la calidad de la educación, la tasa de analfabetismo en el país es del 6,6%⁵⁰².

En otras áreas, sin embargo, el progreso ha sido modesto, por ejemplo:

a) *Endeudamiento, baja responsabilidad fiscal y proteccionismo económico:*

*La búsqueda ferviente de un progreso rápido, de saltarse pasos, de alcanzar a las naciones poderosas, explica los déficits presupuestarios, desafiando los dogmas financieros, olvidados en emisiones o préstamos, y que a menudo culminan en oleadas inflacionarias. [...] Los préstamos externos, en el corto plazo, mantuvieron el equilibrio cambiario, con el efecto contrario en el largo plazo, ya que las amortizaciones e intereses impagos se consolidaron en nuevas deudas. [...] El empresario quiere la industria, pero pide protección aduanera y crédito público*⁵⁰⁵.

A finales de 2022, la deuda pública se acercaba al 80% del PIB y la enmienda constitucional N° 126/2022 permitió superar el límite de gasto en 145 mil millones.

b) *Retraso científico y tecnológico y fuga de cerebros:*

*La aplicación técnica del conocimiento científico, uno de los fundamentos de la expansión del capitalismo industrial, siempre ha sido, en Portugal y Brasil, un producto importado. [...] La ciencia se practicaba para las escuelas y para los educados, no para la nación, para sus necesidades materiales, para su industria inexistente, su agricultura decrepita o su comercio especulativo. Un sector de prominencia política y social monopolizaba la cultura espiritual, pobre en vida y agitación. Fuera de ella, cubiertos de insultos y burlas, los reformadores clamaban en el desierto, obligados a emigrar a la lejana Europa, envueltos en una luz diferente*⁵⁰⁷.

En un momento en que la economía del conocimiento, basada en la tecnología y la innovación, prevalece a nivel mundial, Brasil ha experimentado en los últimos años una reducción de su presupuesto en ciencia y tecnología y una fuga de cerebros⁵⁰⁸.

c) *Militares en la política:*

Es innegable que la intervención militar, largamente preparada bajo el Imperio y madurada en la República, establecerá un curso permanente en el organismo político,

502. Disponible en: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>.

503. Idem, p. 461.

504. Idem, p. 482.

505. Idem, p. 495.

506. PEC transitoria es promulgada por el Congreso. Câmara dos Deputados. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/noticias/931149-pec-da-transicao-e-promulgada-pelo-congresso/>.

507. Idem, p. 82.

508. OPINIÓN de Correio: Brasil es testigo de una fuga de cerebros. Correio Brasiliense, 13 de diciembre de 2022.

*ya sea manifestada abiertamente o a través de una acción latente*⁵⁰⁹. [...] *Es innegable que, dejando de lado el militarismo extremo, las Fuerzas Armadas siempre han estado presentes, de manera realista o potencial, superficial o subterránea, en las decisiones políticas de la República*⁵¹⁰.

Faoro escribió *Los dueños del poder* antes de la dictadura militar (1964-1985). Bajo la Constitución de 1988, los militares actuaron, en su mayor parte, dentro de la Constitución, como era de esperar. Sin embargo, entre 2019 y 2022, se produjeron momentos delicados, con un general en campaña electoral, el uso de las Fuerzas Armadas para sembrar dudas infundadas sobre el proceso electoral democrático y la indulgencia hacia los campamentos y manifestantes que pedían un golpe de Estado a las puertas de los cuarteles militares.

IV. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

En *El 18 Brumario de Luís Bonaparte*, Karl Marx acuñó una frase clásica y muy repetida: “*Hegel observa en una de sus obras que todos los hechos y personajes de gran importancia en la historia universal ocurren, por así decirlo, dos veces. Y olvidó añadir: la primera como tragedia, la segunda como farsa*”⁵¹¹.

En Brasil, tras sucesivos escándalos presupuestarios, se repitieron los abusos habituales, añadiendo el patrimonialismo, la facción política del establishment y la corrupción. Durante el juicio del llamado *presupuesto secreto* en el Supremo Tribunal Federal a finales de 2022, salió a la luz el siguiente relato. En el municipio de Pedreiras, de 39.000 habitantes y que recibió cuantiosos recursos, el Departamento de Salud informó haber realizado 540.000 extracciones dentales en 2021. Un periodista que investigó el caso hizo los cálculos y concluyó: “*Pedreiras habría tenido que extraer catorce dientes a cada residente*”⁵¹². Si Marx estuviera mirando a Brasil y no a la Francia de Luís Bonaparte (quien dio un golpe de Estado el mismo día en que fue coronado su famoso tío, Napoleón), probablemente diría: “*Sería cómico si no fuera trágico*”. Habiendo estudiado los últimos 600 años de nuestra historia con profundidad y perspicacia, a Faoro no le habría sorprendido el episodio.

509. Idem, p. 615.

510. Idem, p. 623.

511. MARX, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. E-book. p. 6. Disponible en: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/brumario.pdf>.

512. PIRES, Breno. Farra ilimitada. Piauí, v. 190, julio de 2022.

La conclusión a la que se llega al final de estas notas es que algunas de las disfunciones atávicas descritas por Faoro persisten, abierta o sutilmente, con una relevancia inquietante en la actualidad. Otras se han superado con el tiempo, con las dificultades y la lentitud que acompañan a los cambios estructurales en Brasil. A pesar de los avances significativos, seguimos cargando con el peso del patrimonialismo, el capitalismo políticamente orientado, el oficialismo, una clase dirigente depredadora y un estado administrativo engorroso, costoso e ineficiente, que también es —o quizás debido a esto— frecuentemente apropiado privadamente. Como Raymundo Faoro demuestra acertadamente en su penetrante análisis de *Los dueños del poder*, esforzarse por promover el progreso de la civilización en Brasil es una misión ardua, aunque fascinante. Una aventura alimentada por la fe en que el futuro algún día llegará.

[CAPÍTULO VII]

**LA CUESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS
TRIBUNALES⁵¹³**

I. INTRODUCCIÓN⁵¹⁴

Me complace y me honra estar aquí para compartir algunas ideas y reflexiones sobre el papel de los tribunales en relación con el cambio climático.

Agradezco a los organizadores de este evento su amable invitación. Saludo a los estimados colegas que forman parte de este panel.

He dividido esta presentación en tres partes: primero, abordo el contexto actual del abordaje de las cuestiones medioambientales; luego, el papel de los tribunales en esta materia; y finalmente, el litigio medioambiental como herramienta de transformación.

**II. CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES Y CAMBIO CLIMÁTICO: LA
SITUACIÓN ACTUAL**

1. El agravamiento del problema

Los problemas medioambientales se han convertido en uno de los más dramáticos de nuestro tiempo. Los fenómenos climáticos que hemos presenciado en los últimos años, 2023 y 2024, documentan la gravedad del problema y la

513. El siguiente texto sirvió de base para una presentación en la COP 28, celebrada en Dubái en noviembre de 2023. Por lo tanto, conserva el formato de notas para una presentación oral.

514. Agradezco a Pedro Silva, Matheus Casimiro, Trícia Navarro, Luísa Lacerda y Gabriel Teixeira por su invaluable ayuda en la investigación.

urgencia con la que debe abordarse: incendios forestales en Canadá, la peor sequía de la historia en la Amazonía, inundaciones en la India, una ola de calor en Europa y, muy recientemente, las trágicas inundaciones en Rio Grande do Sul.

Según un informe de la Organización Meteorológica Mundial (WMO por sus siglas en inglés), las emisiones de dióxido de carbono, metano y óxido nitroso, los tres principales gases de efecto invernadero, han aumentado significativamente, sin perspectivas de reducción a corto plazo⁵¹⁵. Esta ha sido una tendencia desde 2020, cuando los cinco países con mayores emisiones de CO₂ —China, Estados Unidos, India, Rusia y Japón— aumentaron simultáneamente sus emisiones⁵¹⁶.

En cuanto a la deforestación, entre 1970 y 1990, se deforestó el 10% de la selva amazónica, con una pérdida de 407.980 km², que disminuyó de una superficie de 4.100.000 km² antes de 1970 a 3.692.020 km². La deforestación continuó progresivamente hasta alcanzar su punto máximo en 2004, cuando se deforestó una superficie forestal equivalente a 27.772 km².

En total, la deforestación acumulada en los últimos 50 años asciende a aproximadamente 800.000 km², lo que equivale aproximadamente al 20 % de la superficie original de la Amazonia brasileña. Esto equivale a más de dos Alemanias.

Las consecuencias de un mundo sin la Amazonia son catastróficas para el planeta y para Brasil. Además del aumento del calentamiento global, se producirá una drástica reducción de las precipitaciones, esenciales en el caso brasileño para la agroindustria y la generación de energía. La escasez de agua también comprometerá la industria, el suministro de agua a las poblaciones y la vida en las ciudades.

Según organizaciones científicas internacionales, 2023 fue el año más caluroso jamás registrado en la historia⁵¹⁷. Para empeorar las cosas, el Berkeley Earth Institute ya ha advertido que las temperaturas en 2024 podrían ser aún más altas debido a los efectos de El Niño.

515. Las CONCENTRACIONES de gases de efecto invernadero alcanzan nuevos récords. Noticias de las Naciones Unidas, 2023. Disponible en: <https://news.un.org/pt/story/2023/11/1823417>.

516. GLOBAL Historical Emissions. ClimateWatch, 2023. Disponible en: https://www.climatewatchdata.org/ghg-emissions?chartType=line&end_year=2021&source=GCP&start_year=1960.

517. SE CONFIRMA QUE 2023 será el año más caluroso registrado: ¿podría 2024 romper ese récord? BBC, 2024. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/ced7pl4l74vo>.

2. Las dificultades respecto al tema

Tres factores inciden negativamente en las iniciativas para abordar los problemas medioambientales y las causas del cambio climático:

- a) la persistente ignorancia sobre el tema y la consiguiente negación de su gravedad, incluso ante las catástrofes medioambientales y las advertencias de casi todos los científicos (por cierto, uno de los males de nuestro tiempo, que son las campañas de desinformación, también afectan a la correcta comprensión de los riesgos del cambio climático)⁵¹⁸;
- b) una visión miope e inediatista de la política, ya que los efectos de las emisiones de carbono y la degradación medioambiental que se llevan a cabo hoy sólo los sentirá la próxima generación, es decir, en más de 25 años; y
- c) la necesidad de soluciones globales, que involucren a distintos países, es evidente, ya que conductas perjudiciales para el medio ambiente, como las emisiones de gases de efecto invernadero o la contaminación de los océanos, no respetan fronteras.

i) Actos internacionales

En este sentido, tres principales acuerdos internacionales establecen el marco jurídico de las Naciones Unidas para abordar el cambio climático:

- » la Convención Marco, que entró en vigor en 1994, fue ratificada por 197 países y estableció principios integrales, obligaciones generales y procesos de negociación que se detallarían en conferencias posteriores entre las partes. Previó la celebración periódica de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático — la COP;
- » el Protocolo de Kyoto, que entró en vigor en 1997 y cuenta actualmente con 192 ratificaciones, estableció objetivos específicos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para 36 países industrializados y la Unión Europea. Los países en desarrollo quedaron excluidos de esta obligación específica; y
- » el Acuerdo de París, que entró en vigor en 2016 y ha sido ratificado por 196 países. Su objetivo es mitigar el cambio climático y adaptarse a sus efectos, así como financiar medidas para alcanzar estos objetivos.

518. V. HSU, Tiffany; MYERS, Steven Lee. Disinformation is one of climate summit's biggest Challenges. New York Times, 30 de noviembre de 2023. Según el artículo, los países y las empresas a menudo fomentan la minimización de la gravedad del cambio climático.

Su principal objetivo es limitar el calentamiento global a 2 grados Celsius y, preferiblemente, a 1,5 grados Celsius, en comparación con los niveles preindustriales. Para ello, busca la neutralidad de carbono para mediados de siglo⁵¹⁹.

Según el Acuerdo de París, cada país debe presentar voluntariamente su Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC), comprometiéndose a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero. En este sentido, el 27 de octubre de 2023, Brasil ajustó su NDC y se comprometió a reducir sus emisiones en un 48 % para 2025 y un 53 % para 2030. También se comprometió a alcanzar la deforestación neta cero para 2030 y la neutralidad climática para 2050.

3. Incumplimiento de objetivos

De hecho, lamentablemente, todos los indicadores muestran que los objetivos no han sido suficientes para contener el calentamiento global. Peor aún, muchos países ni siquiera están cumpliendo con la contribución a la que se comprometieron.

En la última Conferencia, la COP 28 de Dubai, se realizó el primer global stocktake (GST) desde el Acuerdo de París, consistente en una evaluación general de los progresos realizados para mitigar el calentamiento global⁵²⁰.

Entre las principales conclusiones alcanzadas se pueden destacar:

- a) el mundo está “*significativamente fuera de curso*” en términos de progreso hacia el cumplimiento de los objetivos climáticos (limitar el calentamiento a 2 grados Celsius e idealmente, 1,5 grados Celsius);
- b) se necesitan “*acciones urgentes*” para combatir las amenazas causadas por el cambio climático;
- c) las emisiones globales de gases de efecto invernadero deben reducirse en un 43% para 2030 y en un 60% para 2035 para que los objetivos sean alcanzables;
- d) la sociedad civil, el sector privado y las comunidades locales tienen un papel clave que desempeñar en el desarrollo de la acción climática; y

519. La neutralidad de carbono, o neutralidad climática, implica cero emisiones netas de dióxido de carbono, logradas mediante un equilibrio entre las emisiones y la absorción de este gas de efecto invernadero. El efecto invernadero consiste en la retención de calor en la atmósfera debido a la concentración excesiva de gases que produce esta consecuencia. Su principal causa es el uso de combustibles fósiles, como el petróleo, el carbón y el gas natural.

520. Disponible en: <https://unfccc.int/topics/global-stocktake>.

- e) Los esfuerzos de investigación y desarrollo colaborativos y transnacionales son fundamentales para reducir las emisiones a nivel mundial.

III. LA EVOLUCIÓN DEL PAPEL DE LOS TRIBUNALES

1. *Justificación de la actuación de los tribunales*

El papel de los tribunales en la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático se justifica por varias razones, entre ellas:

- a) la creciente comprensión de que un medio ambiente sano constituye un derecho fundamental autónomo, como ya lo ha establecido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵²¹;
- b) la falta de incentivos de los principales políticos y la inercia de los gobiernos a la hora de adoptar las medidas necesarias para reducir las emisiones; y
- c) la necesidad de proteger a quienes no tienen voz ni voto, como los niños y las generaciones futuras, es decir, las personas que aún no han nacido.

2. *La postura cambiante del Poder Judicial en diferentes partes del mundo*

Inicialmente, las acciones propuestas para responsabilizar a los gobiernos por sus acciones y omisiones en relación con el cambio climático fueron desestimadas sumariamente. Los argumentos generalmente se centraban en la falta de legitimación activa para demandar y otras cuestiones procesales.

En última instancia, la opinión de los tribunales —que aún persiste en gran medida— es que se trata de una cuestión política y que la intervención judicial no es apropiada. Sin embargo, más recientemente, en numerosos países, los tribunales han examinado el fundamento de muchas de estas demandas. A veces con decisiones simbólicas, pero otras veces con sentencias efectivas capaces de influir significativamente en el comportamiento de gobiernos y empresas.

Poco a poco, comienza a surgir un movimiento global, junto con algunas decisiones judiciales que plantean una tesis más audaz: el reconocimiento de un derecho medioambiental fundamental para las entidades no humanas (nonhuman entities), denominado “*derechos de la naturaleza*”⁵²².

521. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION. OC 23/2017, par. 62. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf.

522. CHAPRON, Guillaume; EPSTEIN, Yaffa; LOPEZ-BAQ, José Vicente. A rights revolution for nature. *Science*, v. 363, 2019.

3. El aumento de los litigios

En los últimos tiempos, los litigios climáticos han experimentado un crecimiento significativo. Según *Climate Change Laws of the World*, existen 2341 casos en todo el mundo, de los cuales aproximadamente 1590 se presentan solo en Estados Unidos⁵²³.

IV. LITIGIOS MEDIOAMBIENTALES EN EL MUNDO

1. Litigios climáticos y justicia climática

El litigio climático se refiere a acciones legales o procedimientos administrativos que tienen como objetivo principal obtener decisiones relacionadas con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (mitigación), la reducción de la vulnerabilidad a los efectos del cambio climático (adaptación), la reparación de los daños sufridos debido al cambio climático (pérdidas y daños) y la gestión de los riesgos climáticos (riesgos)⁵²⁴.

En materia de reparaciones, ya al inicio de la COP 28, implementando una decisión tomada en la COP 27, se aprobó la creación de un Fondo de Pérdidas y Daños, después de más de 30 años de discusión, para compensar a los países más vulnerables al cambio climático⁵²⁵.

Estos casos se refieren a acciones u omisiones de gobiernos o agencias gubernamentales, pero también hay ejemplos de demandas interpuestas contra particulares. En diciembre de 2023, había más de 2300 litigios climáticos en todo el mundo, la mayoría en Estados Unidos⁵²⁶.

523. Ejemplo: Suecia siempre se ha destacado por su pionerismo medioambiental, pero su nuevo gobierno conservador ha abolido el Ministerio de Medio Ambiente (Disponible en: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2022/10/novo-governo-conservador-da-suecia-extingue-ministerio-do-meio-ambiente.ghtml>).

524. SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália S. Botter. Panorama del litigio climático en Brasil y el mundo. En: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália S. Botter (Coord.). *Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*, 2019. Libro electrónico; INSTITUTO TALANOIA. *Litigância Climática: proposta para a avaliação da efetividade dos litígios climáticos no Brasil*. [s.l.]: Instituto Talanoia, 2023. p. 67.

525. V. FRIEDMAN, Lisa. Climate Summit approves a new fund to help poor countries. *New York Times*, 30 de noviembre de 2023. Respecto al tema, véase UN ENVIRONMENT PROGRAMME. What you need to know about the COP27 Loss and Damage Fund. Nov. 29, 2022. Disponible en: <https://www.unep.org/news-and-stories/story/what-you-need-know-about-cop27-loss-and-damage-fund>. Consultado el: 21 de noviembre de 2023.

526. SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW AT COLUMBIA UNIVERSITY. U.S. Climate Change Litigation. 2023. Disponible en: <https://climatecasechart.com/>. Consultado el: junio de 2024. Véase la importante decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Held v. Montana*, en el que, por primera vez, la Corte estableció el deber constitucional del Estado de proteger a sus ciudadanos frente al cambio climático. *Held v. Montana*, No. CDV-2020-307 (1st Dist. Ct. Mont., Aug. 14, 2023). Disponible en: <https://westernlaw.org/wp-content/uploads/2023/08/2023.08.14-Held-v.-Montana-victory-order.pdf>.

Es imposible separar el litigio climático de la idea de justicia climática, entendida como la distribución justa de responsabilidades, costos y consecuencias derivadas de los cambios causados por los fenómenos climáticos. Esta distribución involucra a países desarrollados y en desarrollo, a personas ricas y pobres, a la generación actual y a las futuras. La injusticia climática afecta con mayor gravedad el disfrute de los derechos fundamentales de los más vulnerables, quienes son los menos responsables de sus causas⁵²⁷.

2. Casos emblemáticos en todo el mundo

Quisiera destacar cuatro casos juzgados por tribunales europeos en los últimos años. El más reciente, *KlimaSeniorinnen v. Suiza*, es particularmente interesante porque fue la primera decisión de un tribunal internacional de derechos humanos que vinculó la inacción frente al cambio climático con violaciones de derechos humanos.

i) Urgenda Foundation v. The Government of The Netherlands⁵²⁸

El 20 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de los Países Bajos confirmó las decisiones del Tribunal de Distrito y del Tribunal de Apelaciones en el caso *Fundación Urgenda contra el Estado de los Países Bajos (Urgenda Foundation v. the State of The Netherlands)*. La decisión confirmada, de 2015, exigía al gobierno reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 25 % para finales de 2020, en comparación con los niveles de 1990. El fallo también determinó que el gobierno debía tomar de inmediato medidas más eficaces en relación con el cambio climático. Esta fue posiblemente la primera sentencia del mundo en la que la ciudadanía obtuvo el reconocimiento de que su gobierno tiene el deber legal de prevenir el cambio climático peligroso.

ii) Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell⁵²⁹

Esta demanda fue interpuesta por organizaciones no gubernamentales medioambientales y más de 17.000 ciudadanos contra Shell, una de las empresas líderes en el mercado mundial de combustibles fósiles. En una decisión emitida

527. ROBINSON, Mary. Justicia climática: esperanza, resiliencia y la lucha por un futuro sostenible. Véase Sabin Center for Climate Change Law at Columbia University, U.S. Climate Change Litigation, 2021.

528. SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS. *State of The Netherlands V. Urgenda Foundation*. ECLI:NL:HR:2019:2007. Disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007>.

529. THE HAGUE DISTRICT COURT. *Milieudefensie and Others v. Royal Dutch Shell PLC and Others*. Case number C/09/571932. j. 26 de mayo de 2021.

el 5 de abril de 2019, el Tribunal de Distrito de La Haya determinó que la empresa demandada, a través de su holding (RDS), estaba obligada a reducir sus emisiones netas de dióxido de carbono en un 45 % para finales de 2030, en comparación con los niveles de 2019. La reducción se refiere a toda la cartera energética del grupo, considerando el valor agregado del volumen de todas las emisiones. El caso cobró especial importancia porque era la primera vez que un tribunal ordenaba a una empresa privada actuar para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París.

iii) Neubauer et al. v. Germany⁵³⁰

El 24 de marzo de 2021, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania dictaminó que ciertas disposiciones de la ley alemana de protección del clima (Klimaschutzgesetz – KSG) son incompatibles con los derechos fundamentales, ya que no establecen especificaciones suficientes respecto a la reducción de las emisiones de dióxido de carbono a partir de 2031. La ley de protección del clima, del 12 de diciembre de 2019, regula los objetivos nacionales de protección del clima y los valores de emisiones permitidos anualmente solo hasta 2030. Según el Tribunal, se vulneró la proporcionalidad al trasladar una mayor carga de reducción de emisiones a un período posterior a 2030, lo que amenaza los derechos fundamentales de las generaciones futuras. El tribunal introdujo, en este caso, la preocupación por la protección de las generaciones futuras y el principio de equidad intergeneracional.

iv) Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland⁵³¹

El 9 de abril de 2024, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que Suiza violó los derechos humanos de un grupo de mujeres mayores (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, “*Mujeres mayores por la protección del clima en Suiza*”) al incumplir sus obligaciones internacionales en materia de reducción de emisiones contaminantes y mitigación del impacto climático. En concreto, el Tribunal determinó que la falta de implementación por parte de Suiza de planes y acciones para alcanzar sus respectivos objetivos climáticos vulneró el derecho a la privacidad y a la vida familiar de las mujeres mayores de Suiza.

530. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Tribunal Constitucional Federal Alemán] Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20. j. 24 de marzo de 2021. Disponible en: http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html.

531. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland – 53600/20. j. 9 de abril de 2024.

Esta fue la primera decisión de un tribunal internacional que determina que un país está legalmente obligado a cumplir sus objetivos climáticos de acuerdo con sus compromisos en materia de derechos humanos.

Aunque no se trata de una decisión judicial, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó el 23 de septiembre de 2022 que la conducta de Australia al no proteger adecuadamente a los habitantes de las islas del Estrecho de Torres de los impactos adversos del cambio climático constituyó una violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. Casos decididos por la Corte Suprema de Brasil

Brasil tiene un marco muy particular en lo que respecta a la jurisdicción constitucional en general, lo que también tiene repercusiones en las cuestiones medioambientales.

En primer lugar, la Constitución brasileña es bastante completa. Como cualquier constitución, aborda cuestiones constitucionales específicas: la organización del Estado, la separación y competencia de poderes, y la definición de los derechos fundamentales. Pero también abarca: el sistema tributario, el sistema de seguridad social, el sistema de salud, el sistema educativo, los funcionarios públicos y sus diversas carreras, la intervención estatal en el ámbito económico, la protección de las comunidades indígenas, la infancia, la adolescencia y la tercera edad, y, muy especialmente, la protección del medio ambiente.

El artículo 225 de la Constitución establece: *“Toda persona tiene derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, y es deber de los Poderes Públicos y de la comunidad defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”*.

En segundo lugar, la Constitución brasileña permite un acceso relativamente fácil a la Corte Suprema debido a dos mecanismos: a) la existencia de numerosas acciones directas que permiten impugnar una ley o política pública directamente ante el Supremo Tribunal Federal; y b) la existencia de un gran número de actores institucionales y privados que pueden proponer estas acciones directas.

Este marco regulatorio es responsable de la existencia de varios casos ya juzgados por el Supremo Tribunal Federal en los que se discuten las actuaciones de la administración pública en materia medioambiental, y especialmente en lo que se refiere al cambio climático.

Destaco a continuación cuatro casos ya juzgados por el Supremo Tribunal Federal.

i) ADPF N° 708: Fondo Climático⁵³²

Se trata de una acción constitucional directa interpuesta por cuatro partidos políticos ante el Supremo Tribunal Federal alegando que el gobierno federal mantuvo inoperante el Fondo Nacional para el Cambio Climático (Fondo Climático) en 2019 y 2020. Solicitaron el reconocimiento del deber legal del gobierno de abordar el cambio climático, la reanudación del funcionamiento del Fondo y la prohibición de congelar sus recursos.

El Fondo Climático se creó para asegurar recursos destinados a proyectos, estudios y financiación de iniciativas destinadas a mitigar el cambio climático y adaptarse a él y sus efectos (Ley N° 12.114/2009). Constituye el principal instrumento para financiar la lucha contra el cambio climático y el cumplimiento de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Sus recursos provienen de participaciones especiales en la exploración petrolera, donaciones nacionales e internacionales y partidas presupuestarias, entre otros.

En 2009, Brasil se comprometió voluntariamente a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero entre un 36,1 % y un 38,9 % para 2020, en comparación con las emisiones proyectadas para ese período. Si bien este compromiso fue una mera declaración política, sin carácter vinculante, la meta anunciada se consagró en la ley que estableció la Política Nacional de Cambio Climático⁵³³. El compromiso implicó reducir la tasa anual de deforestación a un máximo de 3.925 km².

Sin embargo, los demandantes demostraron que la deforestación en 2019, 2020 y 2021 aumentó exponencialmente en lugar de disminuir. Argumentaron además que esto constituía una violación tanto de los compromisos internacionales como de la legislación nacional que los incorporaba, haciéndolos vinculantes.

A lo largo de la decisión, la Corte hizo la importante afirmación de que los tratados de derecho medioambiental constituyen una especie del género de los tratados de derechos humanos y que, por tanto, según la comprensión predominante en Brasil, tienen status suprallegal, es decir: aunque subordinados a la Constitución, están por encima de la legislación ordinaria.

532. STF ADPF N° 708. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 4 de julio de 2022.

533. Ley N° 12.187/2009, artículo 12: *“Para alcanzar los objetivos del PNMC, el país adoptará, como compromiso nacional voluntario, acciones de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, con miras a reducir sus emisiones proyectadas entre el 36,1% (treinta y seis y un décimo por ciento) y el 38,9% (treinta y ocho y nueve décimos por ciento) hasta 2020”.*

La sentencia definitiva del Tribunal, de 4 de julio de 2022, estableció que: a) la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático no son cuestiones políticas, sino un deber constitucional, suprallegal y legal del Gobierno Federal y, en consecuencia, b) el Gobierno no puede dejar de operacionalizar el Fondo, c) ni puede congelar los fondos asignados al mismo.

ii) ADO N° 59: Fondo Amazonía⁵³⁴

Se trató de una acción constitucional directa interpuesta contra el gobierno federal por las mismas cuatro partes que interpusieron la acción relativa al Fondo Climático, esta vez contra la paralización del Fondo para la Amazonía. Los demandantes solicitaron la reactivación del Fondo con la reanudación de la recaudación, la transferencia de recursos a proyectos ya aprobados, la evaluación de nuevos proyectos y la prohibición de utilizar los recursos del Fondo para fines distintos a los estipulados en el decreto que lo creó.

El Fondo Amazonia fue creado para financiar acciones de prevención, monitoreo y combate a la deforestación y promover la conservación y el uso sostenible de la Amazonia Legal⁵³⁵. Se trata de una compensación financiera para los países en desarrollo, en el marco de REDD+⁵³⁶, para incentivar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. El Fondo Amazonía recauda recursos internacionales y nacionales, y sus principales donantes son Noruega (91%), Alemania (5,7%) y la petrolera brasileña Petrobras (0,5%).

Sin embargo, las donaciones de Noruega y Alemania se interrumpieron debido a que los contratos firmados con esos países estipulaban un modelo de gobernanza específico para el Fondo, dirigido por dos comités: el COFA (Comité Directivo del Fondo Amazonas) y el CTFA (Comité Técnico-Científico del Fondo Amazonas). Sin embargo, el gobierno federal disolvió ambos sin establecer una estructura adecuada. Como consecuencia, sin su principal fuente de financiación, el Fondo dejó de funcionar.

534. ADO N° 59. Rel. Min. Rosa Weber, j. 3 de noviembre de 2022.

535. Decreto N° 6.527, de 2008.

536. REDD+ es un mecanismo de compensación financiera para países en desarrollo, formulado en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), como incentivo para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, incluyendo la preservación de los bosques. Para que se realice el pago, los países solicitantes deben presentar resultados que demuestren su elegibilidad.

Una observación interesante: poco después de las elecciones presidenciales brasileñas del 30 de octubre de 2022, Noruega y Alemania declararon que reanudarían sus contribuciones al Fondo Amazonia⁵³⁷.

La importante decisión del STF invocó los principios de precaución, prevención y no regresión, así como el deber del Estado de proteger el medio ambiente. También afirmó que no se trata de un tema político, pues se ha desmantelado la política pública medioambiental existente sin sustituirla por ninguna otra.

En conclusión, el Supremo Tribunal Federal consideró inconstitucionales los decretos que revocaron los comités de gobernanza del Fondo y ordenó al Gobierno Federal reactivar el Fondo Amazonia en el plazo de 60 días, con su anterior estructura de gobernanza.

iii) ADPF N° 651: participación de la sociedad civil y funcionarios gubernamentales en la formulación de políticas públicas medioambientales⁵³⁸.

El 7 de abril de 2022, el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil comenzó a juzgar una demanda por incumplimiento de un precepto fundamental presentada por siete partidos políticos que cuestionaban las acciones y omisiones del gobierno federal en materia medioambiental. En este contexto, se analizaba la constitucionalidad del Decreto Presidencial N° 10.224/2020, que eliminó la participación de organizaciones civiles en el Consejo Deliberativo del Fondo Nacional del Medio Ambiente (FNMA).

Según el demandante, el decreto redujo el ámbito de protección del derecho al medio ambiente, violando así la amplia protección medioambiental que propugna la Constitución.

Tras la presentación de la demanda, se solicitó una modificación a la denuncia inicial para ampliar el recurso de inconstitucionalidad al Decreto N° 10.239/20, que eliminó a los gobernadores del Consejo del FNMA, y al Decreto N° 10.223/20, que disolvió el Comité Directivo del Fondo Amazonia.

En la acción, los demandantes argumentan que el Gobierno Federal actuó con negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de preservación medioambiental que le impone la Constitución Federal, y enumeran, como

537. Disponible en: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alemanha-e-noruega-estao-dispostas-a-retomar-financiamento-do-fundo-amazonia-em-governo-lula/>.

538. STF. ADPF N° 651. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28 de abril de 2022.

puntos específicos, hechos como: (i) reducción de la fiscalización y control medioambiental, (ii) reducción e inejecución del presupuesto del Ministerio del Medio Ambiente y de los órganos medioambientales en general (Ibama, ICMBio y Funai), (iii) desorganización administrativa de los comités de mando de los órganos de combate a la deforestación y protección del clima, y (iv) incumplimiento de los deberes internacionales de reducción de la deforestación y combate a la emergencia climática.

Las principales solicitudes fueron la declaración de inconstitucionalidad del decreto, la reincorporación de miembros de la sociedad civil al Consejo de la FNMA y la reanudación e implementación efectiva de las políticas públicas existentes para combatir la deforestación. Los promotores argumentaron que la reestructuración de estos mecanismos de protección medioambiental permitiría a Brasil alcanzar sus respectivos objetivos climáticos.

En este sentido, la ministra ponente presentó su voto, declarando admisible la solicitud y expresando su apoyo a la enmienda de la medida. En su declaración, la ministra Carmen Lúcia destacó que los decretos violaban el principio de no regresividad en la política medioambiental y enfatizó que es deber del Estado garantizar el derecho fundamental al medio ambiente.

El 28 de abril de 2022, la Corte conformó una mayoría para acatar el voto del ministro ponente y, por lo tanto, conocer la acción y fallar a su favor. Así, la Corte determinó que la exclusión de gobernadores y organizaciones civiles del proceso de desarrollo de políticas medioambientales es inconstitucional y ordenó la reorganización del Comité Directivo del Fondo Amazonía, que había sido disuelto por el gobierno federal.

iv) ADPF N° 760: ¿estado de cosas inconstitucional?⁵³⁹

En abril de 2022, el STF de Brasil comenzó a juzgar demandas (ADPF N° 760 y ADO N° 54) presentadas por siete partidos políticos que cuestionan acciones y omisiones del gobierno federal en materia medioambiental, enfrentamiento al cambio climático y, especialmente, la preservación de la selva amazónica.

La principal solicitud fue la reanudación e implementación efectiva de la política pública existente para combatir la deforestación en la Amazonia, el Plan de Acción para la Prevención y Control de la Deforestación en la Amazonia Legal (PPCDAm), a fin de permitir que Brasil cumpla las metas climáticas que asumió

539. STF. ADPF N° 760. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 14 de marzo de 2024.

ante la comunidad global en acuerdos internacionales, que fueron incorporados a la legislación nacional.

Entre las numerosas acciones e inacciones del Gobierno Federal, se destacaron: (i) reducción de la fiscalización y control medioambiental, (ii) reducción y no ejecución del presupuesto del Ministerio de Medio Ambiente y de los órganos medioambientales en general (Ibama, ICMBio y Funai), (iii) desorganización administrativa de los órganos de combate a la deforestación y protección del clima, y (iv) incumplimiento de las obligaciones internacionales de reducción de la deforestación y combate a la emergencia climática.

La consecuencia de esta conducta del Gobierno Federal ha sido un aumento significativo de las tasas de deforestación en la Amazonia en 2019 y 2020, incluso —de forma alarmante— en tierras indígenas (TI) y unidades de conservación (UC).

En conclusión, solicitan el reconocimiento de un estado de cosas inconstitucional en la gestión medioambiental brasileña, lo que plantea una disputa estructural.

En 2022, la ministra ponente del caso presentó su voto (que posteriormente se ajustó en 2024). En esta votación anterior, la ministra Carmen Lúcia reconoció la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con la deforestación ilegal de la selva amazónica y atestiguó la omisión del Estado brasileño en relación con sus obligaciones de proteger un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

En consecuencia, en su momento, la jueza determinó que el Gobierno Federal y los órganos y entidades federales competentes debían formular y presentar un plan de implementación eficaz y satisfactorio para el PPCDAm u otros planes existentes, especificando las medidas adoptadas para: (i) la reanudación de medidas efectivas de monitoreo y control destinadas a proteger la selva amazónica, (ii) la salvaguardia de los derechos de los pueblos indígenas y las áreas protegidas (tierras indígenas y unidades de conservación), y (iii) la lucha contra los delitos medioambientales. El plan debía presentarse en un plazo de 60 días, con informes objetivos y claros de las acciones realizadas y los resultados obtenidos.

Tras el inicio del juicio, uno de los once magistrados del Tribunal solicitó su suspensión temporal para un examen más exhaustivo del asunto (solicitud de revisión). Esta posibilidad está prevista en el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal. Posteriormente se reanudó el análisis del argumento.

Con la reanudación del juicio en febrero de 2024, la jueza ponente ajustó su voto para reconocer una situación que seguía siendo inconstitucional, pero que estaba en proceso de reconstituirse. Según la jueza, la política medioambiental brasileña estaba plagada de “*fallas estructurales*”. En consecuencia, propuso la adopción de un plan de acción, implementado por las autoridades administrativas, con objetivos a corto, mediano y largo plazo, destinado a preservar la Amazonia y prevenir la deforestación.

El Tribunal no avaló la declaración de inconstitucionalidad, entendiendo que la situación ya estaba en proceso de reversión. Sin embargo, por mayoría, coincidió con el ponente en reconocer las fallas estructurales mencionadas y determinó que: (i) el gobierno federal debe asumir un compromiso significativo con respecto a la deforestación ilegal en la Amazonía; (ii) la Unión y los organismos competentes (Ibama, ICMBio, Funai, etc.) deben formular y desarrollar un plan de implementación para alcanzar adecuadamente los objetivos del Plan de Acción para la Prevención y el Control de la Deforestación en la Amazonía Legal (PPCDAm).

4. Casos pendientes en todo el mundo

Actualmente se encuentran pendientes de sentencia varios casos o consultas relevantes, entre ellos:

- a) Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴⁰. En enero de 2023, Chile y Colombia solicitaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aclarara la correcta aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al tema del cambio climático. Recientemente, la Corte celebró audiencias públicas en Brasil y Barbados para escuchar a representantes de poblaciones afectadas por el cambio climático, como los haitianos. Estas audiencias especiales buscan recabar testimonios de ciudadanos y expertos interesados en el tema, lo que permite a la Corte contar con una gama más amplia de fuentes al deliberar sobre su Opinión Consultiva.
- b) Consulta de la ONU con la Corte Internacional de Justicia: En marzo de 2023, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución histórica solicitando un informe consultivo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre las obligaciones de los países de proteger el

540. Las opiniones consultivas son una herramienta de esclarecimiento: cualquier Estado miembro puede solicitar a la CIDH que defina cómo se aplican los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a cuestiones o situaciones específicas.

sistema climático y las consecuencias jurídicas de no cumplir con esas obligaciones⁵⁴¹. El objetivo de la Asamblea General es garantizar que los países rindan cuentas de sus acciones y omisiones, especialmente de su deber de promover la justicia medioambiental y el desarrollo sostenible.

V. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La destrucción medioambiental, la gravedad del cambio climático y la inacción crítica de muchos gobiernos han alterado la frontera entre el derecho y la política en materia medioambiental. Progresivamente, los tribunales se están volviendo más proactivos.

Los tribunales constitucionales desempeñan tres tipos de funciones: (i) contramayoritarias, cuando invalidan actos de los otros dos poderes del gobierno que contravienen la Constitución; (ii) representativas, cuando atienden demandas sociales, amparadas por la Constitución, que no han sido atendidas por el proceso político mayoritario; y (iii) ilustradas⁵⁴², función que puede definirse de la siguiente manera: en ciertas situaciones excepcionales pero importantes, corresponde a las Cortes Supremas, en nombre de la Constitución, los tratados internacionales y los valores universales de justicia, remediar graves omisiones que afectan los derechos humanos. Esto ocurre en casos de inacción gubernamental e incluso de desmovilización social. En muchas partes del mundo, esto ha sucedido con la segregación racial, los derechos de las mujeres y los derechos de la comunidad LGBTQI+, por citar algunos ejemplos.

Lo mismo ha sucedido con las cuestiones medioambientales en muchos países: ante la inacción gubernamental y la falta de movilización pública, puede recaer sobre el poder judicial la tarea de impulsar la historia en la dirección correcta.

Naturalmente, los tribunales no son capaces de llevar esta lucha de forma aislada, y la acción gubernamental y social siempre será esencial para su éxito. Pero en muchos casos, tienen la capacidad de colocar el asunto en la agenda política y el debate público, forzando la adopción de medidas.

541. La ONU adopta una resolución sobre la responsabilidad de los países por la “justicia climática”. Noticias ONU, 2023. Disponible en: <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1812102>.

542. BARROSO, Luís Roberto. Contramayoritarios, representativos e ilustrados: el papel de los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas. *Direito e Práxis*, v. 9, 2018. p. 2171.

[PARTE II]
ARTÍCULOS EN LA PRENSA

[ARTÍCULOS EN LA PRENSA]

¿CUÁNTO VALE EL PODER JUDICIAL?⁵⁴³

Un informe reciente del Tesoro Nacional reveló que el costo del Poder Judicial brasileño en 2022 fue de 116 mil millones de reales, equivalente al 1,6% del PIB. Esta cifra incluye el Supremo Tribunal Federal (STF), los tribunales superiores (Tribunal Superior de Justicia, Tribunal Superior del Trabajo, Tribunal Superior Electoral y Tribunal Superior Militar), así como todos los tribunales estatales, federales, laborales, militares y electorales. También incluye fiscales, defensores públicos y procuradores públicos. En el corazón del sistema, más de 18.000 jueces, 270.000 funcionarios y 145.000 colaboradores conforman la institución con mayor alcance del país, con presencia en los 5.600 municipios.

Cuánto cuesta el Poder Judicial no es una pregunta irrelevante. Pero quizás la pregunta correcta sea otra: ¿cuánto vale el Poder Judicial? Menos conocido que los demás poderes del gobierno, sin armas ni acceso al tesoro público, todas las democracias le reservan un lugar especial. ¿Qué hace exactamente el Poder Judicial?

En una sociedad civilizada, la función del Poder Judicial es resolver conflictos mediante la interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes, redactadas por funcionarios públicos electos. Los jueces, por regla general, no son elegidos por voto popular. Es una facultad ejercida por funcionarios públicos seleccionados por su integridad, competencia técnica y capacidad de actuar con imparcialidad, sin injerencia política.

Las democracias constitucionales también contemplan la existencia de cortes supremas, que supervisan la constitucionalidad de las acciones de los otros dos poderes del gobierno. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal desempeña esta función. Una Constitución integral, como la brasileña, otorga a este tribunal un papel y una relevancia sin precedentes en el mundo.

Antes de la “*invención*” del derecho y, en especial, del Poder Judicial, los conflictos sociales se resolvían mediante guerras, duelos o enfrentamientos físicos. Jueces, abogados y fiscales son la alternativa que la humanidad concibió contra la fuerza bruta y la barbarie. En lugar de cañones, balas y puñetazos, los conflictos se resuelven presentando hechos, pruebas y argumentos. Posteriormente, un árbitro sin interés en la disputa decide quién tiene la razón. Parece simple, pero cambió el mundo.

543. Publicado en Folha de São Paulo, el 24 de febrero de 2024.

El sistema judicial brasileño es probablemente el más productivo del planeta, juzgando más de 30 millones de casos al año. Nuestros jueces juzgan cuatro veces más casos que el juez europeo promedio. Y para quienes se preocupan por las finanzas, el Poder Judicial recauda cerca del 70% de sus gastos para las arcas públicas. Dos observaciones importantes: casi la mitad de los casos se procesan gratuitamente, beneficiando a personas necesitadas; y el mayor litigante del país, el Poder Público, no paga las costas judiciales.

Los jueces se seleccionan mediante rigurosos exámenes públicos. Se espera que el recientemente creado Examen Nacional de Magistrados atraiga entre 50.000 y 100.000 solicitantes. Además de cursar estudios de derecho, se requieren años de preparación para estos exámenes. El ingreso a la profesión se basa exclusivamente en el mérito, sin obligación de hacer favores. Los jueces se encuentran entre los profesionales mejor preparados del mercado, aunque ganan considerablemente menos que los profesionales exitosos del sector privado. Los abusos salariales denunciados son graves y deberían corregirse, pero no invalidan el panorama general.

En cualquier sociedad civilizada, la justicia es una necesidad fundamental. Su aplicación posee un valor inestimable, incalculable. Corregir injusticias, lograr la paz social, castigar los delitos, reparar los daños, garantizar elecciones limpias, proteger a los consumidores, el medio ambiente y la atención médica, entre otros, son servicios sociales que mejoran la vida y el mundo. Cosas que tienen valor, pero no tienen precio.

¿Tiene Brasil el sistema de justicia ideal? No. Trabajamos intensamente para mejorarlo y agilizarlo. Tampoco tenemos la universidad ideal, la política ideal, la medicina ideal ni la policía ideal. Somos una democracia joven en construcción. ¿Hay decisiones judiciales cuestionables o incomprensibles? Por supuesto. Así como hay errores médicos, violencia policial, mala educación o malversación de fondos. Las instituciones siempre necesitan mejoras, pero eso no las hace menos esenciales.

El costo de la justicia puede parecer alto, pero el costo de la injusticia es mucho mayor.

[ARTÍCULOS EN LA PRENSA]

UN DÍA PARA RECORDAR⁵⁴⁴

Eran poco más de las 8:00 horas cuando la ministra Rosa Weber y yo atravesamos los ventanales destruidos del edificio del Supremo Tribunal Federal. El ministro Dias Toffoli, procedente de São Paulo, llegó poco después. Y también el presidente Lula. La escena era desoladora: cristales rotos, esculturas dañadas, retratos destrozados, muebles vandalizados. Dentro del salón de plenos inundado, el crucifijo fue arrancado de la pared, el estrado del juez pisoteado, la alfombra quemada. Inscripciones de odio por todas partes.

Ante nuestros ojos atónitos, entristecidos e indignados, la escena exhibió el ataque más virulento contra las instituciones del país en casi cuarenta años. En muchos sentidos, el peor de la historia. La gente, insatisfecha con los resultados electorales, impulsada por una agresión descontrolada, destruyó físicamente los bienes materiales que encontró, mientras buscaba simbólicamente destruir la democracia. *“Si mi candidato no gana, no aceptaré el resultado y volcaré la mesa”*. Estas fueron escenas de primitivismo explícito.

Aunque previsto, el ataque fue largo y cuidadosamente planificado. Comenzó con intentos de desacreditar a las instituciones, con insultos dirigidos a sus miembros y amenazas de desobediencia a los mandatos constitucionales. Luego progresó con campañas de desinformación, discursos de odio, mentiras deliberadas y teorías conspirativas. Se exhibieron tanques de forma indebida en la Plaza de los Tres Poderes. Hubo episodios de negacionismo científico, destrucción medioambiental y despilfarro de fondos públicos. Por no mencionar el intento de reinstaurar las papeletas con recuento público manual. No es difícil imaginar hordas invadiendo los colegios electorales donde temían el fracaso. Todo esto preparó el terreno para la discordia y la intolerancia.

El fracaso del intento de golpe no disminuye su gravedad. Hubo cerebros, financistas y ejecutores. Aceptar todo esto con indiferencia y condescendencia sería un estímulo para nuevas aventuras criminales antidemocráticas. Sin duda, necesitamos pasar página. Pero no arrancarlo del libro de historia.

De todo lo que vi y oí, un hecho me impactó especialmente. Un agente de la policía judicial del Supremo Tribunal me describió que, tras destrozar el muro a mazos y arrojar muebles y objetos, muchos de los invasores se arrodillaron en el

544. Publicado en Folha de São Paulo, el 7 de enero de 2024.

suelo y rezaron fervientemente. ¿De dónde, ante los ojos del cielo, pudo haber surgido esta inverosímil combinación de religiosidad con odio, violencia y falta de respeto al prójimo? ¿Qué discordia espiritual podría ser esta, incapaz de la más mínima distinción entre el bien y el mal, entre el estado de naturaleza y la civilización? ¿Qué clase de inspiración pudo haber empujado a estas personas al abismo moral?

Finalmente, al hacer un balance de los acontecimientos históricos, siempre es posible buscar una perspectiva constructiva. Y lo cierto es que, tras la conmoción inicial y la indignación contenida, la reacción de los poderes públicos, la sociedad civil, la prensa y los más diversos sectores de la vida brasileña fue estimulante para la democracia. Liberales, progresistas y conservadores se unieron en defensa de la Constitución y el orden institucional contra el intento de golpe. Una reafirmación de que ya hemos superado ciclos de atraso, con la renovación de nuestro sentimiento constitucional. Al final, salimos mejores de lo que entramos.

Ha pasado un año y el país se encuentra en un proceso de reconstrucción, de redescubrimiento. No me refiero a la política ni a un gobierno. Se trata de consolidar la creencia social de que la democracia tiene cabida para todos los que saben respetarla, que el desacuerdo no es enemistad y que la verdad no tiene dueño. Hay patriotas auténticos con visiones del mundo diferentes. Nadie tiene el monopolio del amor por Brasil. Las familias y los amigos necesitan reconciliarse. Quienes piensan diferente a mí no son mis enemigos, sino mis aliados en la construcción de una sociedad abierta y plural. Con buena fe y buena voluntad, casi todo es posible en esta vida.

Muchos comparten la idea de que Brasil se está quedando atrás en su destino. Y, de hecho, el futuro aquí se ha pospuesto. Pero aún está en el horizonte. Afortunadamente, la existencia de los pueblos y las naciones se compone de muchos nuevos comienzos. De oportunidades que se renuevan. La historia no es un destino que se cumple, sino un camino que se elige.

[ARTÍCULOS EN LA PRENSA]

35 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN: PACIFICACIÓN, CIVILIDAD Y NUEVOS COMIENZOS⁵⁴⁵

En la madrugada del 31 de marzo al 1 de abril de 1964, un golpe de Estado destituyó a João Goulart de la Presidencia de la República. Golpe, porque ese es el término utilizado en ciencias políticas y teoría constitucional para las situaciones en las que el jefe de gobierno es destituido mediante un procedimiento no estipulado en la Constitución. Las palabras deben conservarse en su sentido más simple.

También es cierto que la ruptura de la legalidad constitucional contó con el apoyo de numerosos sectores de la sociedad, como gran parte de la clase empresarial, los productores rurales, la clase media y la Iglesia, así como de los militares y la prensa, además de Estados Unidos. Cada uno de estos actores tenía sus propios temores.

Comenzó una larga noche institucional. Pasaron veinticinco años antes de que se celebraran elecciones presidenciales por voto popular. Durante ese período, se produjo una larga secuencia de actos institucionales que expresaron la legalidad paralela y dictatorial del régimen militar. Con ellos, se disolvieron los partidos políticos existentes, las elecciones se volvieron indirectas, el Congreso se clausuró varias veces, se destituyó a parlamentarios, así como a maestros y funcionarios públicos que fueron jubilados forzosamente. Mucha gente se exilió. En la sombra, también se produjeron la tortura de opositores políticos y la censura.

Luego siguieron los años de plomo, la apertura política y la agonía del régimen autoritario, cuya muerte moral se produjo en 1981 con el encubrimiento del atentado de Riocentro. Posteriormente, incluso tras la derrota de la enmienda de elecciones directas, Tancredo Neves y José Sarney fueron elegidos. La Nueva República nació bajo el trágico símbolo de la muerte de Tancredo. En 1986, una enmienda constitucional convocó a la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de 1988, cuyo aniversario celebramos.

Con la promulgación de la Constitución, se produjo una reorganización democrática general del país, con avances significativos, retrasos persistentes y algunos sobresaltos. Los poderes recuperaron la armonía y la independencia,

545. Publicado en *O Globo*, el 5 de octubre de 2023.

con las fricciones inherentes e inevitables a las democracias. El Ejecutivo recuperó su tamaño natural, el Legislativo se expandió y el Judicial experimentó un momento de importante ascenso institucional.

En materia de derechos fundamentales, se registraron avances muy relevantes. El sistema unificado de salud, con todas sus dificultades, es un admirable programa de inclusión social. En educación, se universalizó la educación primaria, aunque aún se vive el drama de la deserción escolar en la secundaria. Mujeres, personas homosexuales, personas negras e indígenas vieron derrotados sus prejuicios y discriminación, en una lucha que aún continúa. La protección del medio ambiente finalmente entró en la agenda del país.

Queda mucho por hacer, desde la abismal desigualdad hasta la apropiación privada del Estado, desde las dificultades del sistema político hasta la violencia urbana. Por ahora, sin embargo, existe una palabra mágica para unir de nuevo a la gente en torno a un proyecto nacional: *pacificación*. La democracia tiene cabida para liberales, progresistas y conservadores. Nadie tiene el monopolio del bien y la virtud. Necesitamos acabar con la cultura agresiva e intolerante de descalificar a quienes piensan diferente. Necesitamos una inyección de civilidad.

En los distintos matices del espectro político, existe un consenso: este país no está cumpliendo su destino. Esta es la razón de cierta inquietud civilizatoria entre nosotros, la frustración de no ser todo lo que podemos ser. Sin embargo, la historia no es un destino que se cumple, sino un camino que se elige. Y, además, como demuestra claramente el Brasil posterior a las elecciones de 2022, el mundo gira. La existencia de las personas y las naciones se compone de muchos nuevos comienzos. De oportunidades que se renuevan. El futuro se ha pospuesto, pero aún está en el horizonte.

[PARTE III]
DISCURSOS

[DISCURSO INAUGURAL COMO PRESIDENTE DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL]

GRATITUD, JUSTICIA Y EL PAÍS QUE QUEREMOS

Introducción

Su Excelencia, Sr. Presidente de la República, Luiz Inácio Lula da Silva; Sr. Presidente del Congreso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco; Sr. Presidente de la Cámara de Diputados, Diputado Arthur Lira; mi eterna Presidenta, la Ministra Rosa Weber, en quienes saludo a las autoridades de los tres poderes del Estado aquí presentes. Sr. Presidente del Colegio de Abogados de Brasil, Beto Simonetti, y Sra. Procuradora General de la República en funciones, Elizeta Ramos, en quienes saludo a todos los abogados y miembros del Ministerio Público aquí presentes. Estimados amigos, colegas e invitados:

He dividido este discurso, que prometo no será más largo de lo necesario, en tres partes. La primera está dedicada a la Gratitud, a reconocer a quienes me han allanado el camino hasta aquí; la segunda al Poder Judicial, a nuestro papel y a nuestras circunstancias; y la tercera a Brasil, a esta pasión que nos une y a los compromisos que debemos asumir.

[SECCIÓN I — GRATITUD]

I. AGRADECIMIENTOS GENERALES

Poder dar gracias es una bendición. Dedico este momento a mis padres, Judith y Roberto, quienes llenaron mi vida de cariño y valores, y además me dieron una hermana encantadora. Tereza, Luna y Bernardo fueron mi inspiración, motivación y alegría a lo largo de mi vida. También estoy agradecido a la legión de amigos que se cruzaron en mi camino en diferentes etapas de la vida y que la hicieron mejor y más feliz. Muchos están aquí presentes. Los honro a todos en la persona de José Paulo Sepúlveda Pertence, quien falleció recientemente. Mi gratitud se extiende a todo el personal y asesores que me acompañaron durante estos diez años en el Supremo Tribunal, permitiéndome no solo reducir la carga de trabajo de la oficina de 9.500 casos al mínimo posible (unos 900), sino también vivir muchas vidas en una sola, y los honro a todos en la persona de mi secretaria general, Aline Osório.

Mi agradecimiento también a la presidenta Dilma Rousseff, quien me nominó para el cargo de la manera más republicana que un presidente puede actuar: no pidió, no insinuó, no exigió. Busqué corresponder a esa confianza sirviendo

a Brasil sin otro interés ni intención que convertirlo en un país mejor y más grande, quizás un país justo, algún día. Aprovecho también esta oportunidad para saludar al presidente Lula y a los presidentes Rodrigo Pacheco y Arthur Lira, quienes, junto con este Supremo Tribunal Federal, simbolizan la solidez y el compromiso democrático de nuestras instituciones. Pero quiero expresarles un agradecimiento muy especial.

II. RECONOCIMIENTO A MIS PROFESORES

Nací en Vassouras, una ciudad encantadora a dos horas de Río de Janeiro, llena de palmeras imperiales, casas coloniales preservadas y gente sencilla y generosa, como mi amada Tetê do Carmo. A lo largo de mi vida, estudié en la Escuela Vassouras, dirigida por la abuela María; en la Escuela Roma, dirigida por Doña Zoraide; en la Escuela Pedro Álvares Cabral, dirigida por Doña Florinda; y en la Universidad Estatal de Río de Janeiro, dirigida por Jacob Dolinger y José Carlos Barbosa Moreira. También estudié en Yale, con Bruce Ackerman y Harold Koh, y en Harvard, donde interactué con académicos como Mark Tushnet y Mangabeira Unger. Ha sido un largo camino para llegar aquí. Mi más especial agradecimiento a todos los maestros que iluminaron mi camino (el mío y el nuestro) con altos principios, ideas y buenos ejemplos. A esta afirmación, añado una observación: estoy convencido, por experiencia propia, de que lo más importante que un país puede hacer por sus niños es garantizar una educación universal y de calidad para todos, en toda la educación básica, y con una combinación de mérito y justicia distributiva —social y racial— en la educación superior. Tres prioridades en la vida de un país deben ser: educación, educación de calidad y educación para todos.

Antes de continuar, quiero rendir un homenaje que es debido y merecido.

III. HOMENAJE A LA MINISTRA ROSA WEBER

Suceder a la ministra Rosa Weber no es tarea fácil. Suceder, porque reemplazarla sería imposible. Nos hicimos muy buenas amigas desde el primer día que llegué aquí. Su dulce figura y su cautivadora personalidad hicieron de nuestro tiempo juntas un privilegio inconmensurable para mí. Como jueza, su trayectoria fue impecable, desde el Tribunal Laboral de primera instancia en su querido Rio Grande do Sul, pasando por el Tribunal Regional del Trabajo, el Tribunal Superior del Trabajo, hasta llegar al Supremo Tribunal Federal y luego al Tribunal Superior Electoral. Una vida plena. Dondequiera que iba, dejaba huella

con su capacidad y una legión de admiradores. Aquí, en el Tribunal Supremo, fue relatora de casos memorables. En el TSE, presidió con firmeza y competencia las polarizadas elecciones de 2018. También en el Supremo Tribunal, con inmensa habilidad, obtuvo la aprobación de importantes cambios procesales. Y, en uno de los momentos más dramáticos de nuestra historia, dirigió la reconstrucción de este Pleno en 21 días, para que estuviera listo para la reapertura del año judicial.

Ministra Rosa Weber: Sé que su espíritu reservado no es proclive a los honores. Pero, en nombre de una nación agradecida, en nombre de quienes saben distinguir a las grandes figuras de la historia de este Tribunal, la reverencio por los inmensos servicios prestados a Brasil. Que Su Excelencia sea perpetuamente bendecida.

[SECCIÓN II — EL PODER JUDICIAL]

I. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Hablaré ahora del Poder Judicial, comenzando por el Supremo Tribunal Federal, que es el Tribunal Constitucional. Es responsable de interpretar la Constitución y, en consecuencia, de preservar la democracia y promover los derechos fundamentales. Comentaré cada una de estas misiones.

1. La interpretación de la Constitución

La Constitución estructura el Estado, delimita las competencias de los poderes públicos y define los derechos y garantías de los ciudadanos. Todas las constituciones democráticas lo hacen, incluida la brasileña. Sin embargo, nuestra Constitución va mucho más allá: también abarca el sistema económico, el sistema tributario, el sistema de seguridad social, el sistema educativo, la preservación del medio ambiente, la cultura, los medios de comunicación, la protección de las comunidades indígenas, la familia, la infancia, la adolescencia y la tercera edad, entre muchos otros temas. Incluir un tema en la Constitución es, en gran medida, sacarlo de la política y llevarlo al ámbito del derecho. Esta es la causa de la judicialización generalizada de la vida en Brasil. No se trata de activismo, sino de diseño institucional. Ningún tribunal del mundo decide tantos asuntos divisivos en la sociedad. Contradecir intereses y visiones del mundo es parte inherente de nuestra función. Siempre estaremos expuestos a la crítica y la insatisfacción. Por esta misma razón, la virtud de un tribunal nunca puede medirse por encuestas de opinión.

Sin embargo, es imperativo que la Corte actúe con moderación y en diálogo

con los demás poderes del Estado y la sociedad, como siempre hemos procurado hacerlo y pretendo intensificar. En una democracia, no existen poderes hegemónicos. Al garantizar la independencia de cada uno, coexistiremos en armonía, como socios institucionales por el bien de Brasil.

2. La defensa de la democracia

No somos un tribunal de consenso unánime. Ningún tribunal lo es. La vida implica diferentes puntos de vista, y estos se reflejan aquí. Sin embargo, hemos estado más unidos que nunca para proteger a la sociedad brasileña durante la pandemia. Y también estamos siempre juntos, en sólida unidad, en la defensa de la democracia. La democracia constitucional es la composición de diversos valores, dos caras de la misma moneda. Por un lado, la soberanía popular (amplio derecho de participación popular), las elecciones libres y el gobierno de la mayoría. Por otro, el poder limitado, el estado de derecho y el respeto a los derechos fundamentales. Un equilibrio delicado y fundamental. En todo el mundo, la democracia constitucional ha experimentado momentos de agitación, con ataques a las instituciones y pérdida de credibilidad. Aquí, las instituciones prevalecieron, con la indispensable presencia de la sociedad civil, la prensa y el Congreso Nacional. Y, para ser justos, en el momento decisivo, las Fuerzas Armadas no sucumbieron al intento de golpe. Solemos identificar a los culpables de siempre: extremismo, populismo, autoritarismo... Y, de hecho, ahí están.

Pero la recesión democrática también se filtró por las grietas de la democracia: las promesas incumplidas de oportunidades, prosperidad y seguridad para todos. Las democracias contemporáneas necesitan abordar y superar los desafíos de la inclusión social, la lucha contra las desigualdades injustas y la mejora de la representación política.

3. La protección de los derechos fundamentales

Finalmente, nos corresponde proteger los derechos fundamentales, derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico interno. Los derechos fundamentales constituyen la reserva mínima de justicia en una sociedad, en términos de libertad, igualdad y acceso a los bienes materiales y espirituales básicos para una vida digna. En este sentido, hemos buscado impulsar la historia en la dirección correcta. Hemos sido aliados en el ascenso de la mujer, en la lucha integral por la igualdad de respeto y consideración, tanto en el ámbito público como en el privado, así como contra la violencia doméstica y sexual. También

hemos actuado, siempre con base en la Constitución, a favor del heroico esfuerzo de la población negra por el reconocimiento y la igualdad de oportunidades, validando la acción afirmativa, esencial para superar el racismo estructural que implicó la esclavitud y su abolición sin inclusión. De igual manera, la comunidad LGBTQI+ obtuvo el reconocimiento de importantes derechos en este Tribunal, en particular la equiparación de las uniones entre personas del mismo sexo con las uniones estables convencionales, lo que dio lugar a la posibilidad del matrimonio civil.

Pero eso no fue todo. Los pueblos indígenas han visto reconocida su dignidad, así como el derecho a preservar su cultura y, al menos, una parte de sus tierras ancestrales. Trabajamos también para garantizar que las personas con discapacidad sean valoradas en su diferencia, buscando la accesibilidad y la inclusión. La protección del medio ambiente también ha sido el foco de atención de la Corte Suprema, que ha buscado abordar, dentro de sus límites, la deforestación y el cambio climático. Son batallas inconclusas, pero en la vida debemos saborear el progreso y las victorias. Algunos creen que la defensa de los derechos humanos, la igualdad de las mujeres, la protección del medio ambiente, la acción afirmativa, el respeto a la comunidad LGBTQI+, la inclusión de las personas con discapacidad y la preservación de las comunidades indígenas son causas progresistas. No lo son. Estas son causas de humanidad, de dignidad humana, de respeto y consideración por todas las personas. Pocas derrotas del espíritu son más tristes que la de alguien que se considera superior a los demás.

II. LA JUSTICIA EN BRASIL

El Poder Judicial brasileño es uno de los más independientes y productivos del mundo. Independiente porque, para ser juez, se requiere haber completado la carrera de derecho y haber aprobado un concurso público altamente competitivo. No le debe favores a nadie. Es cierto que existe un componente político en los tribunales superiores, como ocurre en todo el mundo. Pero el ADN de la independencia permanece. Y el sistema judicial brasileño también es uno de los más productivos del planeta, juzgando aproximadamente 30 millones de casos al año. Contamos con unos 18.000 jueces, lo que convierte al poder judicial probablemente en la institución con mayor alcance de todo el país. Jueces bien preparados, honestos y dedicados son una bendición para la democracia, la justicia y la ciudadanía. Me comprometo a contribuir a garantizar que sean

seleccionados, escuchados y valorados rigurosamente. Aun así, hay dos áreas en las que debemos mejorar. La primera: aumentar la participación de las mujeres en los tribunales, con criterios de ascenso que consideren la paridad de género. Y también, ampliar la diversidad racial. Además, con innovaciones tecnológicas e inteligencia artificial, buscaremos aumentar la eficiencia y la rapidez de los procesos judiciales en Brasil. Para ello, he estado identificando los cuellos de botella y los puntos de congestión en el Poder Judicial, y los abordaremos. No hay lugar para celebraciones: necesitamos mejorar la calidad del servicio que brindamos a la sociedad brasileña.

III. LAS DIRECTRICES DE MI ADMINISTRACIÓN

Con la bendición de Dios y la indispensable ayuda de mis colegas, pretendo gestionar en torno a tres pilares principales. El primero será el contenido, que consiste en buscar aumentar la eficiencia de la justicia, impulsar la agenda de los derechos fundamentales y contribuir al desarrollo económico, social y sostenible de Brasil. El segundo pilar será la comunicación, mejorando el diálogo con la sociedad, explicando nuestro papel con un lenguaje sencillo, explicando claramente las decisiones y disipando malentendidos e interpretaciones erróneas. Y el tercero será el pilar de las relaciones. El Poder Judicial debe ser técnico e imparcial, pero no aislado de la sociedad. Necesitamos estar abiertos al mundo, con ojos para ver y oídos para escuchar el sentir social. En la vida, debemos ser ventanas, no espejos, con la capacidad de mirar a los demás y no solo a nosotros mismos.

El Poder Judicial, y el derecho en general, giran en torno a dos grandes valores: la justicia y la seguridad. Ya hemos hablado de la justicia. También quiero hacer especial hincapié en la seguridad, en tres de sus dimensiones: seguridad jurídica, seguridad democrática y seguridad humana. La seguridad jurídica es esencial para crear un entorno favorable al desarrollo económico y empresarial del país, fomentando el emprendimiento, la inversión y la innovación. No hay sorpresas. Necesitamos superar la desconfianza que aún existe en Brasil respecto a la libre empresa y el éxito empresarial. De ahí provienen el empleo, la movilidad social y el progreso. No menos importante es la seguridad democrática, con elecciones limpias, libertades públicas, independencia entre los poderes públicos y respeto a las instituciones. Y, también, como principio y fin, la seguridad humana, que incluye la lucha contra la pobreza, las desigualdades injustas y la delincuencia,

mediante la seguridad pública y el empoderamiento de unas fuerzas policiales formadas en una cultura esencial de respeto a la ciudadanía y a los derechos humanos.

Queridos colegas de este Tribunal: El Universo nos ha reunido aquí porque tenemos una misión. Somos un equipo, en el que cada uno tiene una posición, pero también un objetivo común. Por esta misma razón, seguiremos fortaleciendo los lazos de colegialidad e institucionalidad. Por mi parte, cuenten con un diálogo franco y una colaboración afectuosa. Estar aquí es un reto, un privilegio y un destino que cumplimos juntos. Es maravilloso tenerlos a mi lado. Y también tengo la fortuna de contar, como vicepresidente, con mi amigo de toda la vida, el ministro Luiz Edson Fachin, una de las mejores personas que he conocido en este largo camino.

[SECCIÓN III — BRASIL]

I. EL BRASIL QUE QUEREMOS

La democracia ha triunfado y debemos trabajar por la pacificación del país. Debemos acabar con los antagonismos artificialmente creados que nos dividen. Un país no se compone de “*nosotros*” y “*ellos*”. Somos un solo pueblo, en el pluralismo de ideas, como es propio de una sociedad libre y abierta. “*La autosuficiencia es la mayor soledad*”, escribió el poeta. El éxito de la agroindustria no es incompatible con la protección del medio ambiente. Al contrario. La lucha eficaz contra la delincuencia no es incompatible con el respeto a los derechos humanos. La lucha contra la corrupción no es incompatible con el debido proceso. Todos estamos en el mismo barco y debemos trabajar para evitar las tormentas y guiarlo a puerto seguro. Si naufraga, el naufragio afecta a todos, independientemente de las preferencias políticas. En aras de la justicia, me propongo escuchar a todos: trabajadores y empresarios, comunidades indígenas y agricultores, productores rurales y medioambientales, gente de la ciudad y del campo. Y también a conservadores, liberales y progresistas. Nadie es dueño de la verdad, nadie tiene el monopolio del bien y la virtud. La vida en democracia es la coexistencia civilizada de quienes piensan diferente. Y quienes piensan diferente a mí no son mis enemigos, sino mis aliados en la construcción de una sociedad abierta, pluralista y democrática.

II .UNA AGENDA PARA BRASIL

Sin que nadie tenga que abandonar ninguna convicción, el país necesita unirse en torno a denominadores comunes, una agenda para Brasil. Con base en la Constitución, es posible construir estos consensos. Algunos de ellos son: (i) combate a la pobreza; (ii) desarrollo económico y social sostenible; (iii) máxima prioridad para la educación básica; (iv) valorar la libre empresa, así como el empleo formal; (v) inversión en ciencia y tecnología; (vi) saneamiento básico; (vii) vivienda asequible; y (viii) liderazgo global en materia medioambiental. En la base de cualquier agenda se encuentran tres elementos esenciales para construir un gran país: integridad, civilidad y confianza. Todos estos están por encima de la ideología, de las decisiones políticas personales. De hecho, entre las personas íntegras y civilizadas, la confianza surge espontáneamente. Sin confianza, no hay progreso.

III. VALORES QUE DEBEN GUIARNOS

El día de mi toma de posesión, el 26 de junio de 2013, publiqué un artículo de autopresentación donde escribí: Creo en el bien, la justicia y la tolerancia como valores filosóficos esenciales. Creo en la educación, la igualdad, el trabajo y la libre empresa como valores políticos fundamentales. Y en el constitucionalismo democrático como la forma institucional ideal. Diez años después, vengo aquí a renovar esos mismos votos. Con algunas nuevas lecciones aprendidas: los países, como las personas, pasan por lo que tienen que pasar para madurar y evolucionar; la vida en el sector público es más dura y difícil de lo que parece; si estás cumpliendo tu misión en la vida, ni los elogios ni las críticas tienen el poder de cambiar tu rumbo; solo la verdad ofende: si es mentira, trátala con indiferencia; Brasil es un país donde muchas personas priorizan las relaciones personales por encima de la corrección y el deber; en la vida, no basta con tener razón, hay que saber manejarla; y, muy importante: con buena fe y buena voluntad, casi todo es posible en este mundo. Hay una última convicción que me gustaría compartir.

El afecto es una de las energías más poderosas del universo. El sentimiento sincero de hermandad y empatía por todas las personas transforma el mundo. Vivir sin malicia, sin astucia, sin aprovecharse de los demás. Sin calumnias. A algunos les parecerá ingenuo. Pero este es el camino hacia la paz interior, el éxito personal y el progreso social. La virtud es su propia recompensa. Lo demás es apariencia. La historia es una marcha continua hacia el bien, la justicia y el

avance de la civilización. Basta con mirar a través de los siglos: hemos pasado de épocas de sacrificios humanos, despotismos crueles, inquisiciones y holocaustos a la era de los derechos humanos. Aún no plenamente realizada, pero victoriosa en la mayoría de los corazones y mentes. Es cierto que la historia no es lineal, sino que está hecha de avances y retrocesos. Sin embargo, incluso cuando no se puede ver desde la superficie, sigue fluyendo como un río subterráneo en la dirección que debe seguir. Esta es mi fe racional, mi creencia más profunda. Y porque así es, tengo una visión positiva y constructiva de la vida, incluso en la adversidad. Y en los momentos difíciles, cuando todo parece fuera de lugar, cuando las personas no se presentan en su mejor versión, me consuelo con la máxima que rige mi vida: pase lo que pase a tu alrededor: haz tu mejor trabajo. Y sé bueno y correcto, incluso cuando nadie te vea.

En mi audiencia en el Senado Federal, hoy representado por su presidente Rodrigo Pacheco, usé una parábola con la que me gustaría concluir este discurso. En la vida siempre estamos en equilibrio. Vivir es como caminar sobre la cuerda floja. Nos inclinamos un poco hacia un lado, un poco hacia el otro, y seguimos adelante. Es así para todos, ya sea en el escenario o entre el público. A veces, alguien que mira desde fuera puede tener la impresión de que el equilibrista está volando. No es serio, porque la vida está hecha de ciertas ilusiones. Pero el equilibrista tiene que saber que está en equilibrio. Porque si cree que vuela, caerá. Y en la vida real no hay red. Pretendo actuar, al frente del Supremo Tribunal Federal y del Poder Judicial brasileño, como creo que se debe vivir la vida: con valores, con empatía, con buen humor siempre que sea posible y, sobre todo, con humildad.

Asumo la presidencia del Supremo Tribunal Federal y del CNJ sin olvidar que soy, ante todo, un servidor público. Un servidor de la Constitución. Que tenga la bendición de cumplir bien esta misión.

Muchas gracias.

[DISCURSOS DE GRADUACIÓN]

EL MUNDO, EL PAÍS Y LA VIDA QUE VIVIMOS⁵⁴⁶

I. INTRODUCCIÓN

Excelentísimo Señor Director, mi querido amigo el Profesor Oscar Vilhena Vieira; el Patrono de la Clase, el Profesor Sidnei Amendoeira Junior; la Honorable Profesora Maria Cecília Asperti; los Honorables empleados Katia Satie Fujihara y Lívio Alencar Diniz; padres de sangre y afecto, parientes, amigos, novios, mis queridos ahijados:

Como un rayo de luz que ilumina la oscuridad, recibí su invitación para ser el Patrono de la 10a Clase de la Fundación Getulio Vargas (FGV) de Derecho São Paulo. Necesitaba una alegría inesperada en estos días de angustia cívica que he estado viviendo. Creo que todos los hemos estado viviendo. Sepan que expresiones espontáneas como la suya dan color a la existencia y renuevan mi fe en que debemos cumplir diligentemente las misiones que la vida nos encomienda.

La vida es dura en el Supremo Tribunal. Primero, es el único trabajo del mundo donde le dices a tu esposa que vas a trabajar y ella puede ver por televisión si realmente fuiste. Segundo: para lograr algo relevante, necesito convencer a cinco personas más. Y todas tienen sus propias ideas. Finalmente, por el grado de exposición al que nos somete el trabajo y las situaciones tan inusuales que conlleva. Les contaré una.

Hace poco, estaba con mi esposa en un restaurante y un camarero se me acercó y me dijo: *“Te conozco de algún sitio”*. Sonreí con torpeza. Poco después, volvió a la mesa y dijo: *“Eres famoso, lo sé”*. Un silencio avergonzado. Una tercera vez, pasó a mi lado y dijo: *“Me acordaré de quién eres”*. Al parecer, no se acordaba. A la hora de pagar, le entregué mi tarjeta de crédito, fue a la caja, regresó y exclamó triunfante: *“¡Ajá! Luís Roberto, comentarista deportivo de TV Globo”*.

Moraleja: no te dejes engañar, los demás no te conocen. Solo nosotros nos conocemos. El secreto de la vida es conocerte a ti mismo. Identificar los valores, sueños y deseos que nos impulsan y vivir para cumplirlos. Ahí reside la verdadera felicidad. Sigo viviendo por mis sueños de juventud. He dividido esta conversación en tres breves partes: el mundo en el que vivimos; el país en el que vivimos; y la vida que vivimos. Allá vamos.

546. Discurso del patrón de la promoción de la Fundación Getulio Vargas en Derecho São Paulo, 2019.

II. EL MUNDO EN EL QUE VIVIMOS

Algunas aficciones marcan nuestra época. Una de ellas es la crisis de la democracia en diferentes partes del mundo, con el surgimiento de gobiernos populistas autoritarios que llegan al poder no mediante golpes de Estado, sino mediante el voto popular. Otra es la crisis medioambiental: la actividad humana ha provocado un creciente calentamiento global, especialmente mediante la liberación de gases a la atmósfera que agravan el efecto invernadero. El planeta ha dado señales preocupantes, como el derretimiento de los casquetes polares, el calentamiento de los océanos, los fenómenos meteorológicos extremos, etc. Estos son problemas que no pueden permanecer indiferentes. Sin embargo, me gustaría centrar la atención en otro tema, que es el sello distintivo de nuestra época: la Revolución Digital y Tecnológica y el advenimiento de la Cuarta Revolución Industrial.

El mundo se encuentra en medio de una revolución tecnológica a gran escala y de una velocidad impresionante, que está alterando sustancialmente la forma en que las personas viven, trabajan y se relacionan entre sí. Esta es una nueva revolución industrial, sucesora de las anteriores: la que trajo consigo el uso del vapor (1850-1900), la de la electricidad (1900-1940) y la del motor y la automatización (1940-1990). Somos contemporáneos de la Revolución Digital, que permitió la masificación de la computadora, el teléfono celular y, conectando a miles de millones de personas en todo el mundo, internet.

La forma en que investigamos, compramos, llamamos un taxi, reservamos un vuelo o escuchamos música, por nombrar algunos ejemplos, ha cambiado por completo. Vivimos bajo la égida de un nuevo vocabulario, una nueva semántica y una nueva gramática. El lenguaje de nuestros días incluye un conjunto de términos recién incorporados, sin los cuales, sin embargo, ya no sabríamos cómo vivir. Algunos de ellos: Google, WhatsApp, Uber, Waze, Spotify, YouTube, Windows, Mac, Telegram, Dropbox, Skype, FaceTime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google Maps, Google Translate, iTunes, Netflix. Para los solteros, también existe Tinder.

La innovación y los avances tecnológicos están construyendo este nuevo y prometedor mundo de biotecnología, inteligencia artificial, robótica, impresión 3D, nanotecnología y computación cuántica. La llamada Cuarta Revolución Industrial está en marcha, un desarrollo de la Revolución Tecnológica, producto de la fusión de tecnologías que está difuminando las fronteras entre las esferas

física, digital y biológica. Nos enfrentamos a desafíos como: a) el uso de internet y las redes sociales para campañas de odio y desinformación; b) los avances en biotecnología, que traen consigo la tentación de la clonación humana, generalmente prohibida, pero considerada inevitable por científicos relevantes; c) el riesgo de crear, mediante manipulación genética, superhumanos, con un gran potencial de opresión sobre la gente común; y d) el inminente fin de la privacidad en un mundo de identificación por ADN, reconocimiento facial y en el que las empresas tecnológicas almacenan y venden datos sobre cada uno de nosotros. Yuval Noah Harari tiene un pasaje en uno de sus libros donde dice que si un joven tiene dos pretendientes y no está seguro de cuál es la mejor opción, Google, con la información que posee sobre todos los involucrados, podría tomar una mejor decisión que la propia persona. Será la dictadura del algoritmo. En ese pasaje del libro, escribí a lápiz: *“Prefiero equivocarme por mi cuenta”*.

III. EL PAÍS EN EL QUE VIVIMOS

Brasil atraviesa una tormenta ética, política y económica. En palabras de Caetano Veloso, *“todo está tardando mucho en empeorar”*. Hay una ola de negatividad en el ambiente. La autoestima de la gente se ve afectada por diversas razones: el trauma del impeachment, el avance de las investigaciones por corrupción, una recesión prolongada, la pérdida de ingresos, una ola de violencia y las tasas de desempleo más altas de la historia. No ha sido fácil.

Debo decir, sin embargo, que a pesar de todos los contratiempos, la ola negativa no me afectó. Los países, como las personas, pasan por lo que tienen que pasar para madurar y mejorar. Este es el proceso que estamos viviendo. No podemos romper la barrera, dejar de ser un país de ingresos medios y convertirnos en un país verdaderamente desarrollado con el nivel ético que hemos tenido, con el tamaño del Estado que hemos alcanzado y con el nivel educativo que aún prevalece. En este momento de resentimiento y polarización social, necesitamos una agenda que reúna algunos denominadores comunes, patrióticos y no políticos ni ideológicos, que puedan acercar a las personas. El país necesita celebrar tres pactos: (i) un pacto de integridad; (ii) un pacto de responsabilidad fiscal/justicia social; y (iii) un pacto por la educación.

Solo hablaré, y brevemente, del primero, el pacto de integridad. El país ha sido devastado por la corrupción estructural, sistémica e institucionalizada. Necesitamos un pacto de integridad que reemplace el pacto oligárquico que ha

prevalecido hasta ahora. Un pacto de integridad para elevar la ética general del país implica dos reglas: (i) en la ética pública, no malversar fondos ni ceder al chantaje oportunista de la vieja política; y (ii) en la ética privada, no engañar a otros. Hay algo nuevo en Brasil en los últimos tiempos: una inmensa demanda de integridad, idealismo y patriotismo proveniente de la sociedad civil. Y esta es la energía que transforma paradigmas e impulsa la historia. Las instituciones deben ser capaces de satisfacer las demandas de la sociedad.

En el *Poder Legislativo*, el pacto de integridad requiere una reforma política capaz de reducir el costo de las elecciones, aumentar la representatividad democrática del Congreso y facilitar la gobernabilidad. Sigo creyendo que deberíamos experimentar con un sistema de representación proporcional mixto, similar al modelo alemán. En el *Poder Ejecutivo*, es necesario cambiar la cultura donde los funcionarios públicos son socios en los contratos administrativos. Todo implica un porcentaje, un soborno, algún tipo de irregularidad. En el *Poder Judicial*, debemos acabar con la cultura de que los delitos de cuello blanco y la corrupción no son graves. Y debemos recordar que el debido proceso significa el derecho a la defensa, no el derecho a la impunidad.

La corrupción que ha devastado a Brasil tiene costos económicos, sociales y morales. Me centraré en estos últimos. Ocupamos el puesto 105 en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional. Me despierto cada día avergonzado por esa cifra, que, por cierto, ha ido empeorando con el tiempo. Hay una visión errónea en este artículo, que intenta distinguir entre si el dinero de la corrupción va a parar a bolsillos personales o a campañas políticas. El problema no es adónde va el dinero, sino de dónde viene: una cultura de extorsión, sobornos y deshonestidad. Dentro de la Constitución y las leyes, pero sin indulgencia, elija el lado correcto y ayude a relegar a los representantes de esta cultura extractiva que nos mantiene atrasados y lejos de nuestro destino, a los márgenes de la historia.

IV. LA VIDA QUE VIVIMOS

Les deseo una buena vida, sabiduría y que sean felices.

Una buena vida incluye, ante todo, el amor propio: tratarse con respeto y consideración, transformándose en la mejor persona posible. En palabras de Fernando Pessoa, “*nadie te da lo que eres*”. En segundo lugar, está la ética, que se traduce en un compromiso con el bien y, en consecuencia, con el respeto a los

demás. No aprovecharse de los demás. En la inmortal formulación de Immanuel Kant: *“Actúa solo según aquella máxima por la cual puedas, al mismo tiempo, convertirte en ley universal”*. Parece complicado, pero es simple: ante la duda sobre qué hacer, dos preguntas te ayudarán a encontrar el camino: (i) ¿y si me hicieran esto?; (ii) ¿y si todos se comportaran así? El ideal también forma parte de la buena vida y significa vivir por un mundo mejor. El ideal es para la vida pública como el amor lo es para la vida privada. Es la capacidad de trascender los propios intereses y experimentar el placer y la alegría de servir a los demás.

La sabiduría, como se puede comprender intuitivamente, es mucho más que conocimiento. Incluye la inteligencia emocional, que es la capacidad de controlar las propias emociones, transformando la envidia en admiración, la ira en comprensión y los celos en liberación. También incluye la inteligencia social, que es la capacidad de vivir en armonía con los demás, preservando la autenticidad y cultivando la bondad. Y, finalmente, la inteligencia espiritual también forma parte de la sabiduría, que es la comprensión de que la vida no se compone solo del mundo físico, percibido por los sentidos. Trasciende la materia y también se compone de valores elevados, como la bondad, la verdad y la justicia, independientemente de cómo cada persona internalice simbólicamente esta creencia.

También deseo, de todo corazón, que sean felices. Hay una buena cita atribuida a la actriz Ingrid Bergman: *“La felicidad es buena salud y mala memoria”*. En definitiva, la felicidad no se trata de llegar a ningún sitio, sino de una forma de viajar. Una actitud ante la vida. Depende, ante todo, de tener buenas intenciones y metas elevadas. Luego, es necesario tener la determinación de transformarlas en buenos logros. Parte del viaje también implica disfrutar de los placeres legítimos con alegría y sin culpa. Y, por último, una regla absoluta: no hacer daño a nadie. Todo esto permitirá a cada persona, al final del día, disfrutar de la felicidad suprema: paz interior, satisfacción personal, la conciencia de haber cumplido bien su destino.

V. CIERRE

Es hora de concluir, queridos amigos, queridos ahijados. Creo que las palabras no han podido expresar mi cariño y gratitud por este momento de felicidad que me han brindado. Para concluir, comparto con ustedes mi fe racional, mi convicción más profunda: que la historia es un flujo continuo hacia el bien y el progreso de

la civilización. Ha sido así desde el principio de los tiempos. Incluso cuando no podemos verlo en la superficie, sigue el curso correcto, como un río subterráneo. Nuestro papel es impulsarlo en la dirección correcta. A veces, especialmente en Brasil, pueden sentir que esto no está sucediendo. Hay muchos malos ejemplos. No se alarmen por ellos ni permitan que los desvíen del camino correcto. Este es mi mensaje final: no importa lo que suceda a su alrededor, hagan lo mejor que puedan. Y sean buenos y rectos, incluso cuando nadie los esté viendo.

[DISCURSOS DE GRADUACIÓN]

LAS SEÑALES EN EL CAMINO⁵⁴⁷

La vida no se repite. Los amores no son iguales. Ser el padrino de tu promoción es una experiencia única, nueva y diferente. Un privilegio que la vida me ha dado y que me permite estar aquí saboreando este momento, como si fuera la primera vez. Como profesor en los dos primeros años de la carrera, existe un riesgo significativo de ser olvidado con el tiempo. De ahí mi felicidad por haber permanecido en tu historia y memoria. Todo esto le da a la vida un nuevo sentido: porque, mejor que un gran amor, solo un gran amor es correspondido.

No es fácil no ser banal y repetitivo en ocasiones como esta. La alegría de una misión cumplida y la tristeza de la despedida siempre están presentes. Pero la impermanencia es la única certeza en esta vida: las cosas pasan. Lo bueno es que surgen nuevas personas, nuevas experiencias y otras oportunidades. Y todo lo que pasa y merece ser recordado constituye nuestro patrimonio emocional. Y el cariño, como siempre he intentado decirles y demostrarles, es una de las fuerzas más poderosas del universo, una energía revolucionaria. Desde hoy, tenemos un pacto de compañerismo y amistad para toda la vida. De ahora en adelante, cuando me encuentren en cualquier lugar, la consigna será: “*Fui su alumno en la promoción de 2021*”. Y la luz de mi recuerdo y mi cariño se encenderá.

Y es precisamente este cariño el que inspira las palabras que les dirijo. Es común decir que la vida viene sin manual de instrucciones. Pero, en la época en que vivimos, inundada de información de todas las fuentes, desde la ciencia hasta la autoayuda, pasando por diversos fundamentalismos, quizás sí haya un exceso de instrucciones. No existen reglas únicas para una buena vida, la felicidad

547. Discurso como patrón de la Promoción Luís Roberto Barroso, Universidad Estadual de Río de Janeiro – UERJ, pronunciado el 3 de febrero de 2022.

y el éxito. Pero sí hay valores atemporales y universales. Destaco aquí algunas señales que encontrarán en el camino y que vale la pena seguir. Ayudan a hacer la vida mejor y más grande, aunque no necesariamente más fácil. Recordando siempre, por obvio que parezca, que lo que vale la pena en la vida no es alcanzar una meta, sino el camino y cómo lo recorreremos.

Una de las primeras señales en el camino es tener carácter. El carácter es la verdadera esencia de cada persona, la suma de las cualidades morales que la definen. El carácter es diferente de la reputación. La reputación es lo que los demás piensan de ti. El carácter es lo que realmente eres. El contenido es mucho más importante que la imagen. Tener un buen carácter implica (i) integridad, que significa ser correcto, honesto, actuar de buena fe, no malversar fondos públicos ni engañar a otros; (ii) no ser envidioso, sustituyéndolo conscientemente por la capacidad de admirar sinceramente a los demás, evitando también el odio, un sentimiento que solo perjudica a quien lo siente; y (iii) evitar la calumnia, la intriga y la mala voluntad. Y, sobre todo, no darle a nadie el poder de cambiarte, de desestabilizarte. La gratitud también es una parte importante de la vida: poder dar gracias y tener algo por lo que estar agradecido es una bendición. Y, por último, recuerda que es la forma en que tratamos a los demás, especialmente a los más humildes, lo que revela la verdadera naturaleza del carácter de cada persona.

Otra señal en el camino, que vale la pena seguir, se encuentra en el Libro de Proverbios de la Biblia hebrea: *“Bienaventurado el que halla la sabiduría”*. La sabiduría es más que inteligencia, conocimiento y logros intelectuales y profesionales. Incluye, ante todo, (i) autoconocimiento: saber quiénes somos, dónde reside nuestro corazón, cuáles son nuestros valores, qué nos hace felices; también requiere (ii) empatía, que es la capacidad de ponerse en el lugar del otro, compartir su humanidad y comprender sus circunstancias; y, finalmente, exige (iii) tres tipos de inteligencia que no son innatas, sino que desarrollamos por nuestro propio diseño: la inteligencia emocional, que es el dominio de las propias emociones; la inteligencia espiritual, que es la percepción de que la vida va más allá de una dimensión puramente material y que existen valores trascendentes; y la inteligencia social, que es la capacidad de relacionarse bien con los demás, de defender las propias verdades con cortesía y naturalidad. La sabiduría no sólo evita la arrogancia sino que también reconoce que a menudo se basa más en la sencillez que en la erudición.

Una tercera señal en el camino hacia una buena vida es el idealismo. Pensar en el mundo como debería ser, guiado por valores elevados y buenas intenciones. Vivir más allá del interés propio y disfrutar del placer de hacer el bien a los demás y al país. El ideal es a la vida pública lo que el amor a la vida privada: es la motivación para aspirar a algo más que la simple acumulación de bienes, placeres sensoriales y logros personales. Es necesario tener fe en el bien y la justicia, incluso cuando no están al alcance. La abolición de la esclavitud y la igualdad entre razas, así como entre hombres y mujeres, fueron ideales lejanos antes de convertirse en posibilidades reales. Una advertencia: ser idealista no significa poseer la verdad absoluta. En una sociedad abierta, democrática y pluralista, muchas verdades son posibles. Escucha a todos. Sé intolerante solo con la intolerancia. Y no te desanimes incluso cuando las verdades en las que crees no prevalezcan en un momento dado. Tampoco debes dejar de hacer lo correcto porque otros se benefician de lo incorrecto. Recuerda: la virtud es su propia recompensa.

Una señal que a menudo pasa desapercibida en el camino es la compasión. La compasión es una combinación de empatía, solidaridad y generosidad ante el sufrimiento y las dificultades de los demás. Es algo más profundo que la compasión o la bondad. Saber ponerse en el lugar del otro y estar dispuesto a ayudar no es necesariamente un don, sino una habilidad que se aprende. Algunas señales útiles: (i) juzgar solo cuando sea necesario; (ii) estar dispuesto a perdonar y dar una segunda oportunidad; y (iii) ofrecer disculpas sinceras cuando estés convencido de que te equivocaste. Y, por supuesto, perdónense a sí mismos. Todo lo que se necesita es un arrepentimiento sincero. Incluso cuando pueda ser difícil, traten de tener respeto y consideración por todos, incluso por aquellos que parecen inmerecedores. Las personas libran muchas batallas que nadie conoce. Ah, y también tengan autocompasión. En la hermosa poesía de Vironika Tugaleva: *“Una cosa es segura: cometerás errores. Aprende a aprender de ellos. Aprende a perdonarte. Y aprende a reír cuando todo se derrumbe, porque en algún momento sucederá”*.

Hay una última señal que no es ni superflua ni fútil, como cabría imaginar: la de la alegría y la satisfacción. La alegría es la cara externa de una buena vida, mientras que la satisfacción es su dimensión interna. Ambas significan estar en paz con el universo, agradecidos por estar aquí. Es un homenaje a la creación. Disfrutar de la belleza de la vida y de los placeres legítimos sin culpa y sin miedo a

ser feliz. Algunas advertencias importantes: ninguna vida completa se compone solo de victorias. Habrá derrotas, tristezas y pérdidas dolorosas. Lo que marca la diferencia en la vida es cómo cada persona reacciona a los momentos malos, renovando sus fuerzas, sus valores y convirtiéndose en una mejor persona. El hecho de que no podamos arreglar todo lo que está mal no nos impide vivir con alegría y satisfacción. Ambas residen en nuestro interior. Solo es cuestión de buscarlas. Y, si combinas la alegría con el buen humor, el mundo se te rendirá. Ah, sí; y como cada uno es feliz a su manera, algunos son felices estando tristes. Eso también es un derecho. Una última observación: no te pierdas las pequeñas alegrías del camino mientras esperas la felicidad completa y un mundo perfecto. No llegarán.

Es hora de decir adiós. Te vas a vivir al exterior en un momento difícil para la humanidad, el mundo y Brasil. No me refiero solo a la pandemia, a pesar de su naturaleza dramática. Pero vivimos en un planeta que se ha beneficiado, en el último siglo, de un progreso inimaginable en términos materiales, científicos y tecnológicos. Hoy vivimos más, tenemos más acceso a bienes de consumo y muchas comodidades. Pero hemos avanzado poco en nuestra humanidad, en nuestra espiritualidad y en nuestra capacidad de pensar el mundo como una unidad fraterna, en la que el sufrimiento de uno debería significar el sufrimiento de todos. Tenemos múltiples focos de pobreza, violencia y vidas sin perspectivas. Y, simultáneamente, una inmensa cantidad de personas en la cima que solo piensan en aprovecharse, enriquecerse y desviar recursos. Personas que simplemente no saben vivir honestamente. Nunca se permitan ser como ellos.

Además, vivimos en una época en la que muchos demonios que vivían en las sombras se han sentido libres de salir a la luz. El odio campa a sus anchas por las calles y las redes sociales. Las mentiras se han normalizado con nombres engañosos como posverdad y hechos alternativos. La ciencia se niega en actitudes preilustradas que ponen en peligro la vida y la salud de las personas. La agresividad, la grosería, los insultos y el lenguaje vulgar se han incorporado al comportamiento habitual. Seres sin espiritualidad invocan la religión para desatar la ira y el resentimiento. Ni una gota de amor al prójimo; solo el mal disfrazado de bien. Racistas, homófobos, antiambientalistas, deforestadores, acaparadores de tierras y diversos supremacistas también han salido a la luz, sin ceremonias. Es necesario resistir, sin ceder a la tentación de usar las mismas armas. En la importante advertencia de Nietzsche: *“Quien lucha con monstruos debe procurar no convertirse en uno”*.

Una última palabra para sus familias. Para quienes los han acompañado durante todo el camino y ahora experimentan la gloriosa sensación de una misión bien cumplida. La UERJ ofrece a sus estudiantes una experiencia única. Aquí, hijos de familias privilegiadas, beneficiados por la suerte y las estructuras sociales, conviven con hijos de familias humildes, que han recorrido un camino aún más arduo para llegar a este día. Les brindamos la igualdad que les falta en el exterior y contribuimos a su progresiva reducción. Nuestros estudiantes aprenden que nadie es mejor que nadie. Que nadie debe ser indiferente al destino de los demás. Que la importancia de una vida se mide por el bien que uno hace a los demás.

Mis queridos ahijados, me dirijo a cada uno de ustedes en un abrazo de despedida: recuerden siempre ser agradecidos. Sean las mejores personas y los mejores profesionales que puedan ser. Aléjense de la gente mala. Sonrían a menudo. Cultiven amistades sinceras. Reconozcan el amor verdadero cuando llegue, pero no dejen que su felicidad dependa de nadie más. Paseen por la playa o la montaña de vez en cuando, apreciando la belleza del universo. Ayude a quien lo necesite más que usted: la vida siempre devuelve generosamente lo que damos. Abracen y besen a sus seres queridos. Eviten decir cosas negativas sobre la vida o sobre las personas. Transfórmense en las personas que quisieran ser. Y celebren este logro, no con vanidad, sino como alguien que ha cumplido con su destino.

Vayan en paz. Sean felices. Hagan del mundo un lugar mejor. Que siempre sean bendecidos.

[DISCURSOS DE GRADUACIÓN]
EL PAÍS QUE QUEREMOS⁵⁴⁸

I. INTRODUCCIÓN

Durante muchos años de mi vida elegí ser docente, sobre todo docente. Tengo una maestría, un doctorado, una cátedra y un posdoctorado; imparto clases de grado y posgrado, dirijo tesis, participo en tribunales examinadores, escribo y publico con regularidad. También trabajé como abogado y fui magistrado de la Corte Suprema durante nueve años. Pero llevo 40 años siendo docente. Esa es mi profesión.

Por eso, me siento inmensamente feliz de estar aquí, recibiendo este honor como padrino de una promoción de graduados de una de las mejores facultades de derecho del país. Es entre jóvenes idealistas y emprendedores que comienzan su vida que renuevo mi fe en Brasil. Momentos como este también hacen que la juventud se me escape un poco más lentamente. Y como poder dar gracias es una bendición, les agradezco de corazón este momento de felicidad que me han brindado.

Como algunos sabrán, soy partidario de la revolución de la simplicidad y la brevedad en el mundo del derecho. Hablar con claridad y objetividad, sin lenguaje pomposo y sin necesidad de exhibir erudición, es una importante transformación en marcha. El lenguaje no debería ser un instrumento de poder, sino de la generosa distribución del conocimiento. En palabras de Leonardo da Vinci, *“la simplicidad es la máxima sofisticación”*.

La brevedad también se ha vuelto muy importante. En un mundo inundado de información, a través de todos los medios de comunicación, desde los medios tradicionales hasta las redes sociales, el tiempo se ha convertido en uno de los bienes más escasos y codiciados de nuestras vidas. El abogado verboso, enamorado de su propia voz, es incompatible con el mundo contemporáneo.

Por eso, como siempre, les traigo un mensaje de cinco páginas. Hablo un poco sobre el momento en que vivimos, el país que queremos y algunas reflexiones sobre la felicidad y el éxito.

548. Discurso como padrino de la clase de 2022 de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas São Paulo, el 25 de agosto de 2022.

II. UN RETRATO DEL MOMENTO BRASILEÑO ACTUAL

Soy un actor institucional, no político. Mi función es defender la Constitución, la democracia y las instituciones. Mi lógica no es de amigo/enemigo, sino de correcto o incorrecto, justo o injusto, legítimo o ilegítimo. En medio de todos los malentendidos, no me desvíe de este camino. Además, me baso en hechos. Hechos objetivos, no en opiniones personales. Esto se ha vuelto poco común en Brasil, donde la gente elige bando e inventa sus propias narrativas. Es desde esta doble perspectiva —de defender las instituciones y presentar la realidad objetiva— que ofrezco las siguientes reflexiones.

Brasil enfrenta actualmente varias dificultades, entre ellas: la falta de civilidad, el fanatismo, la baja autoestima, la normalización de la mentira, el negacionismo medioambiental y el culto a la ignorancia.

La *falta de civilidad* se manifiesta en agresividad, grosería, insultos y lenguaje vulgar. El país necesitará un profundo proceso de reeducación para reaprender que quienes piensan diferente no son enemigos, que todos merecen respeto y consideración, y que quienes tienen un buen argumento no necesitan descalificar a los demás, sino simplemente exponer sus razones.

El *fanatismo* se expresa a través de la intolerancia, la incapacidad de aceptar a los demás en sus diferencias, ya sean políticas, religiosas, étnicas, de orientación sexual o de cualquier otra índole. El fanatismo defiende la violencia, el autoritarismo, los ataques a las instituciones y las amenazas a las personas. Es una derrota del espíritu, una regresión civilizatoria. Desde Hitler hasta Stalin, el fanatismo siempre le ha costado caro a la humanidad.

La *baja autoestima* se debe a muchos años de recesión o escaso crecimiento, marcados por el desempleo, la desinversión, la caída de los ingresos y la fuga de cerebros al extranjero. Es asombrosa la cantidad de gente que sueña con emigrar, con irse. Necesitamos un proyecto nacional ambicioso que disipe la negatividad y restaure la esperanza.

La *normalización* de la mentira es un sello distintivo de nuestra época. Necesitamos que mentir vuelva a ser un error. Las redes sociales se utilizan con frecuencia para difundir desinformación, calumnias, teorías conspirativas y videos editados de forma deshonestas. La posverdad y los hechos alternativos son expresiones que buscan disfrazar noticias deliberadamente fraudulentas.

Advertencia: una causa que necesita odio, mentiras, agresión y teorías conspirativas no puede ser una buena causa.

El negacionismo medioambiental es uno de los grandes problemas de nuestro tiempo, acosado por el cambio climático y el calentamiento global. Nuestros diferentes biomas están siendo destruidos por la ignorancia y la indiferencia, con la tala ilegal, la minería ilegal, la invasión de tierras indígenas y el acaparamiento de tierras públicas. Corremos el riesgo de perder la soberanía sobre la Amazonía, no ante otros países, sino ante el crimen organizado.

También vivimos en una época de culto a la ignorancia, con desprecio por la educación básica, el deterioro de las universidades públicas, el negacionismo científico y el discurso de que las armas son más importantes que los libros y las bibliotecas. En el mundo de la economía del conocimiento, la innovación y la revolución digital, apenas invertimos unos pocos céntimos en investigación de calidad. Si no revertimos esto, nos quedaremos atrás en la historia.

Como consecuencia de todo lo que estoy describiendo, también estamos atravesando un período de vergonzoso descrédito internacional.

III. EL PAÍS QUE QUEREMOS

Para construir el país que queremos, necesitaremos crear una agenda de consenso, que incluya:

1. *Superar la pobreza.* Esta sigue siendo la gran causa de la humanidad y la gran causa de Brasil. Interrumpiendo una trayectoria histórica de inclusión social, hoy tenemos 47,3 millones de personas en esta situación, lo que corresponde al 22,3% de la población⁵⁴⁹.
2. *Integridad.* La integridad precede a la ideología. La honestidad no es una virtud, sino un deber moral y cívico. Simplificando un tema complejo, propongo dos reglas sencillas: en el ámbito público, no malversar dinero; en el ámbito privado, no estafar a otros. Será una revolución. No hay manera de que alcancemos un verdadero desarrollo sin fortalecer la ética pública y privada en Brasil.

549. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/06/pobreza-recorde-acentua-desigualdade-no-brasil-veja-por-estado.shtml>.

3. *Educación básica.* En 1960, Brasil tenía un PIB per cápita 2,5 veces superior al de Corea del Sur. Hoy, nuestro PIB per cápita es un tercio del de Corea del Sur. La principal causa: deficiencias en la educación básica, que resultan en vidas menos informadas, trabajadores menos productivos y élites menos preparadas para afrontar los grandes desafíos de cualquier país.
4. *Desarrollo sostenible.* Para combatir la pobreza y promover el desarrollo, el país necesita retomar el crecimiento económico. Sin mayor riqueza, no hay nada que distribuir. Los incentivos al emprendimiento y la reforma fiscal deben estar en la agenda. Y, por supuesto, con respeto al medio ambiente y justicia intergeneracional, para no comprometer la calidad de vida de las generaciones futuras.
5. *Inversión en ciencia y tecnología.* Vivimos en la era de la economía del conocimiento, la innovación, la revolución digital y la inteligencia artificial. Necesitamos invertir en investigación, en la creación de instituciones de vanguardia, en científicos nacionales y en la importación de talento para revitalizar la investigación, la ciencia y la tecnología en Brasil.

IV. ÉXITO, FELICIDAD PERSONAL Y SOLIDARIDAD

No hay una fórmula para la felicidad. Cada uno es feliz a su manera. Pero, según mi experiencia, uno de los secretos para vivir una buena vida es ser bueno. Así de simple: sé una buena persona. Controla tus pensamientos, palabras y acciones y oriéntalos hacia el bien. Ten respeto, consideración y un sentimiento fraternal por todas las personas, incluso por quienes parecen indignos. Y nunca retribuyas los malos sentimientos. El mal se consume a sí mismo. El odio solo daña a quien lo siente. Evita la ira y no tengas deseos de venganza. El universo cuida de los malvados. Es muy importante no ser como ellos. En resumen, la vida es muy simple: lo que damos, recibimos.

El éxito tiene dos caras: una externa y otra interna. Para la externa, para la vida en el exterior, el secreto también es simple: hacer las cosas bien. Estudia, amplía tus conocimientos, practica, persevera, empieza de nuevo. En tres palabras: organización, preparación y entrenamiento. Siempre con humildad. Evita la vanidad y la arrogancia fútiles. Nunca sabemos demasiado. Hay personas mejores y peores que nosotros en todas partes. La decisión esencial aquí es esforzarse por ser lo mejor que puedas ser, no mejor que los demás. Pero,

por paradójico que parezca, el éxito es, sobre todo, un logro interior. Es estar en paz con la vida, con el universo, transformándote en la mejor versión de ti mismo. Vivir en paz y armonía, sin permitir que ninguna fuerza externa cambie tu naturaleza.

Finalmente, sé consciente del privilegio de haber llegado donde has llegado y de la responsabilidad social que conlleva. Sé solidario con quienes no han tenido las mismas oportunidades y trabaja por una época en la que no haya personas privilegiadas ni desfavorecidas. Como decía la hermosa frase de Nelson Mandela: *“Es la diferencia que marcamos en la vida de los demás lo que determinará el significado de la vida que llevamos”*.

Una última palabra para padres, madres y familiares, tanto consanguíneos como afectuosos. El orgullo y la alegría que sienten en este momento son justificados y bien merecidos. Sin su apoyo, afecto y, a menudo, sacrificio, este logro no habría sido posible. Como dije al principio, poder dar gracias y tener algo que agradecer es una bendición. Por eso, como padrino de la promoción, expreso en nombre de los graduados nuestra eterna gratitud por haberles brindado la celebración de este momento. Y me despido de todos con un pasaje atribuido a Miguel Ángel, que les sugiero que guarden en la memoria y en el corazón:

*El mayor peligro, para la mayoría de nosotros
no es que el objetivo sea demasiado alto
y no podamos alcanzarlo.
Sino que sea demasiado bajo
y podamos alcanzarlo.*

Sueñen en grande. Piensen en grande. Ayuden a construir un país mejor y más grande. Sean felices y bendecidos.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- » ABRAMOVAY, Pedro. Separação de poderes e medidas provisórias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- » ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- » ABREU, Hugo de. O outro lado do poder. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1979.
- » ACEMOGLU, Daron; SIMON, Johnson. Power and progress. Nueva York: Public Affairs, 2023.
- » ALBERT, Richard. Nonconstitutional amendments. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 22, 2009. p. 21-31.
- » ALBRIGHT, Madeleine. Fascism: a warning. N. York: HarpersCollins, 2018.
- » ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Comares, 2005.
- » AMODEI, Dario. Machines of loving grace. Edición del autor, 2024.
- » APPLEBAUM, Anne. Twilight of democracy. N. York: Doubleday, 2020.
- » ARATO, Andrew. Populism, the Courts and Civil Society. December 4, 2017.
- » ARIYARATNE, Hasala. ChatGPT and Intermediary Liability: Why Section 230 Does Not and Should Not Protect Generative Algorithms, SSRN, 2023.
- » BALKIN, Jack. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. University of California, Davis, v. 51, p. 1149-1210, 2018.
- » BALKIN, Jack. Free Speech is a Triangle. Columbia Law Review, v. 118, N° 7, p. 2011-2056, 2018.
- » BALKIN, Jack. How to Regulate (and Not Regulate) Social Media. Journal of Free Speech Law, v. 71, 2021; Knight Institute Occasional Paper Series, N° 1, March 2020; 20 de noviembre de 2019.
- » BANDEIRA DE MELLO, Celso. Eficacia de las normas constitucionales en la justicia social. RDP, v. 57, 1981.
- » BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

- » BARROSO, Luís Roberto. Organismos reguladores. Constitución, transformaciones del Estado y legitimidad democrática. En: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. II.
- » BARROSO, Luís Roberto. Colisión entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Criterios de ponderación. Interpretación constitucionalmente adecuada del Código Civil y la Ley de Prensa. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 5, 2005.
- » BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.
- » BARROSO, Luís Roberto. La americanización del derecho constitucional y sus paradojas: teoría constitucional y jurisprudencia en el mundo contemporáneo. Interesse Público, v. 59, 2010.
- » BARROSO, Luís Roberto. Contramayoritarios, representativos e ilustrados: el papel de los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas. Direito e Práxis, v. 9, 2017.
- » BARROSO, Luís Roberto. El constitucionalismo democrático o neoconstitucionalismo como ideología victoriosa del siglo XX. Revista Publicum, v. 4, 2018.
- » BARROSO, Luís Roberto. The life and death of Constitutions in Latin America: constitutional amendments, the role of courts and democracy. Foreword. En: ALBERT, Richard; BERNAL PULIDO, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Ed.). Constitutional Change and Transformation in Latin America. Oxford: Hart Publishing, 2019.
- » BARROSO, Luís Roberto. Revolución tecnológica, crisis de la democracia y cambio climático. Revista Estudos Institucionais, v. 5, N° 3, 2019.
- » BARROSO, Luís Roberto. Educación básica en Brasil: del atraso prolongado a la conquista del futuro. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, v. 41, 2019.
- » BARROSO, Luís Roberto; PERRONE, Patrícia. Cómo salvar la Amazonia: por qué un bosque en pie vale más que uno talado. Revista de Direito da Cidade, v. 12, 2020.

- » BARROSO, Luís Roberto. Technological Revolution, Democratic Recession and Climate Change: The Limits of Law in a Changing World. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, p. 334-369, 2020.
- » BARROSO, Luís Roberto; PERRONE, Patrícia. In defense of the Amazon. *Harvard International Law Journal*, v. 62, 2021.
- » BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo y resistencia democrática: los tribunales constitucionales en el juego del poder. *Direito e Práxis*, 2022.
- » BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. [s.l.]: [s.n.], 2022.
- » BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracy, Social Media, and Freedom of Expression: Hate, Lies, and the Search for the Possible Truth. *Chicago Journal of International Law*, v. 24, N° 50, 2023.
- » BARROSO, Luís Roberto; PERRONE, Patrícia. Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol. *Revista Direito e Práxis*, v. 15, N° 4, 2024.
- » BARROSO, Luna van Brussel. Liberdade de expressão e democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- » BARROSO, Porfirio; LÓPEZ, María. La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales. Madrid: Fragua, 1998.
- » BEIGUELMAN, Giselle. Política de la imagen: vigilancia y resistencia en la datasfera. São Paulo: Ubu, 2021.
- » BENDER, Sarah. Algorithmic Elections. *Michigan Law Review*, v. 121, N° 3, 2022.
- » BERGHEL, Hal. Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia. Computer, mayo 2018.
- » BOMMASANI, Richi et al. Sobre las oportunidades y tareas de los modelos de cimentación. Centro de Investigación sobre Modelos de Cimentación. Stanford University, p. 4-12, 12 de julio de 2022.
- » BUCKMAN, Ian. Hashing it out: how an automated crackdown on child pornography is shaping the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, Berkeley, 13 de abril de 2021.

- » BUENO, Eduardo. Brasil: uma história. São Paulo: Ática, 2003.
- » CAPECCHI, Daniel. Promessa constitucional e crise democrática: o populismo autoritário na Constituição de 1988. Mimeografiado. Tesis doctoral – PPGD, Universidad Estatal de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.
- » CASTAGNOLA, Andrea. Manipulating courts in new democracies: forcing judges off the bench in Argentina. Milton: Routledge, 2018.
- » CASTELLS, Manuel. Ruptura: la crisis de la democracia liberal. [s.l.]: [s.n.], 2018. Digital.
- » CASTRO-MONTERO, José; VAN DIJCK, Gijs. Judicial politics in unconsolidated democracies: an empirical analysis of the Ecuadorian Constitutional Court. *Justice System Journal*, v. 38, 2017.
- » CHAPRON, Guillaume; EPSTEIN, Yaffa; LOPEZ-BAQ, José Vicente. A rights revolution for nature. *Science*, v. 363, 2019.
- » CITRON, Danielle; SOLOVE, Daniel J. Privacy Harms. *Boston University Law Review*, v. 102, p. 793-863, 2022;
- » COECKELBERGH, Mark. Ética na inteligência artificial: Ubu, 2023.
- » COELHO José; DE ANDRADE, Otávio. El uso de la inteligencia artificial explicable como herramienta para comprender las decisiones automatizadas: ¿una posible vía para aumentar la legitimidad y la fiabilidad de los modelos algorítmicos? *Revista Electrónica del Curso de Derecho de la UFSM*, v. 18, N° 1, 2023.
- » CORRALES, Javier. Autocratic legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015.
- » DAVENPORT, Thomas; KALACOTA, Ravi, The potential for Artificial Intelligence in healthcare. *Future Healthcare Journal*, v. 6, N° 94, 2019.
- » DEGLI-ESPOSTI, Sara. La ética de la inteligencia artificial. Madrid: Catarata, 2023.
- » DIAMOND, Larry. Facing up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015.
- » DILSIZIAN, Steven E. SIEGEL, Eliot L. Inteligencia artificial en medicina e imagen cardíaca: aprovechamiento del big data y la informática avanzada para ofrecer diagnóstico y tratamiento médico personalizado. *Current Cardiology Reports*, v. 16, 2014.

- » DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive constitutional borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- » DOUEK, Evelyn. Content Moderation as Systems Thinking. Harvard Law Review, v. 2, 2022.
- » DOUEK, Evelyn. Governing online speech. Columbia Law Review, v. 121, N° 3, 2021.
- » DREYFUS, Hubert. DREYFUS, Stuart. Making a Mind Versus Modeling the Brain: Artificial Intelligence Back at a Branchpoint. Daedalus, v. 1, N° 117, p. 15-44, 1988.
- » DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Princeton: Princeton University Press, 2008.
- » DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- » ENGESSER, Sven et al. Populism and Social Media: How Politicians Spread a Fragmented Ideology. Information, Communication & Society, v. 20, 2017.
- » EUBANKS, Virginia. The Allegheny Algorithm. En: EUBANKS, Virginia. Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2015.
- » FAORO, Raymundo. A República em Transição: Poder e Direito no Cotidiano da Democratização Brasileira (1981-1988). Rio de Janeiro: Récord, 2018.
- » FAORO, Raymundo. A república inacabada. [s.l.]: [s.n.], 2007.
- » FAORO, Raymundo. Assembleia Constituinte: legitimidad recuperada. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- » FAORO, Raymundo. Los dueños del poder: Formación del Clientelismo político brasileño. 4. ed. São Paulo: Editora Globo, 2008.
- » FAORO, Raymundo. Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.
- » FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: Honor, intimidad, vida privada e imagen versus libertad de expresión e información [s.l.]: [s.n.], 2000.
- » FAUSTO, Sergio. El desafío democrático. Revista Piauí, v. 8, 2022.

- » FILIMOWICZ, Michael. Introduction. En: FILIMOWICZ, Michael. Deep Fakes. Algorithms and Society. New York: Routeledge, 2022.
- » FISHER, Max. A máquina do caos: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo. São Paulo: Todavia, 2023.
- » FRANCO, Federico; LÓPEZ, Rodrigo; OLIVEIRA, Volgane. Guerras cognitivas na arena eleitoral: control judicial de la desinformación. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- » FRIEDMAN, Nick. The impact of populism on courts: institutional legitimacy and the popular will. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2019.
- » FUKUYAMA, Francis. The End of History and the Last Man. N. York: Free Press, 1992.
- » FUKUYAMA, Francis. The end of history. The National Interest, verano de 1989.
- » GALAZ, Victor et al. Artificial intelligence, systemic risks, and Sustainability. Technology in Society, v. 67, p. 1-10, septiembre 2021.
- » GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 2006.
- » GARCÍA-MATÍN, E. et al. Estimación del consumo energético en aprendizaje automático, J. Parallel Distributed. Computing, v. 134, p. 75-88, 2019.
- » HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 12 de mayo de 2023.
- » HAO, Karen. What is machine learning? MIT Technology Review, 17 de noviembre de 2018.
- » HARARI, Yuval. 21 lessons for the 21st century. N. York: Spiegel & Grau, 2018.
- » HARARI, Yuval. Sapiens. N. York: HarperCollins, 2015.
- » HEAWOOD, Jonathan. Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. Information Polity, v. 23, 2018.
- » HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. En: HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

- » HORTA, Ricardo Lins. ¿Por qué existen sesgos cognitivos en la toma de decisiones judiciales? La contribución de la psicología y la neurociencia al debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, N° 3, p. 85-122, diciembre de 2019.
- » HUNTINGTON, Samuel P. The third wave: democratization in the late twentieth century. *Journal of Democracy*, v. 2, 1991.
- » HUQ, Aziz. Constitutional Rights in the Machine Learning State. *Cornell Law Review*, v. 105, 2020.
- » HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, 2018.
- » INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Trump, Brexit, and the rise of populism: economic have-nots and cultural backlash. Working Paper Series, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, p. 16-26, 2016.
- » ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- » ISSACHAROFF, Samuel. Populism versus democratic governance. En: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional democracy in crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.
- » ISSACHAROFF, Samuel. The corruption of popular sovereignty, *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, 2020.
- » JACKSON, Vicki C. Knowledge Institutions in Constitutional Democracy: reflections on “the press”. *Journal of Media Law*, v. 14, N° 2, 2022.
- » JOBIM, Nelson de Azevedo. A constituinte vista por dentro: Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. En: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- » JONES, Elliot. Explainer: What is a foundation model? Ada Lovelace Institute, 17 de julio de 2023.
- » KADRI, Thomas. KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: public figures and newsworthiness in online speech. *Southern California Law Review*, v. 93, p. 37-99, 2019.
- » KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.
- » KATYAL, Sonia. Democracy and Distrust in an Era of Artificial Intelligence. *Daedalus*, N° 151, v. 2, 2022.

- » KAUFMAN, Gustavo. Are artificial intelligence courts a discrimination risk? European AI alliance, 31 de agosto de 2021.
- » KELLER, Daphne. Some humility about transparency. The Center for Internet and Society Blog, 19 de marzo de 2021.
- » KEYNES, John Maynard. Economic Possibilities for our Grandchildren. 1930.
- » KISSINGER, Henry; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. The age of AI and our human future. Nova York: Little, Brown and Company, 2021.
- » KLARE, Michael T. UN to address autonomous weapons systems. Arms Control Association, December 2023.
- » KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. Harvard Law Review, v. 131, p. 1598-1670, 2018.
- » KOSHIYAMA, Adriano; KAZIM, Emre; TRELEAVEN, Philip. Algorithm Auditing: Managing the Legal, Ethical, and Technological Risks of Artificial Intelligence, Machine Learning, and Associated Algorithms. IEEE Transactions on Technology and Society, v. 3, p. 128-142, abril 2022.
- » KUO, Ming-Sung. Against instantaneous democracy. International Journal of Constitutional Law, v. 17, 2019.
- » LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. U.C. Davis Law Review, v. 47, 2013.
- » LARSON, Erik J. The Myth of Artificial Intelligence: Why Computers Can't Think the Way We Do. Belknap Press, abril 2021.
- » LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial: Cómo los Robots Están Cambiando el Mundo, la Forma en que Amamos, Nos Relacionaremos, Trabajamos y Vivimos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.
- » LEERSEN, Paddy. The soap box as a black box: regulating transparency in social media recommender systems. European Journal of Law and Technology, v. 11, 2020.
- » LENHARO, Mariana. Conciencia de la IA: los científicos dicen que necesitamos respuestas urgentemente. Nature, 21 de diciembre de 2023.
- » LESSIG, Lawrence. They don't represent us: reclaiming our democracy. Providence: Dey Street Books, 2019.
- » LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. Journal of Democracy, v. 13, 2002.

- » LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. How democracies die. N. York: Crown, 2018.
- » MACCARTHY, Mark. Transparency requirements for digital social media platforms: recommendations for policy makers and industry. Transatlantic Working Group, 24 de junio de 2020.
- » MADIEGA, Tambiama. Artificial intelligence act (EU Legislation in Progress). EPRS – European Parliamentary Research Service, junio de 2023
- » MAGARIAN, Gregory. The Internet and Social Media. En: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (Eds.). Freedom of Speech. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- » MALAN, Pedro. Introdução: Uma perspectiva geral. En: BACHA, Edmar et al. (Org.). 130 anos: em busca da República. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.
- » MANYIKA, James. Getting AI Right: Introductory Notes on AI & Society. Daedalus, v. 151, N° 2, p. 5-27, 2022.
- » MARX, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. E-book, 1852.
- » MELLO, Patricia. A máquina do ódio. São Paulo: Companhia das Letras, 2020; WILLIAMS, Mateo. A ciência do ódio. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.
- » MELLO, Patrícia; RUDOLF, Renata. Redes sociales y democracia: disrupción tecnológica, erosión democrática y nuevas perspectivas. En: FRANÇA, Eduarda; CASIMIRO, Matheus (Org.). Direito e política: ¿un posible diálogo? Londrina: Thoth, 2023. p. 53-78.
- » MINOW, Martha. Saving the Press: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- » MOFFITT, Benjamin. Populism. Cambridge: Polity, 2020.
- » MOHAMMAD, Shabina; JAN, Raghad. ALSAEDI, Saba. Symptons, Mechanisms, and Treatments of Video Game Addiction. Cureus, v. 15, N° 3, 2023.
- » MORAES, Maria. A caminho de um direito civil constitucional. RDC, v. 65, 1993.
- » MOROZOV, Evgeny. Big Tech: el auge de los datos y la muerte de la política. São Paulo: Ubu, 2018.

- » MOUNK, Yascha. The end of history revisited. *Journal of Democracy*, v. 31, 2020.
- » MOUNK, Yascha. The people vs. democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2018. Edición Kindle. Partes I y II.
- » MUDDE, Cas. The far right today. Cambridge: Polity, 2019.
- » MUDDE, Cas. The populist zeitgeist. *Government and Opposition*, v. 39, 2014.
- » MULLER, Jan-Werner. What is populism? Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016. ProQuest Ebook Central.
- » MUÑOZ, José. Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica. Pamplona: Arazandi, 2022.
- » NAHMIAS, Yifat; PEREL, Maayan. The oversight of content moderation by AI: impact assessment and their limitations. *Harvard Journal on Legislation*, v. 58, 2021.
- » OBERMEYER, Ziad et al. Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations. *Science*, 2019.
- » ORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Moderación algorítmica de contenido: desafíos técnicos y políticos en la automatización de la gobernanza de la plataforma. *Big Data & Society*, v. 7, p. 1-15, 2020.
- » OSBOURNE, Michael A. The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation? Future of Humanity Institute, enero de 2017.
- » OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017; SCHAUER, Frederick. Free Speech: a Philosophical Enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- » PASQUALE, Frank. The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2016. E-book.
- » PAUWELS, Eleonore. Artificial Intelligence and Data Capture Technologies in Violence and Conflict Prevention. Global Center on Cooperative Security: Policy Brief, septiembre 2020.
- » PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- » PIRES, Breno. Farra ilimitada. *Piauí*, v. 190, julio de 2022.

- » PRADO, Michele. Tempestade ideológica. Bolsonarismo: a Alt-Right e o populismo iliberal no Brasil. São Paulo: Todos Livros, 2023.
- » PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, v. 20, 2019.
- » RAMONET, Ignacio. La era del conspiracionismo. Trump, el culto a la mentira y el asalto al Capitolio. Buenos Aires: Siglo XXI, 2022.
- » RE, Richard; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. Developing Artificially Intelligent Justice. *Stan. Tech. L. Rev.*, N° 22, 2019.
- » REBOLLO, Lucrecio. Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2023.
- » RECONDO, Felipe. Tanques e togas. São Paulo: Cía das Letras, 2018.
- » RIBEIRO, Fábio; SHUENQUENER, Walter; ANDERSON, Gabriel. Inteligência Artificial generativa no Direito. Mimeografiado, 2024.
- » ROBINSON, Mary. Justicia climática: esperanza, resiliencia y la lucha por un futuro sostenible. Sabin Center for Climate Change Law at Columbia University, U.S. Climate Change Litigation, 2021.
- » ROZNAI, Yaniv. Constitutional Unamendability in Latin America gone wrong? En: ALBERT, Richard; BERNAL PULIDO, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Ed.). *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2019.
- » RUSSELL, Stuart. Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control. N. York: Penguin Books, 2019.
- » SARMENTO, Daniel. La libertad de expresión y el problema del “hate speech”. En: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- » SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, 2018.
- » SCHICK, Nina. Deep Fakes and the Infocalypse. What You Urgently Need to Know. Londres: Monoray, 2020.
- » SCHMIDT, Albrecht. Aumentando el intelecto humano y amplificando la percepción y la cognición. *IEEE Pervasive Computing*, v. 16, N° 1, p. 6-10, enero/marzo de 2017.
- » SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Cássio Leite Vieira. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2018.

- » SCHWARCZ, Lilia; STARLING, Helosa. Brasil: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- » SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália. Panorama del litigio climático en Brasil y el mundo. En: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália (Coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil, Instituto Talanoa, 2023.
- » SHAFFER, Kris. Data versus democracy: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019.
- » SILVA, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: RT, 1968.
- » SOARES, Gabriela. Brasil atraviesa su peor década económica en 120 años. Poder 360, 3 de marzo de 2021.
- » SOUZA NETO, Cláudio. Fundamento y normatividad de los derechos fundamentales: una reconstrucción teórica a la luz del principio democrático. En: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- » SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. São Paulo: LeYa, 2017.
- » SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2006.
- » SUNSTEIN, Cass. ¿Gobernando mediante algoritmos? Sin ruido y (potencialmente) menos sesgo. Duke Law Journal, v. 71, N° 6, p. 1175-1206, 2022.
- » TAULLI, Tom. Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec, 2020.
- » TEIXEIRA, J. Meirelles. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- » TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- » THAKUR, Dhanaraj; LLANSÓ, Emma. Do you see what I see? capabilities and limits of automated multimedia content analysis. Center for Democracy & Technology, Washington, 20 de mayo de 2021.

- » URRIBARRI, Raul A. Courts between democracy and hybrid authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, 2011.
- » URUEÑA, René. Regulating the Algorithmic Welfare State in Latin America. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper, N° 2023-27, 20 de diciembre de 2023.
- » UUK, Risto; GUTIERREZ, Carlos Ignacio; TAMKIN, Alex. Operacionalización de la definición de sistemas de IA de propósito general: evaluación de cuatro enfoques. Documento de trabajo. Universidad de Stanford, 1 de junio de 2023.
- » VENTURA, Zuenir. 1968: o ano que não terminou. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 285-86; y BERNARDO, André. Quais obras foram censuradas na ditadura? Superinteressante, 14 de febrero de 2020.
- » VERSTEEG, Mila et al. The law and politics of presidential term limit evasion. *Columbia Law Review*, v. p. 120-173, 2020.
- » VLACHOS, Scott. The link between mis-, dis-, and malinformation and domestic extremism. Council for Emerging National Security Affairs, junio 2022.
- » WEBB, Michael. The Impact of Artificial Intelligence on the Labor Market. 6 de noviembre de 2019.
- » WEBER, Max. Ensaio de sociologia. 5. ed. Traducción de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.
- » WOOLDRIDGE, Michael. A Brief History of Artificial Intelligence: What It Is, Where We Are, and Where We Are Going. New York: Flatiron Book, 2021.
- » WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete? En: POZEN, David E. (Ed.). *The Perilous Public Square*. N. York: Columbia University Press, 2020. E-book.
- » ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, v. 76, 1997.
- » ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: content governance in an age of disinformation. Harvard Kennedy School – Misinformation Review, 4 de enero de 2020.
- » ZUBOFF, Shoshana. Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and Politics of Knowledge in Our Information Civilization. *Organization Theory*, v. 3, p. 1-79, 2022.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Estados Unidos

- » Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 1919.
- » Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 1919.
- » Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 1925.
- » Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927.
- » Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 1931
- » Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 1937.
- » New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964.
- » Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 1969.
- » New York Times v. United States, 403 U.S. 713, 1971.
- » Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 1989.
- » United States v. Eichman, 496 U.S. 310, 1990.
- » Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310, 2010.
- » González v. Google LLC, 598 U.S. 617, 2023
- » Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S. 471, 2023.

Tribunal Constitucional Federal Alemán

- » Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 30, 173, 1971.
- » Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 35, 202, 1973.
- » Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 61, 1, 1982.
- » Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 1, 349, 1999.
- » Tribunal Constitucional Alemán, Caso BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20, 2021.

Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF)

- » STF. HC N° 82.424. Rel. Min. Maurício Corrêa, 17 de septiembre de 2003.
- » STF. HC N° 83.996, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 de agosto de 2004.
- » STF. ADPF N° 130. Rel. Min. Ayres Britto, 30 de abril de 2009.
- » STF. RE N° 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes, 17 de junio de 2009.

- » STF. ADI N° 4.274. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 23 de noviembre de 2011.
- » STF. ADPF N° 187. Rel. Min. Celso de Mello, 15 de junio de 2011.
- » STF. AI N° 690.841. Rel. Min. Celso de Mello, 21 de junio de 2011.
- » STF. Rcl N° 18.638 MC. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 17 de septiembre de 2014.
- » STF. ADI N° 4.815. Rel. Min. Cármen Lúcia, 10 de junio de 2015.
- » STF. ADI N° 4.451. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 21 de junio de 2018.
- » STF. ADO N° 26. Rel. Min. Celso de Mello, 13 de junio de 2019.
- » STF. Rcl N° 36.742 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes, 8 de septiembre de 2019.
- » STF. SL N° 1.248 MC. Rel. Min. Dias Toffoli, 8 de septiembre de 2019.
- » STF. ADPF N° 572. Rel. Min. Edson Fachin, 18 de junio de 2020.
- » STF. Rcl N° 38.782. Rel. Min. Gilmar Mendes, 3 de noviembre de 2020.
- » STF. HC N° 154.248. Rel. Min. Edson Fachin, 28 de octubre de 2021.
- » STF. RE N° 1.010.606. Rel. Min. Dias Toffoli, 11 de febrero de 2021.
- » STF. ADIs N°s 850, 851, 854 y 1.014. Rel. Min. Rosa Weber, 19 de diciembre de 2022.
- » STF. ADO N° 59. Rel. Min. Rosa Weber, 3 de noviembre de 2022.
- » STF. ADPF N° 708. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julio de 2022.
- » STF. ADPF N° 651. Rel. Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022.
- » STF. ADPF N° 760. Rel. Min. Cármen Lúcia, 14 de marzo de 2024.

Otros tribunales nacionales

- » Kesavananda Bharati v. State of Kerala, Supp SCR 1 (1973) (India).
- » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141/10. Comunicado del 26 de febrero de 2010.
- » CORTE SUPREMA DE LOS PAÍSES BAJOS. State of The Netherlands v. Urgenda Foundation, ECLI:NL:HR:2019:2007, 20 de diciembre de 2019.
- » TRIBUNAL DE DISTRITO DE LA HAYA. Milieudefensie and Others v. Royal Dutch Shell PLC and Others. Caso C/09/571932, 26 de mayo de 2021.

Tribunales internacionales

- » CEDH. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, N° 53600/20, 9 de abril de 2024.
- » CORTE IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- » CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos, solicitada por la República de Colombia. Sentencia de 15 de noviembre de 2017.
- » TJUE. Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, 13 de mayo de 2014.
- » TJUE. Commission v. Poland, 24 de junio de 2019.

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS OFICIALES

- » BRASIL. Cámara de Diputados. Proyecto de Ley N° 21/2020. Iniciativa del diputado Eduardo Bismarck
- » Constitución de Honduras.
- » Constitución de Brasil.
- » Decreto N° 6.527, de 2008.
- » Enmienda Constitucional N° 95, de 15 de diciembre de 2016.
- » Enmienda Constitucional N° 5, del 15 de agosto de 1995.
- » Enmienda Constitucional N° 8, del 15 de agosto de 1995.
- » Ley N° 9.427, del 26 de diciembre de 1996.
- » Ley N° 9.472, del 16 de julio de 1997.
- » Ley N° 9.478, del 6 de agosto de 1997.
- » Ley N° 8.630, del 25 de febrero de 1993.
- » Ley N° 8.884, del 11 de junio de 1994.
- » Ley N° 13.429, de 31 de marzo de 2017.
- » Ley N° 12.187, de 29 de diciembre de 2009.
- » Proyecto de Ley N° 2338/2023. Iniciativa del senador Rodrigo Pacheco.

PRENSA Y FUENTES ELECTRÓNICAS

- » “A CHANCE de um golpe é zero”, diz Bolsonaro em entrevista à Veja. Veja, 24 de septiembre de 2024.
- » A global dialogue to guide regulation worldwide. Unesco, 2023.
- » ALBUQUERQUE, Ana Luíza. El IBGE estima que el 95% de la población mayor de 18 años se identifica como heterosexual. Folha de São Paulo, 25 de mayo de 2022.
- » ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias: There’s Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased against Blacks. ProPublica, 23 de mayo de 2016.
- » ASSOCIATED Press, Nicaragua court allows Ortega to seek new term in 2011. The Guardian, 20 de octubre de 2009.
- » ASSOCIATED Press, Ecuador votes to limit presidents’ term in blow to Rafael Correa. The Guardian, 5 febrero de 2018.
- » AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. Digital Regulation Cooperation Forum, 23 de septiembre de 2022.
- » BALZ, Dan. A Year After Jan. 6, Are the guardrails that protect democracy real or illusory? The Washington Post, Washington, 6 de enero de 2022.
- » BECKETT, Lois; PAUL, Kari. Bargaining for our very existence: why the battle over AI is being fought in Hollywood. The Guardian, 22 de julio de 2023.
- » BEYER, R. Can we fix what’s wrong with social media? Yale Law Report, verano de 2022.
- » BOLSONARO da marcha atrás y dice que el discurso golpista del 9 de julio surgió del calor del momento. UOL, 9 de septiembre de 2021.
- » BRASIL registró un número récord de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza en 2021, según el IBGE. UOL, 2 de diciembre de 2022.
- » BREXIT: Reaction from around the UK. BBC, Londres, 24 de junio de 2016.
- » BROWN, Sara. Machine learning, explained. MIT Management Sloan School, 21 de abril de 2021.
- » CACZAN, Luciana. Tetrapléjico recupera movimiento tras implantarse chips de inteligencia artificial en el cerebro. CNN Brasil, 20 de julio de 2023.

- » CARTER, Jimmy. I fear for our democracy. New York Times, 6 de enero de 2022.
- » CERULUS, Laurens; GABRIEL, Sigmar. 'Merkel's austerity is driving EU to brink of collapse'. Politico, 8 de enero de 2017.
- » CONSTITUTIONAL Tribunal has virtually been abolished, announce retired judges. Rule of Law, 20 de febrero de 2020.
- » COX, Joseph. Data Broker Is Selling Location Data of People Who Visit Abortion Clinics. Vice, 2022.
- » CUMMINGS, William; GARRISON, Joey; SERGENT, Jim. By the numbers: President Donald Trump's failed efforts to overturn the elections. USA Today, 6 de enero de 2021.
- » CUTHBERT, Lane; THEODORIDIS, Alexander. Do republicans really believe Trump won the 2020 election? Our research suggest that they do. Washington Post, 7 de enero de 2022.
- » DASTIN, Jeffrey. Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women. Reuters, 10 de octubre de 2018.
- » DICHIO, Michael; LOGVINENKO, Igor. Authoritarian Populism, Courts and Democratic Erosion. Just Security, 11 de febrero de 2021.
- » DURÃES, Uesley. Reconocimiento facial: errores exponen falta de transparencia y sesgo racista. UOL, 28 de abril de 2024.
- » ECUADOR legislature lifts presidential re-election limit. BBC News, 4 de diciembre de 2015.
- » Entienda cómo se produjo la compra de votos a favor de la enmienda de la reelección en 1997. Poder 360, 8 de septiembre de 2020.
- » ERDOGAN allies call for closure of Turkey's Constitutional Court. Arab News, 2 de abril de 2021.
- » ERDOGAN'S nationalist ally prepares draft Turkish constitution. Reuters, 4 de mayo de 2021.
- » FACEBOOK statistics and trends. Datareportal, 19 de febrero de 2023.
- » FERNANDES, Daniela. Cuatro datos que demuestran por qué Brasil es uno de los países más desiguales del mundo, según un informe. BBC, 7 de diciembre de 2021.

- » FERNANDO Henrique hace mea culpa y afirma que la enmienda que permitió la reelección fue un error. Folha de São Paulo, 6 de septiembre de 2020.
- » FGV/CPDOC. Atlas histórico do Brasil.
- » FRIEDMAN, Lisa. Climate Summit approves a new fund to help poor countries. New York Times, 30 de noviembre de 2023.
- » FUTURE OF LIFE. Pause AI Giant experiments: an open letter. 22 de marzo de 2023.
- » GADELHA, Igor; TRUFFI, Renan. Encuesta muestra a Temer con el peor índice de aprobación de la historia registrada. O Estado de São Paulo, 19 de septiembre de 2017.
- » GLOBAL Historical Emissions. ClimateWatch, 2023. Disponible en: https://www.climatewatchdata.org/ghg-emissions?chartType=line&end_year=2021&source=GCP&start_year=1960.
- » GRYNBAUM, Michael M.; MAC, Ryan. The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work. The New York Times, 27 de diciembre de 2023.
- » GUADIÁN, Carlos. Cómo va a afectar la Inteligencia Artificial en las elecciones en 2024. Substack del autor, 25 de enero de 2024.
- » HAIDT, Jonathan. Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. The Atlantic, 2022.
- » HAO, Karen. ¿Qué es el aprendizaje automático? MIT Technology Review, 17 de noviembre de 2018.
- » HARARI, Yuval Noah. You can have the blue pill or the red pill, and we are out of blue pills. New York Times, 24 de marzo de 2023.
- » HAYS, Kali. Anthropic boss rejects Pentagon demand to drop AI safeguards. BBC, 27 de febrero de 2026.
- » HEAVEN, Will. Predictive Policing is Still Racist—Whatever Data it Uses. MIT Technology Review, 5 de febrero de 2021.
- » HOROWITZ, Jason. Who Will Take Care of Italy's Older People? Robots, Maybe. The New York Times, 25 de marzo de 2023.
- » HOW democracies die. Youtube. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=nHr6Mcqg-Ek>. Consultado el: 12 de julio de 2019.

- » HSU, Tiffany; MYERS, Steven Lee. Disinformation is one of climate summit's biggest Challenges. New York Times, 30 de noviembre de 2023.
- » HUTSON, Matthew. ¿Podemos detener la IA desbocada? Los tecnólogos advierten sobre los peligros de la llamada singularidad. Pero, ¿se puede realmente hacer algo para prevenirla? The New Yorker, 16 de mayo de 2023.
- » IDEA – INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. The election has greatly aggravated the crisis. 7 de noviembre de 2021.
- » JUNGSMANN: Bolsonaro determinou que jatos sobrevoassem STF para quebrar vidros. Poder 360, 20 de agosto de 2021.
- » KISSINGER, Henry; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. ChatGPT Heralds an Intellectual Revolution. Wall Street Journal, 24 de febrero de 2023.
- » LANDAU, David. Honduras: Term limits drama 2.0 – how the Supreme court declared the Constitution unconstitutional. Constitutionet, 27 de mayo de 2015.
- » LARSON, Jeff et al. How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm. ProPublica, 23 de mayo de 2016.
- » Las CONCENTRACIONES de gases de efecto invernadero alcanzan nuevos récords. Noticias de las Naciones Unidas, 2023.
- » LAURITZEN, Pia. Geoffrey Hinton says AI needs maternal instincts. Here is what it takes. Forbes, 14 de agosto de 2025.
- » LOHR, Steve. Generative A.I.'s Biggest Impact Will Be in Banking and Tech, Report Says. The New York Times, 1 de febrero de 2024.
- » LULA termina su mandato con un 83% de aprobación, según IBOPE. Veja, 19 de diciembre de 2010.
- » MAHESHWARI, Sapha. A.I. Fuels a New Era of Product Placement. The New York Times, 1 de febrero de 2024.
- » MAKHNOUMI, Ali. How AI Could Potentially Manipulate Consumers. Duke Fuqua School of Business, 10 de enero de 2024.
- » MESEROLE, Chris. How do recommender systems work on digital platforms? Tech Stream, Brookings, 21 de septiembre de 2022.
- » MICKLE, Tripp. Nvidia ahora vale 5 billones de dólares al consolidar su poder en el auge de la IA. The New York Times, 29 de octubre de 2025.

- » MORRISON, Sara. This outed priest's story is a warning for everyone about the need for data privacy laws. Vox, 21 de julio de 2021.
- » OBERMEYER, Ziad et al. Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations. Science, 25 de octubre de 2019.
- » OPINIÓN de Correio: Brasil es testigo de una fuga de cerebros. Correio Brasiliense, 13 de diciembre de 2022.
- » ORE, Diego. Venezuela's outgoing Congress names 23 Supreme Court Justices. Reuters, 23 de diciembre de 2015.
- » OSAKABE, Marcelo. El PIB del gobierno de Bolsonaro sólo supera al de los gobiernos de Dilma y Collor. Valor Investe, 3 de marzo de 2023.
- » PACELLE JR., Richard L. Preferred position doctrine. The First Amendment Encyclopedia, 30 de julio de 2023.
- » POLITO, Rodrigo; CONCEIÇÃO, Ana. El desempleo en Brasil alcanza más de 12 millones a finales de 2018. Valor Econômico, 31 de enero de 2019.
- » Por mayoría de votos, el TSE declara a Bolsonaro inelegible por 8 años. Tribunal Superior Eleitoral (Tribunal Superior Electoral), 30 de junio de 2023.
- » RAMIREZ, Vanessa. Grief tech uses AI to give you (and your loved ones) digital immortality. Singularity Hub, 16 de agosto de 2023.
- » RAMOS, Daniel. Bolivia Morales' defies term limits, launches bid for fourth term. Reuters, 18 de mayo de 2019.
- » REZENDE, Constança. La Policía Federal de Brasil concluye que Google y Telegram actuaron de forma abusiva contra la Ley de Noticias Falsas. Folha de São Paulo, 31 de enero de 2024.
- » REZENDE, Pedro. Oficiales militares se oponen al Ministerio de Defensa. O Globo, 24 de mayo de 1987.
- » SCHEPPELE, Kim Lane. Why conservatives around the world have embraced Hungary's Viktor Orbán. Entrevista a: CHOTINER, Isaac. The New Yorker, 21 de agosto de 2021.
- » ŞEN, İlker Gökhan. The final death blow to the Turkish Constitutional Court. VerfBlog, 28 de enero de 2021.

- » SIMS, Calvin. Peru's Congress is assailed over its removal of judges. New York Times, 31 de mayo de 1997.
- » THE EDITORIAL Board. Everyday is Jan. 6 now. The New York Times, 1 de enero de 2022.
- » THE FEED. ChatGPT witnesses massive rise, chatbot gains 100 million users in two months. Economic Times, 5 de marzo de 2023.
- » TROTMAN, Andrew. Angela Merkel: 'Austerity makes it sound evil, I call it balancing the budget'. The Telegraph, 23 de abril de 2013.
- » TUFEKCI, Zeynep. We need to take our privacy back. The New York Times, 2022.
- » VARGAS, Ivan. El PIB con Bolsonaro creció un promedio del 1,5 % anual, menos que el de Lula y Temer, y solo más que el de Dilma. O Globo, 2 de marzo de 2023.
- » VINCENT, James. Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content. The Verge, 17 de enero de 2023.
- » WHATSAPP 2023 User Statistics: How Many People Use WhatsApp? Backlinko, 5 de enero de 2023.
- » WFPD 2021: Attacks on Press Freedom Growing Bolder Amid Rising Authoritarianism. International Press Institute, 30 de abril de 2021.
- » YOUTUBE User Statistic. Global Media Insight, 27 de febrero de 2023.
- » ZANFER, Gustavo. Brasil mantiene una puntuación por debajo del promedio y parece estancado en el ranking de corrupción. CNN Brasil, 31 de enero de 2023.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

- » BANCO MUNDIAL. Inflación alimentaria e inseguridad alimentaria en Brasil. 19 de junio de 2023.
- » BANCO MUNDIAL. GDP Growth (annual %): Brazil.
- » COMISIÓN NACIONAL DE LA VERDAD (Brasil). Informe Final. 10 de diciembre de 2014.
- » GLOBAL Charter of Ethics for Journalists. The International Federation of Journalists, junio 2019.

- » HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. UN Doc A/HRC/32/38. 11 de mayo de 2016.
- » IDEA – INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. Global State of Democracy Initiative: Brazil.
- » NACIONES UNIDAS. Chief Executives Board for Coordination. Principles for the Ethical Use of Artificial Intelligence in the United Nations System. 20 de septiembre de 2022.
- » OCDE. Opportunities, guidelines and guardrails for effective and equitable use of AI in education. París: Publicaciones de la OCDE, 2023.
- » OCDE. Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial. OCDE/LEGAL/0449, 2019. Esta recomendación también fue adoptada por el G-20.
- » PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. What you need to know about the COP27 Loss and Damage Fund. 29 de noviembre de 2022.
- » RUSSELL, Stuart; PERSET, Karine; MARKO, Grobelnik. Explicación de las actualizaciones de la definición de sistema de IA de la OCDE. OCDE IA: Observatorio de Políticas, 29 de noviembre de 2023.
- » UNESCO. AI and education: a guide for policy makers. 2021.
- » UNESCO. Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. 23 de noviembre de 2021.
- » UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea. Dirección General de Investigación e Innovación. Quarterly R&I literature review: The impact of AI on R&I, N° T2, 11 de julio de 2023.
- » UNIÓN EUROPEA. Consejo de Europa. Inteligencia Artificial e Integridad Electoral. Concept Paper, 2022.
- » UNIÓN EUROPEA. EU Artificial Intelligence Act. 2024.



www.tribunalconstitucional.cl