31º año

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

ANUARIO

2025-2026

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2025-2026

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2025-2026



KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y también publica artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, los derechos y las garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración. Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina, asimismo, un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Editor responsable:
Hartmut Rank

Coordinación editorial:
Jana Speidel

Coordinación académica:
Carlos Manuel Sandoval

Revisión de textos:
Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
João Gabriel Archegas (portugués)

Traducción:
João Gabriel Archegas (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Paula Corredor (inglés)

Diagramación:
Marta Rojas

Cubierta:
Alejandro Sáenz

Impresión:
Legis

ISSN: 2346-0849

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación: iusla@kas.de

El Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano está registrado en el Directorio Latindex.

© 2026 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93 B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla
Linkedin: kasiusla

Contenido

Presentación 9

Notas y ponencias especiales

- Héctor Alfonso Carvajal Londoño (Colombia)
  La atención del fenómeno migratorio en Colombia: entre los avances de la jurisprudencia constitucional en la protección de los derechos y los desafíos del Estado para consolidar un sistema de garantías sostenible 15
- Ingrid Hess Herrera (Costa Rica)
  La discriminación y su respuesta desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional latinoamericana: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 31
- Amaury A. Reyes-Torres (República Dominicana)
  Derecho a la igualdad y no discriminación: una revisión puntual de la doctrina del Tribunal Constitucional dominicano 53
- Domingo Gil (República Dominicana)
  Interacciones y tensiones entre el derecho constitucional y el derecho privado en América Latina: la experiencia dominicana 61
- Miguel A. Valera Montero (República Dominicana)
  Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana sobre protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en América Latina 91

Eje 1. Derecho constitucional latinoamericano en general

- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Metodología aplicada a la hermenéutica constitucional plural y su utilidad para resolver conflictos complejos 105
- José Eduardo Aguirre Vega (Ecuador)
  La Constitución ecuatoriana de 2008 como signo lingüístico inconcluso: la elocuencia de los silencios del constituyente de Montecristi 123

- José Pablo Pacheco Samayoa (Guatemala)
  ¿Reforma o sustitución? La tensión entre el poder de reforma constitucional y la sustitución encubierta del texto fundamental 161
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
  La acción de inconstitucionalidad en la Constitución boliviana y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional 185

Eje 2. Aportes sustanciales a la democracia y al Estado de derecho (casos, prácticas, estándares)

- Julio César Cordón Aguilar (Guatemala)
  Objeto, alcances e impacto de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas consideraciones 221
- Abigail Duval (Bolivia)
  *El **amicus curiae** como expresión democrática: una mirada crítica* 249
- Eleonora Mesquita Ceia (Brasil)
  Amanda Beatriz Colares Lessa (Brasil)
  Marcelo da Costa Braga (Brasil)
  Rafael Silva de Oliveira (Brasil)
  Vitoria da Costa Pestana (Brasil)
  A atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mediante litígios estratégicos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos 273
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Eliziane Fardin de Vargas (Brasil)
  Litigância estratégica e o papel transformador do Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construção do direito da antidiscriminação no Brasil 299
- Roselis Díaz de Freitas (Venezuela)
  Anselmo Coelho Hernández (Venezuela)
  La elección popular de jueces: un análisis sobre su incompatibilidad con la independencia judicial 337
- Bruno A. Fidelin Bresciani (Uruguay)
  Manuela Castellanos Leguisamo (Uruguay)
  Reforma de la jurisdicción contencioso-anulatoria y consolidación del Estado de derecho en Uruguay: una aproximación en clave constitucional 359

- Pablo David Portilla Obando (Ecuador)
  Juicios políticos y muerte cruzada en Ecuador: ¿amenazas o mecanismos legítimos para la democracia? Una comparación con Colombia 387
- Diego Rafael Andrade (Ecuador)
  El doble conforme en materia penal según la Corte Constitucional del Ecuador. Un análisis jurisprudencial 403
- Danna Valentina Romero Garzón (Colombia)
  María José Ortiz (Colombia)
  María Fernanda Castillo (Colombia)
  Evolución de la protección constitucional del medio ambiente: una construcción desde la jurisprudencia constitucional 423
- Martín Canessa Zamora (Chile)
  Catalina Melgarejo Espina (Chile)
  La ilegitimidad de los límites legales a la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa: un análisis desde los derechos humanos a la igualdad y al trabajo 443
- Víctor Manuel Collí Ek (México)
  Esterilizaciones forzadas en Perú. La decisión del Cedaw: implicaciones jurisprudenciales y lecturas teóricas 471
- Mijhail Pavel Pardo Lafuente (Bolivia)
  ¿Infancia bajo vigilancia? Sobre la protección del derecho a la autodeterminación informacional de las personas menores de edad en contextos digitales 495
- Walter Cristopher Flores Velásquez (Chile)
  Tensiones y desafíos en la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres y de los pueblos indígenas. El caso de la Ley Pascua desde la óptica del Tribunal Constitucional de Chile 523

Instrucciones para la presentación de artículos 545

Presentación

Durante más de tres décadas, América Latina ha vivido momentos que han puesto a prueba la fortaleza del Estado de derecho y la integridad de sus instituciones judiciales. Desde el asalto al Palacio de Justicia en Colombia en 1985, que culminó con la muerte de once magistrados de la Corte Suprema, hasta el asesinato del magistrado guatemalteco Eduardo Epaminondas González Dubón en 1994, la región evidenció la vulnerabilidad de quienes defendían la justicia en medio de contextos de violencia y conflicto. Al mismo tiempo, reformas judiciales como la de 1994 en Argentina, que abrió caminos para cuestionar normas de impunidad heredadas de la dictadura, y decisiones de tribunales en Chile y Guatemala, comenzaron a sentar precedentes cruciales para la protección de los derechos humanos y la legitimidad del poder judicial. Fue en este contexto turbulento, casi por inercia y sin buscarlo, pero impulsado por la necesidad de reforzar, orientar y mantener vigente el Estado de derecho, donde surgió el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, destinado a preservar los sistemas de justicia, actualizar sus fundamentos y proyectar el constitucionalismo hacia el futuro, reafirmando su compromiso con los principios que sostienen la sociedad moderna.

Desde su primera publicación en 1995, y durante más de tres décadas, el *Anuario* se ha consolidado como un espacio de encuentro para el análisis crítico del desarrollo constitucional en la región, acompañando las transformaciones jurídicas, políticas y sociales de América Latina, y consolidándose como un referente que examina tanto los logros como las tensiones de nuestras democracias. Su trayectoria permite observar cómo el constitucionalismo latinoamericano ha transitado desde procesos iniciales de institucionalización de la justicia constitucional hacia escenarios más complejos, en los que tribunales, doctrinas jurídicas, sistemas internacionales de protección de derechos y actores sociales interactúan de manera cada vez más intensa. En este recorrido, la expansión de los derechos fundamentales, el fortalecimiento y, en ocasiones, la fragilidad de las instituciones, así como la creciente influencia del derecho internacional, han marcado el ritmo de evolución de la región.

A través de la trigésima primera edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2025-2026), se reafirma que el Estado de derecho no debe entenderse únicamente como un principio abstracto, sino como la estructura esencial

que permite la realización efectiva de las libertades y los derechos fundamentales, subrayando que el derecho no puede limitarse a la letra de la norma, sino que debe garantizarse mediante prácticas e instituciones sólidas, que sostengan la democracia y la justicia. Hoy, este proceso se desarrolla en un contexto particularmente exigente, donde se observan tensiones persistentes en torno a la independencia judicial, cuestionamientos a la legitimidad de las instituciones y escenarios de conflictividad social que desafían la capacidad del derecho para ofrecer soluciones eficaces. A ello se suman fenómenos estructurales de desigualdad, nuevas formas de vulneración de derechos y problemáticas emergentes asociadas a la tecnología, la protección ambiental y los derechos de grupos históricamente desfavorecidos. En este escenario, el derecho constitucional se convierte no solo en un reflejo de la realidad, sino en un instrumento central para disputarla, interpretarla y transformarla, orientando la acción política y social para que los derechos fundamentales puedan materializarse. En este sentido, el Estado de derecho se configura, en esencia, como el equilibrio entre la gobernabilidad y la garantía efectiva de las libertades ciudadanas, siendo estas últimas el fundamento sobre el cual se edifica toda sociedad democrática en América Latina.

El carácter comparado de esta edición constituye uno de sus principales valores. Experiencias provenientes de Bolivia, Guatemala, Ecuador, Brasil, Chile, México, Colombia, Venezuela y Uruguay ofrecen un panorama amplio de la región, evidenciando tanto puntos de convergencia como diferencias significativas en la protección constitucional. Esta diversidad refleja que el constitucionalismo latinoamericano es un proceso en permanente construcción, nutrido por el aprendizaje mutuo, la innovación jurídica y el intercambio entre distintos contextos. Cada contribución no solo documenta, sino que ilumina caminos posibles, brindando herramientas para preservar y fortalecer los sistemas de justicia en todo el continente, así como para anticipar cambios jurídicos y responder a los retos de la sociedad contemporánea.

La presente edición recoge, desde múltiples enfoques, análisis sobre los límites del poder de reforma, los desafíos de la interpretación constitucional en contextos plurales, los mecanismos de control de constitucionalidad y las condiciones necesarias para garantizar la independencia judicial. Asimismo, diversos artículos abordan la protección de derechos fundamentales en contextos de vulnerabilidad, incluyendo la igualdad y la no discriminación, los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas, de las personas migrantes y de la niñez en entornos digitales. Cada análisis, cada caso y cada reflexión contenida en este *Anuario* puede leerse en dos direcciones complementarias: unos fortalecen la discusión general del derecho constitucional latinoamericano, y otros hacen aportes concretos a la democracia y al Estado de derecho. Estos aportes evidencian que los derechos, más allá de su formulación normativa, requieren desarrollos jurisprudenciales e institucionales que aseguren su realización efectiva, recordando que la libertad y la dignidad humanas no pueden separarse de las estructuras constitucionales que las sostienen. En conjunto, los trabajos reunidos constituyen un esfuerzo por transformar la fragilidad del derecho en fuerza, y la incertidumbre del presente en certezas para el futuro.

Derecho constitucional latinoamericano en general

En el plano más estructural del derecho constitucional latinoamericano, esta edición ofrece un conjunto de contribuciones que permiten comprender con mayor profundidad la evolución contemporánea de la disciplina en la región, a partir de problemas teóricos y prácticos de especial relevancia. Los trabajos reunidos abordan cuestiones como la hermenéutica constitucional en contextos plurales, la densidad normativa de los textos constitucionales –incluyendo los silencios del constituyente–, así como las tensiones entre el poder de reforma y los límites materiales que impiden la sustitución encubierta de la Constitución. A ello se suma el análisis de mecanismos de control de constitucionalidad, como la acción de inconstitucionalidad en el caso boliviano, que evidencia el papel central de la jurisdicción constitucional en la preservación del orden fundamental. En conjunto, estos aportes muestran que el derecho constitucional latinoamericano no puede entenderse como un sistema cerrado o estático, sino como un proceso dinámico, donde el debate sobre interpretación, límites y garantías constituye un elemento estructural del propio constitucionalismo. En este contexto, el análisis sistemático de estas categorías permite no solo comprender la arquitectura constitucional de los Estados, sino también anticipar riesgos institucionales, prevenir desviaciones del poder y fortalecer la coherencia del orden jurídico.

Aportes sustanciales a la democracia y al Estado de derecho (casos, prácticas y estándares)

El carácter comparado de esta edición alcanza su máxima expresión en los trabajos que examinan casos, prácticas y estándares vinculados con la consolidación del Estado de derecho y la democracia en América Latina, a partir de experiencias concretas que reflejan tanto avances como tensiones persistentes. Las contribuciones abordan, entre otros temas, el impacto de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el uso del *amicus curiae* como mecanismo de apertura democrática y el desarrollo del litigio estratégico como herramienta de transformación jurídica, particularmente en contextos como Brasil. Asimismo, se analizan cuestiones críticas como la independencia judicial frente a propuestas de elección popular de jueces, las reformas de la jurisdicción contencioso-administrativa en clave constitucional y los mecanismos políticos como el juicio político o la muerte cruzada en Ecuador, evaluando su compatibilidad con los principios democráticos. Otros trabajos profundizan en la construcción jurisprudencial de derechos en ámbitos como el medio ambiente, el trabajo, las pensiones y la autodeterminación informativa de niños, niñas y adolescentes, así como en problemáticas particularmente sensibles como las esterilizaciones forzadas, la violencia contra firmantes de acuerdos de paz o la protección de pueblos indígenas y mujeres. Este conjunto de análisis evidencia que la práctica judicial y la interacción

con los sistemas internacionales han contribuido a llenar vacíos normativos, orientar políticas públicas y generar marcos interpretativos que inciden directamente en la garantía efectiva de los derechos, confirmando que el derecho constitucional se encuentra en permanente evolución y profundamente entrelazado con la realidad política y social de la región.

Finalmente, durante más de tres décadas, el *Anuario* ha acompañado debates cruciales sobre la independencia judicial, la interpretación de la constitución en contextos plurales, la protección de derechos y la consolidación de tribunales constitucionales, convirtiéndose en un instrumento de reflexión y anticipación que permite a jueces, abogados, académicos y legisladores proyectar soluciones para los desafíos del presente y del futuro. Cada nueva edición se suma a una conversación que no se agota, en la que los avances conviven con retrocesos y los consensos con las disputas, lo que refleja la vitalidad de nuestras democracias y la necesidad de un debate jurídico continuo.

Esta edición del *Anuario de Derecho Constitucional* marca un hito, pues reconoce que democracia, política y Estado de derecho están tejidos por los delicados hilos de la institucionalidad, que buscan proteger las libertades ciudadanas, dirimir conflictos con justicia y poner límites al poder estatal. En última instancia, la democracia no sobrevive donde el Estado de derecho se debilita, y las libertades no se consolidan sin instituciones fuertes; pero donde se estudia, se defiende y se renueva día a día, se construye el verdadero futuro de nuestras sociedades, en el que justicia y libertad son hechos de la vida en sociedad y no meras ficciones jurídicas.

Hartmut Rank
Director del Programa Estado de Derecho para América Latina
Fundación Konrad Adenauer

Carlos Manuel Sandoval
Coordinador académico del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2025-2026*

Notas y ponencias especiales

- Héctor Alfonso Carvajal Londoño (Colombia)
  La atención del fenómeno migratorio en Colombia:
  entre los avances de la jurisprudencia constitucional en la protección de los derechos y los desafíos del Estado para consolidar un sistema de garantías sostenible
- Ingrid Hess Herrera (Costa Rica)
  La discriminación y su respuesta desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional latinoamericana:
  la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
- Amaury A. Reyes-Torres (República Dominicana)
  Derecho a la igualdad y no discriminación: una revisión puntual de la doctrina del Tribunal Constitucional dominicano
- Domingo Gil (República Dominicana)
  Interacciones y tensiones entre el derecho constitucional y el derecho privado en América Latina: la experiencia dominicana
- Miguel A. Valera Montero (República Dominicana)
  Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana sobre protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en América Latina

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 15-30, ISSN 2346-0849

Héctor Alfonso Carvajal Londoño* **(Colombia)**

La atención del fenómeno migratorio en Colombia: entre los avances de la jurisprudencia constitucional en la protección de los derechos y los desafíos del Estado para consolidar un sistema de garantías sostenible

Addressing the Phenomenon of Migration in Colombia: Between Advances in Constitutional Case Law for the Protection of Rights and the State's Challenges in Establishing a Sustainable System of Guarantees

Der Umgang mit dem Migrationsphänomen in Kolumbien: zwischen Fortschritten in der Verfassungsrechtsprechung zum Schutz von Rechten und staatlichen Herausforderungen bei der Konsolidierung eines Systems nachhaltiger Garantien

La movilidad humana ha marcado de manera decisiva la realidad social, política y jurídica de América Latina y el mundo en las últimas dos décadas. La llegada masiva de personas migrantes, junto con otros fenómenos emergentes, como el desplazamiento climático, la migración en tránsito o la migración inversa, han puesto a prueba la capacidad institucional de los Estados latinoamericanos para brindar respuestas que realmente materialicen el principio de dignidad humana y el reconocimiento de los migrantes como sujetos de derechos, pero que a la vez sean sostenibles para los Estados receptores.

El alto flujo de migrantes de Venezuela hacia el resto de América Latina ilustra muy bien esta situación. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), alrededor de 7,9 millones de personas han salido de Venezuela en busca de protección o de una mejor calidad de vida hacia estos países, que han tenido el reto de acoger a más del 84% de migrantes.[1]

* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

[1] Acnur, "Fact Sheet Venezuela", abril de 2025, https://data.unhcr.org/en/documents/details/118398

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

La magnitud de este movimiento poblacional ha impactado considerablemente a Colombia, pues se trata del principal país de acogida de personas venezolanas migrantes, con más de 2,8 millones entre 2018 y 2024.[2] Estas personas en movilidad humana han requerido (i) ayudas humanitarias para atender en un primer momento las condiciones de extrema vulnerabilidad; (ii) atención en salud, educación y vivienda, para superar su situación de marginalidad y exclusión; y (iii) un mayor despliegue de recursos humanos y técnicos en el proceso de regularización migratoria como punto de partida para su inclusión social y económica.

Para junio de 2024, el Estado colombiano había logrado regularizar a 1,9 millones de migrantes (un poco más del 60% de la población migrante), a través de permisos de protección temporal (PPT), los cuales les permiten vivir, trabajar de forma regular y acceder a servicios de salud y educación, entre otros. No obstante, la población migrante sigue enfrentando múltiples carencias y barreras de acceso a las condiciones básicas que les permiten ejercer sus derechos libremente. Igualmente, Colombia enfrenta desafíos como país receptor de migrantes que van en tránsito hacia el norte o que recientemente (desde 2024) retornan ahora en el flujo sur-norte a través de la región del Darién.

En este contexto, la Corte Constitucional colombiana –guardiana de la supremacía de la Constitución– ha desempeñado un papel central en la redefinición de la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes y sus alcances, especialmente para quienes llegaron o permanecen en el país en condiciones de irregularidad y están expuestos a escenarios más complejos de discriminación, exclusión y marginalidad.

El objetivo de esta ponencia es presentar los avances de la jurisprudencia constitucional en la ampliación del marco de protección de los derechos fundamentales de la población migrante y la forma en que la Corte Constitucional colombiana ha influido en la reformulación de la política pública migratoria. Como expondré a continuación, en sus fallos, la Corte no solo ha ordenado el restablecimiento de los derechos vulnerados en los casos concretos, sino que también ha identificado omisiones del legislador y ha exhortado al Congreso a regular las condiciones de los migrantes a la luz de la Constitución Política, lo cual ha conducido paulatinamente hacia una mayor constitucionalización de la política de acogimiento.

Expondré entonces, en primer lugar, los aportes de la jurisprudencia constitucional colombiana en la protección de, al menos, tres derechos fundamentales: i) el derecho a la salud de personas migrantes, especialmente, el de niños, niñas y adolescentes, ii) el derecho a la nacionalidad de estos últimos, cuando están en

---

[2] Migración Colombia. Observatorio de Migraciones, Migrantes y Movilidad Humana (OM3), *Informe de migrantes venezolanas(os) en Colombia*, junio de 2024, https://unidad-administrativa-especial-migracion-colombia.micolombiadigital.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-migracion-colombia/content/files/001434/71671_boletin-migrantes-venezolanasos-en-colombia-junio-de-2024-1.pdf

riesgo de ser apátridas; y iii) el debido proceso administrativo en diversos trámites migratorios y de solicitudes de asilo. Al explicar los desarrollos jurisprudenciales, en cada uno de estos puntos, me referiré también a los vacíos encontrados por la Corte y los remedios constitucionales adoptados por este tribunal para redirigir el marco legal de las migraciones hacia un escenario de protección progresiva. En segundo lugar, brevemente, presentaré los avances jurisprudenciales sobre uno de los fenómenos de movilidad humana más recientes: el desplazamiento forzado interno por factores ambientales, incluido el cambio ambiental. Finalmente, plantearé, a modo de conclusión, una corta reflexión sobre los desafíos que aún enfrenta el Estado colombiano para consolidar una política pública de inclusión económica y social, que refleje un sistema integral de garantías sostenibles para las poblaciones migrantes y que no dependa de la presentación masiva de acciones de tutela.

1. Avances y aportes de la jurisprudencia constitucional colombiana para la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones migrantes

1.1. Ampliación del derecho a la atención en salud básica de urgencias sin importar la situación migratoria

Desde hace varios años, la legislación nacional ya había establecido que, para garantizar el derecho a la vida y a la igualdad, todas las personas extranjeras en el territorio colombiano tienen derecho a la atención *en salud básica de urgencias*, independiente de su situación migratoria.[3] Sin embargo, a partir de 2016, a consecuencia del aumento en la llegada de migrantes provenientes de Venezuela en situaciones de extrema vulnerabilidad, y del aumento de las acciones de tutela sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional ha ampliado el alcance del derecho a acceder a los servicios básicos de urgencias. Este desarrollo ha tenido lugar también en aplicación del principio de no discriminación en el derecho internacional, en virtud del cual los Estados deben garantizar a los migrantes regularizados o en situación irregular el derecho a la salud y a la vida.[4]

En efecto, pese a que el reconocimiento legal del derecho a acceder a servicios de urgencia ya existía, en los casos de tutela conocidos por la Corte Constitucional, esta constató que la población migrante, en particular aquella que se encuentra en una situación de irregularidad, enfrenta múltiples barreras para acceder al sistema

[3] Ver, por ejemplo, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, reiterado por el artículo 67 de la Ley 715 de 2001.

[4] Ver, por ejemplo, la Declaración de 2017 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes.

de salud, incluso a la atención de urgencias. Así, siguiendo los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),[5] la Corte Constitucional colombiana también ha reconocido a los y las migrantes irregulares como sujetos de especial protección constitucional, por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica y social. Para la Corte, la delicada situación humanitaria que viven demanda acciones por parte del Estado que permitan corregir la realidad de exclusión y desventaja que enfrentan (Sentencia T-210 de 2018).

A partir de ese carácter de especial protección, la Corte Constitucional ha ampliado el concepto de atención básica de urgencias, por ejemplo, en las sentencias T-705 de 2017 y T-210 de 2018. En estos casos, este tribunal estableció que la atención en urgencias incluye la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando el médico tratante los determine como urgentes e indispensables, por lo que no pueden ser retrasados, pues se pondría en riesgo la vida. Un ejemplo de ello es el tratamiento del cáncer en etapas avanzadas, el VIH-sida e incluso la atención a mujeres embarazadas que requieren exámenes prenatales y la asistencia en el parto.

Justamente, en relación con la especial protección de las mujeres migrantes en estado de embarazo, en la Sentencia de Unificación SU-677 de 2017 –reiterada en fallos posteriores, como la Sentencia T-074 de 2019–, la Corte fijó las reglas de acceso a la salud desde una interpretación constitucional del concepto de 'urgencia médica', a la luz del derecho a la vida digna. Así, determinó que la preservación de la vida implica no solo librar al ser humano del hecho mismo de morir (concepción básica de la atención en urgencias), sino protegerlo de toda circunstancia que haga su vida insoportable, indeseable y que le impida desplegar las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad de forma digna. Al respecto, la Corte sostuvo:

> … a pesar de que médicamente el embarazo no ha sido catalogado como una urgencia, la accionante sí requería una atención urgente, pues su salud se encontraba en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazada y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular.[6]

1.1.1. La prevalencia del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes migrantes supone el acceso y la continuidad de los servicios de salud necesarios

La jurisprudencia constitucional también ha ampliado de forma especial la cobertura del sistema de salud para niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes. En ese

---

[5] Ver, por ejemplo, la Opinión Consultiva 018 de 2003 de la Corte IDH.

[6] Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 57.

sentido, las sentencias T-450 de 2021, T-336 de 2022 y T-174 de 2023 señalan que, en aplicación del principio del interés superior del menor, el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes es prevalente. Por ello, los menores migrantes deben gozar de un ámbito de protección progresivamente ampliado, que va más allá de la atención inicial de urgencias. Esta garantía exige al Estado prestar los servicios de salud que sean necesarios, incluso a aquellos NNA con permanencia irregular en el país, pues resulta desproporcionado trasladarles la responsabilidad de la regularización migratoria de sus padres para poder acceder a los servicios médicos. La Corte estableció que una vez iniciado un tratamiento médico, este debe garantizarse bajo el principio de continuidad, por lo que los hospitales y demás entidades tienen la prohibición de anteponer barreras administrativas, contractuales, o la falta de regularización migratoria como excusa para negar o interrumpir los servicios.

1.2. La Corte ha reconocido el derecho a la nacionalidad de hijos e hijas de migrantes nacidos en Colombia y que están en riesgo de apatridia

Una de las providencias hito en Colombia sobre el derecho a la nacionalidad de niños y niñas, hijos de extranjeros que se encuentran en riesgo de apatridia en Colombia es la Sentencia T-006 de 2020. En esta providencia, la Corte Constitucional estudió dos casos en los que la Registraduría Nacional del Estado Civil había entregado el registro civil a dos menores –hijos de migrantes– recién nacidos en Colombia con la anotación "no válido para demostrar nacionalidad", aduciendo que los padres –de nacionalidad venezolana– no acreditaban el requisito de domicilio en Colombia para que los menores pudieran ser reconocidos como nacionales.

La Corte concluyó que la Registraduría Nacional había vulnerado los derechos fundamentales de los recién nacidos al aplicar una interpretación excesivamente restrictiva del requisito de "domicilio" que exigían la Constitución y la Ley 43 de 1993 para el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento. Esta interpretación formalista estaba plasmada en circulares administrativas de la Registraduría –como la Circular 168 de 2017– y condicionaba la acreditación del domicilio de los padres migrantes a la presentación de una visa específica –Migrante 'M' o de Residente 'R'–, desestimando otros documentos como el permiso especial de permanencia (PEP). La Corte consideró que dicho requerimiento era incompatible con los postulados constitucionales porque ignoraba la definición de domicilio del Código Civil –residencia acompañada del ánimo de permanecer–, bajo el cual era claro que los padres cumplían por contar con una vivienda, un trabajo habitual o un permiso especial de permanencia (PEP), lo que configuraba de forma manifiesta la residencia y el ánimo de permanecer en el territorio nacional.

Sumado a lo anterior, para la Corte, la Registraduría también vulneró los derechos fundamentales de los recién nacidos al omitir la consideración de riesgo inminente

de apatridia en el que se encontraban. Se trataba de un hecho notorio y de un riesgo urgente, dado que los menores eran hijos de ciudadanos venezolanos migrantes, nacidos en Colombia, y se enfrentaban a la imposibilidad absoluta de registrar sus nacimientos ante el consulado venezolano debido al cierre de las oficinas consulares de dicho país. La Corte concluyó entonces que las autoridades desconocieron el principio de interés superior de niños y niñas, limitándose a exigir la prueba del domicilio de los padres, como si se tratara de una solicitud ordinaria. Debido a esto, también restableció el derecho a la personalidad jurídica de los menores, tras considerar que las actuaciones de la Registraduría los habían sometido a un estado de desprotección y un limbo jurídico.

De igual manera, la situación expuesta con anterioridad también desconocía las obligaciones internacionales del Estado colombiano, pues ya existía un desarrollo legal en el *corpus iuris* internacional que protege el derecho a la nacionalidad de los niños que están en riesgo de apatridia, como la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961[7] y, en el contexto de la Corte IDH, se había desarrollado en casos como el de las "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana"[8] y la Opinión Consultiva 21/14.[9]

Las reglas jurisprudenciales fijadas en la Sentencia T-006 de 2020 no solo han sido reiteradas por la Corte Constitucional en pronunciamientos posteriores, como las sentencias T-079 de 2021, T-232 de 2024 y T-156 de 2025, sino que también ha ido ampliando paulatinamente los remedios constitucionales adoptados en casos similares. Por ejemplo, en cumplimiento de las órdenes de la Sentencia T-079 de 2021, la Registraduría tuvo que ampliar los documentos a través de los cuales un extranjero puede demostrar su ánimo de permanencia en Colombia, lo que permite que un mayor número de personas pueda cumplir con el requisito de domicilio al momento del nacimiento de sus hijos e hijas.

---

7 En su artículo 1 dispone: "Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apatridia" y en su artículo 8 enfatiza: "Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida".

8 En esta sentencia, la Corte IDH dispuso que "el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado" y que "el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos".

9 En esta Opinión Consultiva, la Corte, en su labor de dar alcance e interpretación a los derechos de la Convención Americana, hizo importantes observaciones sobre las obligaciones de los Estados respecto del tratamiento de los niños y las niñas que están en una situación de migración. Allí estableció que "cualquier política migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado". Así mismo, dispuso que, en el contexto migratorio, "constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección".

Más aún, estos precedentes tuvieron un impacto en el marco legal que regula la materia. En efecto, en 2023, el Congreso adoptó la Ley 2332 de 2023 –actualmente vigente sobre el acceso a la nacionalidad colombiana–, en la cual se exceptúa del requisito de domicilio a niños y niñas nacidos en territorio colombiano, hijos de padres extranjeros, siempre que ningún otro Estado les reconozca una nacionalidad.

1.3. La protección constitucional del derecho fundamental al debido proceso en el sistema de refugio en Colombia, en los trámites de expulsión y en la migración en tránsito

1.3.1. La garantía del debido proceso en las solicitudes de asilo

Sobre este asunto, la Sentencia de Unificación SU-543 de 2023 de la Corte Constitucional colombiana constituye un verdadero aporte nacional e internacional a la garantía de los derechos humanos de personas migrantes con necesidades de protección internacional. En concreto, esta providencia se refiere a la garantía del derecho a la igualdad y el asilo de migrantes venezolanos solicitantes del reconocimiento de refugiados.

El caso que originó la sentencia es el de una ciudadana venezolana de 90 años con una delicada situación de salud. Ella ingresó a Colombia irregularmente buscando protección, ya que en su país no podía acceder a medicamentos ni a los tratamientos necesarios por su avanzada edad y padecimientos, como problemas de movilidad, osteoporosis y desnutrición. La señora había solicitado simultáneamente el reconocimiento de la condición de refugiada, para lo cual recibió un salvoconducto SC-2, y el permiso de protección temporal (PPT). El Ministerio de Relaciones Exteriores le informó que, de acuerdo con la regulación vigente (Decreto 216 de 2021), debía renunciar al trámite de refugio para poder obtener el PPT, ya que ambos permisos eran incompatibles.

La Sala Plena de la Corte concluyó que la exigencia de desistir de la solicitud de refugio para obtener el PPT era inconstitucional para personas en extrema vulnerabilidad. Esta condición forzaba a la accionante a un "dilema deshumanizante": elegir entre ejercer su derecho a solicitar asilo –protección internacional– o acceder a un mecanismo que le garantizara sus necesidades básicas –el PPT, que otorga acceso al trabajo y a la continuidad en la afiliación integral al sistema de salud, a diferencia del salvoconducto SC-2–. Además, la Corte constató que la demora en el trámite de su solicitud de refugio –más de dos años– fue irrazonablemente prolongada, lo cual agravaba su situación de vulnerabilidad como sujeto de especial protección constitucional.

En consecuencia, la Corte concedió el amparo de sus derechos fundamentales. También ordenó al Ministerio inaplicar por excepción de inconstitucionalidad los artículos que exigen renunciar a la solicitud de refugio para obtener el PPT. La Corte definió que esta sentencia tenía un efecto inter pares, lo que obliga a las entidades a

hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad para todos los casos de migrantes venezolanos solicitantes de refugio, que aplicaron también al PPT y que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

En esta providencia, la Corte también le ordenó al Gobierno nacional que diseñara e implementara una política para atender la congestión y saturación de las solicitudes de refugio y que ajustara la reglamentación vigente sobre el trámite de solicitudes de refugio para que contuvieran medidas con enfoque diferencial. De esta manera, la jurisprudencia incidió en la política de acogida y atención de la población migrante desde un enfoque de derechos.

1.3.2. El derecho fundamental al debido proceso en los trámites de expulsión y en los procedimientos adelantados con las poblaciones migrantes en tránsito

Sobre este punto son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Principalmente, el tribunal constitucional ha fijado límites a la potestad discrecional de Migración Colombia, al aplicar procedimientos administrativos sancionatorios y no sancionatorios. Dos de las sentencias que han tenido una relevancia particular son la SU-397 de 2021 y la T-060 de 2025.

En el primer caso, la Corte analizó la tutela interpuesta en favor de siete ciudadanos venezolanos detenidos arbitrariamente por la Policía Nacional en Bogotá el 23 de noviembre de 2019. Los detenidos fueron acusados de participar en actos de "vandalismo" durante el paro nacional y conducidos al Centro de Traslado por Protección (CTP). En dicho centro, Migración Colombia tramitó rápidamente y expidió órdenes de expulsión discrecional del territorio nacional, prohibiendo su reingreso por cinco años. Los accionantes denunciaron que el proceso se realizó sin garantías (sin abogados ni información de cargos) y que la expulsión se ejecutó bajo malos tratos y abandono en el río Orinoco, lo que consumó la violación de sus derechos fundamentales.

En la sentencia, la Corte concluyó que Migración Colombia vulneró tales garantías en varias dimensiones. En primer lugar, la detención de los migrantes fue arbitraria, pues se utilizó la figura del "traslado por protección" –diseñada para fines preventivos y de carácter excepcional– como un mecanismo sancionatorio y correctivo, además de exceder el límite legal de 12 horas. En segundo lugar, se desconocieron las garantías de defensa y contradicción, dado que el procedimiento se adelantó con tal celeridad que anuló la posibilidad real de ejercer el derecho de defensa, restringiendo el acceso a asesoría jurídica y a la asistencia consular. En tercer lugar, las decisiones de expulsión carecieron de motivación suficiente, ya que se fundaron en expresiones genéricas y abstractas sin individualizar la conducta de cada extranjero, lo que configuró una expulsión colectiva prohibida por el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Finalmente, la entidad omitió el análisis de las circunstancias personales de los afectados, lo cual

implicó el desconocimiento de derechos fundamentales, como la unidad familiar y el interés superior de los niños, en tanto varios de los accionantes tenían hijos menores de edad o vínculos familiares en Colombia.

En el segundo caso –la Sentencia T-060 de 2025–, la Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por tres ciudadanas de Camerún contra Migración Colombia. En febrero de 2024, las tres mujeres llegaron al aeropuerto de Bogotá en tránsito hacia Centroamérica, pero Migración Colombia les negó el ingreso por supuestamente presentar información falsa y representar un riesgo para la seguridad del Estado. Como consecuencia, las mujeres permanecieron detenidas en el aeropuerto desde el 5 de febrero hasta el 11 y 12 de febrero de 2024 esperando su retorno. Las migrantes alegaron que durante esa espera sufrieron condiciones degradantes y que finalmente fueron expulsadas del país.

Al respecto, la Corte Constitucional advirtió que, aunque el procedimiento de inadmisión es de naturaleza rápida y sumaria, debe respetar las garantías mínimas del debido proceso, lo cual no ocurrió en este caso. Señaló, en primer lugar, que no se aseguró una notificación adecuada ni la comprensión por parte de las migrantes sobre el inicio, el alcance y los efectos de la decisión, pues los actos administrativos carecían de su firma y no se acreditó que hubiesen sido notificadas conforme a la ley. En segundo lugar, destacó la ausencia de intérprete y de asesoría legal o consular, lo que resultaba especialmente grave por la barrera idiomática, ya que las agenciadas hablaban inglés y no español. En tercer lugar, observó que el procedimiento no contemplaba recursos administrativos ni revisión judicial, lo que configuró una clara vulneración al derecho de defensa. Finalmente, cuestionó la razonabilidad de la actuación, pues el trámite de inadmisión se limitó a una verificación superficial en un lapso de 30 a 60 minutos, sin evaluar las circunstancias personales, familiares o de riesgo.

Así, en ambos casos, la Corte reiteró de forma enfática que los migrantes –sin importar su situación– son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional. Además, adujo que esta población enfrenta condiciones particulares de vulnerabilidad, derivadas de su permanencia irregular, el desconocimiento del sistema jurídico, las barreras idiomáticas y la ausencia de redes familiares o comunitarias.

En cuanto al debido proceso administrativo, ambos fallos subrayan que la facultad discrecional de Migración Colombia no puede convertirse en arbitrariedad, y que sus decisiones deben estar debidamente motivadas, con razones claras, precisas y proporcionales a los hechos. Igualmente, exigen garantizar el derecho de defensa y contradicción, lo cual implica que el extranjero comprenda el trámite, tenga acceso a intérprete cuando no domine el idioma, y pueda contar con asesoría legal y consular sin restricciones. El proceso, además, debe adelantarse en un plazo razonable, evitando excesos de celeridad que anulen la defensa, y debe incluir un análisis individualizado de las circunstancias personales y familiares, especialmente si hay menores de edad involucrados. Finalmente, la Corte reitera la prohibición

de la expulsión colectiva, que ocurre cuando las autoridades deciden sin valorar las situaciones particulares de cada migrante, lo que constituye una vulneración del debido proceso.

A propósito de este caso, la Corte tuvo la oportunidad de identificar vacíos puntuales respecto del marco legal de tratamiento del fenómeno de la migración en tránsito. Por ello, exhortó al Congreso de la República, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a Migración Colombia a que regulen la protección de los derechos de las personas migrantes en tránsito por Colombia. Para el cumplimiento de esta orden, las entidades deberán observar estándares que protejan el derecho a la libertad personal, el debido proceso administrativo y que se garantice la prohibición de devolución directa o indirecta como protección complementaria para personas extranjeras que no son refugiadas o solicitantes de asilo o refugio en los casos en que sus derechos a la vida, a la seguridad o a la libertad estén en riesgo.

2. La protección constitucional de las personas que afrontan el desplazamiento forzado interno por causas ambientales

Uno de los fenómenos migratorios que más eco ha tenido en el mundo durante las últimas décadas es el relacionado con los efectos del cambio climático. Entre los principales desarrollos internacionales sobre este asunto se destacan los Principios Deng del Consejo Económico y Social (Ecosoc) de la ONU, reconocidos como marco internacional de protección de los desplazados internos –incluidos aquellos afectados por catástrofes naturales– y acogidos por la Corte Constitucional colombiana como principios orientadores de la jurisprudencia sobre desplazamiento forzado interno[10] y como parte del bloque de constitucionalidad[11] en sentido lato.[12] Más recientemente, se han adoptado iniciativas de alcance global como el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), que reconoce expresamente la migración asociada al cambio climático, y la Estrategia Institucional sobre Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático 2021-2030 de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que promueve un enfoque de derechos humanos frente a estas dinámicas.

Además de reconocer y desarrollar este marco jurídico internacional, la Corte Constitucional colombiana, a través de la Sentencia T-123 de 2024, sentó un

---

[10] Ver, por ejemplo, sentencias T-025 de 2004, C-330 de 2016 y T-369 de 2021.

[11] Ver, por ejemplo, las sentencias C-280 de 2013, C-327 de 2016 y C-330 de 2016.

[12] En la Sentencia T-369 de 2021, la Corte reiteró que los principios sobre desplazados como los Deng y Pinheiro hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato y permiten a los operadores jurídicos interpretar el contenido y alcance de obligaciones de los Estados respecto de las víctimas en general.

precedente de gran relevancia en esta materia, pues no solo reconoció la existencia del desplazamiento forzado interno por causas o razones ambientales, entre estas el cambio climático, sino que enfatizó en que este tipo de desplazamiento constituye una grave situación de movilidad humana que produce desarraigo y afecta de manera multidimensional los derechos humanos. Un elemento central del análisis del caso fue precisamente el déficit de protección constitucional que enfrentan las víctimas de este fenómeno en Colombia. La Corte advirtió que el marco normativo vigente resulta insuficiente: por un lado, la Ley 1448 de 2011 se limita a las víctimas del conflicto armado, dejando por fuera a quienes sufren desplazamientos por causas ambientales; por otro, aunque el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SNGRD) prevé ciertos mecanismos de atención, estos se concentran en la reacción inmediata ante emergencias y no contemplan soluciones duraderas para los fenómenos de evolución lenta.

Junto con ello, la Corte consideró que el desplazamiento forzado interno por factores ambientales tiene particularidades que lo diferencian de otras formas de movilidad forzada. Se trata de un fenómeno multicausal y complejo, que puede originarse en desastres repentinos o en procesos de evolución lenta, como la elevación del nivel del mar o la degradación ambiental progresiva, agravados por factores sociales, económicos y políticos. Su carácter forzado puede manifestarse de manera gradual, pues, aunque algunas migraciones parezcan voluntarias, en realidad responden a la pérdida progresiva de medios de subsistencia. Además, la movilización puede ser temporal, con posibilidad de retorno, o definitiva cuando el daño ambiental es irreversible. Finalmente, para la Corte, este fenómeno afecta con especial intensidad a poblaciones vulnerables, como pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos, cuyo arraigo al territorio incrementa su riesgo y exige del Estado un deber reforzado de protección.

Por tales razones, la Corte alertó sobre la urgencia de crear una política pública para abordar este fenómeno, reconociendo su complejidad y la necesidad de medidas efectivas de prevención, mitigación y atención. En este sentido, exhortó al Congreso de la República y al Gobierno nacional para que desarrollaran un marco normativo para enfrentar el desplazamiento forzado interno por factores ambientales con enfoque diferencial. Mientras dicha regulación es expedida, las autoridades encargadas de enfrentar el fenómeno deberán, como mínimo, cumplir con las siguientes garantías: i) proporcionar protección contra este tipo de desplazamientos (fase de prevención); ii) garantizar a los afectados un nivel de vida adecuado, al menos en los componentes básicos de alimentos indispensables y agua potable, alojamientos básicos, vestido, servicios médicos y de saneamiento, y otros que respondan a las necesidades básicas de los desplazados; iii) asegurar, en caso de ser posible, el regreso voluntario seguro y digno o el reasentamiento; y (iv) prestar la asistencia requerida hasta tanto las personas que retornaron o se reasentaron recuperen, en la medida de lo posible, aquello de lo que fueron despojadas.

3. A pesar del marco jurisprudencial de protección ampliada de los derechos de las poblaciones migrantes, el Estado colombiano aún presenta desafíos para consolidar un sistema de garantías constitucionales sostenibles para las poblaciones migrantes

Todas las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente permiten evidenciar los enormes aportes de la jurisprudencia constitucional colombiana en la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes o en movilidad humana. Esta jurisprudencia ha guiado las transformaciones de la realidad de las personas migrantes y se ha convertido en la base sobre la cual se ha edificado paulatinamente la construcción de un marco legal basado en los principios de no discriminación y dignidad humana.

No obstante, antes de cerrar, quiero también dejar planteada una reflexión sobre el desafío más importante que aún afrontan tanto el Estado colombiano como todos los Estados latinoamericanos: *asumir una política de acogida garantista implica también asegurar su sostenibilidad social y fiscal. Por ello, es clave que los Estados avancen en una verdadera política pública de inclusión económica ágil y consistente.* Para ilustrar un poco mejor este punto, acudiré, a continuación, a algunas cifras y estudios o proyecciones que nos permiten dimensionar la magnitud de este asunto:

A partir del flujo migratorio venezolano hacia Colombia, un estudio reciente realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) nos muestra que una verdadera inclusión socioeconómica de la población migrante venezolana en Colombia supone un costo total estimado de 50,42 billones de pesos durante el periodo 2022-2028.[13] Este cálculo se basa en un escenario de integración moderado, que contempla únicamente los ámbitos de salud, educación, impuestos, promoción social, empleo y emprendimiento. De acuerdo con el mismo estudio, el costo anual promedio puede ser de 6,3 billones de pesos, de los cuales, tan solo el gasto de salud subsidiada y protección social correspondería al 56,5%.

Bajo una tesis similar a la que expongo, el estudio citado hace referencia a una proyección de contribuciones de la población migrante en distintos sectores. Sobre este punto, el cálculo que presenta es de alrededor $29,79 billones de pesos en el periodo 2022-2028. El promedio anual de contribuciones sería entonces de $3,72 billones de pesos; de estos, el 42,5% correspondería a contribuciones al sistema de salud y el 31,7% al pago de IVA.

---

[13] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Estimación del impacto fiscal de la inclusión socioeconómica de la población migrante venezolana en Colombia (2022-2028)", documento de trabajo, pp. 3-5, https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2024-10/undp_co_pub_costos_contribucion_inclusion_socioeconomica_migrantes_oct17_2024.pdf

Adicionalmente, urge poner la lupa sobre otros fenómenos más recientes, como las migraciones inversas en el tapón del Darién.

Según la Defensoría del Pueblo, más de 400.000 migrantes pasaron en 2024 por el tapón del Darién, en el flujo sur-norte, cifra que ha disminuido significativamente, de acuerdo con los reportes de esa entidad y de la Fundación Ideas para la Paz. En efecto, entre enero y febrero de 2025, 2.637 personas cruzaron por el Darién, lo cual representa una reducción del 96% respecto al mismo periodo en 2024.[14] No obstante, diversos informes mensuales sobre movilidad humana presentados por la Defensoría del Pueblo alertan sobre la situación humanitaria derivada del reciente fenómeno conocido como "flujo inverso" o "migraciones inversas". Se trata del retorno de las personas que habían migrado previamente al norte desde el sur y que ahora retornan en el flujo norte-sur a través del Darién.[15]

Entre el 1 de enero y el 15 de marzo de 2025, 3.485 migrantes ingresaron a Colombia desde Panamá. Este fenómeno refleja una tendencia creciente de migración en sentido norte-sur, producto de las recientes medidas de control migratorio mucho más estrictas y de la expulsión de migrantes adoptada por Estados Unidos.

Incluso, entre enero y agosto de 2025, aumentó la migración inversa desde el norte hacia el sur con más de 14.000 personas que llegaron a Colombia desde México y Estados Unidos. Esta situación revela nuevos retos humanitarios para la región, de protección y de políticas específicas de acogida e inclusión social y económica de esta población. Para ello, la reciente Comisión conformada por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y las Defensorías del Pueblo de Panamá y Colombia, con el acompañamiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh) ha recomendado adoptar "un enfoque regional, interinstitucional e interseccional para la gestión del fenómeno migratorio, con mecanismos permanentes de coordinación entre Costa Rica, Panamá, Colombia y otros países de destino".[16]

Las situaciones y cifras presentadas anteriormente respecto de estos complejos fenómenos de movilidad humana permiten dimensionar adecuadamente la magnitud de la emergencia humanitaria en la región y, a su vez, evidencian los retos fiscales y administrativos que enfrentan los Estados para garantizar un sistema efectivo de

---

[14] Defensoría del Pueblo, "Informe de Comisión de las Defensorías del Pueblo de Costa Rica, Panamá y Colombia revela aumento sin precedentes en la migración inversa desde el norte del continente", comunicado, https://www.defensoria.gov.co/-/aumento-sin-precedentes-en-la-migracion-inversa-desde-el-norte-del-continente

[15] Defensoría del Pueblo, "Migración inversa en la ruta Costa Rica- Panamá-Colombia. Desafíos de protección y necesidad de una respuesta regional", https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/3322240/Migraci%C3%B3n+Inversa+en+la+Ruta+Costa+Rica-Panam%C3%A1-Colombia.pdf/87da1a1f-3a93-e611-e528-a59b11cc3bf4?t=1756483366003

[16] Defensoría del Pueblo, "Informe de Comisión de las Defensorías del Pueblo de Costa Rica, Panamá y Colombia revela aumento sin precedentes en la migración inversa desde el norte del continente", Introducción del comunicado, https://www.defensoria.gov.co/-/aumento-sin-precedentes-en-la-migracion-inversa-desde-el-norte-del-continente

protección y realización de derechos. En este contexto, estimo indispensable avanzar en la formulación y el fortalecimiento de una política pública integral de inclusión social y económica de la población migrante, estructurada con criterios de planificación, sostenibilidad y corresponsabilidad fiscal. Dicha política debe contemplar mecanismos que incentiven y faciliten la contribución tributaria y los aportes al sistema de seguridad social por parte de las personas regularizadas, de manera que su integración favorezca también el crecimiento económico, contribuya a la ampliación del empleo formal y coadyuve al sostenimiento del Estado social de derecho.[17]

Sobre este punto, considero entonces la necesidad de que la política no solo se concentre en la fase de asistencia humanitaria, sino que también avance en la fase de estabilización económica, a partir de la inclusión e integración de la población migrante al mercado laboral formal. Ello, con dos propósitos: i) garantizar la consolidación de un sistema de garantías que asegure condiciones reales para el ejercicio de los derechos de las personas migrantes; y ii) financiar de forma sostenible las políticas sociales por medio del recaudo de impuestos y contribuciones de la población migrante en diversos sectores de la economía.

Algunas conclusiones

- Las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional colombiana han sido determinantes para la protección de las personas migrantes, independientemente de su situación migratoria, en especial, en torno al derecho fundamental a la salud de personas migrantes, en particular, el de niños, niñas y adolescentes; el derecho a la nacionalidad de estos últimos cuando están en riesgo de ser apátridas, y el derecho al debido proceso en trámites migratorios, solicitudes de asilo y migraciones en tránsito.
- Los casos conocidos por la Corte revelan que, pese a ciertos avances en la política migratoria de acogida, persisten barreras de inclusión y de discriminación de las personas migrantes. Estos casos también permiten advertir la necesidad apremiante de redoblar esfuerzos para adoptar políticas públicas enfocadas en la inclusión económica y social de las personas migrantes.
- En ese sentido, si bien el Estado ha avanzado de forma significativa en la regularización de personas migrantes, persiste el desafío de consolidar un sistema de garantías sostenibles de inclusión también desde el punto de vista fiscal. Es indispensable que el marco jurídico de garantías fundamentales no dependa de la activación de los casos en el sistema de justicia por medio de la acción de tutela.

---

[17] En este sentido, ver Dany Bahar, José Morales-Arilla y Sara Restrepo, "Integración económica de los inmigrantes venezolanos en Colombia. Una hoja de ruta para la política pública" Center for Global Development, https://www.cgdev.org/publication/economic-integration-venezuelan-immigrants-colombia-policy-roadmap

- La inclusión económica y social de la población permite además a los Estados financiar de forma sostenible las políticas públicas por medio del recaudo de impuestos, aportes a la seguridad social y otras contribuciones de la población migrante en diversos sectores de la economía.

Bibliografía

Acnur. "Fact Sheet Venezuela", abril de 2025. https://data.unhcr.org/en/documents/details/118398

Bahar, Dany, José Morales-Arilla y Sara Restrepo. *Integración económica de los inmigrantes venezolanos en Colombia. Una hoja de ruta para la política pública*. Center for Global Development. /https://www.cgdev.org/sites/default/files/economic-integration-venezuelan-immigrants-colombia-policy-roadmap-ESP.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21 de 2014.

Corte IDH. Caso "Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", Sentencia de septiembre de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 130.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-677 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-074 de 2019, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 de 2020, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-397 de 2021, M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450 de 2021, M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-336 de 2022, M. P. Hernán Correa Cardozo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-174 de 2023, M. P. Natalia Ángel Cabo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-543 de 2023, M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-123 de 2024, M. P. Natalia Ángel Cabo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-060 de 2025, M. P. Juan Carlos Cortés González.

Defensoría del Pueblo. Migración inversa en la ruta Costa Rica-Panamá-Colombia. Desafíos de protección y necesidad de una respuesta regional. https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/3322240/Migraci%C3%B3n+Inversa+en+la+Ruta+Costa+Rica-Panam%C3%A1-Colombia.pdf/87da1a1f-3a93-e611-e528-a59b11cc3bf4?t=1756483366003

Migración Colombia. Observatorio de Migraciones, Migrantes y Movilidad Humana (OM3). *Informe de migrantes venezolanas(os) en Colombia*, junio de 2024. https://unidad-administrativa-especial-migracion-colombia.micolombiadigital.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-migracion-colombia/content/files/001434/71671_boletin-migrantes-venezolanasos-en-colombia-junio-de-2024-1.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "Estimación del impacto fiscal de la inclusión socioeconómica de la población migrante venezolana en Colombia (2022-2028)". Documento de trabajo. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2024-10/undp_co_pub_costos_contribucion_inclusion_socioeconomica_migrantes_oct17_2024.pdf

Rangel E., Juan Pablo. "El Darién no está cerrado: la realidad del retorno de migrantes", 28 de marzo de 2025. Fundación Ideas para la Paz - Publicaciones. https://ideaspaz.org/publicaciones/opinion/2025-03/el-darien-no-esta-cerrado-la-realidad-del-flujo-inverso-de-migrantes

Tobo C., Paula, Juan Pablo Rangel E. y Tatiana Prada C. "Más allá del Darién. El rol de Colombia en las migraciones hacia el norte". Fundación Ideas para la Paz - Publicacciones. https://ideaspaz.org/publicaciones/investigaciones-analisis/2025-06/el-rol-de-colombia-en-la-migracion-hacia-el-norte

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 31-51, ISSN 2346-0849

Ingrid Hess Herrera* **(Costa Rica)**

La discriminación y su respuesta desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional latinoamericana: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Discrimination and the Response from the Perspective of the Latin American Constitutional Jurisdiction: The Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica

Diskriminierung als Gegenstand der lateinamerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit: die Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs von Costa Rica

Introducción

Todos y todas conocemos aquí qué es el índice o coeficiente de Gini[1] y su desempeño relativamente pobre en los países de nuestra región, incluido el mío (0,492 en 2024).[2]

* Magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

[1] El coeficiente de Gini, también llamado índice de Gini o Gini ratio, es la medida más utilizada para calcular la distribución del ingreso. En pocas palabras, cuanto mayor sea el coeficiente de Gini, mayor será la brecha entre los ingresos de las personas más ricas y las más pobres de un país. El coeficiente de Gini de un país es importante porque ayuda a identificar altos niveles de desigualdad de ingresos, que pueden tener diversas repercusiones políticas y económicas negativas. Estas incluyen un menor crecimiento del PIB, una menor movilidad de los ingresos, un mayor endeudamiento de los hogares, polarización política y mayores tasas de pobreza. Desarrollado por el estadístico italiano Corrado Gini en 1912, el coeficiente de Gini varía de 0 a 1, pero a menudo se expresa como un porcentaje. Por ejemplo, si una nación tuviera una igualdad absoluta de ingresos, con todas las personas con los mismos ingresos, su índice de Gini sería 0 (0%). Por otro lado, si una persona acaparara todos los ingresos de una nación y el resto no ganara nada, el coeficiente de Gini sería 1 (100%).

[2] "Coeficiente de Gini por país 2026", *Revista de Población Mundial*, https://worldpopulationreview.com/country-rankings/gini-coefficient-by-country#explaining-the-gini-coefficient

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Esa cifra abstracta tiene repercusiones más que reales en los grupos de siempre, en el efectivo disfrute, ejercicio y reconocimiento de sus derechos fundamentales.[3]

En el informe del relator de Naciones Unidas sobre pobreza extrema y derechos humanos, Olivier de Schutter explica que los recortes en programas sociales alrededor del mundo han generado descontento, el cual –paradójicamente– está siendo aprovechado por tendencias de extrema derecha.[4] Urge recordar la protección social como derecho humano, bien público de impacto positivo para toda la sociedad.

En todas partes –como lo atestiguamos aquí, en los distintos paneles–, la justicia constitucional es válvula de escape en nuestros ordenamientos, contrapeso de las fuerzas imperantes en ciertos órdenes (internos y externos), muchas veces violentas e intransigentes. Frente a ellas, nuestros tribunales tienen el deber de ser una luz de esperanza, de igualdad y, por ende, de justicia. También importa recalcar, cuando se habla de la igualdad, su unión inquebrantable con la noción de dignidad humana. El reconocimiento de esa dignidad de base nos obliga a tratarnos con igualdad.[5]

Ahora bien, sobre el papel de la justicia constitucional como potenciadora del principio de igualdad, su rol puede analizarse desde muchos puntos de vista. Se partirá aquí de ese carácter tridimensional de la igualdad, que se sugiere en la nota conceptual de este escrito. De acuerdo con la experiencia de la jurisdicción constitucional costarricense, se sintetizaría como se presenta en este texto.

1. Igualdad formal o igualdad ante la ley

Esta es la dimensión menormente vinculada a la justicia constitucional. Desde el punto de vista del recurso de amparo, en general, implica un traslado ante los órganos jurisdiccionales comunes para la decisión de si, frente a un determinado marco normativo, la ley u otras disposiciones infralegales fueron aplicadas de forma disímil ante supuestos formalmente análogos. La simple desigualdad no se considera de tal entidad como para acarrear la protección propia del recurso de amparo.

Ahora bien, cosa distinta es la acción de inconstitucionalidad o los demás procesos en los que se valora la congruencia de las normas con el derecho de la Constitución. En esos casos, la desigualdad formal sí podría implicar el ejercicio de las competencias de la justicia constitucional, ya sea anulando una disposición que

---

[3] Jaime Ordóñez Chacón, "Desigualdad económica y erosión de los DD. HH. en América Latina", en *Temas sobre el Estado Social y Democrático de Derecho: vigencia y deterioro*, comp. por Haideer Miranda Bonilla y Magally Hernández Rodríguez (Heredia, Costa Rica: Isolma, 2023), 253-282.

[4] Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Olivier de Schutter. El populismo de ultraderecha y el futuro de la protección social, UN Doc. A80/138, 11 de julio de 2025, https://docs.un.org/es/A/80/138

[5] Víctor Orozco Solano, *La dignidad: una mirada jurisprudencial* (México: Derecho Global Editores, 2024), 223, en especial, la conclusión 2.

trate distinto a sujetos que deberían recibir un trato similar, de la misma forma a quienes deben recibir un tratamiento diferenciado o declarando la inconstitucionalidad por omisiones parciales del legislador, u otros emisores de normas, al haber olvidado contemplar en sus regulaciones a grupos que se encontraban en una situación parecida.

Un ejemplo de este último supuesto lo constituye la Sentencia 2024029734 de las 12:30 horas de 9 de octubre de 2024, en la cual se acogió una acción de inconstitucionalidad, declarando inconstitucional la omisión relativa contenida en el artículo 5 del Reglamento de Adjudicación de becas a la población estudiantil de la Universidad de Costa Rica, en el sentido de que debe entenderse incluida la población extranjera con estatus migratorio regular en el país, con base en la Resolución de la Dirección General de Migración y Extranjería DJUR-0019-01-2021-JM.

También puede traerse a colación la Sentencia 2790-2025 de 29 de enero de 2025, donde se concluyó que si bien las normas impugnadas no son inconstitucionales en su contenido expreso en los términos acusados, sí lo son las normas implícitas excluyentes del inciso b) del artículo 95 del Código de Trabajo y del numeral 41 de la Ley Marco de Empleo Público, dado que omiten la posibilidad de que en las familias homoparentales donde se da la comaternidad, la madre no gestante acceda a permisos y licencias equivalentes a los ahí previstos. Consideró la mayoría de la Sala que tal omisión vulnera los ordinales 33, 51, 52, 55, 71 y 73 de la Constitución Política; 1º, 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 2 inciso 2), 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); 3, 4, 7, 8, 18, 26 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 2, 5, 11, 12, 13 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw); 4 y 6 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará); 1º, 11, 17, 19 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y 9, 15 y 16 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Consecuentemente, se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad, solo por la omisión del inciso b) del ordinal 95 de la Ley 2 de 27 de agosto de 1943 (Código de Trabajo) y del artículo 41 de la Ley 10159 de 8 de marzo de 2022 (Ley Marco de Empleo Público) que contempla la posibilidad de que en las familias homoparentales donde se ejerce la comaternidad, la madre no gestante acceda a la licencia o permiso de paternidad, lo que vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, y a la protección especial de que gozan la familia, las mujeres y las personas menores de edad, en relación con los principios del interés superior del niño y de equidad. En procura de que el inciso b) del canon 95 del Código de Trabajo y el numeral 41 de la Ley Marco de Empleo Público se interpreten y apliquen en consonancia con tales derechos y principios constitucionales, dispuso que, en lo sucesivo, deberá entenderse que los beneficios regulados en esas normas también se podrán

otorgar a la madre no gestante dentro de una relación de comaternidad en una familia homoparental.

2. Igualdad material, que impone la obligación de garantizar condiciones efectivas de acceso a derechos y oportunidades

En esta segunda dimensión se intensifica la presencia de la justicia constitucional. El análisis en conjunto de la actividad de la Sala Constitucional permite concluir en una vigorosa tutela de la igualdad material.[6] Ejemplo de esta afirmación es la aplicación de las Reglas de Brasilia[7] y la noción de poblaciones vulnerables que estas acuñan. Tal categorización ha propendido a favorecer el acceso a la justicia, así como la utilización de reglas interpretativas para aplicarlas a los hechos y las normas de manera que se favorezca a estos grupos.

En cuanto al acceso a la justicia, las convergencias entre la justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativa han llevado a tutelar el derecho a la justicia administrativa pronta desde ambos flancos. Se ha asignado a los jueces de lo contencioso-administrativo el conocimiento, en general, de las aducidas infracciones de este derecho a través de un proceso sumario y sencillo, denominado coloquialmente "amparo de legalidad".

La Sala Constitucional, por su parte, ha mantenido su competencia para conocer de estos agravios cuando afecten a poblaciones vulnerables y respecto de ciertos temas –protección del derecho a un ambiente sano, por ejemplo–, garantizándoles el acceso a esa sede jurisdiccional. Se ha entendido que la excepción cubre a personas menores de edad, adultas mayores relacionadas directamente con esa situación, personas en condición de discapacidad, personas privadas de libertad, personas indígenas, personas apátridas, personas en condición de calle.

En este punto, la acción que puede ejercer la jurisdicción constitucional se complementa con la labor legislativa en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos para satisfacer las

---

[6] En la discusión de la Asamblea Nacional Constituyente costarricense de 1949 sobre el principio de igualdad se afirmó: "Plantea la igualdad como regla de principio, pero admite, la protección especial por dos tipos de desigualdad: la natural y la social. Se usó como referencia, el hecho de que unos hombres nacen fuertes y sanos, otros débiles y enfermos, unos nacen ricos, otros, pobres, unos han alcanzado los beneficios de la cultura y un buen número no ha cursado siquiera la escuela primaria, por lo que hay una mayor responsabilidad para unos que para otros y que, frente a esas diferencias, la ley debe hacer distinciones" [Anabelle León Feoli, "Derecho constitucional a la no discriminación", en *La Constitución 75 años después*, Tomo I (Universidad Libre de Derecho, 2024), 361-394].

[7] Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

obligaciones derivadas de la igualdad material. Piénsese en las pautas de igualdad sustantiva que derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Cedaw, por ejemplo. Estos convenios, además de combatir la discriminación, procuran promover condiciones efectivas de acceso a derechos y oportunidades. Su implementación puede efectuarse, en parte, por la vía jurisprudencial, pero requiere también la adopción de legislación y la elaboración de políticas públicas que vayan más allá de los casos concretos e impulsen un cambio generalizado, duradero y realista.

Hay una verdadera línea gris aquí, cuya sinuosidad va a depender en gran medida de los actores de cada uno de los flancos señalados: jueces muy activos vs. jueces con una visión muy restrictiva de su rol; un parlamento vigoroso, comprometido y fructífero vs. uno inoperante o con otras prioridades políticas; un Poder Ejecutivo interesado en promover políticas en estos campos y con la posibilidad financiera de llevarlas adelante vs. uno apático, errático o con escaso margen fiscal.

Y no hay que olvidar los actores supranacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos contenciosos que involucren al Estado con obligaciones directas de primera mano y en su línea jurisprudencial en general, así como los diferentes informes y casos del sistema universal de protección de los derechos humanos.

Una última precisión: en la justicia constitucional costarricense está expresamente previsto el amparo contra sujetos de derecho privado. Es decir, hay un canal específico que confiere competencia a la Sala Constitucional para desarrollar el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Por supuesto que la igualdad es una de las vetas más explotadas a través de este instrumento.

Ahora bien, entrando ya en materia con ejemplos específicos donde la jurisdicción constitucional costarricense ha adoptado decisiones tendientes a garantizar la igualdad material, debe insistirse, una vez más, en que entramos en un terreno con algunas ambigüedades, pues la búsqueda de la igualdad material parte del presupuesto de una base social discriminatoria respecto de ciertas poblaciones. De todas formas, las decisiones se organizaron de acuerdo con el énfasis que contienen en una u otra de las dimensiones de la lucha contra la desigualdad. A continuación, examinaremos aalgunas de aquellas donde el acento se pone en el deber estatal de garantizar igualdad sustantiva por medio de mecanismos compensatorios.

2.1. Género

La Sala se ha referido al derecho de las mujeres a ocupar, en condiciones de igualdad, cargos públicos, así como a ser postuladas paritariamente a cargos de elección popular. En cuanto a desempeñar cargos públicos, la Sentencia 716-98 de las 11:51 horas de 16 de febrero de 1998 fue paradigmática en nuestro país. A través de un recurso de amparo, fueron impugnadas las decisiones del Consejo de Gobierno y de la Asamblea Legislativa de nombrar solamente a hombres como directores de

la primera Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, recurso que fue declarado con lugar. Posteriormente, se ha replicado esta decisión, como en el caso de la Sentencia 13885-2015 de 4 de septiembre de 2015, donde el Consejo de Gobierno designó en el Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad a seis hombres y solamente a una mujer.

Asimismo, por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la Sala declaró con lugar una acción contra varias decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) (voto 16070-2015 de 14 de octubre de 2015) que decretaban la ausencia de una obligación para los partidos políticos de aplicar la regla de la paridad en los encabezamientos, es decir, la "paridad horizontal", que busca la igualdad a lo largo de todas las nóminas de candidaturas de elección popular.

2.2. Discapacidad

A partir de la legislación nacional –que impuso una serie de obligaciones en esta materia– y de instrumentos de derecho internacional, en una importante cantidad de sentencias se ha declarado la necesidad de igualdad sustantiva en aspectos como educación, transporte público, acceso a la información de interés público y accesibilidad a los espacios públicos. Estas obligaciones se han declarado tanto respecto de sujetos de derecho público como de derecho privado, en concordancia con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En materia de *educación,* en la Sentencia 2022-028673 de las 09:30 horas de 2 de diciembre de 2022 se estableció, en síntesis, lo que se lee a continuación:

> III.- SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. En un sistema de protección, respeto y garantía de los derechos humanos, todas las personas con discapacidad tienen derecho a la educación, en igualdad de oportunidades que los demás. En ese sentido, es de obligatoria observancia y aplicación lo dispuesto en el artículo 24, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. […]
>
> En Costa Rica se ha aprobado un marco jurídico bastante amplio para la protección de los derechos de las personas con discapacidad y, como producto de ello se ha promulgado la "Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad" N° 7600, publicada en *La Gaceta* del 29 de mayo de 1996, la cual, en desarrollo de los instrumentos internacionales anteriormente citados, establece la obligación del Estado de propiciar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la educación de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito público como privado.
>
> En Costa Rica, de acuerdo "con la Organización Panamericana para la Salud […] se sienta la responsabilidad en el Ministerio de Educación Pública (en adelante MEP), como ente rector de la educación pública en Costa Rica,

de dictar las políticas públicas para garantizar el acceso a la educación" de las personas con discapacidad. […]

Lo anterior significa que las personas con discapacidad no deben ser reducidas y segregadas para que se interprete que sólo pueden recibir "educación especial"; por el contrario, tienen el derecho fundamental a una educación inclusiva que es la respuesta efectiva a la diversidad de los educandos –con el fin de sustituir la perspectiva tradicional de la educación especial–, que consiste en una estrategia global de cambio que involucra a todo el sistema educativo y que brinda atención a cada estudiante en una escuela que atienda la diversidad. […]

En consecuencia, *le corresponde a la Sala Constitucional, por la investidura y competencias que le han sido otorgadas a partir de los artículos 7, de la Constitución Política y 1, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, garantizar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos fundamentales, entre ellos y sin más retardo, el derecho fundamental a la educación inclusiva; caso contrario, la inercia de la Sala en esta materia, puede llevar a una denegación de justicia, pero también a eventuales responsabilidades internacionales del país. Le corresponde entonces a la Sala, ante la falta de acciones imperativas del Ministerio de Educación Pública, ordenar la inmediata aplicación de la normativa que rige la materia y, por ende, disponer la ejecución de las políticas afirmativas de no discriminación y de acción positiva a favor de las personas con discapacidad que ya existen, y que no se están cumpliendo, específicamente en lo que se refiere a la educación inclusiva (ver en relación con lo anterior la Sentencia N° 2017-009798 de las 11:41 horas de 23 de junio del 2017). […]*

Así las cosas, si bien este Tribunal comprende que a nivel institucional, el Ministerio de Educación Pública no le asigna el denominado "Asistente de Servicios de Educación Especial" a todo tipo de discapacidad, ni a un estudiante en particular, así como las limitaciones presupuestarias que actualmente puede atravesar esa cartera ministerial, se debe acatar el principio de inclusión plena, accesibilidad, y no discriminación, en aras de resguardar el derecho a la educación, así como la tutela de las personas menores de edad con alguna discapacidad, sí se podría dotar al centro educativo que corresponda con el código requerido, para la implementación de las terapias ocupacionales. Lo anterior, tomando en consideración que, desde el mes de abril de 2022, se presentó la referencia emitida por la Caja Costarricense de Seguro Social, para que el menor amparado recibiera la terapia ocupacional. En consecuencia, lo procedente declarar con lugar el recurso, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva de esta Sentencia. […]

En el voto 27388-2021 de 7 de diciembre de 2021 se condenó a un sujeto de derecho privado (un restaurante) por impedir el ingreso de una persona con un perro

de asistencia que cuenta con las identificaciones correspondientes que lo califican como "perro de apoyo a persona con discapacidad".[8]

Se hizo referencia en el pronunciamiento a normativa interna:

> Visto lo antes expuesto, nótese que la Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad establece en su ordinal 45 bis que: "Las personas con discapacidad que utilicen perros guías o animales de asistencia, así como productos para apoyar la movilidad, tendrán libre acceso a todos los medios de transporte público, así como a toda edificación pública o privada, sin que esto les genere gastos adicionales".
>
> Por su parte, en el numeral 176 del reglamento de tal cuerpo normativo se establece que: "Toda persona que por algún tipo de discapacidad requiera de un animal de asistencia como apoyo, acompañamiento, conducción y auxilio, lo podrá ingresar, permanecer y deambular a toda edificación pública, privada de servicio público y medio de transporte público. Los Instructores, adiestradores y entrenadores de Animales de Asistencia y de los que estén en proceso de formación, debidamente acreditados, gozarán de los mismos derechos que gozan las personas con su Perro o Animal de Asistencia mientras realicen las labores de entrenamiento y aprendizaje de aquellos animales que vayan a ser destinados como de asistencia, indiferentemente a su especialidad que vengan a favorecer procesos de rehabilitación y de inclusión social, y así como, también en las labores de adaptación a los usuarios".

Propiamente, en la sentencia se concluyó:

> En suma, la Sala advierte que las supramencionadas actuaciones de la parte recurrida configuran tratamientos discriminatorios, los cuales resultan reprochables y carentes de justificación suficiente, sobre todo, si se considera que la amparada posee una doble condición de vulnerabilidad al ser una persona menor de edad con discapacidad, por lo que goza de una tutela especial.

Por otra parte, la Sentencia 2198-2021 de 5 de febrero de 2021 también atañe a un sujeto de derecho privado, pero en el ámbito de la comunicación colectiva (una televisora). Ahí se consideró lo siguiente:

> Los alegatos básicos del recurrente se han concentrado en que, los distintos canales de televisión abierta y hasta cableras, no tienen activada la función "*Closed Caption*" ni tampoco cuentan con "Traductor LESCO". En atención a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad,

[8] Pódcast sobre discriminación a persona con discapacidad. Sala Constitucional, "Perro de asistencia", *Salacuartazos*, Canal Judicial Costa Rica, 3 de octubre de 2025, https://youtu.be/f7d5bRiHVGY?si=ld-Z51j5eRsvrrMz

> particularmente con discapacidad auditiva, esta Sala ha venido declarando con lugar dichos recursos. […] De todo lo anterior, no encuentra elementos esta Sala para estimar este recurso, pues cada uno de los recurridos, de una u otra forma, en los términos indicados, cumplen con su obligación de emitir programas accesibles a las personas con discapacidad auditiva.

En cuanto al transporte público, por ejemplo, se declaró con lugar un recurso de amparo, por Sentencia 2025031028 de 26 de septiembre de 2025, contra el Consejo de Transporte Público, con el fin de que disponga lo necesario para que las paradas de las rutas de autobús que utilizan la recurrente y su menor hijo reúnan las condiciones de accesibilidad y seguridad que corresponden para una persona con discapacidad.

Sobre acceso al espacio público, en el voto 2025028387 de 5 de septiembre de 2025, se recordó que el derecho a la educación implica también que las lecciones sean impartidas en condiciones apropiadas para todos los menores de edad, disminuyendo los riesgos y peligros que puedan darse en la infraestructura educativa a la que asisten, y procurando que todos los estudiantes cuenten con todos los insumos educativos necesarios para desarrollar adecuadamente sus habilidades, incluyendo la plena accesibilidad de sus instalaciones para personas en condición de discapacidad.

2.3. Poblaciones indígenas

En relación con poblaciones indígenas, una de las primeras sentencias relevantes es la 1786-93 de 21 de abril de 1993, sobre el derecho a la nacionalidad de personas indígenas. Se indicó en el pronunciamiento:

> Es claro que el proceso de inscribir a una persona como costarricense por nacimiento, que es lo discutido en este amparo, en circunstancias normales, se reduce a una cuestión de prueba. El progenitor, o el propio interesado deben probar que el segundo nació en el territorio nacional, o en el extranjero si el padre es costarricense (incisos 1º, 2º y 3º); o, en el caso de un infante abandonado, que se ignora donde nació ni quienes son sus padres (inciso 4º).
>
> IV.- Los recurrentes consideran que por su milenaria cultura indígena, que comprende costumbres nómadas y una concepción de su territorio vital radicalmente diferente de la de la mayoría de los costarricenses, en especial por la ausencia de límites o fronteras y por ende del concepto de propiedad privada propio de algunos pueblos occidentales, tienen el derecho a ser inscritos como costarricenses sin cumplir los requisitos que exige la ley para ello y además que no se les aplique la ley Nº 7024 que los obliga a inscribirse como extranjeros naturalizados. Estima la Sala que los recurrentes tienen razón, por cuanto la Constitución Política, el Convenio 169 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, aprobado por la Asamblea Legislativa según ley # 7316

> de 13 de octubre de 1992 y otras normas y principios del Derecho Constitucional y del Internacional de los Derechos Humanos reconocen que los indígenas son un grupo social diferente de la mayoría, (mayoría en algunos países), al que no pueden aplicarse pura y simplemente los artículos 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y 24 del Reglamento del Registro del Estado Civil, que exigen el requisito de la declaración de una persona mayor de edad que tenga cédula de identidad, con el fin de cumplir el trámite para la inscripción tardía de una persona mayor de diez años, nacida en el país o de padres costarricenses; es decir, que el testigo ya haya sido inscrito como costarricense. Esas normas citadas tienen sentido para circunstancias normales y casos aislados de personas que no fueron registradas en sus primeros años de vida, pero evidentemente no lo tienen para toda una población que además representa una cultura diferente que debe ser reconocida y respetada, como se dijo, y a la cual debe aplicársele la ley desde otra perspectiva completamente distinta, sobre todo a la vista del Convenio 169 de la OIT, que es una norma de rango superior a la ley según lo dispone el artículo 7º de la Constitución, y sobre el que la Sala emitió opinión consultiva favorable por sentencia Nº 3051-92 y que hoy es ley de la República Nº 7316.

La parte dispositiva de la sentencia estipuló lo siguiente:

> Se declara con lugar el recurso. Para la inscripción de los indígenas Guaymíes como costarricenses de origen, se deben aplicar los criterios resultantes del Convenio número ciento sesenta y nueve de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, aprobada por Ley Nº 7316 de 3 de noviembre de 1982, en especial conforme a lo dispuesto en el artículo décimo de dicho convenio.

También vinculado a estos grupos, sobre el acceso a defensa pública en pensiones alimentarias, en la Decisión 11544-2016 de 12 de agosto de 2016 se determinó lo que sigue:

> Efectivamente, ha sido un hecho incontrovertido en este proceso que el recurrente es indígena. Como tal, el marco jurídico de referencia debe incluir las normas específicas que brindan protección a dichas personas e imponen deberes correlativos al Estado. Su condición de vulnerabilidad y la necesidad de brindarles una defensa especial han conllevado la suscripción de múltiples instrumentos internacionales, situación que también ha sido reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal. Una revista de algunos instrumentos internacionales en la materia –algunos de ellos *soft law*, otros vinculantes para el Estado– deja fuera de duda que dicha vulnerabilidad ha sido clave en las consideraciones realizadas por las Partes:

> […] Asimismo, la Sala ha reconocido la vulnerabilidad de esta población en su jurisprudencia:
>
> "III. SOBRE LAS POBLACIONES INDÍGENAS Y SU CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. Al encontrarnos frente a un caso en el que el tutelado forma parte de un grupo indígena, cuya población ha sido catalogada de condición vulnerable, es necesario tener en cuenta las garantías asumidas por el Estado costarricense, en relación con el juzgamiento de causas en las que intervienen grupos en estas condiciones. Tratándose de una causa judicial, penal en este caso, es indispensable que las autoridades, ya sea jurisdiccionales o administrativas, tomen las medidas necesarias para garantizar que el acto o audiencia dirigida a cumplir con la función de administrar justicia, resulte accesible y respetuosa de la cultura y las necesidades de dicho grupo étnico. En este sentido, debe acudirse, entre otros instrumentos internacionales, a las 'Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad', aprobadas mediante acuerdo de Corte Plena número 17-2008, sesión extraordinaria celebrada a las 8:30 horas, del 26 de mayo de 2008. En específico, la norma 42) de las Reglas de Brasilia dispone que: '…Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación…' Asimismo, debe tenerse presente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 10) y las 'Reglas Prácticas para facilitar el Acceso a la Justicia de las Poblaciones indígenas' dictadas por el Consejo Superior del Poder Judicial de Costa Rica en sesión 77-08 del 14 de octubre de 2008 y reiteradas mediante circular 10-09, que constituyen parámetros importantes para la implementación de medidas que permitan el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de estas personas que requieren de un trato especializado". (Sentencia N° 2015-16142 de las 9:30 horas del 16 de octubre de 2015).

El tema que atañe a la Sala en esta ocasión es el acceso a la justicia y, en particular, el derecho de defensa en el proceso alimentario seguido en contra del tutelado.

En lo que respecta al acceso a la justicia, las normas internacionales señalan:

> Artículo 12
>
> Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros

> medios eficaces (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo; el subrayado es agregado).
>
> Artículo XXXIII
>
> Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

De manera similar, las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" indican:

> (9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. […]
>
> (29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados (El subrayado es agregado).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado algunos rasgos del derecho de acceso a la justicia en relación con pueblos indígenas que permiten observar el deber del Estado de dar un tratamiento diferenciado a dicha población. Así, dicha Corte expresó:

> 251. En este sentido, la Corte estima que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, así como de otros estándares internacionales en la materia, los recursos internos, deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta los siguientes criterios:
>
> […]

3. garantía de acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal– sin discriminación y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que el recurso disponible deberá ser:

a) accesible, sencillo y dentro de un plazo razonable. Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia, a saber:

i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin;

ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, […]" (Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Fondo, reparaciones y costas). […]

De lo anterior se advierte con facilidad que, en determinados casos, el indígena puede requerir de una particular asistencia letrada para una verdadera comprensión del proceso legal que le afecta, toda vez que tal "comprensión" no se limita a una cuestión meramente idiomática, sino que abarca la posibilidad de contar con recursos que le permitan una defensa efectiva. La comprensión entendida como facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar las cosas, en el caso de un proceso legal alimentario, queda muy corta, cuando se ve constreñida al entendimiento de un idioma, toda vez que lo decisivo a los efectos del adecuado ejercicio de la defensa es la comprensión técnica de los derechos, obligaciones y recursos procesales propios de la materia alimentaria, máxime que una eventual medida en perjuicio del deudor alimentaria es el apremio corporal (sic).

Subrayamos que la mencionada asistencia estatal se debe dar solo cuando sea necesaria, esto es, cuando, en el caso concreto, el indígena se encuentre en una situación de vulnerabilidad, como le sucede a aquellos que viven de una agricultura de subsistencia; diversa es la situación de otros integrantes de los pueblos indígenas, quienes, merced a su formación o particular circunstancia económica, se encuentran en una situación mucho más favorable.

En el *sub examine*, precisamente, diversos indicios han llevado a la Sala a concluir que la condición de vulnerabilidad particular del tutelado significó una limitación patente a su derecho de defensa. En efecto, la sentencia de primera instancia N° 181-2014 del 18 de noviembre de 2014 del Juzgado recurrido, mediante la cual se declaró con lugar la demanda en contra del tutelado, se dictó sin que él realizara algún acto de relevancia para su defensa, toda vez que no contestó la demanda ni aportó pruebas; más aun, él no se hizo acompañar por abogado a la audiencia de conciliación, ni tampoco recurrió las resoluciones que recayeron en el proceso. De la prueba que corre en autos y el informe rendido, la Sala observa una única actuación en la que el amparado contó con

asesoría letrada, que es la solicitud planteada el 17 de marzo de 2016, cuando el proceso ya había concluido y él se encontraba recluido en el CAI La Reforma. De hecho, la ayuda jurídica provino del mismo centro penal.

La Sala también recalca que desde el momento mismo de la demanda de pensión alimentaria, el Juzgado recurrido supo de la pertenencia del tutelado a una población indígena y que tal Despacho observó con claridad la inactividad y ausencia de defensa del amparado en el proceso judicial. Ante este cuadro fáctico, la obligación de la autoridad judicial era velar por facilitar al tutelado el acceso a la justicia y el derecho de defensa, para cuyo efecto debió prevenirle oportunamente de sus derechos –lo que incluye la posibilidad de contar con asistencia letrada a cargo del Estado en dicho proceso alimentario– y no continuar el proceso con completa indefensión de la parte. A partir de lo expuesto, la Sala puede concluir que, en el caso concreto, el amparado careció de medios eficaces, acordes con su condición personal de vulnerabilidad, que garantizaran el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Para el caso concreto, la manera de paliar las limitaciones que afrontaba el tutelado, debió ser la asistencia letrada gratuita por parte de la Defensa Pública. En tal sentido, el hecho de que esta dependencia venga a representar intereses contrapuestos en un mismo proceso no es de extrañar, puesto que esto ocurre con frecuencia incluso en la materia penal, cuando los coimputados tienen posiciones irreconciliables entre sí. Por lo demás, en su informe, la propia Defensa Pública, haciendo referencia a las "Reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas" y al "Plan de equiparación de oportunidades para poblaciones en condición de vulnerabilidad 2013-2017", plantea que de forma excepcional, cuando se enfrentan a casos donde podría existir un estado de vulnerabilidad, se debe valorar la necesidad de brindar asistencia. Precisamente, es importante insistir en que la decisión de este Tribunal parte de la vulnerabilidad real del tutelado, derivada no de la mera condición de indígena, sino de las especiales circunstancias del caso concreto, todo ello advirtiendo la amenaza de privación de libertad subyacente en el proceso de pensión alimentaria, en la forma del apremio corporal.

A partir de lo expuesto, se declara con lugar el extremo. Vista la situación de indefensión del tutelado, se anula todo el procedimiento posterior a la resolución de las 11:15 horas del 31 de enero de 2014 del Juzgado de Pensiones Alimentarias de Bribri y se retrotrae el proceso hasta dicho punto para su correcta sustanciación. Asimismo, se ordena a la Defensa Pública asignar de inmediato asistencia letrada al tutelado.

Los pronunciamientos de la Sala en esta materia han abarcado también cuestiones de educación, pues el Ministerio de Educación Pública creó un sistema de Consejos Locales de Educación Indígena (Decreto Ejecutivo 22072-MEP de 1993) con el propósito central de que sean los propios pueblos originarios quienes, a través

de sus autoridades, definan quiénes deben fungir como docentes en los centros educativos con población indígena, con dominio de la lengua y cultura autóctonos (2016-7999 de 10 de junio de 2016, 2009-6465 de 24 de abril de 2009, 2010-5323 de 19 de marzo de 2010 y 4081-2016 de 18 de marzo de 2016).

Igualmente se ha referido al acceso a la salud, centros educativos y a una red vial transitable para las poblaciones indígenas (sentencias 8990-2003 de 26 de agosto de 2003 y 25892-2023 de 13 de octubre de 2023), sin dejar de lado aspectos medulares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como la defensa de la consulta libre e informada (votos 3886-97 de 4 de julio de 1997, 2008-013832 de 11 de septiembre de 2008 y 14522-2017 de 8 de septiembre de 2017).

A una persona con VIH, pese a que por ley (9797, Ley General sobre el VIH de 2 de diciembre de 2019) se le reconoce atención médica gratuita, esta le fue denegada. Con base en decisiones anteriores, como la 2019-24916 de 13 de diciembre de 2021, la 2021-8070 de 27 de abril de 2021 y la 2021018253 de 17 de agosto de 2021, la Sala determinó lo siguiente, en Sentencia 22748-2025 de 18 de julio de 2025:

> Véase que en tal cuerpo normativo se prevé que en casos de personas con VIH que no cuenten con seguro de salud tienen derecho a seguir recibiendo la atención integral y, según el ordinal 2 de la ley mencionada, esta se define como el "conjunto de políticas y acciones para la promoción de la salud, la *prevención*, la educación, la *atención*, el apoyo, la orientación, el tratamiento, la rehabilitación y la inclusión social, dentro del marco de los derechos humanos" [la negrita fue agregada]. Además, recuérdese que, en el precedente transcrito, el Tribunal fue enfático al disponer que: "es claro que hay una obligación legal de proporcionar atención médica integral y el tratamiento correspondiente a las personas con ETS como el VIH-SIDA, sin interrupción alguna, incluso a quienes no tienen capacidad económica para cotizar al seguro social (ver sentencias No. 2019-024916 de las 09:15 horas del 13 de diciembre de 2021 y 2021-008070 de las 09:15 del 27 de abril de 2021)".
>
> De este modo, según lo citado *ut supra*, quienes cuenten con diagnóstico de VIH y no tengan capacidad económica para continuar cotizando con el seguro de salud, tal como le sucede al amparado, "tienen derecho a que se les continúe brindando, sin interrupción, la atención integral y el tratamiento". Véase que tanto la Ley General sobre el VIH SIDA como el pronunciamiento de esta Cámara no establecen en modo alguno un condicionamiento para la atención médica de quienes padezcan VIH, por lo que el cobro efectuado al amparado en la atención del 9 de febrero de 2025 fue improcedente y contrario a sus derechos constitucionales a la salud y al buen funcionamiento de los servicios públicos. En adición, si bien el propio tutelado reconoció en el memorial de interposición que se le propuso la posibilidad de acudir al IMAS para que se actualizara su condición socioeconómica y, de esa manera, gestionara un seguro por cuenta del Estado, no menos cierto es que la CCSS generó

un cobro indebido por tal atención. Finalmente, la Sala no omite señalar que, en el *sub iudice*, las autoridades recurridas no cuestionaron que el amparado cuente con diagnóstico de VIH, pero, en caso de que se haya dudado de su condición, tenían la posibilidad de constatar tal diagnóstico en el Expediente Digital Único en Salud y, de esa forma, acreditar que el tutelado estaba cubierto por la cobertura establecida en la ley nro. 9797 *supra* citada.

En consecuencia, se anuló el cobro.

2.4. Población afrodescendiente

Por Sentencia 2025-29985 de 19 de septiembre de 2025 se reafirmó el reconocimiento de esta población como pueblo tribal y la aplicación de la consulta libre e informada del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Por razones de espacio, no consigno ejemplos adicionales, pero también hay amplia jurisprudencia en la que se toman en consideración ventajas compensatorias para *personas menores de edad, adultas mayores, privadas de libertad, en condición de calle, solicitantes de refugio* y *en condición de apatridia*.

Finalmente, la visión de la *prohibición de discriminación* –que impide establecer distinciones basadas en criterios sospechosos como el sexo, la raza, el origen étnico, la identidad de género, la religión y opinión política, entre otros criterios– se va a entender aquí referida a la censura, el rechazo, a repeler una determinada conducta que constituya una práctica discriminatoria.

A partir de este criterio, se cuenta con los siguientes ejemplos de resoluciones:

Discriminación racial

No se consideró discriminatoria la inclusión de una novela en el programa oficial educativo (Cocorí), que para los accionantes reproducía estereotipos peyorativos (6625-2017 de 9 de mayo de 2017).

Sobre la negativa a una modelo afrodescendiente a utilizar un vestido en un evento de modas (3204-95 de 20 de julio de 1995).

Sobre la negativa a ingresar en un bar por supuesto código de vestimenta (966-98 de 13 de febrero de 1998).

Se estableció la obligación de diseñar un protocolo contra la discriminación racial en un colegio público (12095-2018 de 24 de julio de 2018).

Discriminación por identidad y expresión de género, orientación sexual

Contra un sujeto de derecho privado por impedir el ingreso de un hombre con maquillaje y portando un bolso (6767-2024 de 8 de marzo de 2024).[9]

[9] Pódcast sobre discriminación por identidad de género. Sala Constitucional, "Discriminación", *Salacuartazos*, Canal Judicial Costa Rica, 12 de septiembre de 2025, https://youtu.be/go9XonLc2yo?si=GzA7vWGoBljBMfck)

Contra un sujeto de derecho privado por negarle a una persona transgénero la participación en un certamen de belleza (2025-1687 de 17 de enero de 2025).[10]

Pronunciamiento en acción de inconstitucionalidad, con base en la OC-24/17 de la Corte IDH, sobre el matrimonio igualitario y la prohibición de contraer nupcias a personas del mismo sexo que contenía el Código de Familia (v. 2018-12782 de 8 de agosto de 2018).

En un recurso de amparo, como parte de la objeción de conciencia, no se aceptó la negativa de funcionarias y funcionarios a realizar cursos obligatorios de concientización y capacitación sobre discriminación contra las personas LGBTIQ+ (v. 2025-930 de 10 de enero de 2025), de esta manera, se

> … emitió la Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI, mismo que se estableció como de acatamiento obligatorio y de alcance tanto para las personas usuarias de los servicios de cada órgano, como frente a quienes laboran en el Poder Ejecutivo, por tal motivo cada órgano del Poder Ejecutivo debía desarrollar un "Plan institucional en contra de la discriminación hacia la población LGBTI", el cual se componía de procesos de capacitación sobre los derechos humanos de la población LGBTI. […] Por último, se resalta que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede ir en contra de los derechos fundamentales de terceros. Como todo derecho, la objeción de conciencia no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el inexorable respeto a los demás derechos constitucionales. En esta búsqueda de un equilibrio, la objeción de conciencia no puede llegar a tal extremo como para excusar un trato discriminatorio injustificado en contra de un determinado colectivo a partir de su orientación sexual, porque eso socavaría el contenido esencial del derecho a la igualdad.

Personas adultas mayores

Se consideró discriminatoria la negativa a adquirir un seguro de salud privado debido a la edad (2007-17076 de 23 de noviembre de 2017) y la obligación de jubilarse a una edad determinada, con independencia de sus circunstancias personales (1146-90 de 21 de setiembre de 1990).

Persona en condición de autismo y menor de edad

Se consideró discriminatoria la negativa a expedir un determinado seguro por su sola condición, sin examinar sus circunstancias personales (2025-9919 de 28 de marzo de 2025).

---

[10] Frente a la objeción de que el acto discriminatorio no se produjo en el contexto del ejercicio de un derecho, siguiendo a Piza Rocafort, puede sostenerse que: "La dualidad de los dos artículos de la Convención Americana, apunta ya a que la igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es ella misma un derecho fundamental, de modo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales". Rodolfo Piza Escalante *et al*., *Principios constitucionales* (San José: IJSA, 2008), 296.

Personas en condición de calle

Expulsión de un cantón durante la pandemia de la covid-19 y transporte en autobús de forma segregada (2020-16069 de 26 de agosto de 2020).

Personas menores de edad

Tanto en la Sentencia 2008-000218 de 18 de julio de 2014, como en la 1208-2019 de 25 de enero de 2019, se destaca la relación entre el derecho a la imagen e intimidad de las personas y la libertad de prensa e información. Concretamente sobre las personas menores de edad en conflicto con la ley se estableció lo que sigue:

> 4) Particularidad del derecho de imagen en caso de menores de edad: Lo anterior se refuerza cuando se trata de menores de edad, pues tratándose de menores de edad sometidos a un proceso penal, el Estado debe encargarse de velar por un resguardo absoluto de la imagen del menor que está siendo enjuiciado por supuestos actos delictivos. Lo anterior en virtud del Principio del Interés Superior del Menor y de diversos compromisos internacionales del país y leyes aprobadas para proteger a esta población especialmente vulnerable (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, el artículo 15 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, el ordinal 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los numerales 20 y 21 la Ley de Justicia Penal Juvenil y el artículo 27 del Código de la Niñez y Adolescencia), como esta Sala estableció en los votos números 2009-009921 de las 13:53 horas del 19 de junio de 2009 y 2010-02524 de las 12:39 horas del 5 de febrero de 2010. En concreto, el artículo 27 del Código de la Niñez y la Adolescencia señala: "Prohíbese publicar, reproducir, exponer, vender o utilizar, en cualquier forma, imágenes o fotografías de personas menores de edad para ilustrar informaciones referentes a acciones u omisiones que se les atribuyan sean de carácter delictivo o de contravención o riñan con la moral o las buenas costumbres; asimismo, cuando de algún modo hayan participado o hayan sido testigos o víctimas de esos hechos, si se afecta su dignidad. // Queda prohibida la publicación del nombre o cualquier dato personal que permita identificar a una persona menor de edad autora o víctima de un hecho delictivo, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad pública". (Ver al respecto la Resolución 2017-003662)
>
> Estos límites al poder estatal, que se erigen como verdaderas garantías para los menores justiciables, resultan exigibles y oponibles dentro de un proceso penal, no solo constriñen a las autoridades judiciales, sino que, también, obligan a cualquier autoridad estatal que esté involucrada con las personas menores de edad sometidas a procesos penales. Claro está, entonces, estas normas son aplicables, de la misma manera, a las autoridades encargadas

> de los centros en los cuales los menores se encuentran recluidos, sea como medida precautoria, antes de un juicio, o incluso, luego de haber sido sentenciados, pues el fin que se persigue con tal medida es su resocialización, no su exposición ni su exhibición frente a terceros ajenos al proceso. Esto, debido a que, al fin y al cabo, lo que se pretende es ofrecer a los jóvenes sospechosos de un delito mecanismos para asegurar el proceso, pero velando siempre por su superior interés, como menores de edad que son.

Con base en el anterior precedente se protegió también a una persona menor de edad víctima de un delito:

> … estima este Tribunal que la sociedad recurrida con la publicación que realizó el pasado 06 de diciembre del 2018, incurrió en una clara vulneración de los derechos fundamentales de la amparada por las siguientes razones: 1. La imagen permite la plena identificación de la menor; 2. El periodista consignó en la publicación el nombre completo de la menor; 3. Colocar un cintillo en los ojos de la amparada resulta insuficiente para proteger el derecho a la imagen, se tuvo que haber cubierto en su totalidad o en su defecto distorsionar la imagen.

Discriminación por razones religiosas

En la Resolución 2706-2016 de 23 de febrero de 2016 se examinó el caso de una persona detenida, quien argumentó la presunta afectación a su libertad religiosa, debido al impedimento de permitirle orar en posición inclinada, en orientación hacia el Este y cubriendo parcialmente su cabeza con un velo.

En la sentencia se cita la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981:

> Artículo 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.
>
> Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.
>
> La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás. [...]
>
> Artículo 3. La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada

como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones. [...]

Artículo 6. De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Se concluyó en ese caso:

> … la denegatoria absoluta por parte de las autoridades del OIJ en permitirle a la amparada el uso del velo islámico, aun cuando pudiese haber sido de forma temporal y bajo vigilancia, sin tomar en consideración el ejercicio de sus derechos fundamentales y sin ofrecer un sustento real que así lo justificara, amerita, en criterio de este Tribunal, la estimatoria de este amparo, al haberse restringido arbitrariamente la libertad de culto de la amparada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, es importante hacer notar que el análisis individual de los casos de la justicia constitucional costarricense no ofrece ejemplos de análisis de *discriminación estructural o interseccional,* como el efectuado por la Corte IDH en el caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil de 15 de julio de 2020. A lo sumo, puede hablarse de algunas decisiones en las

que se destaca que en una persona convergen dos o tres variables de discriminación histórica, pero no ha habido un caso en el que se sumen una pluralidad de factores respecto de un grupo amplio de personas, como en el abordado por la Corte IDH.

Conclusión

La desigualdad nos ha acompañado a lo largo de la historia de la humanidad. Parece irremediable. La incesante reticencia a reconocer el derecho a la igualdad en sus muchas facetas torna indispensable el rol de las jurisdicciones constitucionales.

Por difíciles y limitados que parezcan sus progresos, son indispensables para evitar el retroceso en las mejoras alcanzadas y lograr, cuando se puede, ir algunos pasos más allá. Analizados en su conjunto, además, lo cierto es que redefinen el entorno social: se tutela, sensibiliza y se proporcionan herramientas a las personas para la defensa de sus derechos.

La última institución que puede renunciar a esta aspiración es un tribunal de justicia, particularmente un tribunal dedicado a defender la Constitución y los derechos que derivan de ella.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 53-60, ISSN 2346-0849

Amaury A. Reyes-Torres* **(República Dominicana)**

Derecho a la igualdad y no discriminación: una revisión puntual de la doctrina del Tribunal Constitucional dominicano**

The Right to Equality and Non-Discrimination: A Focused Review of the Doctrine of the Constitutional Court of the Dominican Republic

Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung: eine punktuelle Überprüfung der Doktrin des dominikanischen Verfassungsgerichts

Introducción

La igualdad y no discriminación es uno de los principios básicos del Estado social y democrático de derecho. En el contexto constitucional dominicano, abierto al derecho internacional en los términos de nuestro artículo 26, la persona es el centro de la política estatal,[1] como sujeto de igual consideración y respeto.[2]

De cara al derecho a la igualdad y no discriminación, se imponen dos obligaciones generales a cargo de los poderes públicos: (a) abstenerse de tratar de manera diferenciada e irrazonable a personas en igualdad de condiciones, y (b) adoptar las medidas de lugar para permitir el tratamiento equilibrado entre personas. Esto puede incrementarse en mayor o menor medida dependiendo del grado de intersección con otros factores e impacto sistémico.

En este breve texto se destacarán, en primer lugar, los aspectos constitucionales del derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución dominicana; y, en

* Juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

** Texto presentado en el XXX Encuentro de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina (2025).

[1] Constitución de la República Dominicana, artículos 5 y 38.

[2] Constitución de la República Dominicana, artículos 5, 38 y 39.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

segundo lugar, la doctrina constitucional sobre aspectos puntuales del derecho a la igualdad y no discriminación.

1. Aspectos constitucionales del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 39)

Conforme al artículo 39 de la Constitución:

> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

Puntualmente, pueden considerarse cinco epígrafes que acompañan al artículo 39 de la Constitución, a saber:

1) La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;
2) Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;
3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;
4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;
5) El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado.

Del artículo 39 constitucional deben notarse cuatro aspectos importantes, como reflejo de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tanto de su parte capital como de sus respectivos epígrafes. Primero, la igual consideración y respeto en el trato sin privilegio alguno. Segundo, la adopción de medidas positivas para que la igualdad sea real y efectiva, para evitar todo tipo de discriminación, marginalidad, vulnerabilidad y exclusión; tercero, el acceso en igualdad de condiciones a puestos públicos, sean electivos o no. Finalmente, el

mandato de igualdad, formal y material, entre hombres y mujeres, estipulando la igualdad de género.

Para el Tribunal Constitucional, en su doctrina, existen cuatro mandatos que se derivan del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común; iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (véanse, en este sentido, las sentencias TC/0337/16 y TC/0492/24).

Para el Tribunal Constitucional dominicano, la discriminación no es una construcción formal, sino que tiene implicaciones materiales; por ello, puede producirse tanto en normas que establecen tratos diferenciados injustificados como en su aplicación en los hechos. En efecto, apelando, en cierta forma, a la discriminación *de jure* o *de facto*, para el Tribunal Constitucional dominicano,

> 12.18. […] la discriminación puede ser directa, por un lado, cuando hay un tratamiento expresa o explícitamente distinto; o indirecta, por otro lado, cuando estamos al frente de normas que, si bien parecen ser neutrales, ocasionan perjuicios a grupos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, como lo son, en este caso, las personas con alguna discapacidad del habla. (Sentencia TC/0492/24)

De modo que, siempre y cuando se presenten tratos diferenciados que pueden considerarse discriminatorios, al margen de que sea *de facto* o *de jure*, las personas pueden encontrar tutela jurisdiccional al respecto. Esta posición le permite separarse de otras jurisdicciones en las cuales exigen algo más que la incidencia desproporcionada de la conducta discriminatoria, llegando incluso a exigir otros factores, incluyendo la intención.[3]

Para evaluar la existencia de discriminación, el Tribunal apela al test de igualdad desarrollado por la temprana jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Por ahora, el examen se centra en tres aspectos: a) supervisar si la situación de los sujetos bajo revisión es similar, b) analizar la razonabilidad del trato diferenciado, y c) destacar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre estos. Hasta la fecha, contrario a lo que sucede con la Corte

[3] Por ejemplo, Corte Suprema de los Estados Unidos, Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976); McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279 (1987); Mark Kende & Dahlia Lithwick, "The Supreme Court Still Refuses to Acknowledge Systemic Racism", Slate (July 02, 2020), https://slate.com/news-and-politics/2020/07/washington-v-davis-supreme-court-systemic-racism.html

Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional dominicano todavía no ha condensado su test de igualdad a dos etapas.[4]

Hasta la fecha, el Tribunal tampoco ha incorporado un estándar tipo escrutinio estricto cuando se trata de categorías protegidas o sospechosas, mucho menos un test de igualdad cuando no hay "comparación", es decir, cuando el trato diferenciado está basado en un aspecto particular de la persona que no se evidencia en otras. De modo que este estándar sigue siendo el mecanismo para fortalecer el impacto de las decisiones en materia de igualdad y no discriminación, lo cual puede llevar al Tribunal a imponer medidas positivas y a adoptar pautas de legislador positivo por medio de las sentencias interpretativas, a propósito de las sentencias aditivas.

2. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre aspectos relevantes del derecho a la igualdad y no discriminación

Paso a paso, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un rol activo en la reconfiguración de la igual consideración y respeto. La actividad jurisdiccional se ha desempeñado tanto en su vertiente de tutela de la supremacía normativa de la Constitución como en la tutela de los derechos fundamentales por medio de los distintos instrumentos de protección. El examen de los distintos casos no se hará de manera cronológica, sino temática.

2.1. Doctrina general del Tribunal Constitucional dominicano

De manera general, el Tribunal considera que el principio de igualdad y no discriminación "obliga a las instituciones del Estado a fomentar y ofrecer un trato igualitario en términos jurídicos o normativos, a todas las personas físicas y aún a las morales, salvo los casos de discriminación positiva debidamente justificados".[5] De ahí que se "traduce para la autoridad legislativa en la obligación de tratar idénticamente situaciones análogas, y solo hacerlo de forma diferente cuando no se asimilen, situación que queda expresada en el apotegma 'tratar igual a los iguales y desigual a los

[4] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-486/20: "i) lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación o tertium comparationis, los sujetos o las situaciones de hecho bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas deberá declarar la exequibilidad de la norma, sin que pueda proseguir con la siguiente etapa del juicio. Por el contrario, si advierte que lo comparado debe ser tratado, en principio, de la misma forma, (ii) cabe continuar con el examen de adecuación, idoneidad y proporcionalidad del tratamiento diferenciado que consagra la norma censurada, de acuerdo con el nivel de intensidad del juicio que corresponda, destacando los objetivos que se buscan por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlo y la relación entre medios y fines".

[5] Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0044/17.

desiguales'";[6] es decir, "no se permite regulación diferente entre supuestos iguales o análogos, pero sí prescribe diferente regulación a supuestos distintos".[7]

En tal sentido, para el Tribunal,

> ... de una parte, el principio de igualdad opera frente al legislador a fin de evitar la configuración de supuestos de hecho de la norma que comporten un tratamiento distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación. De otra parte, la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el órgano aplicador del derecho pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma.[8]

Vista la doctrina general, para el tribunal, a) la igualdad implica tratar igual a los iguales, tratar a los desiguales como desiguales; b) cuando se trata de discriminación o acciones afirmativas, el tratamiento diferenciado es aceptable; c) es un mandato dirigido a todos los poderes públicos y particulares; y d) está obligado a adoptar medidas positivas. A continuación, veamos cómo el Tribunal Constitucional ha aplicado esta visión ante circunstancias particulares.

2.2. Doctrina particular del Tribunal Constitucional dominicano

Cuando se aborda un aspecto estructural e interseccional, iniciamos con el caso del cual resultó la Sentencia TC/0492/24. Una acción directa contra la Ley 4-23 (art. 167) disponía la forma en que debía expresarse el consentimiento de manera escrita. Pero, en aplicación de una sentencia interpretativa aditiva,[9] el Tribunal colmó la omisión que producía la discriminación contra las personas con discapacidad, aduciendo:

> 12.51. La sentencia interpretativa que estamos emitiendo, que consagrará una excepción a la forma verbal de consentir para contraer matrimonio a favor de las personas con alguna discapacidad del habla y, por tanto, una medida positiva en su provecho, esto es, una diferenciación jurídica en su trato, tiene su sustento en que estamos frente a una desigualdad de hecho, reconocida incluso por la propia Constitución en sus artículos 39 y 58, así como por la Ley núm. 5-13, que amerita la adopción de medidas orientadas a romper con la discriminación que dicho grupo ha sufrido históricamente, precisamente para reestablecer la igualdad.

---

6 Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0163/13, párrafo 9.4.3.

7 Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0060/14.

8 Tribunal Constitucional dominicano, Sentencia TC/0299/17, p. 20.

9 Ley 137-11, artículo 47 (2011).

Lo anterior, con el fin de acomodar a las personas con discapacidad para que puedan otorgar el consentimiento. Como parte de la jurisprudencia de igualdad, el Tribunal adopta el principio de ajustes o acomodos razonables:

> 12.20. Alrededor de dichos principios orbita la necesidad de adoptar ajustes o acomodos razonables. Estas son medidas dirigidas a que las personas con alguna discapacidad puedan participar en la sociedad en igualdad de condiciones, de manera plena y efectiva, con los demás. Se trata de identificar las necesidades de dichas personas, así como las barreras a las que se enfrentan, para hacer los ajustes de lugar que compensen las desventajas que su discapacidad podría generar. Con ello, se logra prevenir y eliminar, proactivamente, la discriminación que, con ocasión de su discapacidad, podrían sufrir. Consecuentemente, la ausencia de adopción de ajustes o acomodos razonables es considerada, respecto de las personas con alguna discapacidad, como una forma de discriminación. (Sentencia TC/0492/24)

Otro elemento estructural se refiere a la cuestión de la cultura política, donde la participación de las mujeres ha estado seriamente limitada. Por un lado, en cuanto al derecho de acceso a las funciones públicas, en la Sentencia TC/0668/18, el Tribunal tuteló el derecho de acceso a los puestos públicos, en el caso de una persona que fue arbitrariamente excluida del ayuntamiento. Por otro lado, se refiere a las medidas afirmativas para garantía de la participación de las mujeres en el ámbito político electoral.

Por ejemplo, en la Sentencia TC/0159/13, el Tribunal rechazó un cuestionamiento a la antigua ley que modificó el régimen que establecía una cuota de participación femenina, aduciendo que la medida afirmativa era conforme al derecho a la igualdad y no discriminación. Asimismo, en un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana confirmó una decisión del Tribunal Superior Electoral en la que varios partidos políticos tomaron una medida relacionada con la cuota de género (Sentencia TC/0104/20). De hecho, el Congreso replicó posteriormente esa medida, pese a haber sido cuestionada por el Tribunal, que en dicha sentencia estableció la necesidad de realizar una evaluación global de la cuota en relación con el acceso de las mujeres a cargos de elección, donde debía llevarse a cabo una evaluación global sobre la cuota respecto al acceso de las mujeres a puestos de elección. Pero, con ocasión de un proceso de constitucionalidad directa, el Tribunal lo declaró no conforme a la Constitución, reafirmando su posición anterior en beneficio de la participación política de las mujeres y produciendo una interpretación conforme, por medio de una de las modalidades de sentencias interpretativas (TC/0620/23).

En otros casos, el Tribunal ha dado su beneplácito a las medidas afirmativas que, contrario a lo que sucede en otras jurisdicciones, nuestra Constitución impone como un deber adoptarlas; por ejemplo, en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, la expedición de certificaciones especiales para incrementar el emprendimiento

femenino (Sentencia TC/0672/18). Asimismo, como una forma de procurar el resguardo de la igualdad entre hombres y mujeres, se reafirmó la constitucionalidad del Ministerio de la Mujer como implementador de políticas públicas en esa materia (Sentencia TC/0206/24).

Tenemos otros casos donde el Tribunal ha quitado barreras impuestas en razón exclusivamente del género, en especial debido al sexo. En efecto, en la Sentencia TC/0070/15, el Tribunal declaró no conforme a la Constitución una disposición que solo afectaba a las mujeres; en ella se imponía una traba que autorizaba a las mujeres divorciadas contraer nuevas nupcias hasta 10 meses después del pronunciamiento del divorcio. El Tribunal entendió esta disposición como incompatible con los principios de igualdad y de razonabilidad. En sentido similar, legalmente, la protección reforzada de la mujer embarazada en el empleo en el contexto privado fue extendida al ámbito de la función pública (TC/0924/23).

La situación de vulnerabilidad también se toma en cuenta ante cuestiones de generalizaciones y paternalismo, de modo que estas han sido frenadas. Por un lado, en la Sentencia TC/0239/21, el Tribunal tuteló el derecho a la educación de un menor de edad, privado por el solo hecho de que sus padres eran objeto de una investigación penal. Por otro lado, el trato discriminatorio debido a patrimonio, al no permitir a estudiantes tomar el examen si sus padres no han pagado la matrícula de las escuelas (TC/0058/13). Finalmente, respecto a las escuelas públicas, las huelgas de profesores indiscriminadas y reiteradas que impliquen suspensión de docencia suponen una violación del derecho a la educación y del principio de igualdad (TC/0064/19).

En otros casos, por ejemplo, en la Sentencia TC/0901/23, el Tribunal consideró que la licencia de paternidad dada al hombre, en relación con la mujer, era irrazonable en razón de insuficiencia, por lo que se exhortó a adoptar las correspondientes medidas a lugar. La discriminación detectada ha sido no solo frente a los terceros, sino incluso dentro del mismo ámbito familiar.

La edad, para distinguir o realizar tratos diferenciados, ha sido un criterio altamente desfavorecido por el Tribunal Constitucional. Primero, cuando se conjugan edad, pobreza y acceso a la vivienda, el Tribunal declaró no conforme a la Constitución intentos de limitar, por razones de edad, ayudas para acceso a viviendas de bajo costo (TC/0093/12). Segundo, en lo relativo a la limitación por razón de la edad para el acceso a la licencia de conducir TC/0005/20). Tercero, la limitación del divorcio por mutuo consentimiento por razones de edad o periodo mínimo de matrimonio fue considerada por el Tribunal igualmente inconstitucional (Sentencia TC/0226/21). Finalmente, en la Sentencia TC/0277/23, anuló una disposición de una universidad pública porque la discriminación por edad afecta el derecho al trabajo (Sentencia TC/0005/20), así como el acceso a la función pública en general (TC/00461/21). La edad, por sí misma, no debe ser un criterio suficiente (TC/0542/20), dejando el discernimiento primigenio de la Sentencia TC/0047/13, donde la edad sí puede ser un criterio ante el acceso a funciones de alto nivel, como ser juez de una alta corte.

Por último, la discriminación en razón de las ideas que, a su vez, conduzca a una degradación laboral es igualmente censurable como discriminatoria (TC/0217/13). Incluso, ante la exclusión de trabajadores de un sindicato por el hecho de no mostrar interés en pagar una determinada suma que condicionaba su permanencia en la organización, el Tribunal estimó que esto era discriminatorio y contrario al derecho a la libertad sindical (Sentencia TC/0190/13).

Conclusión

Con pequeños y firmes pasos, el Tribunal Constitucional dominicano le ha dado relevancia al principio de igualdad y no discriminación. Esto lo ha hecho tomando en cuenta aspectos interseccionales y sistemáticos, cuando sea posible, aunque todavía falta un arduo trabajo por hacer. La libertad no es posible sin la protección de las personas, en igual consideración y respeto, como tampoco es posible la convivencia si se permiten situaciones de jerarquías inaceptables o de dominación indignas entre los sujetos. La Constitución tiene una promesa de igualdad y no discriminación que no puede perder ninguna oportunidad para hacerla real y efectiva.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 61-89, ISSN 2346-0849

Domingo Gil* **(República Dominicana)**

Interacciones y tensiones entre el derecho constitucional y el derecho privado en América Latina: la experiencia dominicana

Interactions and Tensions between Constitutional Law and Private Law in Latin America: The Dominican Experience

Interaktionen und Spannungen zwischen Verfassungs- und Privatrecht in Lateinamerika: die Lage in der Dominikanischen Republik

Introducción

Parecería que el derecho privado es un asunto exclusivo de los particulares, en el que el Estado solo ha de intervenir para establecer las reglas que han de regular las relaciones jurídicas de aquellos y las vías jurisdiccionales para la solución de sus conflictos. Se podría aducir, incluso, que esa intervención debería ser cada vez más reducida, al punto de favorecer la extensión de la delegación, en los particulares, del monopolio de la función jurisdiccional del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el arbitraje privado. Sin embargo, parece que sucede lo contrario, pues ese ámbito de exclusividad es cada vez más estrecho frente a la necesidad de preservar la supremacía constitucional y, con esta, el orden constitucional que ella establece y la protección de los derechos fundamentales que ella reconoce, lo que no puede ser ignorado por los particulares en sus acuerdos ni en la solución de sus controversias.

Es en este contexto donde –creo– han de ser analizadas la interacción y las tensiones entre el derecho constitucional y el derecho privado, pues han de tener como telón de fondo la preservación de ese orden y la protección de esos derechos. Esa visión del asunto es la que domina el enfoque de esta breve exposición.

La cuestión relevante que he de plantearme en torno al tema consiste en determinar si los derechos fundamentales solo están dirigidos contra el Estado o si, en

* Juez del Tribunal Constitucional de República Dominicana.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

cambio, estas prerrogativas pueden hacerse valer, también, en el ámbito privado, frente, por tanto, a cualquier persona. Para ello es necesario hacer un brevísimo análisis general del asunto a partir de sus premisas (1), para luego dar un vistazo a su tratamiento en el derecho constitucional dominicano (2).

1. Las premisas del asunto

Los saltos significativos de la justicia constitucional con relación al tema están referidos, como premisas que le sirven de telón de fondo, a la constitucionalización del derecho y a la permeabilidad del derecho privado por el derecho constitucional.

1.1. De la constitucionalización del derecho

Con las constituciones burguesas de Estados Unidos (de 1787) y de Francia (de 1791) se produjo el advenimiento de una nueva era en el derecho constitucional, pues estas normas supremas no solo definieron y precisaron jurídicamente la estructura política del Estado, sino que, al mismo tiempo, incluyeron, como parte de su contenido, la materia relativa a los derechos humanos como prerrogativas inherentes a las personas.[1]

Aunque Francia se quedó rezagada en la aplicación práctica de esta concepción,[2] en Estados Unidos la naturaleza normativa de la Constitución se impuso desde muy temprano, pues "desde tiempo próximo a la entrada en vigencia de la Constitución (1803), los tribunales norteamericanos [sic] se reconocieron el derecho a controlar la constitucionalidad de los actos del gobierno, dentro de los parámetros determinados por la ley fundamental, desde entonces es una norma jurídica de aplicación

---

[1] Domingo Gil, "La Constitución como norma", en *Curso de garantías constitucionales* (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2000), 39.

[2] En Francia ese retraso se debió –sostiene García de Enterría– a la influencia (negativa) de Maurice Duvergé en los programas de estudio de las facultades de derecho. Ver Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed. (Madrid: Editorial Civitas, 1994), 27, influencia que aún persiste en algunos manuales franceses de derecho constitucional, los cuales limitan el estudio de la Constitución a su parte orgánica, obviando la dogmática. Cabe citar, por ejemplo, Ferdinand Mélin-Soucramanien y Pierre Pactet, *Droit Constitutionnel*, 41.ª ed. (París: Sirey, 1923). Sin embargo, un significativo cambio se dio en ese país gracias a la reforma constitucional de 1978 y a la obra de la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel, que se expresó –según Louis Favoreu– en la "juridización" del derecho constitucional, pues "ya no estamos ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho. Estamos ante el 'Derecho de la Constitución', una Constitución cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional" (Louis Favoreu, "L'apport du Conseil Constitutionnel au Droit Public", en García de Enterría, *La Constitución como norma ...*, 31).

inmediata".[3] Se transita así del Estado de derecho legislativo al Estado constitucional.[4] Puede hablarse, entonces, de la *constitucionalización del derecho*.

> Desde una perspectiva interna –afirma Lucio Pegoraro–, la expresión 'constitucionalización del Derecho' tiene un sentido estricto: la interpretación tradicional es que la constitución permea cualquier rama del Derecho de cada ordenamiento: civil, penal, laboral, mercantil, financiero, etc., interpretados conformemente al léxico y los 'valores' de la propia constitución. A su vez, la 'cultura constitucional' sería la cultura que acepta y defiende la superioridad de la constitución.[5]

Y agrega: "Los sistemas de fuentes están hoy prevalentemente condicionados y gobernados por la constitución, que afecta su estructura no solo si la comparamos con el Estado decimonónico, sino también en las familias y formas de Estado no occidentales y/o no liberal-democráticos (con fuertes bases consuetudinarias, jurisdiccionales/doctrinales, teocráticas)".[6]

Así entendida, la *constitucionalización del derecho* descansa en dos postulados axiomáticos: i) la supremacía de la Constitución, en tanto que Norma Fundamental del Estado, lo que implica que la validez de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional dependerá de su conformidad con la ley fundamental y que, por tanto, en la realidad jurídica la norma adjetiva debe operar como una aplicación práctica, concreta o específica de la Constitución; y ii) la Constitución es, a su vez, una norma y, por tanto, integra el sistema de fuentes jurídicas, pudiendo dar solución, por sí sola, a los conflictos de carácter jurisdiccional. Pero este proceso solo fue posible –como afirmaba Favoreu– cuando las normas constitucionales "empezaron a explorar los

---

[3] Juan Manuel Pellerano Gómez, "La Constitución como norma jurídica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.° 9 (enero-febrero de 1992): 4.

[4] *Vide* Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (traducción de Marina Gascón), 8.ª ed. (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 33-34. Este autor afirma: "La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estado más alto de derecho establecido por la Constitución" (p. 34).

[5] Lucio Pegoraro, "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", en *IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional (La constitucionalización del derecho)* (Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2021), 558-559. Este autor sujeta a condición este criterio. Afirma que la expresión 'cultura constitucional' "adquiere hoy valores y caracteres 'favorables', igual que la palabra 'constitución' en el artículo 16 de la Declaración. No es científicamente neutral. 'Cultura constitucional' es la cultura que acepta, vive, venera la superioridad de la constitución, pero no cualquier constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco) y sobre todo los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de derecho, confiando en su poder –el judicial y de control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores– para imponer un 'núcleo ético esencial' que dirige esos valores, los limita y a veces incluso los anula" (p. 558).

[6] Pegoraro, "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", 559.

yacimientos de reglas susceptibles de ser aplicadas a los individuos o usadas por ellos",[7] y solo "en los países donde funciona un sistema de justicia constitucional".[8]

Así concebida, la ley fundamental está llamada a impregnar con su contenido normativo todo el ordenamiento jurídico del Estado-nación, lo que conduce a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, es decir, a la sumisión a la Constitución de todo lo jurídicamente regulado, permeado en su totalidad por el contenido normativo de esta. Y, como consecuencia de ello, la validez de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional está condicionada a la conformidad de este con la Constitución.

Pero para ello, es necesario partir de una noción amplia de Constitución, la referida al concepto de bloque de constitucionalidad, derivado de la expresión *bloc de constitutionnalité*, adoptado por la doctrina constitucional francesa el pasado siglo, tal como explico a continuación.

La expresión *bloc de constitutionnalité* (bloque de constitucionalidad) ha sido atribuida a Claude Émeri, quien, según la doctrina, la utilizó, en el año 1970, en un trabajo publicado en la *Revue de droit public*. Ello ocurrió luego de haber comentado, junto a Jean-Louis Seurin, una decisión del Consejo Constitucional francés de 21 de noviembre de 1969. En ese artículo, Émeri resaltó que la constitucionalidad de la norma en cuestión (un reglamento de la Asamblea) había sido apreciada no solo con relación a la Constitución, sino, además, a la luz de la Ordenanza 58-1100, de 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las asambleas parlamentarias. Y señaló: "Cabe preguntarse, con razón, que la alta jurisdicción haya construido un verdadero 'bloque de constitucionalidad' integrado por la Constitución y las ordenanzas del artículo 92, que establecen los principios de organización del parlamentarismo limitado" (traducción propia). Fue incluso más visionario: propuso incluir en ese bloque el preámbulo de la Constitución. Y agregó que era de buena lógica "considerar que la Constitución y su Preámbulo son vinculantes para el legislador" (traducción propia).[9] Cinco años más tarde, después de una célebre sentencia del Consejo Constitucional, de 16 de julio de 1971, Louis Favoreu comenzó a construir una teoría alrededor de esa expresión. Lo hizo en el ensayo "Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudente du Conseil constitutionnel", incluido en la obra colectiva *Mélanges Eisenmann*, publicada por la Editorial Cujas, en París, en el año 1975.[10]

---

[7] Louis Joseph Favoreu, "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho* 12, n.° 1 (2001): 34, http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2866

[8] *Ibid*., 33.

[9] Citado en Charlotte Denizeau-Lahaye, "La genèse du bloc de constitutionnalité", *Revue en Ligne du Conseil Constitutionnel de Francia* VII, n.° 8 (2022). Ver también Pablo Luis Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional*, citado en Edgar Carpio Marcos, "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 4 (2005).

[10] Denizeau-Lahaye, "La genèse du bloc de constitutionnalité".

En uno de los trabajos escritos por él en torno a la construcción de una teoría sobre la mencionada noción, Favoreu afirmó que para referirse al *bloc de constitutionnalité,* François Luchaire prefirió emplear, por un tiempo, la expresión *bloc de supralégalité* (bloque de supralegalidad). Señaló que, aunque la primera de ellas no era empleada por el Consejo Constitucional –utilizando en su lugar la noción de *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*–, los juristas franceses, incluyendo a antiguos miembros de dicho órgano constitucional, sí la empleaban. Por eso, afirmó al respecto: "Podemos entonces considerar que la noción ha sido aceptada por la doctrina, aunque no por la jurisprudencia".[11]

En todo caso, lo más importante en este sentido es consignar que el término *bloc de constitutionnalité* tiene por referencia la expresión 'bloque de legalidad' (propia del derecho administrativo francés), a la que Maurice Hauriou denominó *bloque legal*. Este último concepto "permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad y que no eran, a decir verdad, de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial (especialmente los principios generales de derecho)".[12] Fue quizá la más adecuada expresión que el ingenio de Émeri pudo encontrar para designar "al conjunto de los 'principios y reglas de valor constitucional'",[13] como una manera de valorar las consecuencias jurídicas de la citada decisión 71-44. Esta sentencia fue dictada –como he dicho– el 16 de julio de 1971 por el Conseil Constitutionnel francés con motivo de una acción de inconstitucionalidad contra una ley que modificó la disposición sobre el contrato de asociación, de 1º de julio de 1901. En aquella ocasión, ese órgano constitucional juzgó que la determinación de la conformidad o no del texto en cuestión con la Constitución debía hacerse no solo a la luz de la carta vigente (la de 1958), sino, además ("notablemente"), de su Preámbulo. Siendo así, el juicio de constitucionalidad de la indicada ley se haría a la luz del texto de *constitución formal* y de los instrumentos normativos consignados en ese Preámbulo, es decir, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Aunque la referida decisión no emplea, en ninguna parte, el término *bloc de constitutionnalité* (bloque de constitucionalidad),[14] la doctrina considera que el concepto nace con ella, pues, con esa decisión, el Consejo Constitucional francés confirió rango

---

[11] Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad* (Madrid: Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, 1991), 21. Importa señalar que esta obra recoge las ponencias de estos dos maestros del derecho constitucional, así como los debates que en torno a estas tuvieron lugar con ocasión del "Simposio Franco-español de Derecho Constitucional", organizado por la Universidad de Sevilla en septiembre de 1990.

[12] Favoreu y Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad…*, 20.

[13] Favoreu y Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad…*,

[14] Recuérdese que el Conseil Constitutionnel se ha mostrado renuente al empleo de esta expresión.

constitucional a otras normas que formalmente no lo eran. La decisión constituyó, por su trascendencia, una verdadera revolución debido a que "de un golpe la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República […] quedaron integrados en la Constitución francesa, que multiplicó su volumen por la mera voluntad del Consejo Constitucional".[15] Por tanto, la Constitución ya no solo es el documento escrito denominado *Constitución*, *Ley Fundamental* o *Norma Sustantiva* que sirve de parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, sino, además, otras normas no contenidas formalmente en ese texto escrito, por lo menos de manera expresa.[16]

Es necesario advertir que no se trataba de determinar, en lo que aquí interesa, si el Preámbulo de la Constitución francesa de 1958 tenía o no valor positivo, pues esto ya había sido decidido de manera positiva por el Consejo Constitucional francés,[17] ni si el control de constitucionalidad se podía ejercer en virtud de normas distintas a la Ley Fundamental de la República francesa, lo que, debido a la distinción de rangos entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, también era posible a la luz de la propia Constitución francesa.[18] El interés histórico de esta decisión reside en que ella

---

[15] Jean Rivero, Raport de synthèse del Coloque International sur la Protection des Droits Fondamentaux par les Jurisdictions Constitutionnelles en Europe, Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981, citado en Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9.° ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 256..

[16] Cfr. Domingo Gil, *La constitución material*, Colección Iudex (Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2023).

[17] Ver la Sentencia 70-39 DC, de 19 de junio de 1970, en la cual dicho órgano constitucional juzgó una acción de inconstitucionalidad (con relación a una decisión y un tratado, de fechas 21 y 22 de abril de 1970, respectivamente, de la entonces Comunidad Económica Europea), no solo a la luz de los artículos 53, 54 y 62 de la Constitución, sino, además, de su Preámbulo.

[18] Ciertamente, antes de esta sentencia de 16 de julio de 1971, el Conseil Constitutionnel ejerció el control de la constitucionalidad basándose también en normas infraconstitucionales, de conformidad con el rango previsto por la Constitución entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias. Es el caso de una ley orgánica de finanzas (puesta en vigencia mediante una ordenanza de 2 de enero de 1959), que sirvió de base al Conseil Constitutionnel para ejercer el control de constitucionalidad respecto de una ley ordinaria sobre finanzas (sentencia de fecha 11 de agosto de 1960). Posteriormente, dicho órgano se basó de nuevo en esta ordenanza para ejercer idéntica labor. Lo mismo había ocurrido con relación al control de la constitucionalidad del reglamento de la Asamblea Nacional francesa (decisión de los días 17, 18 y 24 de junio de 1959) y con otras posteriores a la de 11 de agosto de 1960. Ver Louis Favoreu y Loïs Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12.ª ed. (París: Dalloz, 2003), 30-46 y 76-92. Como ejemplo de ello conviene mencionar la Sentencia 66-28 DC, de fecha 8 de junio de 1966, en cuyo segundo párrafo el Conseil Constitutionnel consideró lo siguiente: "La conformidad con la Constitución de los reglamentos de las asambleas parlamentarias debe apreciarse tanto a la luz de la propia Constitución como de las leyes orgánicas previstas por ella, así como de las medidas legislativas necesarias para la puesta en funcionamiento de las instituciones, adoptadas en virtud del párrafo primero del artículo 92 de la Constitución". (Traducción propia). Sin embargo, a diferencia de la decisión de 16 de julio de 1971, en estas, el órgano constitucional galo, si bien se vale de normas ordinarias para ejercer el control de la constitucionalidad (creando, en la práctica, un bloque con normas secundarias), no confiere,

amplía el contenido del concepto formal de Constitución. "Esta decisión –sostiene el maestro Rubio Llorente–, pone fin a un secular debate,[19] convierte de hecho el *bloc de constitutionnalité* en un ámbito extensísimo y de muy difusos contornos, pues el brevísimo texto liminar es, como queda dicho, una remisión a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946".[20]

A partir de esa decisión de 1971, el concepto de bloque de constitucionalidad o de bloque de la constitucionalidad se expande, siendo más o menos aceptado o asimilado por la doctrina científica[21] y la doctrina jurisprudencial de importantes tribunales constitucionales,[22] no como una moda sino, probablemente, como una manera de dar respuesta a problemas originalmente no previstos por el constituyente en un mundo jurídico que se expande hacia el exterior de los Estados.

Desde el punto de vista histórico, los ordenamientos que han admitido el bloque de constitucionalidad pueden ser clasificados en dos grandes modelos: aquellos que solo admiten de manera expresa que otras normas "completen" el concepto formal de constitución, que podrían ser llamados *modelos de mandato expreso*, y aquellos que podrán hacerlo de manera implícita o indirecta, llamados *modelos de mandato implícito*. En este último caso, se adicionan normas al texto escrito mediante una *interpretación extensiva* –como diría Guastini–, lo cual ocurre cuando en el campo del texto constitucional se incluyen "ciertos supuestos concretos que, interpretados a la letra, no entrarían dentro del mismo".[23] No puede negarse, sin embargo, que siempre habrá, en la base de esta clasificación, un problema de interpretación, pues esta dirá –siempre ha de ser así a partir de la interpretación del texto– el modelo que se debe seguir. Es, en definitiva, una tautología jurídica, a pesar de la cual la clasificación mencionada no deja de ser la más lógica, sobre todo en presencia de tendencias doctrinales renuentes a admitir que otros textos puedan situarse al nivel de la carta sustantiva en ausencia de mandato expreso contenido en ella.

---

en realidad, el rango constitucional a estas normas, aunque le sirvan para ejercer el control constitucional, y no ensancha, por tanto, el ámbito de la constitución formal, como sí hizo con la decisión de 1971. De ahí que ha de mantenerse el criterio de que, en el estado actual, ya precisado con esta última decisión, en el modelo francés de bloque de constitucionalidad, las reglas y los principios que lo integran tienen rango constitucional.

[19] El maestro Rubio Llorente se refiere a un debate reseñado en Stéphane Rials, "Les certitudes de la notion de Constitution sous la Vè. République", *Revue de Droit Public*, n.° 3 (1984): 589-594.

[20] Favoreu y Rubio de Llorente, *El bloque de constitucionalidad…,* 107-108.

[21] Probablemente, el trabajo pionero a este respecto es el de Favoreu y Rubio Llorente.

[22] A modo de ejemplo, cabe citar al Tribunal Constitucional de España, el cual empleó el término por primera vez en la Sentencia STC 10/1982, de 23 de marzo de 1982, FJ 2; y a la Corte Constitucional de Colombia, órgano que en su Sentencia C-225/1995, de 18 de mayo, FJ 12, asume el criterio de constitución ampliada que, en lo sucesivo, le ha servido de parámetro de la constitucionalidad.

[23] Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 71.

1.2. La permeabilidad del derecho privado por el derecho constitucional

La constitucionalización del derecho resulta, en definitiva, de la necesidad de imponer la ideología jurídico-política del constituyente, sobre todo, el ordenamiento jurídico. De lo contrario, la Constitución tendría el carácter de una mera norma adjetiva –como tantas veces se ha dicho–, siendo desconocido, de esta manera, el orden constitucional que procura establecer el constituyente mediante la ley fundamental y fundacional del Estado.

Este es, en realidad, de forma general, el punto de conexión entre el derecho constitucional y todas las demás ramas del derecho, entre las que debemos incluir, por supuesto, el derecho privado, donde se destaca, por su vital importancia para la actividad jurisdiccional, la parte dogmática de la Constitución, referida a los derechos fundamentales. Además de la construcción de una teoría, la doctrina jurídica (autores y tribunales) se ha empeñado en buscar vías de conexión específicas o concretas entre el derecho constitucional y las demás ramas del derecho. Estas vías parecen tener como punto de apoyo la presencia en la Constitución de valores y principios superiores que conducen al reconocimiento de los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho que, por su parte, son el origen de las normas de orden público del derecho privado. Veamos, a continuación, de manera muy breve, algunos ejemplos de aproximación a este asunto.

En la sentencia del caso Lüth, de 1958, el Tribunal Federal alemán juzgó que los derechos fundamentales no solo son prerrogativas que operan como instrumentos de defensa de los individuos frente al Estado, sino, también, en las relaciones jurídicas entre particulares, prevaleciendo sobre la voluntad de estos. La idea en que se fundamentó ese criterio es que la validez de las disposiciones obligatorias ("taxativas") de las normas de *orden público* del derecho privado se sustenta en los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales. Ello descansa en la idea –conforme a dicho órgano– de que la ley fundamental alemana "no pretende ser un ordenamiento de valores neutral […], sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales".[24] Ello es así –aseguró dicho órgano– porque, en definitiva, el orden de valores que justifica la existencia de los derechos fundamentales –cuyo núcleo esencial son la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad– ha de entenderse como válido "para todas las esferas del derecho", razón por la cual "ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu", lo que implica que el "contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho

[24] Sentencia del caso Lüth, dictada el 18 de enero de 1958 por el Tribunal Federal alemán.

privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho".[25]

Ese orden de valores que impregnan el derecho privado viene, quizás, de más allá de la Constitución misma. Esa idea fue, en su esencia, anterior, incluso, a la mencionada sentencia del caso Lüth. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en las conclusiones a que llegó el maestro Maurice Hauriou con ocasión del análisis de la Constitución francesa de 1875, cuando pretendía encontrar derechos fundamentales no contenidos en ese texto. Esa norma fundamental no contenía, a diferencia de las anteriores, ningún elemento de "constitución social", por ser una norma "exclusivamente política",[26] lo que –según este notable maestro del derecho público– conduciría a tener que admitir (lo que sería "monstruoso", según afirmaba) que los principios de derecho público y los derechos individuales no tendrían ninguna existencia constitucional. Debido a ello Hauriou propuso algunos medios jurídicos para *integrar* esas materias en el texto, llenando la laguna señalada y ampliando, de este modo, su contenido. Un primer medio sería considerar como parte de este las declaraciones de derechos contenidas en las anteriores constituciones (todas las revolucionarias y la del 14 de enero de 1852), en razón de la *referencia implícita* que a esas cartas sustantivas hacía la Constitución de 1875. Un segundo medio –que este autor consideró como más seguro– sería admitir como parte del contenido de la Constitución lo concerniente a lo social, bajo la consideración de que la "constitución social reside en los principios de orden público y de justicia individualistas, los cuales, habiendo sido las bases de la civilización, constituyen una *legalidad* superior a la Constitución misma".[27] (Énfasis agregado)

Podría argüirse que la Constitución francesa de 1875 planteaba un problema de "insuficiencia" respecto del contenido social ante el que Hauriou buscó dar una respuesta empleando un método de interpretación al que hoy acude parte de la doctrina mediante la llamada *integración*,[28] diferente al proceder empleado en el caso de los derechos implícitos, el cual consiste, en definitiva, en sumar (más allá de la mera interpretación) otros textos a la constitución formal, conformando un conjunto

---

[25] *Idem*.

[26] Esta constitución francesa es el resultado de tres leyes: una de fecha 24 de febrero de 1875, sobre la organización del Senado; otra de 25 de febrero de 1875, sobre la organización de los poderes públicos; y una tercera, de 16 de julio del mismo año, sobre las relaciones entre los poderes públicos.

[27] Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2.ª ed. (París: Librairie du Recueil Sirey, 1929, reimpresión de 1965), 337 y ss.

[28] Parte de la doctrina jurídica acude a la llamada labor integradora, de verdadera creación de derecho, para "remediar" las aparentes o supuestas lagunas de la norma jurídica. Se alega que esto no solo es válido en el caso de las normas infraconstitucionales, sino también respecto de la propia ley fundamental. En este excepcional papel, que la doctrina ha denominado *labor de integración*, el juez constitucional se ve llamado (tal como propuso Hauriou) a "remediar una carencia normativa fabricando la norma de reemplazo". Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006), 390.

más amplio y diferente del texto constitucional original. No podemos olvidar, sin embargo, que Hauriou también propuso adicionar otros textos para remediar la insuficiencia del texto formal denominado Constitución. Para la aplicación de esta solución del maestro francés, se agregarían al texto formal otros que originalmente no lo eran, ya fuesen las declaraciones sobre derechos fundamentales contenidas en constituciones anteriores, ya fuesen los principios de orden público de carácter legal, o ambos a la vez.[29]

En ese mismo sentido, es oportuno indicar que esos valores y principios fueron, en su esencia, los que impulsaron, por ejemplo, las medidas de justicia o equidad adoptadas por el pretor romano. Entre estas cabe destacar la acción de dolo, concedida, en determinadas condiciones, para acordar una indemnización a quien había sido víctima de dolo en un contrato de buena fe.[30] Podría mencionar, por igual, también a modo de ejemplo, algunas de las sentencias pronunciadas por el juez Paul Magnaud, presidente del Tribunal de Château-Thierry (Francia), a finales del siglo XIX, entre las que cabe destacar la dictada en el célebre proceso penal seguido contra la señora Louise Ménard por el robo de un pan. En dicha decisión "el buen juez Magnaud" juzgó, de manera principal, para declarar la absolución de la imputada, lo que transcribo a continuación:

> Considerando que al realizar el hecho contaba por todo recurso con el pan de dos kilos y las libras de carne que le entregaba cada semana el despacho de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo;
>
> Considerando que en el instante en que la procesada hubo de arrebatar el pan en casa del panadero P., no tenía dinero, y que los artículos que había recibido estaban agotados hacía ya treinta y seis horas;
>
> Considerando que ni ella ni su madre habían comido durante ese tiempo, dejando para el niño algunas gotas de leche que tenían en la casa;
>
> Considerando que es lamentable que en una sociedad bien organizada, uno de los miembros de esta sociedad, sobre todo una madre de familia, no pueda encontrar pan de otro modo que cometiendo una falta;
>
> Considerando que cuando se presenta una situación semejante a la de Louise Ménard, muy claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley;

---

[29] Esta solución fue la que asumió, casi exactamente, el Conseil Constitutionnel francés mediante la decisión de 16 de julio de 1971 que –según el criterio generalizado de la doctrina, como hemos visto– dio origen al llamado *bloque de constitucionalidad*, más de cuatro décadas después de la tesis de la *constitución ampliada* del maestro Hauriou. Nótese que la vía para conformar ese bloque no está expresamente "legitimada", es decir, no resulta de un mandato expreso del constituyente francés, sino de un *juicio constitucional*, a la manera propuesta por dicho autor. Es este, precisamente, el mayor mérito de esa decisión.

[30] Cfr. Eugène Petit, *Tratado elemental de derecho romano* (traducción de la 9.ª ed. francesa por José Ferrández González) (México: Editorial Nacional, 1966), 670-671.

> Considerando que el hambre es susceptible de arrebatar a todo ser humano una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y el mal;
>
> Considerando que un acto ordinariamente reprensible pierde mucho de su carácter fraudulento cuando quien lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física;
>
> Considerando que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada cuando a las torturas angustiosas resultantes de una larga privación de nutrición se junta, como en este caso, el deseo, tan natural en una madre, de evitarlas a su tierno hijo, del que sólo ella tiene la carga;
>
> Considerando que de todo esto resulta que los caracteres de la aprehensión fraudulenta libre y voluntariamente perpetrada, no se encuentran en el hecho cometido por Louise Ménard, quien se ofrece a restituir al panadero P., con el producto del primer trabajo que pueda procurarse;
>
> Considerando que ciertos estados patológicos, notablemente el estado de preñez, han sido muchas veces motivo para declarar irresponsables a los autores de robos cometidos sin necesidad, esta irresponsabilidad debe, con más poderosa razón, ser admitida en favor de los que no han obrado sino según los irresistibles impulsos del hambre;
>
> Considerando que ha lugar, en consecuencia, a declarar la absolución de la procesada, sin costas, por aplicación del artículo 64 del Código Penal.[31]

En realidad, los criterios de justicia y equidad no dejan de estar presentes en las decisiones de los tribunales de nuestros días, sobre todo, en aquellos casos en que la subjetividad del juez juega un papel importante en la solución de una controversia judicial, como, por ejemplo, para el establecimiento de montos indemnizatorios por daños morales.[32] Es en estas situaciones donde intervienen los parámetros de razonabilidad, la cual, de todo modo, no es del todo aprehensible.

Los mencionados ejemplos ilustran bien la necesidad de establecer instrumentos jurídicos que, además de preservar el orden que impone la Constitución, permitan: i) controlar los actos del Estado frente a los particulares, ii) regular los acuerdos entre particulares que afectan a terceros, o iii) proteger, en esos mismos acuerdos, la parte más débil de la relación contractual, como, por ejemplo, los trabajadores asalariados y los consumidores de bienes y servicios. Nace así un nexo entre el derecho constitucional y el derecho privado que, sobre la base de los valores y principios de

---

[31] Tribunal de Château-Thierry, Francia, Sentencia de 4 de marzo de 1898, en Henry Leyret, *Las sentencias del buen juez Magnaud*, 2.ª ed. (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik y Bogotá: Editorial Temis,2018).

[32] Ver, solo a modo de ejemplo, la Sentencia SCJ-SS-24-1085, dictada el 30 de septiembre de 2024 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.

la Constitución y las normas de orden público del derecho privado, ha dado origen a un orden jurídico superior que se impone al Estado y a los particulares.

Ese orden superior impone la creación de una acción judicial especial para la protección o tutela de las prerrogativas fundamentales que de este se derivan. Esa acción judicial especial es el amparo; acción mencionada en la sentencia del caso Lüth, pero anterior, incluso, a su regulación por el derecho alemán. En efecto, la doctrina considera que esta vía de protección de los derechos fundamentales tiene su origen formal y expreso en México, donde el amparo fue consagrado en los artículos 8[33] y 9 de la Constitución de Yucatán de 31 de marzo de 1841 y, luego, en todo México, mediante los artículos 101 y 102 del Acta Constitutiva y de Reforma de 18 de marzo de 1847.[34] A partir de entonces, el amparo ha ido expandiéndose por la mayoría de países americanos, donde en algunos tiene un origen jurisprudencial, antes que legal.[35]

Ahora bien, no olvidemos que todos los derechos han de ser tutelados y que siempre corresponderá al Estado, en tanto que ente monopolizador de la función jurisdiccional (directa o delegada), cumplir con esa obligación, lo que constituye un deber de este y un derecho fundamental de sus titulares. Ello parece conducirnos a considerar que el derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses protegidos es la real vía de conexión entre el derecho privado y el derecho constitucional, tomando en consideración que ese derecho es el instrumento jurisdiccional para el ejercicio de los derechos (fundamentales o no) e intereses jurídicamente protegidos cuando ese ejercicio es obstaculizado por la acción u omisión del Estados o de los particulares.

Otra vía de interacción o conexión del derecho constitucional y el derecho privado está referido al control de constitucionalidad del derecho privado por el derecho constitucional. Ese control tiene su origen –como ya dije– en la necesidad de preservar la supremacía de la Constitución, el orden que la ley fundamental contiene y el programa constitucional que de ambos resulta.

Todas esas vías de interacción entre el derecho constitucional y el derecho privado son, a la vez, escenarios de tensión o de fricción entre uno y otro, por el persistente propósito del segundo de mantenerse al margen del control del primero. Ello se debe i) a la resistencia del "viejo orden" del derecho privado, con sus reglas propias, particulares, frente al "nuevo orden" del derecho constitucional, con sus valores y

---

[33] Ese artículo 8 disponía: "Los jueces de Primera Instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, a los que pidan protección contra cualquier funcionario que no corresponda al orden judicial, decidiendo brevemente y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados". El artículo 7 de esa norma constitucional se refería a las garantías individuales de las personas.

[34] Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en México*, citado en Hermógenes Acosta de los Santos, "El amparo en Iberoamérica", en *El amparo: análisis general y sus distintas modalidades,* coord. por Aracelis A. Fernández Estrella (Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 2025), 5.

[35] Este es el caso de República Dominicana, como veremos luego.

principios, y ii) a la tendencia "instintiva" de los particulares a querer zafarse de los amarres del control externo, a fin de mantener o ensanchar el ámbito de la autonomía de la voluntad.

2. Visión general del asunto en el ordenamiento jurídico dominicano

Para una mejor comprensión del asunto en el derecho dominicano, creo necesario hacer algunas puntualizaciones, como telón de fondo, sobre el proceso de constitucionalización del derecho dominicano, para, luego, abordar, con brevedad y parcialmente, la intervención del derecho privado por la justicia constitucional dominicana.

2.1. El proceso de constitucionalización del derecho dominicano

En República Dominicana, el bloque de constitucionalidad nos llegó de la mano del concepto de derechos implícitos, conforme a lo que a continuación relato.

En República Dominicana, el primer texto que introdujo los derechos implícitos en la carta sustantiva fue el artículo 7 de la Constitución de 1924, el cual disponía: "La enumeración contenida en el artículo 6 no es limitativa, y por tanto no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza".[36] Con esa disposición, el constitucionalismo dominicano se inscribió en la corriente latinoamericana (que se inició, con la Constitución argentina de 1860) que se adhirió a los postulados de la IX enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

Ese artículo 7 de la Constitución dominicana de 1924 se mantuvo inalterado en las constituciones de 1927, 1929 (las dos reformas), 1934, 1942 y 1947. En la Constitución de 1955, los únicos cambios fueron el artículo que contenía la cláusula sobre los derechos implícitos (art. 10, en lugar del 7) y que el texto se refiere a los derechos enunciados en el artículo 8, los cuales denominó como "derechos humanos", en lugar de "derechos inherentes a la personalidad humana", asumiendo, de manera obvia, el término consagrado por la entonces reciente declaración de derechos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948. Ese artículo 10 se mantuvo idéntico en las reformas constitucionales de 1959, 1960 (las dos de ese año), 1961 y 1962. Sin embargo, la Constitución de 1963 (de una concepción mucho más liberal y avanzada que las anteriores) introdujo un cambio significativo, mediante su artículo 81, al agregar a los derechos implícitos aquellos otros que "sean una resultante de la soberanía del pueblo y del régimen democrático",[37] superando, incluso, en esa concepción

[36] Recuérdese que ese artículo 6 contenía los derechos que el constituyente calificaba como "inherentes a la personalidad humana".

[37] El texto íntegro de ese artículo 81 era el siguiente: "Se declara legítima la resistencia encaminada a la protección de los derechos humanos consagrados más arriba, los cuales no

y ensanchamiento de derechos implícitos, la Constitución argentina de 1960 y la Constitución cubana de 1940, las cuales, aunque incluyen los derechos relativos a la "soberanía del pueblo", no mencionan los derechos concernientes al régimen democrático. Supera, por igual, la concepción de las demás constituciones latinoamericanas (las que le anteceden y las que le suceden, incluyendo la muy avanzada constitución uruguaya de 1918 y la constitución boliviana de 1964). Esta concepción de los derechos implícitos de la Constitución dominicana de 1963 supera, asimismo, las reformas constitucionales posteriores, las de los años 1966, 1994, 2002, 2010, 2015 y 2024, las cuales asumieron una redacción cercana a las anteriores al año 1963, pues todas ellas solo se han referido a los derechos inherentes a la persona, a los derechos humanos, a los derechos individuales y sociales o a los derechos fundamentales, excluyendo, por tanto, la expresa referencia a los derechos relativos a la soberanía del pueblo y a la forma democrática de gobierno. Cabe mencionar, no obstante, el Acto Institucional de 1965, cuyo artículo 41 tenía una redacción idéntica a la del artículo 81 de la Constitución de 1963.

¿Cuál es la virtud principal del establecimiento de los derechos implícitos en la Constitución dominicana? El ensanchamiento del *corpus constitucional*, superando así la *constitución formal*, pues le suma textos formalmente no escritos, camino a la construcción de un concepto amplio de constitución, el cual he denominado *constitución material*.

En definitiva, la Constitución dominicana no se reduce al texto formal proclamado por el constituyente. Ella incluye, en virtud de los artículos 74.1 y 74.3 de la carta sustantiva, otros derechos y garantías fundamentales de la misma naturaleza que los incluidos en el catálogo de derechos y garantías fundamentales de la Constitución o en los tratados, pactos y convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por el país. Ello permite la construcción de un concepto más amplio de constitución formal, la constitución material, compuesto, además de ese texto formal, por los derechos y las garantías fundamentales que conforman el llamado bloque de constitucionalidad.

2.2. La intervención del derecho privado por la justicia constitucional dominicana

Las interacciones y tensiones que se producen entre el derecho constitucional y el derecho privado en República Dominicana tienen para la justicia constitucional, como escenario, la existencia de un doble control de constitucionalidad de las normas adjetivas: el control difuso y el control concentrado. Ello significa que en nuestro país seguimos la corriente latinoamericana del doble control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. A este se suma el control preventivo de los

---

excluyen los demás que esta Constitución establece, ni otros de igual naturaleza o que sean una resultante de la soberanía del pueblo y del régimen democrático".

tratados internacionales, al que no podré referirme debido a la especificidad y al alcance de este breve trabajo.[38]

Ese triple control es completado por el control de las decisiones jurisdiccionales, mediante el recurso constitucional de revisión, mecanismo de control de las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios. Se conforma así un complejo sistema de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de las resoluciones que dirimen controversias jurisdiccionales. Procuraré, a continuación, describir ese escenario, con la exclusión del control preventivo, como ya se ha dicho.

1. Comienzo diciendo que el control difuso de constitucionalidad ha existido en República Dominicana desde nuestra primera ley fundamental, de 6 de noviembre de 1844, conforme a lo que disponía el artículo 125[39] de esa carta, el cual negaba la coexistencia de la Constitución con una norma jurídica que le fuese contraria. Ese texto, con una redacción similar o parecida, se ha mantenido presente en nuestros textos constitucionales, pero hace relativamente poco tiempo que su aplicación se generalizó entre los jueces dominicanos, cambiando así su apática actitud y un viejo criterio en torno a la aplicación de dicho texto y, por ende, al ejercicio del control difuso.[40] En este sentido, es necesario destacar dos momentos trascendentes en nuestra actividad judicial: a) El primer momento se originó con la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia en el caso Alambres Dominicanos contra el Estado dominicano, de 19 de marzo de 1970,[41] en la que este órgano judicial afirmó que "de conformidad con los principios de nuestro Derecho Constitucional, todo Tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está

---

[38] El control preventivo de los tratados internacionales es ejercido por el Tribunal Constitucional, según el artículo 185.2 de nuestra carta sustantiva.

[39] El artículo 125 de la Constitución de 6 de noviembre de 1844 prescribía: "Ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes". Ese texto había de ser interpretado bajo la sombrilla del artículo 35 de la norma constitucional, que disponía: "No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer".

[40] En este sentido, ver una sentencia de 9 de mayo de 1961, en la que la Suprema Corte de Justicia afirmó: "La Suprema Corte de Justicia, ni tribunal alguno, está capacitada por la Constitución para decidir acerca de los alegatos de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos o actos de los poderes públicos, en vista de instancias directas, como la que le ha sido elevada en el presente caso; que, para los fines del artículo 43 de la Constitución, es preciso reconocer que, para que un alegato cualquiera de inconstitucionalidad pueda ser tomado en consideración por los tribunales, es condición indispensable que el alegato sea presentado como un medio de impugnación o de defensa en el curso de una controversia entre partes, que deba decidir el Tribunal ante el cual el alegato de inconstitucionalidad sea propuesto" (SCJ, 9 de mayo de 1961, *Boletín Judicial* 610, p. 1131).

[41] SCJ, 19 de marzo de 1969, *Boletín Judicial* 700, pp. 608-912.

en el deber de examinar y ponderar dicho alegado como cuestión previa al resto del caso". Este criterio ha sido reiterado en numerosos casos, entre los que quiero destacar una litis entre particulares, en materia laboral: el caso TeleAntillas contra Antonio Cruz, de 16 de diciembre en 1983.[42] En esa decisión, el máximo órgano judicial del país señaló, de manera prescriptiva, lo siguiente:

> En el estado actual de nuestra legislación, y por ende de nuestro Derecho, la disposición del artículo 46[43] de la Constitución de la República, lo que manda en cuanto al orden judicial, es que todo Tribunal o Corte, en presencia de una ley, resolución, reglamento o acto contrarios a la Constitución surgido con motivo de un proceso, en cualquiera de las materias de su competencia, puede y debe pronunciar su nulidad aunque no la hayan promovido las partes envueltas en el mismo, esto es de oficio, sin el cumplimiento de ninguna formalidad, de cualquier naturaleza que sea; que al proceder de ese modo los Jueces no están invadiendo atribuciones de otros organismos, ni violando los principios fundamentales de la separación de los Poderes, sino dando cabal cumplimiento a las facultades que se le [sic] otorga para examinar y ponderar no sólo la regularidad de las leyes, sino también sus alcances y propósitos.

Aunque esa sentencia erró al disponer que con ocasión del ejercicio del control difuso podía ser pronunciada la nulidad de la norma jurídica sujeta a control, facultad que no reconocía la ley a ningún órgano del Estado, ella afianzó la orientación de la Suprema Corte de Justicia respecto del ejercicio del control difuso como mecanismo de control de las normas infraconstitucionales, pese a su efecto relativo. Ello es así, felizmente, en la actual práctica cotidiana de los tribunales dominicanos.

b) El otro momento importante en la historia del control difuso se originó con la incorporación de una disposición relativa a este en la norma constitucional: el artículo 188, incluido en la reforma constitucional de 2010 y mantenido en las reformas posteriores. Ese texto dispone: "Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento".

Si bien ese texto no generó (en cuanto a su aplicación) ninguna controversia fundamental entre los jueces de los tribunales ordinarios, no ocurrió lo mismo respecto del Tribunal Constitucional, órgano que, de manera

---

[42] Respecto de esta decisión, ver Adriano Miguel Tejada, "La inconstitucionalidad de las leyes por vicios de forma", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.° 1 (septiembre de 1984): 3-7.

[43] El artículo 46 de la Constitución vigente en ese entonces, de 28 de noviembre de 1966, disponía: "Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución". Un texto idéntico a ese se mantiene en la parte *in fine* del artículo 6 de la Constitución dominicana después de su última reforma, de 27 de octubre de 2024.

absurda y obstinada, se negó durante varios años a ejercer el control difuso con ocasión de los recursos de revisión constitucional contra decisiones de los órganos jurisdiccionales ordinarios que se habían pronunciado en ese sentido. Ello fue así desde el precedente sentado mediante la Sentencia TC/0177/14,[44] de 13 de agosto de 2014, en la que indicó:

> Si el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la solicitud del recurrente respecto a una nueva interpretación de los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley núm. 176-07, de manera incidental, en el marco de este recurso de revisión, estaría ejerciendo un control difuso de constitucionalidad, el cual está reservado para los jueces del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 51 de la Ley núm. 137-11.[45]

Ese criterio fue felizmente cambiado por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia TC/0889/23, de 27 de diciembre de 2023, en la que este órgano, luego de una larga motivación sobre las razones del cambio del precedente, afirmó:

> La motivación anteriormente expuesta justifica obligatoriamente el cambio de precedente sentado en la aludida sentencia TC/0177/14, para que, en lo adelante, el Tribunal Constitucional revise, de oficio o a petición de partes, los pronunciamientos de inconstitucionalidad por vía difusa emitidos por las distintas jurisdicciones en cualquiera de las modalidades de revisión que la Ley núm.137-11 ha puesto a su cargo.

2. A ese control se suma el control concentrado de constitucionalidad. Este fue restablecido, después de décadas,[46] con la reforma constitucional de 1994. El artículo 67.1 de la Constitución de ese año reconoció a la Suprema Corte de Justicia la competencia para conocer las acciones relativas a la "constitucionalidad de las leyes". Ello fue así hasta la reforma constitucional de 2010, que trajo consigo la creación del Tribunal Constitucional y el otorgamiento del control concentrado de constitucionalidad a este órgano, entre otras

---

[44] Reiterado en muchas otras ocasiones. Ver, a modo de ejemplo, las sentencias TC/0116/16, TC/0270/16, TC/0407/16, TC/0612/16, TC/0662/16, TC/0019/17, TC/0181/17, TC/0240/17, TC/0243/17, TC/0258/17, TC/0259/17, TC/0296/17, TC/0390/17, TC/0577/17, TC/0636/17, TC/0697/17, TC/0061/18, TC/0266/18, TC/0268/18, TC/0435/18, TC/0573/18, TC/0582/18, TC/0684/18, TC/0771/18, TC/0270/19, TC/0289/19, TC/0292/19, TC/0350/19, TC/0371/19, TC/0473/19, TC/0510/19, TC/0068/20, TC/0177/21, TC/0107/22 y TC/0242/22.

[45] El Tribunal se negaba, realmente, a completar la lectura del texto indicado, pues de la simple lectura del párrafo del referido artículo 51 de la Ley 137-11 se deduce la competencia de este órgano para conocer de la excepción de inconstitucionalidad en caso de que la decisión que la pronuncie sea impugnada mediante el recurso de revisión constitucional.

[46] El control concentrado de constitucionalidad existió en República Dominicana entre los años 1924 y 1927.

atribuciones. Esa competencia es establecida por el artículo 185.1 de la Constitución y la regulación de esta labor es tarea de la Ley 137-11,[47] que parece reconocer atribuciones al Tribunal Constitucional que exceden los límites propios de un órgano de esta naturaleza, asunto que no podré abordar debido a la especificidad de este breve trabajo.

El ejercicio de ese control permitió al Tribunal Constitucional inhabilitar partes esenciales de un contrato entre particulares mediante la anulación de la resolución del Consejo Nacional de Seguridad Social que aprobaba dicho contrato. El caso se refiere a una acción de inconstitucionalidad interpuesta por varias personas físicas y morales contra la Resolución 186-01, de 24 de julio de 2008, mediante la cual el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) aprobó el denominado "contrato de póliza y discapacidad y sobrevivencia para los afiliados al sistema previsional", suscrito el 21 de mayo de 2008 entre varias compañías aseguradoras y las administradoras de fondos de pensiones, resolución que, antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva sobre el asunto, fue sustituida por otras que, de igual forma, aprobaban el indicado contrato.

El Tribunal Constitucional dominicano, mediante la Sentencia TC/0305, de 20 de mayo de 2025 (dictada más de diez años después de ser incoada la acción de inconstitucionalidad), declaró la inconstitucionalidad (y, por consiguiente, la nulidad) de la resolución atacada y las que la sustituyeron sobre la base, en lo esencial, de los siguientes criterios: a) ratificó, a la luz de su propia jurisprudencia, la naturaleza fundamental del derecho a la seguridad social y la suscripción de este al derecho fundamental a la dignidad humana; b) constató que las resoluciones atacadas habían aprobado un contrato que desconocía el artículo 51 de la Ley 87-01, sobre el sistema dominicano de seguridad social, pues dicho contrato limitaba o restringía el derecho a las pensiones a que ese texto se refería; c) constató, por igual, que al dictar dichas resoluciones, el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSS) se había arrogado atribuciones que la Constitución de la República atribuía al Congreso Nacional, pues no era constitucionalmente admisible que el valor normativo de un acto reglamentario proveniente de un órgano administrativo pudiese ser colocado por encima de una norma general proveniente de ese poder del Estado; y d) concluyó que las resoluciones indicadas eran *inconstitucionales* y, por tanto, nulas, puesto que *avalaban un contrato que imponía límites que vulneraban los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la seguridad social*, además de desconocer la protección (legal) de los afiliados a la seguridad social en razón de la edad.

---

[47] Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, de 13 de junio de 2011.

3. La reforma constitucional de 2010 también reconoció al Tribunal Constitucional la competencia para revisar las sentencias de los tribunales ordinarios, siempre que esas decisiones tuviesen la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Ciertamente, el artículo 277 constitucional creó el recurso de revisión constitucional, el cual permite ejercer el control de constitucionalidad de las decisiones con el carácter indicado. De la regulación de este recurso se ocupan los artículos 53 y 54 de la mencionada Ley 137-11.

   Aunque la ley acuñó el término de *recurso de revisión*, en la práctica, este es una acción de tutela o de amparo contra las decisiones jurisdiccionales juzgadas como contrarias a la Constitución por el recurrente, sobre todo, cuando la sentencia objeto del recurso es impugnada sobre la base de la violación o el desconocimiento de derechos fundamentales, como lo revela la sentencia del Caso Diomedes Feliz González contra Refinería Dominicana de Petróleo, una compleja litis laboral entre particulares que tuvo como resultado –en un primer recurso de revisión– la Sentencia TC/0046/21, dictada por el Tribunal Constitucional el 20 de enero de 2021, como veremos a continuación.

   La litis se originó con la demanda interpuesta por el señor Diomedes Feliz González contra la empresa Refinería Dominicana de Petróleo en nulidad de la ruptura del contrato de trabajo que había tenido con la empresa, al que esta entidad había puesto término por desahucio. El señor Feliz González reclamaba, además, su reintegro a la empresa, el pago de los salarios caídos desde la ruptura del contrato de trabajo hasta su reintegro y una indemnización por los daños morales y materiales sufridos a causa de dicha ruptura contractual. Como fundamento esencial de su demanda, dicho trabajador invocaba la nulidad del desahucio sobre la base de que, en su condición de dirigente sindical (era secretario de organización del sindicato de trabajadores de la empresa), gozaba de fuero sindical, situación en la que no podía ser desahuciado, según lo dispuesto por los artículos 75 y 392 del Código de Trabajo. La empresa, por su parte, invocaba, en su defensa, la validez del mencionado desahucio, sobre la base de que el registro del sindicato era nulo, caso en el cual no tenía existencia legal, lo que privaba al trabajador del fuero sindical. (Importa indicar que la empresa había interpuesto, a su vez, una demanda en nulidad del mencionado registro sindical, la cual aún estaba pendiente de fallo ante la Suprema Corte de Justicia). La empresa alegaba, asimismo, que, en todo caso, con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, el trabajador había recibido el pago de sus prestaciones laborales y derechos adquiridos y que, en tal virtud, había suscrito un recibo de descargo en favor de la empresa, en el cual, además de reconocer el pago indicado, también renunciaba a accionar judicialmente contra la empresa.

El tribunal de trabajo que conoció en primer grado de la demanda del trabajador declaró el sobreseimiento del conocimiento de esta acción hasta que la Suprema Corte de Justicia emitiera el fallo sobre la demanda relativa a la solicitud de nulidad del registro sindical. Pero, ante el recurso incoado por el trabajador contra esa decisión, la corte de apelación apoderada de ese recurso conoció el fondo de la demanda en nulidad del desahucio, la cual rechazó, dando validez, de ese modo, al desahucio ejercido por la empresa contra el mencionado trabajador. Este último recurrió en casación esa última decisión, recurso que fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia, confirmando así la sentencia de la corte de apelación.

El fundamento de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia descansó, de manera principal, en las siguientes consideraciones: 1) que no procedía ordenar la "reinstalación" (el reintegro) del trabajador a su puesto de trabajo en la empresa, debido a que este había recibido el pago de sus prestaciones laborales y derechos adquiridos (además del pago del "fondo de ahorro complementario"), con lo cual "estaba validando, con su firma, en forma libre y voluntaria, la terminación de la relación laboral y, en consecuencia, dando asentimiento a su baja o renuncia del sindicato, lo cual es válido por su derecho de elegir y su libertad de trabajo"; y 2) que, además, no procedía acoger las reclamaciones del trabajador, debido a la aceptación del pago recibido y el otorgamiento del descargo suscrito por el trabajador, salvo que este hubiese alegado y probara (ante los jueces de fondo) que había sido "objeto de acoso, violencia, dolo o vicio de consentimiento, que no es el caso, pues lo contrario sería violentar su libertad de trabajo y derecho a elegir que tiene todo ciudadano que se expresa en hechos claros y concretos, como es el caso de aceptar sus prestaciones".

Esa decisión de la Suprema Corte de Justicia fue recurrida en revisión ante el Tribunal Constitucional. En el escrito de revisión, el trabajador invocó lo siguiente como sustento de su recurso (en la parte que nos interesa destacar, a los fines de este trabajo): i) que, con ocasión del pago recibido por la empresa (a causa de su desahucio), sobre el recibo de descargo de referencia había consignado, de manera clara y precisa que "lo suscribía bajo reservas del fuero sindical y de cálculos"; ii) que la Suprema Corte de Justicia había violado el derecho (fundamental) a la igualdad y, por vía de consecuencia, también había vulnerado el principio de igualdad, puesto que la firma del recibo de descargo, bajo reserva del fuero sindical y del cálculo de los valores recibidos, implicaba que "no aceptaba el desahucio", situación en la que dicho desahucio carecía de validez, conforme a la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, lo que significaba que había dado a este caso una solución distinta a las dadas en otros casos iguales, contradiciendo así sus propios criterios en el sentido indicado.

Con base en los hechos así descritos y en los medios de derecho invocados por las partes en litis en torno a los puntos indicados, el Tribunal Constitucional acogió el recurso de revisión y, en consecuencia, anuló la sentencia impugnada.[48] Esa decisión se fundamentó en los criterios que a continuación consigno:

a) Que mediante la Sentencia 365, de 14 de junio de 2017, la Suprema Corte de Justicia había confirmado la validez del registro sindical, situación en la que era nulo el desahucio ejercido por la empresa, según lo dispuesto por los artículos 75.4 y 392 del Código de Trabajo, textos que disponen que el desahucio ejercido contra los miembros directivos de un sindicato no produce efectos jurídicos, situación en la cual se constata la violación de la libertad sindical, a la luz de los artículos 62 de la Constitución, y 2 y 1 de los convenios 87 y 98, respectivamente, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).[49]
b) Que en el caso existía constancia de que si bien en el recibo de descargo suscrito por el trabajador y la empresa se había consignado la entrega de las sumas de dinero correspondiente al pago de las prestaciones laborales, en dicho documento también constaba que este había sido firmado "bajo reservas del cálculo de las prestaciones y del fuero sindical", situación en la cual –aduce el Tribunal Constitucional– la solución había sido distinta (a las dadas en otros casos), pues, conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia –y cita unas diez sentencias dictadas por dicho órgano judicial–, el recibo de descargo suscrito por el trabajador después de la ruptura de trabajo (renunciado a derechos reconocidos por la ley laboral) carece de validez cuando este lo ha suscrito bajo dolo, engaño, amenaza o coacción, cuando se haya verificado la violación de una garantía constitucional que violente el acuerdo firmado o cuando el trabajador haya consignado en el momento de la expedición del recibo su inconformidad con el pago o haya hecho reserva de reclamar esos derechos; y
c) Que, al haber constatado que no se había producido ningún cambio de criterio respecto de lo indicado que justificase la decisión adoptada en el presente caso, se evidenciaba que la Suprema Corte de Justicia había violado los principios de igualdad y de seguridad jurídica (en el sentido indicado por el trabajador), puesto que, al actuar así, y según la jurisprudencia del Tribunal

[48] En caso de anulación de la sentencia recurrida en revisión, y conforme a lo dispuesto por el artículo 54, en sus ordinales 9 y 10, de la Ley 137-11, el expediente relativo a la litis será devuelto al tribunal que dictó la sentencia anulada para que este conozca nuevamente del caso "con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional".

[49] Convenios que tienen rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, según lo previsto por los artículos 74.1 y 74.3 de la Constitución dominicana.

Constitucional se había alejado de sus propios precedentes sin motivación alguna.

Sin embargo, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia se resistió a aplicar el criterio del Tribunal Constitucional con ocasión de la devolución del expediente para que el recurso de casación interpuesto fuese fallado, en esta segunda ocasión, "con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal", según el mandato del artículo 54.10 de la Ley 137-11. Ciertamente, valiéndose de sofismas montados sobre la desnaturalización de los hechos de la causa, dicho órgano judicial –al juzgar de nuevo el asunto y rechazar, por segunda vez, el recurso de casación del Feliz González– no acató el criterio del Tribunal Constitucional, como lo revela su Sentencia SCJ-TS-22-0511, de 31 de mayo de 2022. Fue por eso que, con ocasión de un nuevo recurso de revisión (interpuesto por dicho señor), el Tribunal Constitucional –después de un arduo y detallado estudio de esa sentencia– llegó a la siguiente conclusión:

> Como puede apreciarse, la Suprema Corte de Justicia pretende juzgar de nuevo aquí –conforme a esta afirmación– lo ya decidido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia TC/0046/21, en el sentido de que el señor Diomedes Féliz González sí gozaba de la protección del fuero sindical cuando fue desahuciado por su empleador, lo que arrastra consigo (aunque dicho tribunal pretenda negarlo) la falta de validez del recibo de descargo suscrito por dicho trabajador. Resulta evidente, pues, que, al actuar como lo hizo, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia desconoció al mandato que, al amparo del artículo 54.10 de la Ley núm. 137-11, le envió este órgano de justicia constitucional.[50]

Y, sobre la base de lo así constatado, afirmar, de manera categórica, que "el tribunal de envío tiene, por demás, el compromiso de fallar conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional respecto de los derechos y garantías fundamentales a que se refiere su decisión", además de reiterar lo indicado en su Sentencia TC/0360/17, en la que indicó que "sus decisiones no solo son vinculantes por el mandato constitucional que así lo expresa, sino también por la función que realiza como órgano de cierre del sistema de justicia constitucional".

4. Al recurso de revisión "ordinario" se suma el recurso de revisión de las sentencias dictadas en materia de amparo (propiamente dicho). En este sentido, es necesario indicar que, aunque el amparo –como vía de protección de los derechos fundamentales– ha sido reconocido como una acción de naturaleza constitucional por el artículo 72 de nuestra ley fundamental, el recurso de

[50] Sentencia TC/0328/25, de 28 de mayo de 2025.

revisión contra las decisiones dictadas en esta materia es de la competencia del Tribunal Constitucional, y está regulado, también, por la señalada Ley 137-11, mediante sus artículos 94 a 103. En este caso, el recurso es considerado por el propio Tribunal Constitucional (después de un cambio de orientación) como "una especie de segunda instancia", en la que el Tribunal opera como "órgano de cierre".[51]

La regulación del ejercicio de la acción de amparo (tal como se conoce en los países americanos que la han adoptado) es de origen jurisprudencial en República Dominicana, en virtud de una resolución dictada el 18 de junio de 1991 por la Suprema Corte de Justicia,[52] aunque la doctrinaria dominicana más visionaria[53] entendía que ya la acción de amparo era parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[54] Se trató de una sentencia con ocasión de un recurso de casación (en una litis laboral entre particulares) incoado por una empresa sobre la base, en lo fundamental, de que en su contra se había violado el principio *non bis in idem*, debido a que estaba siendo juzgada ante dos jurisdicciones distintas (una penal y otra laboral) por un mismo hecho. Con ocasión de dicho recurso, la empresa solicitó a la Suprema Corte de Justicia trazar (en virtud de las atribuciones que en este sentido le reconocía el antiguo artículo 29 de la Ley 821, de organización judicial) el procedimiento por seguir en materia de amparo, "reconocido sistemáticamente en jurisprudencia constante de la Suprema Corte

---

[51] Sentencia TC/0071/13, dictada por el Tribunal Constitucional dominicano el 7 de mayo de 2013.

[52] Ramón Emilio Núñez N., "El amparo en la República Dominicana: precisiones históricas", citado en Juan Alfredo Biaggi Lama, "El origen del amparo en nuestro ordenamiento jurídico", en *El amparo: análisis general y sus distintas modalidades,* coord. por Aracelis A. Fernández Estrella (Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 2025).

[53] Ya en 1990, como puede apreciarse, antes de la referida resolución de la Suprema Corte de Justicia, Juan Manuel Pellerano había afirmado: "El derecho de amparo como medio procesal para la protección de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los representantes o agentes de los poderes públicos o por particulares es, en síntesis, el derecho de que disfruta cualquier individuo para reclamar la intervención efectiva de los tribunales del orden judicial o del orden administrativo a fin de ser amparados [sic] en el disfrute y ejercicio de los derechos y garantías que le son reconocidos constitucionalmente por cualquiera de las vías ordinarias de procedimiento, que es el amparo judicial, por medio del recurso sencillo y rápido previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos [sic], que es el amparo constitucional. En ambas hipótesis se desdobla en el deber de los tribunales apoderados de otorgar la protección que le [sic] es reclamada". Juan Manuel Pellerano Gómez, *Constitución y política,* Colección Clásicos de Derecho Constitucional (Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2024, impresión facsimilar de la edición de 1990).

[54] República Dominicana ratificó la CADH el 19 de abril de 1978.

de Justicia" y –afirmaba la empresa– sobre la base del artículo 25.1[55] de la CADH, debidamente ratificada por el país y, consecuentemente, parte de nuestro derecho interno. En respuesta a ese pedimento, dicho órgano juzgó:

> ... pese a que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, al tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana, pero, como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, de las consideraciones que anteceden resulta evidente la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con las atribuciones que le confiere el inciso 2 del artículo 29 de la Ley No. 821, de Organización Judicial, determine la competencia y el procedimiento que deberá observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo.

Y, a continuación, pasó a indicar ese procedimiento y esa competencia.

Luego, intervino la primera ley de amparo, la 437-06, de 30 de noviembre de 2006, el reconocimiento constitucional del amparo como un derecho fundamental, mediante el artículo 72 de la Constitución de la República, y la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, la cual regula el ejercicio de la acción de amparo entre los artículos 65 y 114, relativos a la acción de amparo ordinario, al amparo de cumplimiento, al amparo colectivo y al amparo electoral.[56]

Este recurso de revisión en materia (específicamente) de amparo ha permitido al Tribunal Constitucional intervenir, como órgano de segundo grado, para controlar la constitucionalidad de las decisiones dictadas en primera instancia cuando han sido objeto de dicho recurso. Al respecto, citaré, a modo de ejemplo, la Sentencia Luisanna Evelina Grullón Hernández contra Divas by Jiménez y otros.

---

[55] El artículo 25.1 de la CADH prescribe: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en sus funciones oficiales".

[56] Importa señalar aquí que, aunque de manera parcial, la antigua Ley Electoral 5884, de 5 de mayo de 1962, previó el llamado amparo electoral. El artículo 117 de dicha norma disponía: "Amparo.- Todo elector afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del sufragio, podrá solicitar amparo por sí o por intermedio de cualquiera otra persona, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho a cualquier juez o autoridad". Respecto de ese texto, ver Ramón Emilio Núñez N., "El amparo electoral: el amparo olvidado", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.° 8 (octubre de 1992): 10-15.

Este caso tuvo su origen en el "contrato exclusivo de artista de grabación" suscrito entre el señor Daomar Enrique Crespo Aldana y la sociedad comercial Henry Jiménez Music Group, por una parte, y las señoras Gabriela Gregoria Puche Parra, Luisanna Evelina Grullón Hernández y Frances Moreno Vargas, de la otra. La señora Grullón Hernández, en lo que a ella concernía, puso término por dimisión a esta relación laboral, varios años después de su inicio, invocando la comisión de faltas contractuales por parte de sus empleadores, a quienes demandó en pago de prestaciones laborales, derechos adquiridos y una indemnización en reparación de daños y perjuicios. Sus exempleadores, a su vez, demandaron a dicha señora en pago de una indemnización en reparación de daños y perjuicios. Posteriormente, en el curso de las litis judiciales indicadas, la señora Grullón Hernández suscribió un contrato para la prestación de sus servicios artísticos con la empresa Centro de Belleza y Estética Yanibella, entidad que recibió un acto de alguacil mediante el cual el señor Daomar Enrique Crespo Aldana y las empresas Henry Jiménez Music Group y Divas By Jiménez, S. R. L, le advertían que entre ellos y dicha señora existía un contrato exclusivo de representación, razón por la cual debía de abstenerse de contratar sus servicios. Esto provocó la resolución del contrato de trabajo entre la señora Grullón Hernández y el mencionado centro de belleza.

En esta situación, dicha señora interpuso una acción de amparo contra el señor Daomar Enrique Crespo Aldana y las empresas Henry Jiménez Music Group y Divas By Jiménez, S. R. L., reclamando la tutela de su derecho al trabajo. Del conocimiento de esta acción fue apoderada la presidencia del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, órgano judicial que declaró la inadmisibilidad de la acción amparo, por aplicación del artículo 70, acápite 3, de la Ley 137-11,[57] es decir, por notoria improcedencia, sobre la consideración de que la accionante había suscrito, de manera voluntaria, un contrato de exclusividad con la parte accionada, contrato que se rige –afirmó el tribunal– por el artículo 1134 del Código Civil,[58] y que, además, no había llegado a su término, ni había sido invalidado, "asunto que ha sido designado [sic] por

[57] El artículo 70 de la Ley 137-11 prescribe: "Causas de Inadmisibilidad. El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisible la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los siguientes casos: 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado. 2) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental. 3) Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente".

[58] El artículo 1134 del Código Civil dominicano dispone: "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe".

la ley a la jurisdicción ordinaria" –puntualizaba dicho tribunal–, escapando, por tanto, "del ámbito de atribuciones del juez de amparo".

Esa decisión fue recurrida en revisión, ante el Tribunal Constitucional, por la señora Luisanna Evelina Grullón Hernández. Este órgano debía juzgar si –tal como había sostenido el tribunal de primer grado– el asunto de referencia era de la competencia de la jurisdicción ordinaria y, en caso de que lo fuese, si el derecho privado (sobre la base de la voluntad de las partes contratantes) debía primar sobre el derecho constitucional.

Mediante la Sentencia TC/0280/21, de 8 de septiembre de 2021, el Tribunal Constitucional, luego de declarar la admisibilidad del referido recurso de revisión, juzgó i) que la libertad de trabajo es un precepto constitucional que es transversal a todo trabajo humano, sin importar la modalidad contractual de que se trate, razón por la cual su restricción debía ser analizada a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, procediendo, en consecuencia, al análisis de lo dispuesto al respecto por los artículos 62 de la Constitución y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los convenios 29 y 105 de la OIT, sobre el trabajo forzoso y sobre la abolición del trabajo forzoso, respectivamente, convenios que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 74.3 constitucional; ii) que el derecho de los trabajadores a la libre elección del empleo es inalienable, aun en presencia de un contrato (en sentido contrario) libremente concluido; iii) que la limitación de referencia vulneraba, además, la dignidad de dicha señora, en tanto que "persona que debe ser resguardada y reivindicada para que ella pueda acceder a un trabajo que le permita perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, tal y como lo establece nuestro artículo 8 de la Constitución Dominicana"; y iv) que, conforme a lo así constatado, el acto de advertencia notificado al centro de belleza que pretendió contratar los servicios de la mencionada trabajadora, a fin de que esta no fuese contratada, vulneraba su derecho fundamental al trabajo, el cual estaba constitucionalmente protegido y, en tal virtud, debía ser garantizado por el Tribunal Constitucional. En razón de ello, acogió el recurso de revisión, revocó la sentencia recurrida y, por consiguiente, acogió la referida acción de amparo; en consecuencia, ordenó a la parte accionada que "se abstengan de impedir u obstaculizar las labores que pudiera contratar la señora Luisanna Evelina Grullón Hernández en el ejercicio de su derecho fundamental al trabajo, hasta tanto las jurisdicciones apoderadas decidan sobre las demandas realizadas por ambas partes".

Conclusión

Como puede apreciarse, conforme a los escenarios descritos, la mayor interacción y las más importantes tensiones entre el derecho constitucional se producen con ocasión del doble control de las decisiones de los tribunales ordinarios, pues ello facilita la intervención del derecho constitucional en las relaciones jurídicas de los particulares, las cuales están sujetas, como ha podido apreciarse, al orden constitucional establecido por la ley fundamental. Sin embargo, ese control está sembrado de los inconvenientes normales relativos a la interpretación de los textos constitucionales y a la labor de aplicación y de subsunción necesaria para dar solución a los litigios que son llevados ante el Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la constitucionalidad.

Creo que esos inconvenientes tienen que ver, en primer lugar, con la necesidad de no dejar subsistir en el ordenamiento jurídico ninguna norma que sea contraria a la Constitución, pues los pleitos jurídicos (entre particulares o no) no pueden ganarse o perderse con el apoyo de una norma de esa naturaleza. En segundo lugar, y muy unido a lo anterior, está el hecho de que los particulares acuden a los tribunales en procura de la tutela de sus derechos e intereses jurídicamente protegidos. Cuando eso se hace ante el Tribunal Constitucional hay que suponer, en principio, que el recurso de revisión incoado tiene por fundamento la vulneración o el desconocimiento de derechos fundamentales por parte del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida. La respuesta a ese reclamo ocupa por mucho la labor del Tribunal. Para muestra un botón: en 2024, 91,51% de las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano estuvieron referidas a recursos de revisión en materia ordinaria o de amparo, y a solicitudes de suspensión de la ejecución de esas decisiones, lo que nos da una idea de la magnitud de la importancia del recurso de revisión. Los casos reseñados son la mejor muestra de ello. En tercer lugar, si bien es cierto lo anterior, es decir, si bien los usuarios de la justicia constitucional acuden, de buena fe, al Tribunal Constitucional a fin de salvaguardar, proteger o reivindicar el ejercicio de derechos fundamentales, también es cierto que muchos de esos usuarios acuden al Tribunal a fin de retrasar la ejecución de una sentencia dictada en su contra o procurando la revisión de una sentencia relativa a una litis de justicia ordinaria, como si el Tribunal Constitucional fuese una cuarta instancia o un segundo recurso de casación (trampa en la que a veces cae el Tribunal), desvirtuando así la naturaleza de este órgano, poniendo en jaque la necesaria interacción entre lo constitucional y lo privado, y creando fricciones que dejan mal parada la eficacia de la justicia constitucional.

Pese a esto último, las vías que la Constitución y las leyes han abierto para acudir al Tribunal Constitucional en busca de tutela deben estar siempre abiertas (con las restricciones que la ley dispone), pues, en el Estado constitucional, el derecho constitucional es el manto que cubre todo, incluyendo, obviamente, al derecho privado, cuyas reglas y principios están dominados por los valores, principios y reglas constitucionales. No puede ser de otro modo si hablamos de constitucionalización

del derecho. Es a este nivel que ha de darse la conexión, la interacción, entre uno y otro. Ahora bien, ello no impide que el derecho privado conserve su particular "independencia" y su propio ordenamiento, sobre la base de los principios generales del derecho que lleva consigo, los cuales son de orden público (sin perder de vista que no se basta a sí mismo y que siempre estará bajo el imperio del derecho constitucional), principios y orden público propios que le dan un cierto margen de acción y de autonomía. Recordemos, en este sentido, los certeros criterios del maestro Hauriou, las atinadas consideraciones de la sentencia del caso Lüth, el empeño en la búsqueda de la justicia y la equidad del pretor romano y las ingeniosas decisiones del "buen juez Magnaud".

Bibliografía

Acosta de los Santos, Hermógenes. "El amparo en Iberoamérica". En *El amparo: análisis general y sus distintas modalidades*, coordinado por Aracelis A. Fernández Estrella. Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 2025.

Biaggi Lama, Juan Alfredo. "El origen del amparo en nuestro ordenamiento jurídico". En *El amparo: Análisis general y sus distintas modalidades*, coordinado por Aracelis A. Fernández Estrella. Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 2025.

Bidart Campos, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

Carpio Marcos, Edgar. "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 4 (2005). http://www.iidpc.org/org/pdf/doctrinr4arpioMarcos.pdf

Denizeau-Lahaye, Charlotte. "La genèse du bloc de constitutionnalité". *Revue en Ligne du Conseil Constitutionnel de Francia*, vol. VII, n.° 8 (2022).

Favoreu, Louis Joseph. "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho* 12, n.° 1, 31-43. http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2866

Favoreu, Louis y Francisco Rubio Llorente. *El bloque de constitucionalidad.* Madrid: Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, 1991.

Favoreu, Louis y Loïs Philip. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12.ª ed. París: Dalloz, 2003.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

Gil, Domingo. "La Constitución como norma". En *Curso de garantías constitucionales.* Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2000.

Gil, Domingo. *La constitución material.* Colección Iudex. Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2023.

Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional.* Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, 2.ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929 (reimpresión de 1965).

Leyret, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud*, 2.ª ed. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik y Bogotá: Editorial Temis, 2018.

Mélin-Soucramanien, Ferdinand y Pierre Pactet. *Droit Constitutionnel*, 41.ª ed. Paris: Sirey, 1923.

Núñez N., Ramón Emilio. "El amparo electoral: el amparo olvidado". *Revista de Ciencias Jurídicas,* n.° 8 (1992), 10-15.

Pegoraro, Lucio. "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", en *IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional (La constitucionalización del derecho).* Santo Domingo: Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2021.

Pellerano Gómez, Juan Manuel. "La Constitución como norma jurídica". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.° 9 (enero-febrero de 1992).

Pellerano Gómez, Juan Manuel. *Constitución y política.* Colección Clásicos de Derecho Constitucional. Santo Domingo: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2024 (impresión facsimilar de la edición de 1990).

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9.ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

Petit, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*, 9.ª ed. México: Editora Nacional, 1966.

Tejada, Adriano Miguel. "La inconstitucionalidad de las leyes por vicios de forma", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.° 1 (1984): 3-7.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil.* 8.ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 91-101, ISSN 2346-0849

Miguel A. Valera Montero* **(República Dominicana)**

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana sobre protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en América Latina

Dominican Constitutional Court Case Law on Protection and Guarantees of the Rights of Children and Adolescents in Latin America

Die Rechtsprechung des dominikanischen Verfassungsgerichts (span. Abk. TCRD) zum Schutz und zur Gewährleistung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in Lateinamerika

1. Avances en la constitucionalización de la protección de niños, niñas y adolescentes

La Constitución dominicana, tanto en sus versiones de 1966, 1994 y 2002 como en la del 26 de enero de 2010, cuyo texto se ha mantenido esencialmente inalterado en materia de derechos fundamentales, pese a las reformas de 2015 y 2024, ha regulado de manera expresa la integración del derecho internacional en el ordenamiento interno. Asimismo, estas reformas han reconocido, ya sea mediante cláusulas de derechos implícitos[1] o a través de la atribución de jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, la incorporación de estándares internacionales en materia de derechos fundamentales.[2]

---

* Juez primer sustituto del presidente Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

1 Constituciones de 1966, 1994 y 2002, al admitir que la enumeración de derechos reconocidos en el texto constitucional no era limitativa y, por lo tanto, no excluía derechos de igual naturaleza.

2 *Ibid*., artículo 74.1.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

En el ámbito internacional, República Dominicana integró a su bloque de constitucionalidad los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA), consagrados, entre otros, en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en sus protocolos facultativos, relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de niños en conflictos armados (OHCHR, 2000), ratificados por la República Dominicana el 14 de octubre de 2014; el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (entró en vigor el 15 de noviembre de 2000); el Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (entró en vigor el 12 de agosto de 1957), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (1978), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (art. 19).

En lo que se refiere a legislación interna, mediante la Ley 136-03, que creó el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (sustituyendo la Ley 14 de 1994), la República Dominicana incorporó a su ordenamiento jurídico interno los principios de *interés superior de NNA* y de *prioridad absoluta.* A su vez, estos fueron constitucionalizados al ser incorporados en el texto de la Constitución dominicana, producto de la reforma aprobada y promulgada el 26 de enero de 2010, en cuyo artículo 56 se consagra la protección de las personas menores de edad, incluyendo como una obligación conjunta (familia, sociedad y Estado) asistir y proteger a las personas menores de edad, garantizando su desarrollo y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, haciendo primar el interés superior de NNA.

De otro lado, la Ley 34-23, de Atención, Inclusión y Protección para las Personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA) (junio 2023), se focaliza en derechos específicos adicionales a los establecidos en la Constitución (atención especial, diagnóstico y consultas, asistencia especializada y continua, inclusión en la seguridad social y cobertura para terapias, creación de ambientes y/o aulas educativos que se ajusten a sus necesidades, entre otros).

Nuestra Constitución también declara de alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil, de todo tipo de maltrato o violencia, así como su protección contra el abandono, el secuestro, el estado de vulnerabilidad, el abuso o la violencia física, psicológica, moral o sexual, la explotación comercial, laboral o económica; igualmente, promueve su participación activa en la vida familiar, social y comunitaria, y la creación de oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta.

En lo que se refiere a los derechos políticos de NNA, a pesar del mandato constitucional expreso de promocionar su *participación activa* en la vida social y comunitaria, el reconocimiento de los derechos políticos, así como su desarrollo legislativo y jurisprudencial se han visto rezagados, pues bajo la Constitución dominicana (art. 22, texto que es similar en esencia al art. 17 de la Ley 136-03) se identifican esencialmente con los derechos de ciudadanía (22.1, elegir y ser elegibles; 22.2, participar en referendos; 22.3, derecho de iniciativa popular legislativa y municipal; 22.4, solicitar peticiones y medidas de interés público, entre otros), que se adquieren al cumplir los 18 años de edad. Esto coincide con la mayoría legal, salvo en el caso de quienes

estén o hayan estado casados (art. 21), excepción que desde el 12 de enero de 2021 aplica solo para casos preexistentes a dicha fecha, en razón de la promulgación de la Ley 1-21 que prohíbe el matrimonio entre personas menores de 18 años.

La fijación de la minoría de edad ha dado lugar a discusiones controversiales, pues si bien en la Constitución dominicana se coincide en la edad de dieciocho años, como sucede en muchos instrumentos internacionales, existen excepciones relacionadas con el derecho al trabajo, en el que se permiten ciertas excepciones desde la edad de dieciséis años. Lo ideal es que, con los avances de la neurociencia, la regulación se centre en establecer una autonomía progresiva, en razón del desarrollo cerebral, que se extiende hasta los veinticinco años; una gran cantidad de estudios parecen coincidir en que la madurez cerebral, específicamente aquella relacionada con partes del cerebro humano –específicamente la corteza prefrontal– que regulan funciones vinculadas con las emociones, las conductas impulsivas, la valoración de riesgos y los planes a largo plazo,[3] se extiende más allá de los dieciocho años, hasta los veinticinco o más.

A pesar de lo anterior, la Constitución de 2010 incluyó en su catálogo de derechos fundamentales muchos que inciden directamente a favor de las personas menores de edad y que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial y protección reforzada por el Tribunal Constitucional dominicano (TCRD) desde el año 2012:

- Derechos de la familia (art. 55) que incluyen, sin limitarse, el derecho a nombre y apellidos y a conocer la identidad de sus padres (núm. 7) (reconociéndose el carácter imprescriptible de la acción en declaratoria de paternidad, TC/0059/13), a ser inscrito en el registro civil y a la obtención de los documentos que prueben su identidad (núm. 8) (incluso de pasaportes cuando no existan objeciones graves, TC/0300/24), a la igualdad de los hijos ante la ley sin importar su filiación (núm. 9), a beneficiarse de las obligaciones de paternidad responsable incluso en casos de divorcio o separación de los padres (núm. 10).
- Protección especial en caso de discapacidad (art. 58).
- Derecho a la seguridad social (art. 60), específicamente y a través de las decisiones del TCRD, del acceso a pensiones de sobrevivencia sin trabas injustificadas y ante un rol proactivo de las entidades estatales como parte del derecho a la debida administración dada su condición de personas vulnerables (TC/0051/25).

---

[3] Ver Stephen Johnson, Why is 18 de age of adulthood if the brain can take 30 years to mature, January 31, 2022, https://bigthink.com/mind-brain/adult-brain?rebelltitem=1#rebelltitem1; Gianluca Francia, Corteza prefrontal: qué es y qué funciones hace, 3 de junio de 2021, https://www.psicologia-online.com/corteza-prefrontal-que-es-y-que-funciones-hace-5399.html. En igual sentido, Carl Zimmer, "You´re an adult. Your Brain, not so Much", The New York Times, December 21, 2016, https://www.nytimes.com/2016/12/21/science/youre-an-adult-your-brain-not-so-much.html.

- Derecho a la salud (art. 61), incluyendo la tutela mediante amparo en caso de reducción de cobertura de póliza por razones de salud precaria (TC/0213/19) y la plena protección de su salud y derecho a la vida incluso sobre el derecho a la objeción de conciencia y libertad de culto de sus progenitores (TC/1078/23).
- Derecho a la educación (art. 63), específicamente a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. El TCRD ha tenido la oportunidad de pronunciarse con relación a varios aspectos puntuales del derecho a la educación, entre los que resaltamos:
  - Considerar la educación pública gratuita inicial, básica y media como un servicio esencial que no puede verse afectado por el ejercicio de una suspensión progresiva, prolongada e indiscriminada del ejercicio del derecho a huelga de los docentes (TC/0064/19).
  - Proteger el derecho a la educación manteniendo al menor en el centro en que se encuentre inscrito, así sea provisionalmente, hasta tanto los padres solucionen cualquier desacuerdo sobre el centro educativo al que deba asistir (TC/0120/24).
  - Proteger el derecho a la continuidad de la educación, incluso en casos de expulsión por faltas gravísimas si el periodo de reinscripción ha cerrado en la mayoría de los centros educativos (TC70013/13).
  - El derecho de los menores estudiantes a no ser utilizados como medios para resolver conflictos, usualmente de índole económica, con sus progenitores (TC/0058/13, TC/0064/19) o para obtener una actuación de los progenitores requerida por una autoridad pública (TC/0239/21, declaración de origen de fondos en investigación por lavado de activos), ni puede resultar perjudicial para estos una actuación indebida de sus progenitores (TC/0183/13).
  - Los límites a dicho derecho, como es el fenómeno de la *sobrepoblación estudiantil* provocando *carencia de cupos* en un centro determinado, lo que constituye un límite razonable, pero deben existir otros centros que sean también razonablemente accesibles al menor (TC/0221/16, TC/0592/25).
  - Y la aplicación de las reglas del *debido proceso* a los procesos disciplinarios educativos sancionatorios (TC/0643/16).

Estos avances, si bien no alcanzan directamente los derechos políticos, tienen incidencia (por ejemplo, el derecho a la obtención de documentos de identidad sin requisitos irrazonables y con un deber de proactividad administrativa), pues no solo representan un proceso de constitucionalización continuo, sino la eficaz ejecución del carácter progresivo que la mayoría de estos derechos requiere, unida al necesario reconocimiento de mecanismos de protección reforzada para garantizar su pleno ejercicio.

El TCRD aún no ha tenido la oportunidad de referirse al reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos de NNA. La Ley 136-03, que establece el Código de Protección de NNA, reconoce con el carácter de *fundamentales*, entre otros, i) el derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como su incorporación progresiva a la *ciudadanía activa* (art. 17); ii) el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento, religión y asociación (art. 17, L. 136-03); y iii) el derecho a opinar y ser escuchado con la finalidad de ser tomados en cuenta, pudiendo expresar libremente su opinión en el ámbito estatal, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

A pesar de lo anterior, entendemos que será solo cuestión de tiempo para que, amparado en el principio del *interés superior de NNA* y la protección reforzada que ameritan en tanto población vulnerable, el TCRD se refiera al tema, aún más, considerando que como consecuencia de este proceso de constitucionalización de derechos de NNA, este Tribunal ha establecido enfáticamente que "la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, mediante el acatamiento y cumplimiento de los artículos 55 y 56 de la Constitución y las leyes, *no es simplemente una obligación ética y legal, sino un deber fundamental de todos los miembros de la sociedad*" (TC/1233/24).

2. Incidencia de la jurisprudencia interamericana en el reconocimiento de estándares de protección de los derechos de NNA y la interpretación del principio del interés superior

La incidencia de la jurisprudencia interamericana en el derecho interno dominicano se ha manifestado con mayor firmeza en el desarrollo conceptual del *interés superior de NNA*. Así, en su Sentencia TC/0109/13, el TCRD enfatizó:

> n) Por otro lado, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos,* al referirse a los derechos de los niños, y más específicamente al principio del Interés Superior del Niño, ha afirmado lo siguiente:
>
> Este Tribunal ha señalado que revisten *especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños.* La *prevalencia del interés superior del niño* debe ser entendida como la *necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable. [Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia

> del Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), 19 de noviembre del año 1999, párr. 46; Sentencia del Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8 de septiembre del año 2005, párr. 34; Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto del año 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño].
>
> Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del *niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ´cuidados especiales´, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ´medidas especiales de protección´. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halle el niño o la niña. [Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia del Caso Furlan y Familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto del año 2012, párr. 126].

Las referidas decisiones de la CIDH fueron recientemente reiteradas en la *Sentencia TC/0751/24, a los fines de enfatizar la preeminencia del derecho a la educación de los menores en un caso de expulsión de un menor de un centro educativo en el transcurso de un año escolar,* caso en el cual se advirtió:

> k. Todo lo hasta aquí expuesto es para precisar que los derechos fundamentales de un menor de edad –en este caso desde la esfera del derecho a la educación– tienen preeminencia y, consecuentemente, las decisiones que orbiten, en principio, entre anteponer derechos particulares, como el tema de administración y gestión de un recinto escolar, sobre el ya mencionado derecho a la educación de un menor de edad, no deberán anteponerse a este último, pues siempre primará el interés superior del niño…

3. Casos especiales

De los casos que ha conocido el TCRD con relación a la garantía de derechos de NNA, es nuestro interés referirnos a los siguientes dos casos, por considerarlos de alto interés en la materia.

El primero de estos se refiere al decidido mediante la Sentencia TC/1078/23.

> El conflicto surge ante la negativa de los padres para que a su hijo menor (recién nacido) le fuese practicada una transfusión, procedimiento

recomendado por el centro de atención de salud en que el menor se encontraba ingresado, ante el diagnóstico clínico determinado por los especialistas del centro. Dicha negativa se encontraba sustentada en motivos religiosos, en tanto los padres del menor alegaban que la religión a la que pertenecían –específicamente Testigos de Jehová– y las creencias que sostiene dicha doctrina, les impedían recurrir a este tipo de tratamiento o procedimiento médico. En este caso, máxime por tratarse de un neonato, el tribunal de amparo debió asumir proactivamente la salvaguarda de la integridad y dignidad del menor, y sus derechos a la salud y a la vida debieron prevalecer sobre el de libertad de conciencia y culto de sus padres.

No obstante existir una carencia sobrevenida de objeto, el TCRD conoce el fondo y decide revocar parcialmente la decisión recurrida en cuanto a ordenar la transfusión sanguínea en lugar de tratamientos alternativos cuyo fin era acomodar la libertad de conciencia y culto de los padres.

En este caso, el TCRD sostuvo:

dd. A partir de lo anterior, queda claramente establecido que la rotunda negativa de los padres del menor se sustentaba en las creencias de la corriente religiosa a la que estos se han afiliado, denominada Testigos de Jehová. En tal sentido, se advierte que los señores Natanael Castillo Rodríguez y Estefani Muñoz García se constituyeron en lo que la doctrina y la jurisprudencia comparada reconoce como objetores de conciencia, negándose así a acatar la prescripción del centro de salud ante el cuadro médico constatado, solicitando proveer al menor recién nacido tratamientos alternativos, en razón de que el procedimiento recomendado resultaba contrario a las escrituras bíblicas.

ee. En el presente caso se conjugan, en principio, varios de los elementos pasibles de configurar la denominada objeción de conciencia. En efecto, el Tribunal comprueba que, en la especie, la objeción se fundamenta en una creencia firme y sincera, siendo posible advertir, además, que no se trata de la mera intención de eludir un deber, sino de una sólida y generalizada negativa frente a casos de igual naturaleza, habida cuenta de las convicciones religiosas de los recurridos.

[…]

ii. En el presente caso, *determinar la procedencia o no de la transfusión de sangre prescrita por el personal médico incidía directamente sobre el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal del menor recién nacido* [N.C.M.], como lo evidenciaban los resultados de las pruebas de laboratorio realizadas y las afecciones diagnosticadas tras el nacimiento del menor. *La sola condición de neonato que en el momento ostentaba el menor [N.C.M.] demuestra la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que este se encontraba, activándose así la protección integral a la que hace referencia el artículo 56 de la Constitución.*

> jj. Como resultado, los padres al cuidado de los menores de edad son depositarios de una responsabilidad agravada, que implica poner a disposición todos sus esfuerzos en aras de garantizar la protección del interés superior del niño, niña o adolescente, debiendo anteponer a sus creencias religiosas la protección absoluta del menor de edad y los derechos fundamentales que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen en su favor.
>
> kk. En ese sentido, el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y de culto de los hoy recurridos, señores Natanael Castillo Rodríguez y Estefani Muñoz García, no podía constituirse en una limitante que pusiera bajo riesgo el sagrado derecho a la vida del menor de edad, pues las circunstancias particulares del caso evidenciaban una situación extrema en la cual, debía primar en todo momento el interés superior del niño y con ello, adoptar la medida que ofreciera mayor probabilidad de preservar la vida e integridad personal del menor, que conforme al informe emitido por el Ministerio de Salud Pública, era llevar a cabo la exanguinotransfusión.
>
> nn. En definitiva, es cierto que el conflicto entre derechos fundamentales pone a cargo del juzgador la obligación de procurar armonizar los derechos confrontados; sin embargo, si bien existirán casos en los cuales tal ejercicio será posible y viable, puede que las circunstancias concretas de un determinado caso obliguen a que el juzgador reconozca preferencia a uno u otro en ese contexto en particular, haciendo prevalecer el derecho más afín a la dignidad humana, conforme lo ha expresado este tribunal en otras decisiones.

El segundo caso al que nos referimos es el decidido mediante la Sentencia TC/0213/19.

Se trató de un recurso de revisión que confirmó la decisión tomada mediante una acción de amparo incoada a los fines de asegurar los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica de un menor de edad con una condición de salud extremadamente precaria ante el riesgo de reducción de cobertura de su seguro de salud.

El TCRD consideró improcedente, irrazonable y desproporcionado comparar el caso de un niño menor de edad [neonato] que padece serias dificultades de salud que podrían poner en riesgo su vida y que amerita una intervención quirúrgica cerebral costosa fuera del país, conforme a dictámenes de varios facultativos nacionales y extranjeros acreditados que obran en el expediente, a un simple reclamo contractual de cosa o servicio vendidos.

Al decidir el rechazo de la revisión requerida por la entidad aseguradora y confirmar la tutela otorgada por el juez de amparo, el TCRD estableció lo siguiente en las motivaciones esenciales de la decisión:

> 11.12. Luego de analizar la sentencia recurrida y ponderar los argumentos de las partes, este tribunal estima que los alegatos esgrimidos por la parte

recurrente no constituyen razones jurídicas válidas y suficientes para acoger el recurso de revisión, revocar la indicada sentencia y declarar inadmisible la acción de amparo por existir otra vía ordinaria como son sus pretensiones, en tanto ha podido verificar que los derechos fundamentales envueltos, tales como el derecho a la vida del menor FJ, el principio del interés superior del niño, el derecho a la salud y el derecho fundamental del consumidor, entre otros, así como la gravedad y urgencia del caso, hacen que la acción de amparo preventiva sea la vía más idónea, eficiente y eficaz, para tutelar los referidos derechos, por lo que procede desestimar dichas pretensiones.

11.13. En efecto, este tribunal, en el precedente establecido en la Sentencia TC/0111/19, de veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), en un caso similar al que nos ocupa, estableció lo siguiente:

11.34. *La atención del paciente encuentra una protección reforzada cuando se trate de personas que requieran especial atención como son los menores de edad*, individuos con capacidades diversas, personas de la tercera edad o aquéllas que padezcan de enfermedades catastróficas, vale decir, de enfermedades incluidas en la categoría de alto costo y máximo nivel de complejidad. En ese orden, ha considerado la Corte de Colombia que *"cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian"*. [Ver Sentencia T-178/17, del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)].

[…]

11.16 … este órgano de justicia constitucional, estima que el tribunal *a-quo*, al fallar como lo hizo, *hizo una correcta interpretación y ponderación de los derechos fundamentales envueltos y desarrolló de manera clara, precisa y coherente, los fundamentos jurídicos en que basó su decisión de acoger la acción de amparo preventivo incoado por los padres del menor FJ, y ordenar el cese de la amenaza de reducir drásticamente el monto de la cobertura de la póliza de salud internacional* de que se trata por parte de la compañía Seguros Sura, S.A., al invocar y aplicar el artículo 61 de la Constitución dominicana (derecho a la salud), el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud), el artículo 28 de la Ley núm. 136-03, que establece el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el artículo 56 de la Constitución (sobre el interés superior del niño, niña o adolescente), el principio 2 de la Declaración de los Derechos de Niño, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (protección especial del interés superior del niño), el principio V de la Ley núm. 136- 03 (principio de interés superior del niño, niña o adolescente), el preámbulo de la Constitución dominicana, el artículo 38 de la Constitución (derecho a la dignidad humana), el artículo 42 de la Constitución (derecho a la integridad

> personal), el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la integridad personal), el artículo 12 de la Ley núm. 136-03 (integridad personal), el artículo 37 de la Constitución (el derecho a la vida), el artículo 3 de la Ley núm. 136-03 (derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes), el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el derecho a la vida), el artículo 53 de la Constitución dominicana (derechos del consumidor), el artículo 43 de la Constitución (derecho al libre desarrollo de la personalidad), el artículo 65 de la Ley núm. 137-11 (acción de amparo) y el artículo 93 de la Ley núm. 137-11 (facultad del juez de amparo de pronunciar astreintes), así como tomando en consideración la urgencia y gravedad del caso y los documentos médicos y certificaciones probatorios depositados, por lo que procede a desestimar el segundo agravio argüido por la parte recurrente.

El TCRD ha considerado la condición de los NNA como grupo de población vulnerable, a los fines de otorgarles una tutela reforzada, en casos de i) ser víctimas de delito sexuales (TC/0468/24); ii) violaciones palpables de sus derechos por parte de uno de sus progenitores a los fines de otorgar una guarda temporal a través del amparo o acción de tutela (TC/0385/14); iii) acceso a pruebas a descargo consistentes en declaraciones grabadas de una menor, requiriendo que se omita su identificación y las imágenes sean pixeladas (TC/0919/18); iv) a los fines de otorgarle protección ante la solicitud de devolución de un arma de fuego a un miembro de su familia que había amenazado utilizarla contra la misma, confirmando la retención por parte del Ministerio Público (TC/0109/13); v) en el caso de un neonato que requería una transfusión, reconociendo a "los menores de edad como sujetos beneficiados de una protección constitucionalmente reforzada encuentra aval en diversos factores, entre los que destaca el evidente estado de vulnerabilidad en que se pueden encontrar los mismos en múltiples supuestos o situaciones, así como la imposibilidad de valerse por sí mismos en circunstancias determinadas" (TC/1078/23); vi) a los fines de otorgar una tutela administrativa diferenciada, pues "cuando el interesado es una persona en estado de vulnerabilidad, como es el caso de los menores de edad, los principios de objetividad y eficacia, a la par con el interés superior del niño, obligan a la administración a adoptar una posición más proactiva" (TC/0300/24 expedición de pasaporte; TC/0051/25, otorgamiento de pensión); y vii) en general, el reconocimiento de un estado de vulnerabilidad por el solo hecho de ser un menor de edad, es decir que "por encontrarse en una etapa de formación, no cuenta con la edad, grado de madurez y capacidad de discernimiento suficientes para poder ejecutar los actos propios de una persona con plena capacidad jurídica y aptitud para procurar en justicia la satisfacción efectiva de sus derechos" (TC/0760/17, reiterado TC/0675/18).

4. Nuevos escenarios de riesgo, nuevos retos de protección

Ante nuevos escenarios de riesgo de vulneración de derechos de NNA, las instituciones públicas deben asumir un rol proactivo. Los cuerpos eminentemente políticos –como los poderes Ejecutivo y Legislativo– cuentan con una libertad de actuación más amplia que la atribuida a las cortes o tribunales constitucionales, ya que su competencia no es, necesariamente, activada por actuaciones de particulares a través de procesos preestablecidos. Sobre estos recae un mayor peso al momento de prever los futuros riesgos derivados, principalmente, del contexto socioeconómico actual, del avance de la tecnología y su integración a la vida cotidiana.

La interacción de menores con herramientas de inteligencia artificial, la interacción con otras personas a nivel global a través de aplicaciones o juegos de usuarios múltiples, la interacción con personas y el acceso a información a través de redes sociales y aplicaciones de difusión de información, constituyen un nuevo escenario para la multiplicación de factores de riesgo preexistentes a la era digital (violencia psicológica en general –*bullying*, manipulación, acoso, extorsión, violencia sexual–, que puede fácilmente dar paso a violencia física) y un reto para la sociedad en general.

Entiendo que, a través de las herramientas hermenéuticas que proveen las constituciones modernas y los tratados internacionales que protegen los derechos fundamentales de NNA a los tribunales constitucionales, estos últimos pueden desarrollar una base jurisprudencial y, en el caso de aquellas decisiones que constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, un cuerpo normativo que, a través de la garantía efectiva del interés superior de NNA, ayude a subsanar lagunas, a identificar necesidades de intervención legislativa (esencialmente en casos que, a su vez, estén limitados por el principio de reserva de ley) y a proveer de la tutela diferenciada y reforzada para habilitar el acceso a una justicia rápida y eficaz que permita proteger la progresividad de los derechos de NNA como grupo vulnerable, así como su reparación integral.

Este deber de protección, que necesariamente debe intensificarse por el incremento de los riesgos exponenciales del acceso a los medios digitales, no se limita a los cuerpos políticos ni a las cortes y tribunales judiciales o constitucionales, sino que recae sobre la familia, la sociedad, el Estado y, aún más, sobre todos y cada uno de los Estados que conforman la comunidad internacional, en un esfuerzo conjunto para proteger el futuro de la humanidad.

Eje 1. Derecho constitucional latinoamericano en general

- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Metodología aplicada a la hermenéutica constitucional plural
  y su utilidad para resolver conflictos complejos
- José Eduardo Aguirre Vega (Ecuador)
  La Constitución ecuatoriana de 2008 como signo lingüístico inconcluso:
  la elocuencia de los silencios del constituyente de Montecristi
- José Pablo Pacheco Samayoa (Guatemala)
  ¿Reforma o sustitución? La tensión entre el poder de reforma
  constitucional y la sustitución encubierta del texto fundamental
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
  La acción de inconstitucionalidad en la Constitución boliviana
  y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
  Plurinacional

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 105-122, ISSN 2346-0849

Paul Enrique Franco Zamora* **(Bolivia)**

Metodología aplicada a la hermenéutica constitucional plural y su utilidad para resolver conflictos complejos**

RESUMEN

El nuevo modelo constitucional boliviano reconoce la coexistencia de múltiples sistemas normativos, siendo esta la característica principal del pluralismo jurídico. La interpretación plural es útil para integrar las cosmovisiones indígenas en la práctica judicial, superando el paradigma monista del derecho estatal. A partir de una revisión teórica respaldada por jurisprudencia, el artículo desarrolla una labor interpretativa ante los conflictos jurídicos complejos que atraviesan las naciones y los pueblos indígenas originario campesinos, a través de una metodología hermenéutica plural capaz de procurar una justicia con identidad.

Palabras clave: hermenéutica constitucional plural; ponderación intercultural; plurinacionalidad.

Applied Methodology in Plural Constitutional Hermeneutics and its Usefulness in Resolving Complex Conflicts

ABSTRACT

The new constitutional model in Bolivia recognizes the co-existence of multiple normative systems, which is the main characteristic of legal pluralism. Plural interpretation is useful for integrating indigenous cosmovision into legal practice, overcoming the monistic paradigm of state law. Based on a theoretical review supported by case law, this article develops an interpretative approach to complex judicial conflicts affect-

* Ph. D. en Derecho y abogado, Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Expresidente del Tribunal Constitucional Plurinacional del Bolivia. pfrancozamora@hotmail.com / https://orcid.org/0009-0003-1587-128X

** Una versión preliminar de este artículo fue expuesta por primera vez como ponencia en el marco del II Congreso Internacional "Articulación constitucional y convencional ante la crisis del derecho en Iberoamérica: actualización necesaria para conocer la nueva era jurídica", Cancún (México), 13 y 14 de noviembre de 2025.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

ing nations and original indigenous, peasant peoples, applying a plural hermeneutic methodology capable of achieving justice that incorporates identity.

Key words: Plural constitutional hermeneutics; intercultural balancing; plurinationality.

Die anwendungsorientierte Methode in der pluralen Verfassungshermeneutik und ihr Beitrag zur Lösung komplexer Konflikte

ZUSAMMENFASSUNG

Im neuen bolivianischen Verfassungsmodell wird die Koexistenz mehrerer Normensysteme als Hauptmerkmal des Rechtspluralismus anerkannt. Die plurale Rechtsauslegung dient der Integration indigener Weltsichten in der Rechtsprechungspraxis und trägt zur Überwindung des monistischen staatlichen Rechtsparadigmas bei. Ausgehend von einer durch die Rechtsprechung gestützten theoretischen Überprüfung unternimmt der Beitrag eine Interpretation der komplexen rechtlichen Konflikte, mit denen die ursprünglichen indigenen Campesino-Nationen und Völker konfrontiert sind, und bedient sich dabei einer pluralen hermeneutischen Methode, die in der Lage ist, eine Rechtsprechung mit Identität zu gewährleisten.

Schlüsselwörter: Plurale Verfassungshermeneutik; interkulturelle Abwägung; Plurinationalität.

Introducción

El concepto de pluralismo jurídico refiere a la multiplicidad de sistemas normativos coexistentes en un espacio territorial. El reconocimiento formal de la pluralidad jurídica fue tardío, ocasionando conflictos en cuanto a la interpretación adoptada en las disputas sometidas a la justicia plural. Con el ingreso de la modernidad, el modelo del Estado nación impuso el monismo jurídico como forma predominante de organización social, ocultando la vigencia de otros sistemas ajenos, pues primaba la negación de los derechos de los pueblos originarios.[1] Por esta razón, la idea moderna de un derecho único y centralizado quedó consolidada a partir de las reformas administrativas napoleónicas, seguida del positivismo jurídico, que proclamaron la supremacía exclusiva del derecho estatal como una fiel expresión de soberanía.[2] El nacimiento del pensamiento monista tuvo como consecuencia la invisibilización

[1] Diana Carolina Valencia, "Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos", *Revista Derecho del Estado*, n.º 45 (2020): 121-154, https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05

[2] Harold Esteban Laguna Delgado, Carmen Marina Méndez Cabrita y Jairo Mauricio Puetate Paucar, "Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado", *Revista Universidad y Sociedad* 12, n.º 5 (2020): 381-388.

de diversas formas de producción normativa, en particular de aquellas sustentadas en las cosmovisiones indígenas. El derecho estatal se encontraba alejado de la diversidad social y cultural, más aún, surgió un desgaste de este modelo a finales del siglo XX. De hecho, la ineficacia del monismo ante conflictos indígenas propició una revalorización del pluralismo jurídico, dando curso al surgimiento de interpretaciones basadas en la identidad de los pueblos.[3]

En América Latina, el pluralismo jurídico adquirió fuerza con las reformas constitucionales de finales del siglo XX y principios del XXI, impulsadas por los movimientos sociales indígenas y afrodescendientes. La constitucionalización de derechos colectivos a través de normas internacionales, con el célebre Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dio curso al reconocimiento pleno de la variedad de normativa interna que podría primar en los Estados.[4] Empero, la corriente del pluralismo jurídico es propensa a debilitarse. De no impulsarse reformas que lo introduzcan normativamente, quedaría en un enunciado formal sin una verdadera transformación estructural de los sistemas jurídicos estatales y los indígenas.[5]

En el caso de Bolivia, el panorama fue diferente, ya que con la promulgación de la Constitución Política del Estado en el año 2009, se produce un hito histórico para la evolución del pluralismo jurídico latinoamericano. La Constitución del país andino reconoce expresamente la igualdad jerárquica de la jurisdicción ordinaria con la indígena originario campesina, principalmente mediante el establecimiento de un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario. Dicho reconocimiento se articula con la reivindicación histórica de los pueblos indígenas cuya identidad jurídica se mantuvo viva, pese a siglos de colonización y exclusión social. No obstante, este avance constitucional no elimina las relaciones asimétricas que persisten entre los veredictos dictados por jueces y aquellas decisiones adoptadas en comunidades indígenas. Persisten aún dinámicas de subordinación de los sistemas normativos originarios, que derivan en que el pluralismo jurídico boliviano se desarrolle en un ambiente tenso y proclive a contradicciones interpretativas durante la resolución de conflictos.[6] En mérito a lo expuesto, la pluralidad incumbe el respeto real de los derechos en condiciones de igualdad. Para lograrlo, es indispensable conocer metodologías hermenéuticas plurales que permitan la exégesis constitucional por medio de un enfoque intercultural, tomando en cuenta las cosmovisiones

---

[3] Rosembert Ariza Santamaría, "Pluralismo jurídico conservador, el monismo jurídico de siempre", *Revista Jurídica Derecho* 10, n.º 15 (2021): 209-226.

[4] Juan José Cantillo Pushaina, "Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales", *Foro: Revista de Derecho*, n.º 36 (2021): 193-211, https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.10

[5] Héctor Luna Acevedo, "La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia", *Temas Sociales*, n.º 39 (2016): 243-262.

[6] Louis Valentin Mballa y Magali Vianca Copa Pabón, "Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya", *Revista Humanidades* 10, n.º 1 (2020): 169-183, https://doi.org/10.15517/h.v10i1.40079

propias de cada pueblo; de esta manera, podrá superarse el paradigma monista que todavía subsiste en la cultura jurídica dominante. El presente trabajo está enfocado en un análisis de la metodología aplicada a la hermenéutica constitucional plural boliviana, con la finalidad de contribuir a una interpretación que promueva una convivencia normativa libre de prejuicios.

1. Estado Plurinacional y hermenéutica constitucional plural

La consagración del pluralismo jurídico, por medio del artículo primero de la Constitución de Bolivia, marca la ruptura decisiva con la tradición monista del derecho estatal, reconfigurándose las categorías clásicas del constitucionalismo moderno.

La apuesta boliviana por el pluralismo jurídico supone que las naciones y los pueblos indígena originario campesinos ejerzan sus derechos, en condiciones de igualdad con la jurisdicción ordinaria. Con ello, quedaría superada la noción liberal clásica que asociaba el Estado a un sistema jurídico homogéneo, para abrir paso a un modelo constitucional que articula unidad y diversidad en términos de autodeterminación y autogobierno.[7]

El texto constitucional boliviano incorpora los principios identitarios de plurinacionalidad e interculturalidad, que emancipan al derecho de la hegemonía formalista y monista. El concepto de plural podría limitarse a la coexistencia pasiva de sistemas normativos, pero en la práctica no es así; en realidad, postula la interacción dialógica entre ellos, basada en el respeto a la diferencia cultural y la construcción de una hermenéutica intercultural que supere las prácticas jurídicas coloniales.[8]

Por esta razón, el pluralismo jurídico latinoamericano desafía directamente la matriz monista del Estado moderno, afirmando la validez de formas jurídicas diversas, sustentadas en cosmovisiones ajenas a las ideas occidentales. Así, el pluralismo boliviano participa en una dinámica de resistencia y afirmación cultural frente a los procesos históricos de homogeneización estatal.[9]

Pese al reconocimiento constitucional del Estado plurinacional, el monismo jurídico continúa con una fuerte inercia en la práctica judicial, pues los operadores

---

[7] John Charney y Manuel Núñez, "Fundamentos normativos del Estado plurinacional: una reconfiguración de las categorías centrales del constitucionalismo", *Revista Derecho del Estado*, n.º 59 (2024): 159-204, https://doi.org/10.18601/01229893.n59.06

[8] Silvia Bagni, Adriana Rodríguez Caguana y Felipe Castro León, "Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador", *Revista Derecho del Estado*, n.º 58 (2024): 61-90, https://doi.org/10.18601/01229893.n58.03

[9] Giammaria Milani, "Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad", en *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, ed. por Manuel Restrepo Medina (Bogotá: Universidad del Rosario, 2020), 1, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8876072

judiciales (formados en paradigmas positivistas) dificultan la consolidación de una justicia verdaderamente intercultural. Bajo este panorama, es inminente que el pluralismo jurídico está en proceso de construcción, para lo cual requiere la adopción de metodologías hermenéuticas capaces de interpretar el derecho desde la diversidad.

El Estado Plurinacional boliviano es un ejemplo de transformación profunda del constitucionalismo clásico; incluso, la democracia intercultural, regida por la autodeterminación de los pueblos indígenas, está en profundo auge. Allí, surge la hermenéutica constitucional moderna, centrada históricamente en postulados positivistas y eurocéntricos, que afirman la necesidad de comprender realidades jurídicas plurales.[10]

No es factible utilizar una idéntica metodología interpretativa de derechos o problemas jurídicos en cada jurisdicción. Lo cierto es que una autoridad, munida de facultades para administrar justicia, debe circunscribirse a métodos o enfoques propios, pero respetando los preceptos contenidos en la norma suprema.

La interpretación basada en una supuesta neutralidad argumentativa excluye formas jurídicas distintas a las estatales, encubriendo como universal lo que en realidad es un modelo cultural particular.[11] En rigor, es imposible que se interpreten las cuestiones surgidas en comunidades indígenas o que involucren a sus habitantes mediante técnicas específicas del monismo jurídico.

A partir de esta crítica, la hermenéutica positivista considera relevante la adopción de enfoques dialógicos e interculturales, capaces de respetar la pluralidad real de las sociedades contemporáneas. Es precisamente el motivo para que la hermenéutica constitucional plurinacional adquiera la condición de herramienta dirigida a garantizar la vigencia de los derechos colectivos.

Es innegable que el nuevo constitucionalismo latinoamericano propone un modelo de interpretación que reconozca formalmente la diversidad, con el propósito de alcanzar epistemologías jurídicas abiertas al diálogo entre saberes jurídicos distintos. Dicha perspectiva pertenece al pensamiento boliviano afín a la teoría del "constitucionalismo del Sur", que reivindica la existencia de racionalidades jurídicas alternativas frente al positivismo hegemónico.[12]

En este sentido, la hermenéutica constitucional plural es una exigencia para la consolidación del Estado Plurinacional. De hecho, el nuevo constitucionalismo latinoamericano rompe con el positivismo jurídico tradicional promoviendo

---

[10] Digno José Montalván Zambrano, "El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia", *Revista Ratio Juris* 14, n.º 29 (2019): 6.

[11] Claudia Storini, "Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica", *Revista IUS* 10, n.º 37 (2016): 33-58.

[12] Diemer Lascarro-Castellar *et al*., "Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: perspectivas epistemológicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 46 (2019): 24-48, https://doi.org/10.22187/rfd2019n46a6

interpretaciones axiológicas que reconocen los principios de interculturalidad, descolonización y protección de los derechos colectivos.

No se trata de una técnica de interpretación, invocada en cuestiones donde intervienen exclusivamente personas de las naciones o los pueblos indígena originario campesinos. Por el contrario, es un concepto que contribuye a la transformación del propio sujeto que interpreta asuntos ordinarios con matices plurales; por ello, el Estado Plurinacional requiere juzgadores dispuestos a dialogar con cosmovisiones distintas, reconociendo la legitimidad de otras formas de entender el derecho.[13]

Entonces, la hermenéutica plural considera que la supuesta universalidad de categorías jurídicas destinadas a comprender el derecho no beneficia a la totalidad del pueblo, sino que limitan la apertura de espacios a formas de argumentación alternativas, pues son requeridas soluciones híbridas respetuosas de la cosmovisión jurídica indígena.[14]

De este modo, en el Estado Plurinacional de Bolivia, la hermenéutica plural tendría que superar las prácticas jurídicas coloniales. La interpretación constitucional no puede ser neutra ni unilateral, debe contemplar una praxis transformadora que materialice el pluralismo jurídico y los principios fundantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

2. Metodologías de la hermenéutica constitucional plural

2.1. Paradigma del vivir bien como pauta interpretativa

El paradigma del vivir bien, denominado también *suma qamaña* o *sumak kawsay*, está arraigado en las cosmovisiones de los pueblos indígenas andino-amazónicos. Debe entenderse como una propuesta de vida buena que articula a la persona con la comunidad, la naturaleza y la espiritualidad.

La Constitución boliviana recoge este paradigma y lo dota de la condición de principio rector. El artículo 8 establece literalmente que el Estado asume y promueve los principios ético-morales de la sociedad plural, incluyendo el *suma qamaña* (vivir bien), el *ñandereko*, el *teko kavi*, el *ivi maraei* y el *qhapaj ñan*. Dicho precepto representa la afirmación de una nueva racionalidad jurídica que supera el dualismo occidental entre naturaleza y cultura, derecho y moral, o individuo y comunidad.[15]

---

[13] Karla Ayerim Yánez Yánez y Frank Luis Mila Maldonado, "Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Foro: Revista de Derecho*, n.º 35 (2021): 145-67, https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8

[14] Anderson Vichinkeski Teixeira, "El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa", *Opinión Jurídica* 19, n.º 39 (2020): 311-29, https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a13

[15] Luis Fernando Concha Flores, "La ley natural, el bien y el vivir bien en la Constitución boliviana: una alegación iusfilosófica cognitiva del concepto", *Revista Jurídica Derecho* 11, n.º 16 (2022): 35-54.

Las realidades de cada grupo o sector de la sociedad difieren, por lo que este modelo de vivencia colectiva no puede reducirse a una regla jurídica cerrada. El vivir bien opera como un principio axiológico interpretativo que orienta el contenido y sentido de las instituciones jurídicas; por estas motivaciones, contempla un valor práctico que articula una ética de la armonía y de la relacionalidad, sustituyendo el paradigma antropocéntrico del desarrollo por uno biocéntrico y comunitario para la reproducción ampliada de la vida en condiciones de equilibrio.[16]

Queda demostrado que la interpretación constitucional deja de limitarse a la aplicación literal o sistemática del texto normativo. En su lugar, incorpora una lectura teleológica en función del bien común armónico, aspecto que permite la integración de criterios territoriales, ecológicos y hasta espirituales. Con base en lo anotado, la hermenéutica constitucional plural (construida gracias al vivir bien) transforma metodológicamente el modo de comprender el derecho en el Estado boliviano.

El *sumak kawsay* introduce una lógica vitalista y descolonizadora que interpela los fundamentos epistemológicos del derecho occidental moderno, abriendo horizontes de sentido donde la norma jurídica se reencuentra con el conocimiento ancestral junto a los saberes territoriales. En efecto, el vivir bien pasa de un contenido constitucional a un método hermenéutico que exige una nueva actitud plural del intérprete; es decir, quien administra justicia poseerá una conciencia intercultural que reconozca la pluralidad epistémica y valore los sistemas normativos propios de los pueblos originarios sin desconocerlos.[17]

La idea de una pauta interpretativa, basada en el vivir bien, también guarda relacionamiento con la crítica al desarrollismo neoliberal. Las corrientes indianistas o decoloniales señalan que el derecho estatal, fundado en la racionalidad instrumental y productivista del desarrollo, es funcional a la expansión de modelos extractivistas que destruyen territorios y vulneran culturas; por ello, surgen profundas desigualdades entre la población que exige (a la justicia) la adopción de nuevas técnicas jurídicas para resolver las contiendas.[18]

A consecuencia de ello, el vivir bien presenta una racionalidad alternativa, traducida en una ética jurídica que privilegia la reproducción de la vida sobre el crecimiento económico, el equilibrio ecológico en lugar de la explotación, y la justicia comunitaria en vez de la competencia individual.

---

[16] Darío E. Cortés Castillo y Paola Alexandra Sierra Zamora, "Buen vivir, vivir bien y el choque de paradigmas", *Escritos* 27, n.º 59 (2019): 319-343, https://doi.org/10.18566/escr.v27n59.a07

[17] Magdalena Lagunas Vazques, "Buen vivir (*sumak kawsay*): pautas para una ética mundial civilizatoria, no extractivista y sostenible", *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 11, n.º 2 (2023), http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2308-01322023000200037&lng=es&nrm=iso&tlng=es

[18] Mauricio Torres Solís y Benito Ramírez Valverde, "Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica", *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, n.º 69 2019): 71-97, https://doi.org/10.22201/cialc.24486914e.2019.69.57106

La epistemología andina, a la que pertenece Bolivia, reafirma el citado enfoque sosteniendo que el vivir bien hace referencia a una meta o aspiración colectiva, libre de prejuicios entre habitantes, que se materializa en una forma de vida ya practicada por los pueblos indígenas enmarcados en los principios de reciprocidad y de relacionalidad cósmica.[19]

La afirmación "somos diversos, pero nos complementamos" resume el anhelo del paradigma del vivir bien. Parecen categorías abstractas de difícil aplicabilidad en los países, pero son principios profundamente invocados en la práctica diaria que guían la solución de controversias. Se colige que la hermenéutica constitucional del vivir bien permite reinterpretar el derecho, dotándole la categoría de instrumento de equilibrio entre todos los elementos de la vida.

Verbigracia, el ser humano, la comunidad y la naturaleza conviven en un mismo espacio y es deber de quienes imparten justicia (indígena u ordinaria) precautelar el bienestar común frente al interés individual.[20] Por tanto, la pauta interpretativa del vivir bien muta de un principio retórico del constitucionalismo boliviano a un verdadero eje metodológico que redefine el sentido de la Constitución plural.

En efecto, el operador jurídico y la autoridad indígena originaria campesina desarrollarán capacidades hermenéuticas que permitan aplicar esta lógica en casos concretos, reconociendo la validez de saberes no escritos o de las normas consuetudinarias. Ello supone un giro interpretativo que transforma de manera radical la funcionalidad del derecho dentro del Estado Plurinacional.

2.2. Diálogos interculturales

El modelo plurinacional requiere la implementación de mecanismos de interacción en los sistemas reconocidos por el pluralismo jurídico. Bajo el término de diálogo suele darse cabida a una coordinación permanente entre la justicia ordinaria, agroambiental e indígena originaria campesina.

Por consiguiente, los diálogos interculturales se configuran en un eje metodológico imprescindible de la interpretación constitucional plural. Son espacios de intercambio simbólico para compartir puntos de vista, razón por la que representan procesos activos de negociación de sentido jurídico positivistas, con cosmovisiones distintas, históricamente enfrentadas por la imposición del monismo estatal.

En rigor, la interculturalidad (en su dimensión normativa) parte de la premisa de reconocimiento de la diversidad, exigiendo una relación de horizontalidad o

---

[19] Julieta Magaly Soledispa Toro, "La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización", *Foro: Revista de Derecho*, n.º 37 (2022): 97-116, https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.5

[20] Miguel Cruz, "Cosmovisión andina e interculturalidad: una mirada al desarrollo sostenible desde el *sumak kawsay*", *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º 5 (2018): 119-132.

reciprocidad epistémica en los sistemas normativos plurales. Por tanto, el enfoque intercultural introduce un nuevo parámetro interpretativo que exige considerar el derecho a través de miradas de pluralidad, reconociendo la validez formal del derecho indígena y su legitimidad como forma jurídica originaria.[21]

La judicatura formal deriva de tradiciones romanas; en cambio, la justicia indígena tiene una visión propia, de acuerdo con los saberes ancestrales, razón por la que ambos recurren a consultas periódicas con el objetivo de evitar lesiones a los derechos de las personas. Significa que el diálogo intercultural supera la visión integracionista que pretende traducir el derecho indígena al lenguaje jurídico estatal, para dar paso a una cocreación de sentido en condiciones de igualdad.

En mérito a la igualdad jerárquica entre jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, es indispensable que una instancia entable lazos dialógicos. Dicho esto, la justicia constitucional funge en su condición de garante del pluralismo igualitario, mediante decisiones que fortalezcan espacios de intercambio dialogado en la jurisdicción ordinaria e indígena originario campesina; especialmente, a través de pasantías interculturales *in situ* o informes periciales de campo, que permiten la formación técnica de los operadores junto al conocimiento vivencial de las otras formas de justicia. Las referidas iniciativas desmontan prejuicios, habilitando interpretaciones sensibles al contexto cultural de los pueblos indígenas.[22]

El principio de interculturalidad pregona que ninguna cultura es superior a otra, motivo para que la justicia pretenda construirse sobre la base del respeto mutuo, aunado a la complementariedad. Procesalmente, esto se traduce en la creación de reglas de competencia culturalmente sensibles y metodologías de interpretación que impongan el principio *pro persona*, mismas que habrán de ajustarse a la especificidad de los pueblos y las naciones indígenas.[23]

En la práctica, los diálogos interculturales demostraron su utilidad al momento de resolver conflictos complejos. El caso de la justicia indígena del Cauca es un ejemplo emblemático.

Se logró articular un proyecto pedagógico conjunto entre las autoridades indígenas, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Universidad

---

[21] Silvia Bagni y Giorgia Pavani, "La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz", en *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz,* ed. por Manuel Restrepo Medina (Bogotá: Universidad del Rosario, 2020), 3, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8876070

[22] María Elena Negrón Pino, "Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos: pasantías interculturales *in situ* de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales", *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 13 (2012): 102-115.

[23] Merck Benavides Benalcázar *et al.*, "Sistema para la toma de decisiones en la aplicación del principio de interculturalidad mediante proceso analítico jerárquico y su aplicación a la justicia y la educación", *Conrado* 17, n.º 83 (2021): 92-97.

del Cauca, con el fin de capacitar a la guardia indígena en procedimientos forenses y construir consensos sobre estándares probatorios válidos en ambos sistemas.[24]

La citada experiencia intercultural demostró que el diálogo permite el reconocimiento mutuo, mediante la coproducción de conocimiento jurídico útil para las referidas jurisdicciones. Cabe resaltar que el diálogo intercultural se justifica por construirse en un modelo judicial comunicativo, el cual parte de la incompletitud de cada sistema jurídico, pues difiere el pensamiento de las comunidades, incluso, hasta la propia manera de concebir el derecho es distinta en cada sujeto.

Entonces, se requiere una conciencia colectiva que integre las diversas racionalidades jurídicas. A diferencia del diálogo interjudicial clásico, limitado a la comparación vertical entre cortes, el diálogo intercultural apuesta por una horizontalidad radical entre saberes, donde la ritualidad o espiritualidad permiten la interpretación del derecho sin vulnerar la cosmovisión ancestral.[25]

Cuando surgen situaciones jurídicas de complicada resolución, los diálogos interculturales son el fundamento metodológico del constitucionalismo para invocar principios o valores, descolonizando la tradicional práctica de aplicar la letra muerta de la ley.

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0778/2014 de 21 de abril fijó algunos métodos y procedimientos a ser utilizados durante la interpretación intercultural, entre ellos, los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos interculturales. Según la resolución consultada, la finalidad del análisis, efectuado en sede constitucional respecto a la posible lesión de derechos o garantías constitucionales, significa la materialización del valor del vivir bien.[26]

La experiencia boliviana demuestra que es posible edificar un sistema jurídico plural a partir del encuentro entre distintas formas de percibir el derecho, pero ello requiere la apertura epistemológica de los juzgadores y su compromiso ético con la igualdad de culturas.

2.3. Respeto del derecho a la vida

La interpretación del derecho a la vida da cabida a un replanteamiento epistemológico, donde se eviten concepciones individualistas típicas del constitucionalismo liberal clásico. En la cosmovisión de los pueblos indígenas, la vida no queda limitada a la protección del individuo aislado, puede extenderse a una noción comunitaria de la existencia de múltiples seres biológicos.

---

[24] Jaime Antonio Álvarez Soler, "Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible", *Revista Historia de la Educación Latinoamericana* 21, n.º 33 (2019): 35-59, https://doi.org/10.19053/01227238.9097

[25] Édgar Fabián Garzón Buenaventura, "Paradigmas del diálogo en la pluriculturalidad", *Prolegómenos* 24, n.º 48 (2021): 83-92, https://doi.org/10.18359/prole.5424

[26] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril, 2014, https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/130549

Dicho enfoque deviene en una comprensión integral de la vida vinculada a la integridad física de las personas, especialmente, transmite el equilibrio ecológico con miras a prever la continuidad de las culturas. Por lo fundamentado, la vida adquiere la categoría de bien jurídico colectivo enraizado en los principios ancestrales de reciprocidad.[27]

Por ejemplo, cuando se trata de delitos contra la vida (p. ej., el homicidio), en la praxis jurídica suele afirmarse que es competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria conocer tales causas, debido a que, en la cosmovisión indígena, la vida no se protege en su condición de derecho individual, tiende a manifestarse en un bien colectivo.

El respeto del derecho a la vida mediante una hermenéutica constitucional plural exige una metodología interpretativa, que reconozca las múltiples ontologías jurídicas. Por consiguiente, la interpretación tendrá que ser diatópica, es decir, un encuentro de tópicas culturales distintas que permita la construcción de un criterio jurídico intercultural. Sin duda, supone abandonar la pretensión de neutralidad universalista del derecho, reconociendo que su interpretación está culturalmente condicionada y, por lo tanto, debe abrirse al diálogo intercultural para no caer en el etnocentrismo jurídico.[28]

De acuerdo con lo expresado previamente, Bolivia opta por una visión más pluralista, al entender que el respeto del derecho a la vida debe articularse con el principio del vivir bien o *suma qamaña*, que irradia el contenido de los derechos fundamentales con una visión integradora, donde la vida se concibe en su conexión con la naturaleza.

Toda decisión jurisdiccional, incluida la indígena originaria campesina, está condicionada a respetar valores plurales supremos. Por ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre indicó:

> … la Norma Suprema reconoce a la jurisdicción originaria campesina la facultad de administrar justicia, con independencia y autonomía, pero la condiciona al respeto a la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos y garantías previstos en la Constitución (art. 190.II de la CPE), porque ésta goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, incluyendo a las determinaciones asumidas por la justicia indígena.[29]

---

[27] Ximena Cagas Oña, Mesías Machado Maliza y Paúl Alejandro Centeno Maldonado, "Transcendencia de la cultura indígena y su intervención jurídica en la sociedad", *Revista Universidad y Sociedad* 13, n.º 2 (2021): 430-436.

[28] Priscilla Brevis Cartes, "Derechos humanos e interculturalidad. Los desafíos de una comprensión hermenéutica diatópica", *Revista CES Derecho* 14, n.º 1 (2023): 31-44, https://doi.org/10.21615/cesder.7147

[29] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre, https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/168701

De acuerdo con lo señalado, el respeto por la vida en las culturas originarias se demuestra mediante prácticas de reconciliación o reintegración comunitaria que permiten el equilibrio puesto en conflicto.

2.4. Test de proporcionalidad

Para resolver colisiones entre derechos fundamentales (en casos que revisten complejidad), suele acudirse al test de proporcionalidad. La interpretación constitucional en temas que conciernen al pluralismo jurídico no tiende a consultar criterios racionales del derecho positivo; por el contrario, acude a la cosmovisión de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Por lo señalado, la proporcionalidad no contempla un procedimiento rígido y universal, está caracterizada por una metodología flexible. El test de proporcionalidad se estructura en los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. Conforme los criterios doctrinales desarrollados por autores como Robert Alexy y aplicados por numerosos tribunales constitucionales de América Latina, este instrumento permite evaluar si la limitación de un derecho fundamental es justificable en relación con otro derecho o interés constitucionalmente protegido.[30]

Empero, la estructura de proporcionalidad fue construida desde una lógica liberal individualista, sin considerar la pluralidad cultural, donde los derechos adquieren dimensiones colectivas que no encajan fácilmente en la fórmula de la ponderación.[31]

El test de proporcionalidad debe reinterpretarse mediante una ponderación dialógica o intercultural. Dicha versión plural del test, no renuncia a la lógica de los subprincipios, pero incorpora nuevos elementos que permiten contextualizar la valoración de los derechos en debate, tales como el significado cultural del bien jurídico. Por ejemplo, lo que para el derecho estatal se considera una sanción proporcional, para un pueblo indígena puede constituir una afrenta a su estructura de valores y cohesión social.[32]

En Bolivia, el TCP reconoció la necesidad de ajustar la ponderación a criterios interculturales. La SCP 0778/2014 de 21 de abril estableció el paradigma del vivir bien como pauta intercultural de interpretación de derechos. En el marco de un diálogo intercultural, la ponderación contendrá los siguientes aspectos:

---

[30] Jaime Cárdenas Gracia, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 139 (2014): 65-100.

[31] Eddy Erik Mamani Condori *et al.*, "Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana", *Revista Universidad y Sociedad* 15, n.º 2 (2023): 675-684.

[32] Paulo Bernardo Arboleda Ramírez y José Fredy Aristizábal, "La ponderación entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de información: aplicación del método de medición objetiva", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 49, n.º 130 (2019): 28-50, https://doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a02

> a) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga a resolver la problemática de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales para que, en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales.
>
> b) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesina.[33]

En rigor, en los sistemas jurídicos indígenas, la ponderación opera sobre nociones de justicia distintas, más centradas en la restauración del equilibrio colectivo que en la sanción individual. El test de proporcionalidad intercultural se encuentra justificado por el paradigma del vivir bien y los principios constitucionales enfocados en la participación activa de autoridades comunitarias. Por tanto, la ponderación intercultural no constituye una adaptación técnica del test de proporcionalidad, es un nuevo modelo de razonamiento jurídico plural. El pluralismo permite una lectura del derecho como un acontecimiento diversificado, prescindiendo de categorías homogéneas y lineales.

De ello, se concluye que con la ponderación intercultural fueron encaminados procesos interpretativos intersticiales, donde el diálogo de cosmovisiones es el eje de la construcción de decisiones legítimas. El test de proporcionalidad significa una herramienta de mediación entre mundos normativos distintos, más que una fórmula de jerarquización abstracta de principios.[34]

2.5. Ponderación intercultural de derechos

La ponderación intercultural de derechos es el aporte más representativo del constitucionalismo pluralista boliviano a la teoría de la interpretación jurídica contemporánea. El modelo tradicional de ponderación jerarquiza derechos bajo criterios abstractos y universales, ocasionando divergencias con los derechos colectivos. Dicha problemática pudo subsanarse a través de la ponderación intercultural, la cual exige un ejercicio hermenéutico dialogante y respetuoso de la pluralidad epistémica del Estado Plurinacional.

La técnica resultó sistematizada por el TCP, principalmente a partir de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, en la cual se establece el llamado test del

---

[33] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril.

[34] Arlet Rodríguez Orozco, "Ontología del pluralismo: diversidad y escenarios intersticiales", *Andamios* 16, n.º 40 (2019): 17-36, https://doi.org/10.29092/uacm.v16i40.695

paradigma del vivir bien como parámetro para resolver conflictos entre derechos pertenecientes a matrices civilizatorias distintas.

La innovación ponderativa boliviana critica el universalismo liberal que sostiene la teoría clásica de los derechos fundamentales. Dentro del pluralismo jurídico, no es posible resolver los conflictos valorando simplemente el "peso" abstracto de los principios en pugna, sino que se impone una reconstrucción dialógica de sus significados, considerando las formas de vida, la historicidad y las estructuras simbólicas propias de los pueblos involucrados.

Como advierte Boaventura de Sousa Santos, esto requiere una 'ecología de saberes' y una 'traducción intercultural', en la cual ningún sistema cultural posea el monopolio de la verdad jurídica para que todos los derechos sean interpretados desde su propia matriz de sentido.[35]

El presente enfoque encuentra respaldo también en el constitucionalismo ecuatoriano. Los principios de aplicación de los derechos reconocidos en el artículo 11 de la Constitución del Ecuador (p. ej., la favorabilidad, la no regresividad y la interpretación *pro persona*) son compatibles con la necesidad de una ponderación dialógica y plural. Los indicados principios generan condiciones hermenéuticas para que los derechos sean interpretados en función del contexto comunitario y ecológico en que se ejercen. De este modo, la ponderación intercultural no niega los principios universales de los derechos humanos porque los reconstruye a partir de una racionalidad alternativa.[36]

Por lo argumentado, resta indicar que la ponderación se ejerce principalmente en la jurisdicción constitucional, pero está presente en las dinámicas institucionales. De hecho, la ponderación intercultural constituye una técnica de aplicación judicial, cuyo uso es factible por parte de otras entidades estatales como instrumento transversal de gobernanza plural.[37]

Conclusiones

La transición desde el monismo jurídico estatal hacia una estructura plurinacional justifica que la interpretación de la Constitución se fundamente en una racionalidad intercultural, evitando técnicas dogmáticas clásicas.

---

[35] Farit Rojas Tudela, "Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional", *Revista de Derecho de la UCB* 8, n.º 15 (2024): 51-79, https://doi.org/10.35319/lawreview.202415107

[36] Esteban Javier Polo Pazmiño, "Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia", *Ius Humani. Revista de Derecho,* n.º 7 (2018): 223-47, https://doi.org/10.31207/ih.v7i0.194

[37] Miguel Ángel Millán Gómez, "Multiculturalismo, derechos humanos y políticas públicas", *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0* 16, n.º 1 (2023): 83-94, https://doi.org/10.37843/rted.v16i1.360

La justicia plurinacional debe cimentarse sobre una metodología interpretativa que permita articular los principios constitucionales desde la coexistencia de racionalidades jurídicas heterogéneas, en condiciones de igualdad.

El paradigma del vivir bien es una pauta hermenéutica central. Este principio, extraído de las cosmovisiones indígenas andino-amazónicas, permite una lectura axiológica de los derechos fundamentales que trasciende la visión liberal-individualista. Se suma el diálogo intercultural como una práctica jurídica activa, que requiere la capacidad de situarse en medio de dos o más mundos normativos, reconociendo soluciones coconstruidas.

El respeto al derecho a la vida adquiere un significado ampliado. Ya no se reduce a la protección de la existencia biológica, abarca también la reproducción de condiciones colectivas o ecológicas que hacen posible una vida digna en cada pueblo. Dicha perspectiva habrá de integrarse en los métodos de ponderación y proporcionalidad, de modo que se conviertan en un ejercicio de justicia epistémica y no en un simple balance aritmético entre derechos.

Bibliografía

Doctrina

Álvarez Soler, Jaime Antonio. "Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible". *Revista Historia de la Educación Latinoamericana* 21, n.º 33 (2019): 35-59. https://doi.org/10.19053/01227238.9097

Arboleda Ramírez, Paulo Bernardo y José Fredy Aristizábal. "La ponderación entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de información: aplicación del método de medición objetiva". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 49, n.º 130 (2019): 28-50. https://doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a02

Ariza Santamaría, Rosembert. "Pluralismo jurídico conservador, el monismo jurídico de siempre". *Revista Jurídica Derecho* 10, n.º 15 (2021): 209-226.

Bagni, Silvia y Giorgia Pavani. "La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz". En *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, editado por Manuel Restrepo Medina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2020. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8876070

Bagni, Silvia, Adriana Rodríguez Caguana y Felipe Castro León. "Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador". *Revista Derecho del Estado*, n.º 58 (2024): 61-90. https://doi.org/10.18601/01229893.n58.03

Brevis Cartes, Priscilla. "Derechos humanos e interculturalidad. Los desafíos de una comprensión hermenéutica diatópica". *Revista CES Derecho* 14, n.º 1 (2023): 31-44. https://doi.org/10.21615/cesder.7147

Benavides Benalcázar, Merck, Alipio Cadena Posso, Tanya Camargo Martínez y Diego Chamorro Valencia. "Sistema para la toma de decisiones en la aplicación del principio de interculturalidad mediante proceso analítico jerárquico y su aplicación a la justicia y la educación". *Conrado* 17, n.º 83 (2021): 92-97.

Cagas Oña, Ximena, Mesías Machado Maliza y Paúl Alejandro Centeno Maldonado. "Transcendencia de la cultura indígena y su intervención jurídica en la sociedad". *Revista Universidad y Sociedad* 13, n.º 2 (2021): 430-436.

Cárdenas Gracia, Jaime. "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 139 (2014): 65-100.

Charney, John y Manuel Núñez. "Fundamentos normativos del Estado plurinacional: una reconfiguración de las categorías centrales del constitucionalismo". *Revista Derecho del Estado*, n.º 59 (2024): 159-204. https://doi.org/10.18601/01229893.n59.06

Concha Flores, Luis Fernando. "La ley natural, el bien y el vivir bien en la Constitución boliviana: una alegación iusfilosófica cognitiva del concepto". *Revista Jurídica Derecho* 11, n.º 16 (2022): 35-54.

Cortés Castillo, Darío E. y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "Buen vivir, vivir bien y el choque de paradigmas". *Escritos* 27, n.º 59 (2019): 319-343. https://doi.org/10.18566/escr.v27n59.a07

Cruz, Miguel. "Cosmovisión andina e interculturalidad: una mirada al desarrollo sostenible desde el *sumak kawsay*". *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º 5 (2018): 119-132.

Garzón Buenaventura, Édgar Fabián. "Paradigmas del diálogo en la pluriculturalidad". *Prolegómenos* 24, n.º 48 (2021): 83-92. https://doi.org/10.18359/prole.5424

Laguna Delgado, Harold Esteban, Carmen Marina Méndez Cabrita y Jairo Mauricio Puetate Paucar. "Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado". *Revista Universidad y Sociedad* 12, n.º 5 (2020): 381-388.

Lagunas Vazques, Magdalena. "Buen vivir (*sumak kawsay*): pautas para una ética mundial civilizatoria, no extractivista y sostenible". *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 11, n.º 2 (2023). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2308-01322023000200037&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Lascarro-Castellar, Diemer y Jorge Mejía Turizo. "Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: perspectivas epistemológicas". *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 46 2019): 24-48. https://doi.org/10.22187/rfd2019n46a6

Luna Acevedo, Héctor. "La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia". *Temas Sociales*, n.º 39 (2016): 243-262.

Mamani Condori, Eddy Erik, José Domingo Choquehuanca Calcina, Félix Cristóbal Ochatoma Paravicino y Flor de María Humpiri Núñez. "Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana". *Revista Universidad y Sociedad* 15, n.º 2 (2023): 675-684.

Milani, Giammaria. "Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad". En *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, editado por Manuel Restrepo Medina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2020. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8876072

Millán Gómez, Miguel Ángel. "Multiculturalismo, derechos humanos y políticas públicas". *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0* 16, n.º 1 (2023): 83-94. https://doi.org/10.37843/rted.v16i1.360

Montalván Zambrano, Digno José. "El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia". *Revista Ratio Juris* 14, n.º 29 (2019): 6.

Negrón Pino, María Elena. "Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos: pasantías interculturales *in situ* de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales". *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n.º 13 (2012): 102-115.

Polo Pazmiño, Esteban Javier. "Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia". *Ius Humani. Revista de Derecho* 7 (2018): 223-247. https://doi.org/10.31207/ih.v7i0.194

Pushaina Cantillo, Juan José. "Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 36 (2021): 193-211. https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.10

Rodríguez Orozco, Arlet. "Ontología del pluralismo: diversidad y escenarios intersticiales". *Andamios* 16, n.º 40 (2019): 17-36. https://doi.org/10.29092/uacm.v16i40.695

Rojas Tudela, Farit ."Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional". *Revista de Derecho de la UCB* 8, n.º 15 (2024): 51-79. https://doi.org/10.35319/lawreview.202415107

Soledispa Toro, Julieta Magaly. "La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 37 (2022): 97-116. https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.5

Storini, Claudia. "Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica". *Revista IUS* 10, n.º 37 (2016): 33-58.

Torres Solís, Mauricio y Benito Ramírez Valverde. "Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica". *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, n.º 69 (2019): 71-97. https://doi.org/10.22201/cialc.24486914e.2019.69.57106

Valencia Tello, Diana Carolina. "Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos". *Revista Derecho del Estado*, n.º 45 (2020): 121-154. https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05

Valentin Mballa, Louis y Magali Vianca Copa Pabón. "Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya". *Revista Humanidades* 10, n.º 1 (2020): 169-183. https://doi.org/10.15517/h.v10i1.40079

Vichinkeski Teixeira, Anderson. "El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa". *Opinión Jurídica* 19, n.º 39 (2020): 311-329. https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a13

Yánez Yánez, Karla Ayerim y Frank Luis Mila Maldonado. "Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 35 (2021): 145-167. https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8

Normativa y jurisprudencia

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril, 2014. https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/130549

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre, 2020. https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/168701

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 123-160, ISSN 2346-0849

José Eduardo Aguirre Vega* **(Ecuador)**

La Constitución ecuatoriana de 2008 como signo lingüístico inconcluso: la elocuencia de los silencios del constituyente de Montecristi

RESUMEN

La constitución, como norma fundamental del Estado, regula los elementos esenciales de la vida política, social y jurídica. Sus autores, los constituyentes, deben elaborar un texto que represente de forma fiel y concisa a la sociedad. Por ello, la constitución no es un objeto inanimado, sino un instrumento que requiere sintonía con quienes representa. No obstante, Ecuador no ha logrado materializar plenamente esta aspiración. En 2007, la Asamblea Constituyente de Montecristi se reunió con la pretensión de refundar el país. Para entonces, Ecuador ya había tenido dieciocho textos constitucionales, muchos con un valor meramente solemne y alejados de la ciudadanía; este nuevo intento se vio limitado por las ambiciones personalistas del gobierno de turno, lo que dio lugar a un texto que oscila entre los valores tradicionales del constitucionalismo ecuatoriano y la influencia de intereses políticos coyunturales. Como resultado, rige una carta con validez formal, pero con escaso significado para la sociedad ecuatoriana.

Palabras clave: constitución; poder constituyente; valores; ideologías.

The Ecuadorian Constitution of 2008 as an Unfinished Linguistic Sign: The Eloquent Silences of the Montecristi Constituent Assembly

ABSTRACT

The constitutional, as a fundamental norm of the state, regulates essential elements of political, social, and legal life. Its authors, the constituent assembly members, are

* Abogado, Universidad Central del Ecuador; maestrante, Universidad Andina Simón Bolívar, programa de Derecho Constitucional. jeaguirre966@gmail.com / https://orcid.org/0009-0006-9904-221X

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

tasked with producing a text that accurately and concisely represents society. The constitution is thus not an inanimate object but a tool that must be in harmony with those it represents. However, Ecuador has not yet fully achieved this aspiration. In 2007, the Montecristi Constituent Assembly convened with the purpose of "refounding" the country. By then, Ecuador had already had 18 constitutions, many of merely formal documents, disconnected from the citizenry. This new attempt was limited by the personalist politics of the sitting government, resulting in a text that oscillates between the traditional values of Ecuadoran constitutionalism and the influence of short-term political interests. As a result, while the new constitution is formally in force, it holds little meaning for Ecuadoran society.

Key words: Constitution; constituent power; values; ideologies.

Die ecuadorianische Verfassung von 2008 als unvollendetes linguistisches Zeichen: zur Eloquenz des Nichtgesagten durch die Verfassungsgeber von Montecristi

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassung regelt als grundlegende Norm eines Staates die wesentlichen Aspekte des politischen, gesellschaftlichen und rechtlichen Lebens. Ihre Autoren, die Verfassungsgeber, müssen einen Text ausarbeiten, der die Gesellschaft wahrheitsgetreu und prägnant abbildet. Die Verfassung ist somit kein unbelebtes Objekt, sondern ein Instrument, das im Einklang mit denen steht, die sie repräsentiert. Ecuador ist es jedoch nicht gelungen, diesem Anspruch vollständig gerecht zu werden. Im Jahr 2007 trat die Verfassunggebende Versammlung von Montecristi mit dem Anspruch zusammen, das Land neu zu gründen. Zum damaligen Zeitpunkt hatte Ecuador bereits achtzehn Verfassungstexte, die in vielen Fällen lediglich von feierlich-deklaratorischem Wert waren und keine Bürgernähe aufwiesen; der neue Versuch litt unter den Restriktionen durch die personalistischen Ambitionen der damaligen Regierung, sodass ein Text entstand, der zwischen den traditionellen Werten des ecuadorianischen Konstitutionalismus und dem Einfluss konjunktureller politischer Interessen schwankt. Im Ergebnis ist die geltende Verfassung formal rechtsgültig, hat jedoch nur geringe Bedeutung für die ecuadorianische Gesellschaft.

Schlüsselwörter: Verfassung; verfassunggebende Gewalt; Werte; Ideologien.

Introducción

Cuando una sociedad ha resuelto otorgarse una constitución, le es inevitable la ansiedad respecto a qué tan efectiva será y por cuánto tiempo estará vigente. Para apaciguarla, lo más recomendable suele ser una revisión del texto aprobado para identificar cuán cercano es a la identidad nacional. A su vez, esto puede ser más o menos perceptible si se distingue lo sustancial de la norma suprema, lo que

comprende su tenor literal y aquellos implícitos que el constituyente, consciente o inconscientemente, incorporó. Por su puesto que, al referirnos a conceptos tan abstractos, se dificulta entregar respuestas unánimes. Consciente de este riesgo, los párrafos presentados a continuación buscan descifrar el alma de la Constitución ecuatoriana de 2008, norma que ha regido en el país más tiempo que la mayoría de sus antecesoras, aunque con similares vicios y virtudes, características de nuestra historia.

Para ello, comenzaremos con un breve recuento histórico sobre el simbolismo de la Constitución en nuestra historia republicana. En él se buscará conocer rasgos propios de la cultura constitucional ecuatoriana. A continuación, haremos algunas precisiones teóricas sobre la idea y práctica de una constitución y lo que buscamos al seguir el rastro inmaterial del texto. En este apartado se demostrará la madurez que acompaña a la norma fundamental, al trascender sus concepciones jurídicas primarias. Luego de ello, ensayaremos un estudio profundo sobre el origen, el contenido y la realización del documento aprobado en la ciudad de Montecristi en el año 2007, para culminar con unas conclusiones sobre las ideas desarrolladas.

1. Muestreo histórico respecto del simbolismo constitucional en Ecuador

En un país como Ecuador, los años parecieran pasar en vano. Una historia constitucional que se presenta con diecinueve códigos políticos, sin que ninguno haya brindado estabilidad al pueblo ecuatoriano o se haya impregnado en su conciencia, es una muestra de ello.[1] No obstante, la idea de convocar al poder constituyente originario es gravitante en la vida del país, sobre lo cual puedo formular al menos tres hipótesis que permitan explicar esta tendencia. La primera de ellas es que el discurso político se potencia al acusar responsabilidad de los problemas que enfrenta el país al contenido de la Constitución. La segunda refiere al proceso cognitivo de asimilación del texto con sus hacedores, lo que en un momento de cambio se vuelve un condicionante para que la nueva norma pueda tomar distancia de sus predecesoras. Por último, se presenta un fenómeno que podemos denominar la paradoja del proceso constituyente ecuatoriano.

Respecto a la hipótesis del discurso político, en Ecuador los momentos preconstituyentes estuvieron marcados por cambios antagónicos de gobernantes,[2] quebran-

[1] En Ecuador han regido diecinueve textos constitucionales, aunque en realidad se ha ejercido el poder constituyente originario, cuya titularidad ha tenido distintos orígenes, en veinte ocasiones. Debemos recordar que la norma de 1938, no abordada en este apartado, si bien fue aprobada por la Asamblea Constituyente, no alcanzó a regir debido a que esta se disolvió. De esta manera, el promedio de duración de una constitución en el país se acerca a los diez años.

[2] Podemos citar los siguientes casos: el paso del general Flores a Vicente Rocafuerte en 1835, y su regreso en 1843, produjeron dos textos constitucionales. En 1851 y 1852 este escenario

tamientos del orden constitucional[3] y ensayos revolucionarios.[4] En todos ellos ha mediado el razonamiento de que la constitución abrogada impedía el ejercicio del poder político[5] o era la culpable de las crisis políticas o económicas.[6] Por ende, la constituyente fue siempre la salida para retomar el rumbo apropiado para el país.[7]

La segunda hipótesis señala el hecho de que los procesos constituyentes en Ecuador han estado caracterizados por intromisiones indebidas de los presidentes, lo que ha generado una asimilación de los textos con ellos. Más adelante se evidenciará un patrón que favorece a los convocantes, aunque es necesario partir de una reflexión sobre las implicaciones que esto acarrea. El proceso de normación fundamental a través de asambleas y convenciones es, de suyo, permeable al poder; lo que no significa que todo poder debe permearlo.[8] Cuando esto ocurre no solo estamos ante una intromisión indebida en el contenido, sino también ante una personalización instituyente. La principal consecuencia para efectos de este trabajo es que la

---

se presentó en las presidencias de Diego Noboa y el general Urbina. La carta de 1884 se aparta de sus antecesoras al inaugurar el periodo del progresismo y, a semejanza de las normas de 1938 (no vigente), 1967 y 1978, sirvió como medio para retornar a los cauces constitucionales. Finalmente, las constituciones de 1998 y 2008 se presentan como el producto de corrientes ideológicas contrapuestas: neoliberalismo y socialismo del siglo XXI.

3 Las constituciones de 1851, 1861, 1869, 1878, 1946 surgen como resultado de golpes de Estado. Aunque sería válido señalar que la historia constitucional ecuatoriana ha presentado nuevos documentos siempre en contextos de validez constitucional relativa.

4 Dentro de esta categoría pueden considerarse los procesos constituyentes de 1845, originado en la revolución del 6 de marzo contra el floreanismo; los de 1897 y 1906, impulsados por el liberalismo; el de 1929, derivado de la Revolución Juliana; y el de 1945, producto de la denominada Gloriosa. Llamo ensayos revolucionarios a estos procesos siguiendo la línea de pensamiento de Hannah Arendt, quien sostiene que no todo levantamiento o insurrección merece el nombre de revolución. Desde esta perspectiva, al analizar los textos constitucionales resultantes, se advierte que los cambios introducidos fueron puntuales y temáticos (como la limitación del Poder Ejecutivo, la secularización del Estado o la ampliación de derechos y garantías), sin que llegaran a configurar una auténtica refundación del orden político.

5 Como ejemplo podemos señalar los casos de distorsión de las facultades del presidente. En el siglo XIX, las constituciones de 1843 y 1869 las aumentaron anómalamente, mientras que sus sucesoras inmediatas, los textos de 1845 y 1878, disminuyeron su presencia. En los primeros casos, de acuerdo con el discurso, para evitar un Ejecutivo impotente; en el segundo, para evitar los excesos cometidos. Incluso podemos recordar que la norma de 1945 creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, al que el presidente José María Velasco Ibarra calificó como un superpoder que sojuzga al Ejecutivo, y en la carta de 1946 lo eliminó por los impedimentos para actuar.

6 La Constitución de 1998 fue testigo de la crisis económica de 1999 y de las crisis políticas del mismo año y de 2005. Estas fueron algunas de las razones para implantar el proceso constituyente de 2007.

7 Es necesario señalar que el discurso político en Ecuador apela al cambio de la constitución antes que a su reforma, pues de los diecinueve textos vigentes, menos de diez han sido reformados.

8 José Eduardo Aguirre, "El rol del poder ejecutivo en los procesos constituyentes latinoamericanos: la delgada línea entre la participación legítima y la injerencia indebida", *USFQ Law Review* 12, n.° 2 (2025): 176, doi: 10.18272/ulr.v12i2.3935

culminación en el mando político del presidente implica la devaluación de la norma si quien llega a sucederle se encuentra en la antípoda política.[9]

Por último, la tercera explicación alude a la desvalorización de los textos constitucionales cuando su cumplimiento se relativiza según la voluntad del poder de turno. La paradoja surge de un escenario inicial en el que la Constitución es concebida como un documento solemne (solemnidad fundacional), destinado a cimentar la idea de vivir bajo un orden estable y permanente. En ese contexto, se tiende a constitucionalizar aspiraciones diversas para blindarlas frente a la contingencia política. Sin embargo, la práctica cotidiana, que prescinde del texto cuando conviene al poder, termina vaciando de sentido esa misma solemnidad, haciendo que el texto pierda su fuerza normativa y se reduzca a un instrumento transitorio (banalización de la práctica constitucional). Esto incluye, por su puesto, aquel contenido concebido como de suma importancia en el momento de redacción.

A continuación, se presenta una breve revisión histórica del simbolismo constitucional en Ecuador. Se busca que en en esta sección sean visibles las hipótesis planteadas con antelación. Además, se aspira a demostrar la historia pendular que retrata la disputa entre un cambio de constitución y su estabilidad en el tiempo, y cómo esto erosiona la cultura constitucional de una sociedad que no ha logrado cohesionar su norma suprema con la realidad. Así, las observaciones que se realizan a continuación sobre las constituciones vigentes en Ecuador dan asidero a la observación de Ferdinand Lassalle sobre la duración de este tipo de documento. Ya el solo hecho, dice Lassalle, de que se grite que hay que conservarla es clara prueba de su caducidad, para cualquiera que sepa ver claro.[10]

1.1. Siglo XIX: el origen de nuestras tradiciones constitucionales

La República del Ecuador nace en el año 1830, tras su separación de la Gran Colombia. Quien ejercía la jefatura suprema convoca, en Riobamba, la primera de nuestras asambleas constituyentes en la historia republicana.[11] Sin embargo, lejos estuvo este momento de formalizar la fundación del país. La redacción se inspira en el texto de Bogotá de 1830, con un agravante que relativiza su valor normativo a no contravenir el pacto de unión que se esperaba celebrar con los demás Estados de la Gran Colombia. Lo anterior, sumado a la adhesión territorial a estos, nos permite identificar que la esencia de nuestra primera Constitución lejos estaba de ser

[9] Como ejemplos tenemos las constituciones de 1843, atribuida al general Flores; 1869, a Gabriel García Moreno; 1946, a Velasco Ibarra, y 2008, a Rafael Correa. En su momento, todos interfirieron en los procesos constituyentes que dieron luz a estas normas.

[10] Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* (Santiago de Chile: Olejnik, 2018), 75.

[11] Hernán Salgado recuerda que, en 1812, en el entonces territorio de Quito (hoy Ecuador), producto del primer levantamiento independentista en Latinoamérica, se instala la primera asamblea con carácter constituyente, misma que redacta una norma que el profesor Salgado califica como un antecedente honroso para nuestro constitucionalismo.

independentista; era más bien una muestra de fidelidad al libertador Simón Bolívar y sus anhelos confederacionistas.

La entrega del primer texto vino de la mano de otorgar la presidencia a su convocante, el general Juan José Flores, redactando incluso artículos para que asumiera el cargo.[12] Así, la constituyente fundadora instauró además las tradiciones de beneficiar a quien la convocara con la primera magistratura,[13] y de nombrar a funcionarios de importancia, asumiendo roles de un congreso ordinario de la época.[14] Pese a lo señalado –y dada la influencia norteamericana y francesa sobre ella–, se marca el comienzo de un Estado unitario, republicano, democrático, representativo –aunque con matices–, con separación tripartita de poderes y reconocimiento de derechos.

Al concluir el periodo del general Flores, sin existir un sucesor legal, se declara jefe supremo a Vicente Rocafuerte, en un escenario político y social conflictivo, quien nuevamente convoca una constituyente en 1835, misma que lo ratifica como jefe de Estado.[15] En nuestro segundo intento, si bien se da forma a la idea de Ecuador como un país libre e independiente, y se mejora la redacción en materia institucional y de derechos, les fue inevitable a los escribientes hacer notar el carácter reaccionario de los abusos del primer presidente.[16] Muestra de ello es la descompensación del sistema presidencial, lo que no trajo más que excesos y cambios abruptos para volver a fortalecer al mandatario. Esto ocurriría luego de que en 1839 fuera electo nuevamente el general Flores y ejerciera el poder hasta 1843, año en el que una nueva constituyente elabora una norma a la medida de sus intereses.[17]

La tercera Constitución es conocida como carta de la esclavitud, uno de los primeros textos en nuestra historia que, sin reparo alguno, fue personalizado a favor del gobernante de turno. De hecho, su seudónimo proviene justamente de la intención

---

[12] Los requisitos para ser primer mandatario, establecidos en el artículo 33 constitucional, son una breve semblanza de la vida del general Flores.

[13] Esta tradición encuentra sus matices con la evolución de los mecanismos de elección del primer mandatario. Pero, incluso con la introducción del sufragio universal, se mantiene de forma general.

[14] Hasta la Constitución de 1967, las disposiciones transitorias reconocían a las asambleas constituyentes facultades de un congreso ordinario, que iban desde dictar leyes hasta designar funcionarios. Incluso antes de que el sufragio universal fuera parte de nuestra realidad, tenían la potestad de elegir al primer mandatario. Además, estas convenciones se han tomado el tiempo de otorgar nacionalidades, pronunciarse sobre los conflictos limítrofes, tratar temas laborales, administrativos, entre otros.

[15] Hay que destacar que Vicente Rocafuerte fue el primer mandatario en requerir una constitución acorde con la realidad del país, criticando el primero de nuestros textos por sus anomalías. El preámbulo del texto de 1835 hace alusión a la idea de reconstituir la República, en franca oposición a lo normado en 1830.

[16] Juan Larrea Holguín, *Derecho constitucional ecuatoriano. Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 7.

[17] Rafael Arizaga Vega, *Las constituyentes* (Quito: Fraga, 1998), 22-38. La convocatoria a esta convención, recuerda el autor, se debió a que el Congreso Ordinario no se reunió por falta de quórum.

del general Flores de perpetuarse en el poder. En el articulado destacaban principalmente normas que ampliaban el período presidencial y del Congreso, mermaban el trabajo de este último al disponer su reunión cada cuatro años y agilizaban en exceso el poder del primer mandatario.[18] Así, una norma que si bien por un lado amplió derechos y garantías, por otro daba cuenta de que su sustancia era permitir una dictadura con fachada constitucional.[19]

Estas cualidades de la norma generaron reacciones negativas en ciertos sectores de la sociedad ecuatoriana, lo que causó la expulsión de su ideólogo en 1845, en conjunto con la carta de la esclavitud.[20] Para nuestro cuarto texto fundamental, producto de la revolución del 6 de marzo, la convocatoria ya no dependería de un solo gobernante supremo, sino de tres. Sin embargo, fue inevitable que uno de ellos pasara a ocupar el sitial de la presidencia, otro el de la vicepresidencia y el último como su reemplazo.[21] La principal característica de la nueva constitución era su reacción a los excesos presidenciales de 1843, lo que devendría en el incumplimiento de su contenido ante situaciones excepcionales que no alcanzaban a ser cubiertas por la norma y sus contracciones.[22]

Ya para entonces se podía identificar la poca durabilidad de los textos, pues cada cambio de mando implicaba un intento de nuevas reglas de juego. Pese a ello, son contadas las diferencias entre cada constitución, lo que en su momento debió ser visto como un síntoma de la falta de ejercicio de reforma constitucional. Así se mantuvo en los años de 1851 y 1852 en que Diego Noboa y José María Urbina se hicieron con el mando supremo quebrantando el orden jurídico,[23] convocaron constituyentes y fueron ratificados en el mando por ellas. Todo en menos de dos años. El contenido constitucional, sin embargo, mantenía una redacción calcada de sus antecesoras, con ciertos avances en materia de derechos. Incluso, se debe recordar que el preámbulo del segundo documento hacía alusión a convenir reformas a la norma de 1951, pese a que la forma utilizada haya sido la solemnidad de una constituyente.

La inestabilidad política ya era parte del diario devenir de los ecuatorianos, algo que parece traer siempre como resultado la personalización del poder por una imagen mesiánica que enfrente las crisis. En 1861, se eleva la figura de Gabriel García

---

[18] Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional* (Quito: Cevallos, 2024), 138.

[19] Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho...*, 138.

[20] Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín, *Derecho constitucional ecuatoriano*, 4.ª ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1996), 27.

[21] Ramiro Borja y Borja, *Derecho constitucional*, vol. 3 (s.e., 1979), 349-350.

[22] Tobar y Larrea, *Derecho constitucional...*, 29-30. En la obra se trae a colación el caso de la pretendida invasión del general Flores y cómo el Congreso de la época afirmó la insuficiencia de la Constitución para salvaguardar al país.

[23] Ante la imposibilidad del Congreso de 1849 de elegir presidente, se encarga la magistratura a Manuel de Ascázubi, quien fue derrocado por un golpe militar liderado por Urbina. Este gestaría uno nuevo en contra del presidente Noboa en 1851 y sería designado jefe supremo.

Moreno como el llamado a solucionar los problemas del país.[24] Para ello, apelaría al séptimo intento para que una asamblea constituyente redactara nuevas reglas fundamentales. Sin embargo, su ambición máxima la conseguiría con la Constitución de 1869, motejada como la carta negra, la que no solo estuvo vigente por su iniciativa, sino que es otro ejemplo claro de artículos calibrados para el gobernante. Suyas eran una fisonomía y un alma dictatoriales, pues reincidía en ampliar el periodo presidencial y sus facultades extraordinarias sin mediar un control adecuado, y permitía la reelección inmediata.[25] Además, los derechos políticos se ejercían siempre y cuando se cumpliera con requisitos religiosos. Incluso, una de las cláusulas pétreas era el catolicismo oficial del Estado según el artículo 115.

El magnicidio de Gabriel García Moreno en 1875 fue el preámbulo de nuestra novena Constitución, exigida por liberales en búsqueda de dejar atrás la norma graciana.[26] Antonio Borrero, electo presidente de la República, se rehusó al pedido liberal sobre la base de un argumento que, de haber sido atendido, hubiera marcado un distanciamiento del latente devalúo constitucional. A grandes rasgos, señaló que no tenía facultad para desconocer el texto con el que se lo había elegido.[27] Por supuesto, el precio que pagó no fue solo su derrocamiento a través del quiebre del orden jurídico, sino también la concreción de la exigencia de una constituyente que se reunió en 1878.[28] Demás está decir que su convocante fue confirmado como presidente. Esta norma no desandó los pasos dados por ampliar el catálogo de derechos y garantías, aunque sí daba cuenta de un recelo por ciertas facultades y controles al Ejecutivo, atenuando levemente el presidencialismo puro existente.

Al ser derrocado el gobierno dictatorial del general Veintimilla en 1883, y bajo el ya acostumbrado escenario en que la Constitución cedía protagonismo ante los hechos políticos,[29] se convocó a una nueva convención que pretendió incorporar avances en la parte dogmática bajo la influencia del progresismo. Aunque ya no de

---

[24] Jorge Salvador Lara, *Breve historia contemporánea del Ecuador* (Bogotá: Planeta, 2023), 367. El contexto de esta norma es parte de un nuevo quebrantamiento constitucional con la caída del gobierno de Francisco Robles y la crisis territorial interna y externa que atravesaba el país.

[25] Salgado, *Lecciones de derecho...*,143.

[26] Arizaga, *Las constituyentes,* 85.

[27] *Arizaga, Las constituyentes,* 96. El autor cita también unos párrafos de un comunicado enviado por Manuel de Ascázubi a Diego Noboa ante el pedido de una nueva constituyente que se daría finalmente en 1851. En síntesis, le fue advertido que una nueva convención acabaría con la esperanza de estabilidad, pues en lo venidero no habría partido político que requiriera una convención para combatir males transitorios.

[28] La constituyente fue convocada por el jefe supremo Ignacio de Veintimilla, quien incluso se dio un autogolpe de Estado y se declaró dictador en 1882. Una más de tantas omisiones a la norma suprema que solo fue solucionada con una nueva transcripción para el texto constitucional siguiente.

[29] En estos primeros años tomó forma la peligrosa tradición de relativizar el valor de las constituciones, evidenciada no solo por los constantes quiebres al orden constitucional, sino también porque cada crisis era superada con intentos de reinvención nacional.

forma directa, uno de los convocantes fue designado presidente interino y posteriormente electo por el Congreso para ejercer el cargo.

El siglo XIX se cierra con la undécima Constitución, que da inicio al periodo liberal en nuestro país, acaudillado por la figura de Eloy Alfaro. En este punto, dados los cambios significativos que implicaba la llegada al poder de los revolucionarios liberales, se consideró conveniente la convocatoria de una constituyente que plasmara la búsqueda de un nuevo estado de cosas en Ecuador. Así se pensaba que ocurriría en 1897 y 1906, años en los que en realidad había motivos para un cambio constitucional y no solo meras reformas disfrazadas de nuevas constituciones. Sin embargo, tendremos que esperar hasta el siglo XX para que las aspiraciones liberales pasaran a formar parte de la historia constitucional, pues el último texto del siglo XIX no consiguió el fin que se esperaba.[30]

En este primer periodo de nuestra historia, el protagonista fue un órgano colegiado cuyo único deber era abreviar la realidad y las aspiraciones nacionales, aunque más bien se mantuvo distante del pueblo, explotado por las crisis recurrentes. Por tal motivo, resulta claro identificar dos de las hipótesis planteadas: el proceso de asimilación y la paradoja del proceso constituyente. Las frecuentes interrupciones al orden constitucional provocaron la aparición de figuras encargadas del mando supremo y de la tarea de restablecer la estabilidad del país. Sin embargo, las intromisiones continuas en este proceso dieron como resultado textos coalescentes, que permitieron vincular la Constitución a aquellas figuras. Esto, sobre todo, debido a que la única vía por la que optaron los golpistas o restauradores fue la solemnidad del proceso de normación fundamental. Como consecuencia de ello, los cambios de mando solo surtían efecto en tanto se abrogaba la constitución por la fuerza, repitiéndose el proceso comentado y debilitando así el valor político y jurídico de la carta.

El recuento realizado evidencia constituciones cuya sustancia general adapta los postulados del constitucionalismo clásico del siglo XVIII.[31] Sus añadidos, en pocos casos relacionados con la realidad nacional, reflejan mayormente las preferencias personales de sus impulsores, ya que la redacción no surgió de consensos sociales, sino de intereses gubernamentales. Así, no solo su contenido es muy similar, sino que sus diferencias responden a momentos políticos coyunturales. No obstante, ciertos elementos se consolidaron expresamente en el constitucionalismo ecuatoriano y perduran: democracia, republicanismo y un progresivo aumento de derechos y garantías. Aunque de origen extranjero, estos principios pasaron a formar parte del espíritu de nuestras constituciones. Lo inmaterial de estos documentos, en cambio,

---

[30] Lo que sí consiguió fue sostener las costumbres imperantes hasta el momento: i) un ejercicio del poder constituyente como resultado de un acto de fuerza que desconocía la norma vigente, ii) personalización de una figura que toma el mando por la gracia de haber convocado una nueva convención, y iii) una constitución con contadas variantes que no justifican ignorar los mecanismos de reforma constitucional.

[31] Salgado, *Lecciones de derecho*, 123.

se desprende de aquellos artículos personalistas que evidencian abusos al fijar las normas fundamentales en Ecuador.

1.2. Siglo XIX: tradiciones irremediables

La Constitución de 1906 representa un fenómeno en Ecuador por su duración, pues ha estado vigente alrededor de cuarenta años si tomamos en cuenta las veces que fue reavivada. De esto nos encargaremos más adelante pero, en un país con poca cultura constitucional, sí es una novedad que uno de sus textos dure ese tiempo.[32] El símbolo del liberalismo, como se identifica a esta Constutución, no cumplió un papel transversal en la vida del país como sí lo hizo la voluntad del gobierno de turno, antepuesta más de una vez a los preceptos constitucionales.[33] Así, su permanencia se mantuvo en tanto el país y el propio liberalismo se desangraban. Para este punto, los ecuatorianos nos acostumbramos a vivir entre asonadas y represiones, sin que las primeras terminaran en verdaderos cambios que hicieran valer las consecuencias de las segundas. Como resultado, el alma liberal del texto se opacó por sus propios hacedores, traicionando vilmente sus pensamientos y los del pueblo ecuatoriano.

Como corolario de lo anterior, un nuevo ensayo revolucionario en 1925 puso punto final al periodo liberal, aunque sin poder consolidar sus aspiraciones en un gobierno democrático. Esto debido en gran parte al desgaste del conflictivo escenario, lo que a su vez trajo como resultado otra dictadura. Una vez pacificado el país, Isidro Ayora convocó una nueva constituyente, misma que lo revistió de un mandato constitucional. La norma de 1929 debilitó al Poder Ejecutivo, inspirada en las experiencias recientes, al incluir normas ajenas a la historia constitucional y al sistema presidencial del Ecuador. La impronta del Ejecutivo se vio mermada por la preeminencia del Congreso, lo que auguraba un fracaso rotundo,[34] pese al avance en materia de derechos sociales que la caracterizó. De esta norma destaca un espíritu desequilibrado que oscila entre la cristalización de luchas sociales y la modernización de lo público con la deformación institucional.

El fracaso al que se hizo alusión se dio en tanto los encargos del poder y las dictaduras pasaron a ser la regla general.[35] Entre 1925 y 1948 hubo veintisiete gobiernos, tres de ellos por elecciones directas, doce por encargos del poder, ocho como

---

[32] Aun así, si comparamos este periodo con el de duración de otras constituciones del mundo que destacan por este rubro, como la de Estados Unidos, Francia, México, entre otras, sigue siendo un tiempo corto.

[33] Tobar y Larrea, *Derecho constitucional...,* 57. Los autores citan el razonamiento del general Leonidas Plaza, liberal, quien en la redacción de 1906 reconoció un articulado acorde a las locuras revolucionarias.

[34] Larrea Holguín, *Derecho constitucional...,* 16. La instauración del voto de desconfianza en el artículo 50 numeral 8, y la responsabilidad solidaria del artículo 95 son muestras de aquello. Debemos recordar que la destitución del presidente Juan de Dios Martínez Mera estuvo precedida de la utilización del voto de desconfianza a sus ministros, de forma abusiva.

[35] Salvador Lara, *Breve historia...,* 422.

resultado de golpes de Estado y cuatro, por la ya conocida tradición, fueron nombrados por las constituyentes.[36] En medio de todo esto se convocaron cuatro asambleas nuevas, entre ellas la ya comentada de 1929. Le siguió la de 1938, conformada por una representación partidista de socialistas, liberales y conservadores, pero disuelta por el mandatario que ella había nombrado. Curiosamente, el decreto de disolución reconocía el producto final, aunque esto no duró mucho tiempo, pues luego se reavivó la norma de 1906.[37] A continuación, se alzaron los procesos de 1944 y 1946, bajo la presidencia de José María Velasco Ibarra, quien hizo recomendaciones a la primera sobre el contenido que anhelaba[38] y, luego de desconocer el texto promulgado por esta, convocó y asistió a la segunda.[39]

En este punto es imperioso reseñar las restauraciones constitucionales en nuestra historia. Como se mencionó, el texto de 1906 duró aproximadamente cuarenta años, aunque solo diecinueve de ellos fueron continuos. La inestabilidad de la década de los treinta llevó a los gobernantes de facto, Federico Páez en 1935 y Alberto Enríquez Gallo en 1937, a reactivar el documento liberal de 1906. Este hecho debe interpretarse como un mecanismo protocolario para dar apariencia de orden constitucional, pese a que la realidad dictaba lo contrario. Situaciones similares ocurrieron con los textos de 1945 y 1946. Entre 1963 y 1967, la Junta Militar de gobierno puso en vigencia la norma de 1946, al igual que en 1970 lo hizo José María Velasco Ibarra al declararse dictador, en franca oposición al texto de 1967.[40] Tras su derrocamiento, la dictadura de Guillermo Rodríguez Lara restauró la Constitución de 1945, al igual que el Consejo Supremo de Gobierno que gobernó hasta 1979.[41]

De este modo, la desatención constitucional pretendió ser subsanada con la reavivación de normas pasadas y así dar la apariencia de normalidad. Aunque este último fin no se cumplió, Rafael Oyarte recuerda incluso cómo alguno de los decretos

---

[36] Simón Pachano, "Sistema electoral", en *Antología de la democracia ecuatoriana: 1979-2020* (Quito: Instituto de la Democracia, 2020), 19-65.

[37] Arizaga, *Las constituyentes*, 196.

[38] Robert E. Norris, *El gran ausente: biografía de Velasco Ibarra, edición actualizada* (Quito: Paradiso Editores, 2018), 253. El autor señala que el pedido del presidente era un documento moderno y eficiente que garantizara los derechos fundamentales, con un Ejecutivo revestido de amplios poderes y responsabilidades, que incluyera reformas institucionales como un poder electoral independiente.

[39] Norris, *El gran ausente...,* 274. En la obra se trae a colación el suceso de los tanques que rodearon el Congreso, lo que fue visto como una amenaza ante la sospecha de que la constituyente de 1946 no confirmara a Velasco Ibarra como presidente.

[40] Curiosamente, esta Constitución estableció una cláusula particular, quizá producto del hartazgo de los tiempos pasados. El artículo 259 ordenaba que, en el eventual caso de que se instaure un gobierno de hecho que desobedezca la norma suprema, y cuando la ciudadanía retome el cauce ordinario, se deberá continuar bajo la vigencia del texto de 1967. La buena intención no alcanzó, pues una vez ignorada la validez jurídica y política de la norma, jamás volvió a regir.

[41] Rafael Oyarte, *Derecho constitucional*, 4.ª ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 165.

supremos contenían cláusulas de relativización del valor normativo del texto, a fin de no contravenir la filosofía del gobierno de turno.[42] Esta es una muestra más de la desobediencia latente en el país a la idea de constitución jurídica y política, y a la minimización de los procesos constituyentes, ambas como conductas irremediables.[43] Por lo tanto, podemos afirmar que la parte sustancial de estas constituciones está condicionada a la interpretación del poder de turno, el cual decide hasta qué momento rige, cuándo puede volver a regir y qué contenido es aplicable.

A finales de la década de los setenta, y luego de gobiernos inconclusos, encargos de poder y dictaduras, Ecuador se disponía a volver al orden constitucional. Para este fin, el gobierno de facto convocó un referéndum con el propósito de votar por la nueva constitución que regiría en el país. Esta fue la primera y única vez en nuestra historia que la norma no fue producto de una asamblea constituyente en sentido estricto, pues se encargó a dos comisiones especializadas la redacción de dos proyectos para que la ciudadanía decidiera.[44] El producto final mantiene valores constantes del constitucionalismo ecuatoriano,[45] aunque también errores e inexactitudes que se fueron corrigiendo con el mecanismo de reforma.[46]

Para finales del siglo XX, una nueva crisis política dio paso al surgimiento de nuestra penúltima Constitución. De hecho, su origen es cuestionado, toda vez que fue creada por un órgano colegiado llamado a reformar el texto de 1979, que apenas se posesionó se autoproclamó constituyente.[47] Su convocatoria, además, tuvo implicaciones distintas a nuestra tradición, aunque no del todo. El pueblo directamente

---

[42] Oyarte, *Derecho constitucional...,* 165.

[43] Como parte del anecdotario es necesario considerar que, en la etapa previa al nacimiento del Ecuador y cuando nuestro territorio integraba el colombiano, se atestiguó una irreverencia contra el tenor literal de la Constitución de Cúcuta de 1821. Esta permitía, en su artículo 191, las reformas parciales o totales luego de diez años de vigencia, lo que no impidió la convocatoria por parte de Simón Bolívar de la Convención de Ocaña de 1828. Esto fue justificado, por ejemplo, por José María Velasco Ibarra, con argumentos más políticos que de otra naturaleza. Enrique Ayala Mora, *José María Velasco Ibarra: una antología de sus textos* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 255.

[44] Luis Verdesoto Salgado, *Estudios de derecho constitucional ecuatoriano* (Quito: Departamento de Publicaciones, Facultad de Jurisprudencia UC, 1988), 7. El autor reseña que los proyectos correspondieron a la Constitución de 1945 reformada y uno técnicamente nuevo. Sus principales diferencias fueron el periodo presidencial, la existencia de un vicepresidente, legislatura bicameral, extensión del voto a los analfabetos, entre otros.

[45] Unitarismo, republicanismo, democracia, presidencialismo, división de poderes, independencia interna y externa, reconocimiento ascendente de derechos y garantías, entre los más relevantes.

[46] Larrea Holguín, *Derecho constitucional...,* 18.

[47] Oswaldo Salazar, "La reforma política y la Constitución de 1998" (tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2010), 40, http://hdl.handle.net/10469/3081. Pese a que la consulta popular por medio de la cual se aprobó esta convocatoria expresamente limitaba la creación de una asamblea reformadora, las ya características ansias de ejercer un poder de reinvención normativa justificaron una abrogación por fuerza política del texto de 1979.

aprobó la convocatoria de este órgano por iniciativa del presidente interino, quien en la misma papeleta preguntó si la gente legitimaba su continuidad en el poder. Aunque ya no en los mismos términos,[48] se mantenía la regla de que al convocante se le premiara con la presidencia. Así ocurrió también en 2008, cuando el pueblo ecuatoriano, luego de desalojar a dos presidentes del palacio de Carondelet, entregó el mandato al presidente Rafael Correa.[49] Él, servido de la gran confianza ciudadana, creó un texto que personificara su pensamiento y el de sus simpatizantes.

1.3. Ecos de la experiencia constitucional ecuatoriana

Sobre esta breve reseña cabe presentar algunas conclusiones. La idea de que en torno a la constitución gravita un valor normativo y político ha sido apenas insinuada en Ecuador. La gran mayoría de los textos vigentes cumplieron a lo sumo una función simbólica, así como sus procesos de redacción respondieron más a exigencias protocolarias que a deliberaciones sustantivas. Como principal consecuencia, nuestra historia se encuentra saturada de normas que no han regido el tiempo suficiente para instaurar una cultura constitucional en el país, y que se han mantenido distantes del pueblo.[50] En Ecuador, en síntesis, constitución y sociedad todavía no aprenden a caminar al mismo ritmo.

Las tres hipótesis planteadas han sido notables en el recuento histórico y, por momentos, han resultado correlativas. Trasladar la responsabilidad de las crisis nacionales a las constituciones devino en su prematura abrogación. Esto último ocurrió tanto por la fuerza que caracteriza a los golpes de Estado, como por aquella que provoca los quebrantamientos del orden constitucional. Retomando la primera idea, tal escenario fue posible, sobre todo, en los momentos de invasión del poder constituyente por parte de los gobernantes de turno, lo que a su vez permite

[48] Ya no hubo la proclamación de un mando supremo debido a la aprobación popular de la iniciativa y la ratificación de Fabián Alarcón. Tampoco hubo una injerencia indebida en el proceso constituyente, ni un ejercicio de poderes ordinarios por la Asamblea. Es decir, las formas se cuidaron un poco en comparación con las etapas revisadas con antelación.

[49] Al igual que para la Constitución de 1998, se convocó al pueblo para que se pronunciara sobre la instalación de un órgano, esta vez sí, para crear una nueva norma fundamental. Dicho proceso estuvo marcado por irregularidades que ya no solo atentaban contra una norma en concreto, sino también contra principios elementales del constitucionalismo. Destitución de magistrados y legisladores, asunción de plenos poderes, cooptación del órgano de redacción, propaganda abusiva para publicitar el proyecto, entre otros, nos presentan uno de los procesos constituyentes más irregulares de nuestra historia. Esto, sin desconocer que, a la vez, es uno de los que más legitimidad ostenta.

[50] Las constituciones ecuatorianas han atravesado distintas etapas: desde aquella en la que el articulado se mantuvo fiel a los principios liberales del constitucionalismo dieciochesco, hasta aquella en la que dichos principios se combinaron con los avances del constitucionalismo social, pasando por el periodo en que se hizo más evidente el personalismo. A pesar de ello, vale recordar un elemento que ha sido transversal a todas estas etapas: la cristalización de derechos y garantías para el pueblo, al menos nominalmente.

completar el nombre de cada constitución, además del sustantivo "política" y el año, con el del mandatario correspondiente. La distorsión que se genera en la sociedad al no poder separar el documento de sus hacedores provoca que, inevitablemente, la caída del gobernante arrastre consigo al texto.[51] Ello ocurre independientemente de si la caída responde a la culminación normal del periodo o a un acto de fuerza, pues el problema radica en que la norma sea vista como un instrumento para facilitar la actividad de un gobierno, y no la del Estado.

Por otro lado, cabe señalar que la paradoja del proceso constituyente ecuatoriano se aprecia con mayor claridad si analizamos no solo la duración de las constituciones, sino también los contenidos que las diferencian. Cuando se pretende constitucionalizar un determinado concepto, ello debe responder a su relevancia superior en la vida del Estado, y no únicamente al interés del gobierno de turno. Asimismo, debe recordarse que cada exceso cometido en contra de la constitución afecta su integralidad: no es un artículo o varios los que se vulneran, sino la propia idea de su valor normativo y político. Como lo recuerda Gregorio Badeni, estas conductas incongruentes provocan un signo de interrogación en la ciudadanía y la inducen a aceptar que el incumplimiento de las leyes no es un pecado capital que pueda alterar la convivencia social.[52]

Lo antes expuesto explica el desapego ciudadano hacia su norma fundamental, causado por la excesiva cercanía de esta con el poder de turno. Si aceptamos que una constitución palpita al ritmo de la sociedad, en su redacción y en sus eventuales reformas, no podemos esperar sino que en ella se amalgamen los intereses nacionales. De esta forma, se vuelve difícil identificar ese elemento abstracto en las constituciones de nuestra historia, pues hemos transitado por textos ajenos a la realidad nacional, exuberantes en la representación de esta, o utilizados para disfrazar aspiraciones caudillistas. Por otra parte, fue posible identificar un patrón de malas conductas que atentan contra el significado del código político, pues este termina convertido en un simple fonema: un sonido vacío que recuerda apenas una formalidad o la necesidad de orden.

De esta conclusión no se excluye la norma que se analizará en las líneas siguientes: la Constitución de Montecristi, aprobada el 28 de septiembre de 2008. Su estudio apunta a demostrar su relativo valor político y jurídico, así como a identificar sus rasgos inmateriales que permitirán develar la convivencia de un horizonte común para el pueblo, y las ambiciones personalistas legitimadas por ese mismo pueblo.

---

[51] La exagerada cantidad de constituciones de nuestra historia se debe justamente a la falta de cultura constitucional que hace caso omiso de los mecanismos de reforma constitucional. Solo los textos de 1851, 1884, 1897, 1946, 1978 y 2008 han sido reformados, pues más fácil resultan los golpes de Estado y las convocatorias de constituyentes, antes que ir acoplando el documento al devenir social. Muestra de ello no solo es el número de textos, sino lo similares que son los unos a los otros.

[52] Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Fedye, 2006), 1: 63.

Sin embargo, se hace necesario hacer algunas precisiones teóricas sobre lo que se debe examinar de una norma constitucional, para entenderla como un signo lingüístico funcional.

2. El sustrato de una constitución

Una definición ecuánime de constitución hará referencia únicamente a un texto en que se regulan las relaciones del poder político, desde la fuente que lo origina hasta el ejercicio, pasando por su organización.[53] Sumado a esta concepción, debemos señalar que ella es parte integrante necesaria de la totalidad del orden jurídico[54] y la encargada de hacer conocer solemnemente sus derechos a los ciudadanos.[55] Sin embargo, la evolución de lo que este concepto nos evoca supera los postulados que surgieron del constitucionalismo liberal a finales del siglo XVIII.[56] En un documento de tamaña importancia confluyen prescripciones fundamentales y aspiracionales de sociedades decididas a organizarse o reorganizarse. Que esto sea así, abre la puerta a afirmar que ella no sea del todo impasible, pues su prevalencia en el Estado está dada en la medida que encarne el ideario de una sociedad;[57] no en vano se suele decir que es el alma de un Estado.[58] Entonces, no podemos esperar que su contenido sea indiferente o neutro.[59]

Lo antes anotado debe ser leído en consonancia con una aclaración al respecto de la carga ideológica. Que una constitución no sea impasible no significa que, por el contrario, deba convertirse en una declaración ideológica unívoca de una porción prevalente de la sociedad.[60] La carencia de neutralidad está dada en la medida en que el contenido constitucional debe responder a algo más que a principios formales del

---

[53] Georges Burdeau, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Santiago de Chile: Olejnik, 2022), 58.

[54] Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Alianza, 1999), 100.

[55] Burdeau, *Derecho constitucional*, 68. En su obra, Burdeau hace referencia a este rasgo como la doctrina político-social que anima el actuar del Estado.

[56] Principalmente nos referimos a la definición que podemos extraer del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: una constitución, para que pueda ser llamada así, requiere la garantía de derechos y la separación de poderes. Esto no significa que los postulados liberales del constitucionalismo hayan quedado obsoletos, sino más bien que deben ser complementados con aspectos identitarios de la sociedad.

[57] Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4.ª ed. (Madrid: Civitas, 2006), 51.

[58] Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza, 1982), 36.

[59] Francisco Caamaño, "La constitución precautoria y sus implícitos", en *La constitución como forma de la democracia libro homenaje a Paloma Biglino* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024), 27.

[60] Entre los textos que pueden juzgarse de esta forma, se encuentran las constituciones de partido, por ejemplo, el texto de la URSS de 1936 o el de Cuba de 1976.

constitucionalismo o meras reglas de organización política; debe hacerlo también frente a demandas sociales y a la diversidad de pensamiento propio de un país.[61] Esto último nos convoca a realizar otra puntualización, pues la desordenada atención al entorno donde regirá la norma puede dar como resultado textos idealistas.[62]

Pues bien, el sustrato de una constitución es la voz y conciencia de los constituyentes, proyectadas como eco hacia la realización de su contenido en la vida del Estado, mientras conserve vigencia su causa originaria.[63] Desde luego, con esta definición buscamos abarcar el contenido textual y semántico de la norma, pero, sobre todo, aquello que subyace a ambos. El texto no puede entenderse solo como una expresión de voluntad soberana, ni su articulado limitarse a postulados generalmente aceptados. Debemos avanzar hacia un entendimiento integral del concepto, asociado a lo que ella proyecta sobre un pueblo.

Esto último no ocurrirá con disposiciones que apunten a la pureza conceptual ni, por el contrario, a una desnaturalización política de sus raíces. Lo que aquí se propone es comprender la norma a partir del grado de correspondencia entre su significante y su significado: el primero, identificado con la idea fundante que debería evocar, y lo ha hecho en nuestra historia, un texto de tal envergadura; el segundo, y materia pendiente para Ecuador, con aquello que realmente despierta en la ciudadanía.

Así las cosas, la propia eficacia de la constitución está condicionada a que todos estos elementos logren una armonía a la hora de redactar los artículos que la integrarán, pues solo así se permite que, en mayor o menor medida, se cultive una identidad constitucional.[64] En añadidura, el cumplimiento de este fin dependerá también de la anteposición del texto a los distintos periodos de gobierno para que estos puedan obrar sin la necesidad de requerir un documento propio o de reformar al extremo el existente. El equilibrio que se pueda conseguir dará como resultado no solo una norma identitaria, sino también cognitiva y que impida usos utilitarios o aparentes o manifiestos ideológicos que perjudiquen la convivencia social y política del Estado.

Ahora bien, ¿cómo se puede identificar si los constituyentes han dado atención a estas ideas? La respuesta no puede ser otra que atendiendo al tenor literal de la norma y aprendiendo a leer entre sus líneas. Ambas cuestiones, no obstante, se

---

[61] Peter Häberle, *El Estado constitucional*, 2.ª ed. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 4. Del autor podemos recoger sus ideas acerca de que la constitución vive de la dimensión cultural, lo que en última instancia implica que debe expresar la cultura del lugar en el que rige.

[62] Juan Alberto Carbajal, *Tratado de derecho constitucional* (Ciudad de México: Porrúa, 2002), 42. El autor, además, recoge las metáforas de la Atlántida de Platón, la ciudad de Dios de San Agustín, y la ciudad del sol de Campanella, para explicar la idea de constituciones utópicas.

[63] Una constitución debe ser redactada bajo un cielo sin dioses, sobre los cimientos de sus próceres y proyectarse hacia un común horizonte.

[64] Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego (Madrid: Ariel, 2018), 200. Lo que el autor denomina sentimiento constitucional.

encauzan si hacemos el ejercicio de encontrar el sustrato de una constitución. Para ello, el primer rastro que podemos seguir para descifrarlo es su origen. En él encontraremos no solo los antecedentes que llevaron a una sociedad a decidir darse nuevas reglas y principios fundamentales, sino también a los ideólogos que encabezan el proceso político.[65] Si a esto le sumamos la identificación de los vestigios del constitucionalismo de ese país, encontraremos la horma con la cual se elaboran los textos constitucionales, pues incluso en los casos fundacionales, no se parte nunca de una hoja en blanco.

Una vez realizada esta primera revisión, podemos dar paso a una lectura integral del contenido constitucional aprobado, con el fin de asimilar todo aquello que emana de la norma. En este sentido, no bastará con diferenciar la parte dogmática de la orgánica, ni con explicar cómo se conjugan estas con la finalidad del Estado; es necesario profundizar en la identificación de los elementos tácitos que la norma contiene. Este segundo estudio resulta especialmente relevante si consideramos que un verdadero cambio solo puede llamarse tal cuando el producto final canaliza las demandas que lo originaron, tanto en relación con la organización del poder como con los derechos que reconoce y los valores que proyecta.

Por último, no se podrá llegar a la esencia del texto sin que se verifique su vigencia en el espacio y en el tiempo. Es muy arriesgado definir el alma de una constitución sin que ella sea puesta en práctica, pues hay contenidos cuya razón de ser solo se manifiesta en el quehacer político, social y jurídico. Esto no elimina del todo el riesgo mencionado, ya que incluso artículos redactados con buena intención pueden ser distorsionados por intereses coyunturales. Asimismo, en la práctica se pueden atenuar los efectos perniciosos de aquellos preceptos que amenacen los valores del constitucionalismo, a través de una explicación del trasfondo que se halla en la redacción de la norma.[66]

Estas breves anotaciones buscan servir como introito a lo que sigue: el estudio del sustrato de la Constitución ecuatoriana de 2008. Para ello, se abordarán las tres cuestiones previamente señaladas, con el fin de rastrear los elementos abstractos de nuestra norma. En cuanto al primer apartado, la revisión se centrará exclusivamente en el contexto de la constituyente de Montecristi, dado que los antecedentes relacionados con el constitucionalismo ecuatoriano ya fueron analizados en el primer apartado de este trabajo. El segundo elemento consistirá en un examen del

---

[65] Marco Navas Alvear, "El valor de una constitución en el marco del proceso político. Explorando las categorías de constitución y proceso constituyente", en *La ciencia del derecho constitucional comparado. estudios en homenaje a Lucio Pegoraro* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017), 1: 1148.

[66] Estos riesgos se presentan también si los examinamos desde la óptica del hecho constituyente: cuando quienes impulsan cambios constitucionales no ven reflejadas sus premisas en el resultado final, o cuando los poderes constituidos distorsionan, limitan o anulan esas intenciones. De igual manera, la constitución puede ser utilizada solo como apariencia de Estado constitucional, mientras persisten prácticas autocráticas.

contenido del texto aprobado en 2008, atendiendo a su anverso y reverso, es decir, a la dimensión explícita y a los aspectos implícitos que subyacen al texto. Por último, respecto a la vigencia de la norma, se mostrará que esta depende, en la práctica, del hilo del poder de turno.

3. La Constitución de 2008

3.1. La última constitución

Para Ecuador, la primera década del siglo XXI fue de las más convulsas desde el retorno a la democracia. En 1998 se aprueba una nueva Constitución, la que sería testigo de la caída de dos presidentes y de crisis económicas y sociales de alta resonancia, en menos de diez años de vigencia. La ruptura del orden constitucional, que volvió a ser parte de nuestra cotidianidad, abrió el camino a nuevas figuras políticas con un discurso de distanciamiento de las prácticas político-constitucionales habituales.[67] La llegada al poder del economista Rafael Correa, y con él las ideas del socialismo del siglo XXI, fueron el inicio de la transformación del país. Por supuesto que esta no podía darse sin un nuevo texto constitucional.[68] Condición nada nueva en nuestra historia, pero sí reciclada por los representantes de esta tendencia.[69]

El subtítulo escogido para este apartado no solo hace referencia a que en él hablaremos de la última constitución aprobada en Ecuador, sino también a que sus hacedores afirmaron que duraría trescientos años. Tales afirmaciones deben ser leídas en conjunto con la legitimidad que ostentó el proyecto político del momento. La ciudadanía dio paso a la iniciativa constituyente con una aceptación del 82% de los votantes. No siendo suficiente esta muestra de apoyo, el oficialismo consiguió el 61% de curules para la Asamblea reunida en Montecristi.[70] Esta mayoría permitió que se impusiera la voluntad del partido gobiernista y la del primer mandatario. Si a esto le sumamos que las decisiones se tomaron por mayoría simple, el pensamiento del oficialismo pudo materializar sus dogmatismos,[71] dejando, eso sí, un espacio para reunir consignas sociales e históricas, como se verá más adelante.

---

[67] Incluso, desde la dogmática constitucional se incluyó la experiencia ecuatoriana de 2007 como parte del proceso de superación del viejo constitucionalismo latinoamericano, principalmente por los avances de contenido que destacan a nuestra norma. Rubén Martínez Dalmau, Claudia Storini y Roberto Viciano Pastor, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza* (Santiago de Chile: Olejnik, 2021), 50.

[68] Salvador Bravo Ballivián, *Elecciones en América Latina* (La Paz: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2020), 367.

[69] Hugo Chávez en Venezuela en 1999 y Evo Morales en Bolivia en 2009 son una muestra de aquello.

[70] Osvaldo Hurtado, *Dictaduras del siglo XXI* (Bogotá: Penguin, 2021), 145.

[71] Hurtado, *Dictaduras...*, 147.

El respaldo al primer mandatario y a su proyecto constituyente se trasladó a las decisiones que la Asamblea adoptaba, reflejándose en el 64% de votantes que aprobó el texto de Montecristi. Los altos niveles de popularidad no solo avalaron indirectamente la imposición de una sola voluntad, sino también los excesos cometidos para alcanzar el propósito de una nueva constitución. Se destituyeron legisladores y jueces, se ignoraron los límites al ejercicio del poder y se apropiaron de las instituciones. Todo aquello quedó relegado al anecdotario tras la amplia aprobación del texto en 2008.[72] De esta manera, el origen de la última Constitución puede entenderse como el resultado de un proceso de mimetización de un proyecto político autoritario legitimado popularmente.[73]

3.2. Valores e ideologías en la Constitución de Montecristi

El contenido propio o ideal de un texto constitucional no está dado por su carácter aséptico, y menos aún por lo faccioso que pueda ser. Se podría pensar que mientras más neutro sea su articulado, menos riesgos existe de ser utilitario, escenario que es más propenso cuando se dogmatiza. Sin embargo, ya hemos señalado que la constitución no solo debe responder a principios superlativos del constitucionalismo, sino también ser muestra identitaria del Estado en que va a regir, lo que le significa tomar postura frente a las necesidades de su población.

Remontándonos a los albores del constitucionalismo moderno, encontramos definiciones producto de una ideología imperante en aquel momento histórico. En Francia, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, adoptada bajo ideas liberales, define esta norma con base en sus elementos: garantía de derechos y separación de poderes. Juan Alberto Carbajal recuerda que, del lado estadounidense, Thomas Jefferson, influenciado por su teoría política de la libertad del hombre, concebía la constitución como una ley de gobierno derivada de la autoridad del pueblo y su consentimiento.[74] Ambas revoluciones cabalgaron sobre la misma montura de combate: la necesidad de un texto constitucional para

---

[72] Y es que no se podía esperar menos de un mandatario que en la toma de juramento y posesión en el entonces Congreso Nacional presidido por Jorge Cevallos, no se atrevió a jurar el respeto de la Constitución, las leyes y las instituciones políticas del país. Su juramento fue hacia el mandato popular.

[73] El respaldo popular de una iniciativa, dicho sea de paso, no puede ser el único parámetro para justificarla. Parafraseando una popular frase, a nombre del pueblo también se han cometido las mayores atrocidades. Ernst Böckenförde, al momento de establecer los rasgos diferenciales entre democracia y Estado de derecho, deja claro que la primera solo responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder que ejerce dominio estatal y no a su contenido como sí ocurre con el segundo. De ahí que la sola idea de acudir al soberano como el portador de la última palabra y, por ende, el sustento de toda pretensión política, resulta insuficiente. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano (Madrid: Trotta, 2000), 119.

[74] Carbajal, *Tratado de derecho...*,57.

una nueva organización, aunque con distintos rumbos: en Estados Unidos, adecuar la Constitución federal a las exigencias del Gobierno y el mantenimiento de la unión, y, en Francia, demoler todo el conjunto de relaciones políticas y sociales del antiguo régimen.[75]

Ambos procesos de fines del siglo XVIII significaron el nacimiento de la constitución como norma jurídica fundamental,[76] sobre la base de un constitucionalismo liberal. Por supuesto que con esta afirmación no se pretende desconocer los cimientos milenarios de este movimiento, sobre todo si recordamos que las sociedades anteriores al Estado utilizaban reglas elementales para establecer y hacer cumplir sus sistemas legales o políticos.[77] Lo que se pretende es reconocer que su configuración actual se dio a partir de lo ocurrido en ambos lados del Atlántico, lo que significó que las dos constituciones ostenten un grado ideológico significativo.

Más adelante en el tiempo, la propia evolución del constitucionalismo[78] permitió que lo ideológico se articulara con lo valorativo, especialmente con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que concibe a la constitución como un orden concreto de valores.[79] De este modo, tanto los valores como la ideología son inherentes a un texto de esta naturaleza, porque su propia evolución así lo dicta, y porque la superveniencia de su significado extrajurídico hace necesaria que ella refleje una identidad colectiva sobre la base de parámetros de acción para el poder. Lejos está este razonamiento de validar la reducción del texto a proclamas partidistas disfrazadas de normatividad, pues el hecho de que se la califique como el más político de los textos jurídicos, no implica que sea solo un texto jurídico para políticos.

3.2.1. Aquende la parte dogmática de la Constitución

Partimos entonces aparejando dos conceptos claves para el entendimiento de este apartado: valores e ideologías. Ambos, en mayor o menor medida, forman parte del contenido constitucional. Los valores, decía Habermas, hay que entenderlos como

---

[75] Maurizio Fioravanti, *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira (Madrid: Trotta, 2011), 111.

[76] Mario de la Cueva, *Teoría de la constitución*, 2.ª ed. (Ciudad de México: Porrúa, 2014), 5.

[77] Wim Voermans, The Story of Constitutions: Discovering the We in Us (Cambridge: Cambridge University Press, 2023), 45.

[78] Sus siguientes versiones también han de ser consideradas, por ejemplo, el constitucionalismo social cuyo emblema es el texto mexicano de 1917 y el de la República de Weimar en 1919. Podemos añadir el texto ecuatoriano de 1929, que inaugura este periodo en el país. También el denominado neoconstitucionalismo, que toma protagonismo con los textos de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

[79] Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6.ª ed., trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 2010), 327.

preferencias intersubjetivamente compartidas.[80] La ideología, según Mannheim, expresa una forma situada de pensar.[81] Así, disgregados desde el preámbulo hasta su último artículo y en la práctica, su razón de ser excede, aunque no excluye, cualquier positivización. Además, los dos conceptos convergen en una idea de generalización. Revisemos entonces cuán evidentes resultan en la Constitución ecuatoriana de 2008.

En el preámbulo del texto descansan la identidad y las aspiraciones de un pueblo, cuya redacción encargada a los constituyentes debe sintetizarse en máximas de representación. Por tal motivo, se compone de fundamentos rectores para la actuación venidera del poder, sin tan siquiera aparentar una redacción de norma propiamente jurídica,[82] como un ejercicio de remembranza mediata e inmediata de consignas histórico-sociales. En el caso ecuatoriano, se destacan valores como la unidad, nuestras raíces asentadas en la pluralidad, laicidad, cultura, democracia, integración, paz, soberanía, entre otros. Todos ellos, además, se diseminan por el articulado de la Constitución, desarrollando así su contenido como lo ha confirmado la Corte Constitucional.[83]

Ahora bien, hay que destacar que muchas de estas consignas y sus alcances son producto de un pensar nuevo que se reconoce a partir de 2007 en Ecuador, aunque también están aquellas que ya forman parte de nuestra historia constitucional. Aun así, todas forman parte del conjunto de ideas compartidas que representan al pueblo ecuatoriano, las que no pueden ser juzgadas sobre su corrección o incorrección, sino justamente sobre su grado de representatividad. El de Montecristi es el preámbulo más extenso de nuestra historia y también el más lírico.[84] En él se entretejen valores

---

[80] Habermas, *Facticidad y validez...*, 328. Además, al momento de diferenciar principios y valores, Habermas explica a los primeros por su sentido deontológico y a los segundos por su sentido teleológico.

[81] Karl Mannheim, *Ideología y utopía* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1941), 57.

[82] Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 10.ª ed. (Madrid: Trotta, 2016), 56. El autor resume las normas jurídicas por su composición: antecedente y consecuente.

[83] Corte Constitucional del Ecuador, dictamen 2-10-RC/22, 20 de abril de 2022, párrafo 32.

[84] "Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la pacha mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro. Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente Constitución de la República del Ecuador".

y declamaciones que nos han caracterizado como país o han pasado a formar de él en el último tiempo,[85] y postulados que insinúan un horizonte común.

El prefacio de la Constitución se divide en dos apartados: el primero de ellos es el encargado de evocar rasgos nacionales y el segundo define las pretensiones de la nueva organización estatal. Tenemos, por ejemplo, el reconocimiento de un pueblo soberano (art. 1 segundo inciso, art. 3 núm. 2, art. 96, art. 147 núm. 17, art. 158 segundo inciso, entre otros),[86] el principio de igualdad (art. 11 núm. 2, art. 16 núm. 3, art. 17 núm. 1, arts. 23 y 26, art. 47 núm. 5, art. 61 núm. 7, art. 66 núm. 4, arts. 70 y 76 núm. 7, lit. c, art. 83 núm. 10, arts. 156 y 324, entre otros), la diversidad religiosa (art. 3 núm. 4, art. 11 núm. 2 y art. 66 núm. 8), la dignidad humana (art. 11 núm. 7, art. 33 y art. 84) solidaridad entre Estados (art. 276 núm. 5 y art. 423) y el principio democrático (art. 1, arts. 61 al 65 y arts. 95 al 117), que no son una innovación del texto de 2008.[87]

Por su parte, el sitial en el que se ubica a la naturaleza y la plurinacionalidad sí distinguen al texto de Montecristi de sus antecesores. Así, la naturaleza es entendida más allá de simples porciones territoriales del Estado, es considerada ahora como sujeto de derechos (art. 10). Por lo tanto, el deber de protección se basa en que el medio ambiente no es un objeto de uso indiscriminado del ser humano, sino un complemento para su realización. En lo que respecta a la plurinacionalidad, desde 1998 los derechos colectivos se han convertido en parte del constitucionalismo ecuatoriano. Sin embargo, la innovación de 2008 está dada no solo por el aumento de estos, sino por su enriquecimiento.[88] La plurinacionalidad pasa a ser entendida como algo más que el mero reconocimiento de pueblos y nacionalidades indígenas, pues alcanza a su inclusión en las políticas de desarrollo del Estado y al respeto de sus valores ancestrales (art. 57, nums. 10, 15 y 20; arts. 171, 358, 360, 362 y 363).

---

[85] A lo largo de la historia constitucional ecuatoriana, los preámbulos han mantenido elementos tradicionales, como la invocación a Dios y la apelación a la voluntad popular como fuente de legitimidad. Sin embargo, su evolución refleja un tránsito de lo religioso a lo social, y de la representación a la soberanía directa del pueblo. Desde los fines de organización del Gobierno (1830-1852) hasta la consagración del buen vivir y la armonía con la naturaleza (2008), se observa un desplazamiento desde valores como la libertad y la independencia hacia otros de justicia social, diversidad, plurinacionalidad y dignidad humana.

[86] Se añade el hecho de que la norma también adjetiviza el término para referirse a soberanía alimentaria (art. 13, 281 y 282), energética (art. 15, art. 304, núm. 4) o económica (art. 2823). De igual forma, lo dogmatiza al prohibir las bases militares extranjeras (art. 5) y la extradición de nacionales (art. 79).

[87] Si bien nuestros preámbulos anteriores se limitaban a invocar la protección divina y aseverar la representación del pueblo en los constituyentes, estos valores ya forman parte de nuestra vida republicana. Claro que no siempre se los ha desarrollado en los mismos términos, lo que, no obstante, es propio de la evolución de la sociedad.

[88] Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 30.

Una vez revisados los rasgos del preámbulo[89] y su diseminación, debemos sumar caracteres que también sobresalen en la norma, ahora en su contenido propiamente dogmático. La Constitución de 2008 sigue una tradición del Ecuador de ir ampliando su catálogo de derechos y garantías. Que a nivel continental sea la que más prevé no es casualidad, pues las fortalezas de este apartado corresponden a nuestras tradiciones, debido a que siempre que se ha reconocido un derecho, se lo ha mantenido en el tiempo.[90] Esto nos lleva a presumir que los avances en la materia no pueden ser atribuidos a una influencia exterior ni tampoco político-coyuntural, pues Ecuador mantiene como parte de sus valores e ideologías la tendencia a proteger a los ciudadanos del poder de turno, cada vez en mayor medida.

Hoy en día, si fijamos la mirada en la vieja categorización de derechos de primer, segundo y tercer orden, todos están representados por un amplio desarrollo en nuestro articulado. Además, nuestro sistema constitucional no se limita a un reconocimiento, sino también a determinar garantías para que estos se cumplan y desarrollen y, en caso de ser vulnerados, se reparen. Si a esto le sumamos que el contenido se encuentra a tono con modernos estándares internacionales de protección, es indudable que nuestra Constitución dogmática trasciende la fracción política del momento y refleja un acuerdo proyectivo y común de la sociedad. Sin embargo, hay que mencionar que la pluma de los constituyentes no atinó a volver esencial el contenido de este apartado.

El garantismo que encontramos en la redacción del texto se deforma en simple retórica por vicios como el detallismo, las contradicciones y redundancias. Sobre el primero, el numeral octavo del artículo 11 dispone que el contenido de los derechos sea desarrollado de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas.[91] Este apartado debería constituir el punto de cierre[92] de los derechos reconocidos por el constituyente, por su carácter proyectivo e impositivo para los distintos obligados. Sin embargo, la Constitución desobedece la naturaleza de este

---

[89] Una curiosidad que no se suele destacar es la mención del libertador Simón Bolívar, algo que hace también la Constitución de Venezuela. Tradicionalmente, no se les ha dado espacio a identidades particulares dentro de los preámbulos constitucionales, salvo la de Dios, por lo que llama la atención esta trivial similitud con la denominada revolución bolivariana. Misma curiosidad despierta la invocación al liberal Eloy Alfaro, parte del iconostasio del oficialismo en 2008. A esto podemos añadir casos como el de Cuba con José Martí y Fidel Castro, y Nicaragua con fray Antonio de Valdivieso o Rubén Darío, que exageran en las menciones de su procerato, ejemplos claros de un abuso ideológico en una norma fundamental.

[90] Ramiro Ávila, "Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano", en *Historia Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 289.

[91] Parte complementaria de este principio se halla en los artículos 84, 85, 425, 426, 427 y 436 numeral 6.

[92] Al igual que el numeral 7 del artículo 11 que recuerda que el hecho de que el texto y los instrumentos internacionales reconozcan derechos y garantías, no excluye a aquellos que deriven de la dignidad y sean necesarios para el pleno desenvolvimiento de las personas, las comunidades, los pueblos y las nacionalidades.

artículo, al abarcar regulaciones impropias para la parte dogmática.[93] Por otro lado, las contradicciones atentan contra la coherencia que se espera del texto y su condición de marco hermenéutico, lo que afecta el ejercicio de los derechos reconocidos.[94] Por último, y aunque con un efecto dañino en menor grado, las redundancias[95] afectan no solo el rasgo fundamental del texto, sino también su fisonomía frente a los

[93] Por ejemplo, si tomamos en cuenta el segundo capítulo de la Constitución sobre los derechos del buen vivir, encontramos un tratamiento poco uniforme: algunos, como el derecho al agua –único con rango de fundamental en toda la norma–, los alimentos o al ambiente sano, están acompañados de descripciones conceptuales sobre su naturaleza, accesibilidad o función pública, estableciendo parámetros claros sobre su sentido y alcance, como corresponde a una norma de esta jerarquía. Sin embargo, en otros casos, el texto avanza impropiamente hacia competencias legislativas, introduciendo detalles excesivos que comprometen su sobriedad técnica. El derecho a los alimentos incluye además una preferencia de origen y destino; el ambiente sano, pese a estar conceptualizado previamente en el artículo 14, es reafirmado por el artículo 15 que enumera conductas prohibidas; los derechos de comunicación, información y educación son acompañados de condiciones específicas para su ejercicio; y, en materia de salud, trabajo y seguridad social, se omiten definiciones claras en favor de principios y vínculos entre artículos, lo que evidencia un desequilibrio entre contenido conceptual y regulación normativa dentro del texto constitucional. Habrá que señalar que las definiciones también son perjudiciales, por ser limitativas en muchos de los casos del avance de la sociedad, como ocurre con el artículo 67 que limita el matrimonio a parejas del mismo sexo, literalidad que tuvo que ser mutada por la Corte Constitucional. Un último caso que podemos señalar son los artículos 58 y 59, que dedican un espacio al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos afroamericano y montubio, pese a que el artículo 10 ya lo hace para todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos.

[94] Entre los ejemplos de contradicciones se destaca el numeral 17 del artículo 66, que prohíbe de manera absoluta los trabajos gratuitos o forzosos, pero a la vez permite que el legislador establezca excepciones a dicha prohibición. Los artículos 98 y 99, sobre el derecho a la resistencia, y los artículos 88 y 89, sobre la acción de protección y las medidas cautelares, reconocen simultáneamente mecanismos de acción ciudadana frente a la vulneración o amenaza de derechos, lo que da la impresión de una cierta disfunción institucional. Asimismo, los artículos 108 y 109 (último inciso) resultan contradictorios con el artículo 112: mientras los primeros definen a las organizaciones que se mencionan considerando su importancia, requisitos y fundamentos filosóficos o ideológicos, el último permite la presentación de candidaturas por personas ajenas a su seno.

[95] Los casos de redundancia se observan en varios artículos de la Constitución. Por ejemplo, el artículo 22 y el numeral 2 del artículo 66 protegen la misma esfera de derechos: deporte, cultura física, ocio y tiempo libre, aunque con formulaciones diferentes que no aportan mayor claridad ni desarrollo. De manera similar, los artículos 23 y 31 reconocen el derecho al acceso y disfrute del espacio público; pese a que el artículo 31 amplía el enfoque, su coexistencia evidencia cierto desorden en la redacción. También ocurre con el artículo 20 y el numeral 12 del artículo 66, que protegen la autonomía de conciencia, sin que las diferencias de alcance justifiquen la separación en dos artículos. Más problemáticas son las redundancias entre los artículos 35 y 36, que reiteran la atención prioritaria para adultos mayores, así como entre el segundo inciso del artículo 42 y el 35, en relación con personas en situación de movilidad humana. De igual manera, el artículo 66 vuelve a enunciar derechos ya tratados en el capítulo tercero –como salud, alimentación, agua, vivienda, educación y trabajo– sin añadir contenido relevante. Finalmente, los artículos 26 y 69, numeral 1, repiten la responsabilidad de los padres sobre la educación de sus hijos, consolidando un patrón de duplicación normativa a lo largo

ciudadanos. El desorden que causa este último vicio, sumado a los dos anteriores, es una muestra clara de la poca seriedad y compromiso con que fue tomado el proceso constituyente de 2007. Esto nos permite afirmar que la voz detrás del amplio catálogo de derechos es, en realidad, un grito tan estridente como artificioso.

Para concluir esta sección, debemos señalar que las fortalezas del apartado dogmático solo tendrán eficacia en la media en que sean indisponibles y de obligatorio respeto y desarrollo por parte de la estructura institucional del Estado. Sus defectos, por otro lado, distorsionan la imagen de una constitución como un texto fundamental y genésico,[96] y también su coherencia como parámetro de interpretación. Pese a ello, son desatenciones que se pueden corregir afinando la técnica de redacción a través del poder de reforma, sin que esto signifique una limitación al contenido esencial de los derechos y las garantías, que no está dado por cuán barroco sea su lenguaje, sino por su claridad y búsqueda de eficacia. Ahora bien, no podemos concluir el análisis sin evaluar la homogeneidad que el contenido estudiado presenta con la parte orgánica.

Una constitución no puede reducirse a un orden valorativo ni limitarse a predicar fines sin su correlativa organización jurídica y política que los haga efectivamente realizables. Como advierte Habermas, desconocer este vínculo equivale a negar el sentido jurídico de la norma, pues los derechos fundamentales deben encaminarse a ser normas de obligatorio cumplimiento y no solo bienes apetecibles.[97] Veremos a continuación si los rasgos aprioristas señalados en un inicio guardan sintonía con la parte orgánica o si, por el contrario, el texto de 2008 se ha llenado de artículos que apenas respiran su propia retórica.

3.2.2. Allende la parte orgánica de la Constitución

En párrafos anteriores se trajo a colación el contexto personalista en que la norma fue concebida y aprobada. Esto se ve mayormente reflejado en la parte orgánica, ya que los pocos espacios de diversidad de pensamiento que hubo en 2007 estuvieron reservados a la parte anteriormente estudiada. Adentrándonos en las instituciones, notaremos cómo se deforman muchos valores que líricamente la propia norma reconoce. Recordemos que, en Montecristi, se aprobaron 444 artículos llamados

---

del texto. Por supuesto que estos casos no son puestos en consideración como algo negativo desde la finalidad: proteger derechos, sino más bien desde la técnica constituyente.

[96] Lo originario de una constitución también está dado por ser el umbral de los procesos de legislación ordinaria, por lo que el constituyente originario debe respetar el ejercicio de los poderes constituidos. Podemos explicar esto con la siguiente metáfora: si llenamos un vaso de agua hasta el borde, cualquier gota adicional lo desborda. Con la constitución no debería suceder lo mismo. Esta debe concebirse con un margen vivo de interpretación, de modo que su sentido pueda fluir, expandirse y articularse naturalmente en el desarrollo de la legislación ordinaria o la jurisprudencia.

[97] Habermas, *Facticidad y validez...*, 329.

a ordenar nuestra vida institucional. Pero ante tal volumen, es inevitable pensar que de fundamentales solo conservaron el nombre. La extensión final habla de un papelorio en el que se buscó blindar materias impropias para una norma suprema, pero necesarias para lograr la adhesión de simpatizantes.[98] He ahí la razón de ser de su amplio catálogo de derechos.

Lo primero que habrá que poner sobre la palestra es la cercanía que se acusa del texto con los postulados del socialismo del siglo XXI. Esta reinterpretación dogmática llegó a países como Bolivia, Nicaragua y Ecuador, proveniente de la revolución bolivariana de Venezuela.[99] Más allá de su sustento, la vigencia que buscaron sus promotores se condicionaba a la pretenciosa idea de refundar el Estado. Para ello, una constituyente es la mejor vía y un caudillo su mejor artífice. Además, la norma ecuatoriana forma parte del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano, corriente en la que se incluye al texto colombiano y de la que se excluye al sistema constitucional nicaragüense. Piedra angular de esta corriente es el realce que se da a los procesos constituyentes, por su composición popular y revolucionaria.[100]

Pues bien, la organización del poder que nos dio Montecristi no estuvo exenta de estas influencias teórico-dogmáticas. La breve introducción realizada nos conduce ahora a centrar la atención en la estructuración del poder político de conformidad con el texto vigente, para rastrear aquello que anima el contrapunto orgánico de la Constitución de 2008. Para la consecución de este fin, apuntaremos a una lectura entre líneas de las principales instituciones del Estado, aunque sin descuidar el aparataje burocrático que también se halla en los artículos que se revisarán. Antes de continuar con el ejercicio propuesto, primero hay que recordar que en Ecuador los valores que nos caracterizan en lo organizacional son: republicanismo, democracia, poderes separados, unitarismo, independencia, alternancia, presidencialismo, soberanía y responsabilidad. Todos ellos se han mantenido, de forma intermitente e inestable,[101] a lo largo de la historia ecuatoriana.

---

[98] La extensión del texto ha sido enaltecida como un rasgo de rebeldía en las normas del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano pues, conscientemente según dicen, los constituyentes buscaron que la Constitución diera respuestas a varias necesidades sociales. Martínez, *Nuevo constitucionalismo...,* 75. Creemos que, con sus 444 artículos, la Constitución de 2008 quiso garantizar que ciertos aspectos de la vida nacional estuvieran disponibles para un poder de turno, mayorías coyunturales o minorías ciudadanas.

[99] Hernán Salgado Pesantes, *El sistema presidencial en América Latina. Del caudillismo autocrático al hiper-presidencialismo constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 86.

[100] Martínez, *Nuevo constitucionalismo...,* 71.

[101] Por ejemplo, la democracia no ha sido siempre la misma. Tuvimos que esperar hasta 1978 para que culminara el proceso de ampliación del derecho al sufragio, con la posibilidad de que las personas analfabetas lo puedieran ejercer. Por otro lado, en la revisión histórica se pusieron en consideración las alteraciones al sistema presidencial, tanto en sus excesos como en sus atenuaciones. Lo propio ocurre con la independencia y el unitarismo que, como se vio, estuvieron relativizados en las constituciones de 1830 y 1861.

Una lectura de estos valores y su constancia en nuestro constitucionalismo, nos permite evidenciar que como sociedad propendemos a defenderlos, a pesar de sus desatenciones. Este legado, heredado de nuestros antecesores, refleja una tradición nacional que merece ser respetada y promovida para lograr su plena concreción. Así, el texto de 2008 reconoce todos estos valores, en un aparente cuidado por las formas. Ecuador es una república en la que sus principales autoridades políticas gozan de legitimidad tanto directa como indirecta por parte del pueblo. El Estado es soberano y se organiza bajo un sistema unitario y descentralizado, con separación de cinco funciones que apelan a la independencia de cada rama del gobierno y la alternancia en el ejercicio del poder. El presidencialismo concentra la autoridad ejecutiva en un presidente elegido por sufragio universal, con un contrapeso natural en el Legislativo, mientras que la responsabilidad de los gobernantes es el principio rector que orienta la acción pública y la rendición de cuentas ante la ciudadanía. Sin embargo, a estos valores explícitos los rodea un halo compuesto por vicios que nos hacen dudar de su autenticidad y que convergen en modernas alteraciones del organigrama a favor del primer mandatario.

Autores como Hernán Salgado han identificado en la norma un presidencialismo hercúleo, declarando que la gama de derechos fue concebida como un distractor.[102] El nombre de su obra nos indica su postura respecto a la existencia de un hiperpresidencialismo, cuestión secundada por otros autores.[103] Al respecto hemos de reconocer que el presidente ecuatoriano acumula facultades que son propias de esta magistratura; pero también aquellas que parecerían darle mayor predominancia de la que requiere, aquí un resumen de ellas: i) atribuciones legislativas que van desde la iniciativa hasta la facultad de veto, pasando por la declaración de urgencia de proyectos y la emisión de decretos urgentes económicos cuando se haya disuelto al Legislativo,[104] ii) emisión de reglamentos de organización y de ejecución, iii) facultad directa de nominación e indirecta con la proposición de ternas, iv) disolución del legislativo, v) declaración de estados de excepción, vi) incidencia en materia judicial

[102] Salgado, *El sistema presidencial...*, 86.

[103] José Francisco Chalco Salgado, "Hiperpresidencialismo y principio democrático en Ecuador" (Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019). Richard Ortiz Ortiz, "Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario", *Estudios Constitucionales* 16, n.° 2 (2018): 527-566, https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200527; Flavia Freidenberg y Simón Pachano, *El sistema político ecuatoriano* (Quito: Flacso Ecuador, 2016); Pablo Valdivieso y Luis Rivera, "Presidencialismo fuerte en Ecuador (1979/1998/2008)", en *Derecho constitucional e instituciones políticas. Derechos humanos y justicia constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), entre otros.

[104] Es de enmarcar que el Ejecutivo posee iniciativa privativa en materia impositiva, y sobre su facultad de veto hay que decir que desde 2024 esta se pretendió atenuar al disminuir el número de legisladores que se requiere para insistir en el texto original ante el veto parcial del presidente.

a través de indultos y conmutaciones de penas, vii) convocatoria a consulta popular y viii) participación en procesos de reforma constitucional.[105]

El resumen hecho de las facultades más relevantes nos muestra la consolidación de un rol de dirección política y administrativa del Estado. A esto debemos añadirle su presencia en el ejercicio del poder con la posibilidad de su reelección.[106] Roberto Gargarella ve como consecuencia del reforzamiento de la imagen presidencial, la facilitación de los procesos para su reelección, lo que es efecto de la expansión del listado de derechos en la última oleada del nuevo constitucionalismo latinoamericano.[107] De esta manera, vemos cómo el primer mandatario trepa un peldaño más de lo acostumbrado en su rol de encabezar la arquitectura constitucional.

Las distorsiones a las que hice referencia tienen que ver con la forma en que la Asamblea Nacional es desposeída de su rol nominador y mermada en el fiscalizador[108] respecto del primer mandatario, con la creación de un quinto poder ciudadano en lo primero (sección segunda del capítulo quinto), y por su debilitamiento de los mecanismos de solución de tensiones entre poderes (art. 148) en lo segundo. Aquí ya no solo vemos una alteración del presidencialismo, sino también de la separación de poderes, en desmedro del legislador. A esto debemos sumarle la existencia de una ajena introducción de órganos y facultades institucionales, principalmente por el Consejo de Participación Ciudadana (art. 207)[109] y el Consejo de la Judicatura (art. 179). La designación de autoridades es un campo que puede invadir el Ejecutivo cuando ostenta mayoría en el CPCCS, órgano cuya subsistencia está condicionada por ser botín político.[110] Lo propio ocurre con el encargo hecho al segundo consejo para la designación y disciplina del poder judicial (art. 181), por lo que las

---

[105] Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 147.

[106] Su reelección ha variado según la Constitución: en 2008 podía ser por una sola vez, en 2015 indefinida y en 2018 nuevamente por una sola vez. El tramo a partir de 2015 puso en riesgo la alternancia que nos caracterizó siempre.

[107] Roberto Gargarella, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 117, https://doi.org/10.26851/rucp.27.5

[108] La experiencia del año 2023, en la que el presidente Guillermo Lasso disolvió la Asamblea Nacional cuando se estaba tratando un juicio político en su contra demostró que, en la práctica, el Legislativo no puede ejercer sus controles naturales sobre el Ejecutivo. Una interpretación integral del texto evidenciaba que este escenario no podía ocurrir sin afectar la separación de funciones, por lo que se evidencia nuevamente que los valores se degradan a simple retórica por la redacción y aplicación del texto constitucional. Ver José Aguirre Vega, "Los mecanismos de control político y fiscalización ejercidos por la Función Legislativa dentro del sistema constitucional ecuatoriano" (tesis de grado para optar por el título de Abogado, Universidad Central del Ecuador, 2023), 80-81. https://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/32379

[109] Este órgano ha sido objeto de varios intentos de eliminarlo o retirarle su facultad de nominación.

[110] Pese a que en 2019 los miembros de Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) pasaron a ser electos popularmente, sus cinco vocales mantienen una vinculación política con el poder partidista. Ejemplo de ello fue la destitución de algunos de sus miembros por el Tribunal Contencioso Electoral en la Sentencia 123-2024-TCE.

interferencias que pueda sufrir afectan la independencia de funciones. Esto, sobre todo, por la anómala presencia que tiene un órgano de carácter administrativo en el ejercicio jurisdiccional.

Este breve repaso demuestra que la maqueta sobre la que actúa el nuevo orden se asienta en una estructura que exacerba la imagen presidencial, acompañada de un debilitamiento del órgano legislativo[111] y una permeabilidad de las instituciones primarias. La consecuente relativización de los valores mencionados al comienzo aleja la redacción actual de las tradiciones constitucionales ecuatorianas. Esto no significa, por supuesto, que el país desconozca constituciones que otorguen primacía al primer mandatario, o se muestren accesibles al poder de turno y que los efectos de ello impliquen la misma relativización. No obstante, el contexto actual resulta más riesgoso porque se desarrolla en el periodo de mayor estabilidad y avances democráticos que el país haya experimentado. En tal escenario, la sola presencia de una figura que destaque sobre sus contendores políticos, por su capital simbólico, carisma y aceptación popular,[112] es suficiente para que los valores reconocidos en la norma se reduzcan a meras enunciaciones idealistas. Por lo tanto, aunque cada presidente elegido democráticamente accede al poder bajo una estructura hiperpresidencialista, no todos logran dominar el alcance que esta les confiere.

Continuando con el análisis de la parte orgánica, es necesario referirnos a la dimensión económica de la norma. La Constitución vigente consagra un modelo en el cual el Estado tiene una presencia dominante en la economía y en la conducción de lo público,[113] relegando la iniciativa privada a un plano secundario y poco definido (art. 316). Este diseño busca apuntalar el régimen del buen vivir y favorecer el despliegue de las capacidades humanas.[114] Sin embargo, la problemática surge cuando se advierte que el marco constitucional orienta de manera unidireccional la consecución de tales fines, sobre la base exclusiva de un modelo económico centrado en los ingresos y las habilidades estatales. En contextos en los que se agota la bonanza fiscal y lo estatal no alcanza a cubrir las promesas constitucionales, este esquema revela sus limitaciones estructurales, especialmente en un país con fragilidades económicas como el nuestro. Ello complejiza la materialización del catálogo social

---

[111] Valdivieso y Rivera, "Presidencialismo fuerte en Ecuador (1979/1998/2008)", 145.

[112] El ordenamiento jurídico ecuatoriano propende a que estas figuras aparezcan, por la regulación vigente de los partidos y movimientos políticos. Los primeros deben contar con afiliados equivalentes al 1,5% del registro electoral para su inscripción. Estos adquieren obligaciones y derechos, como aceptar los principios ideológicos y participar activamente en la vida interna del partido. En contraste, los movimientos se inscriben con adherentes y adherentes permanentes, siendo estos últimos similares a los afiliados de los partidos. No obstante, los adherentes comunes no tienen obligaciones, ni deben conocer o aceptar los principios del movimiento, y no se requiere registro continuo de ellos. Los adherentes no son indispensables para el funcionamiento del movimiento y pueden incluso desaparecer sin afectar su inscripción.

[113] Enrique Ayala Mora, "Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador", en *Historia Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 66.

[114] Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 307.

de derechos previsto por el constituyente, lo que evidencia la tensión entre diseño normativo y viabilidad material.

La unidireccionalidad observada en materia económica parece derivar de ciertos dogmatismos presentes en la parte orgánica de la Constitución. Asimismo, se suma un marcado recelo frente a temas vinculados con la soberanía, como la prohibición de bases militares extranjeras o la exclusión del arbitraje internacional en determinadas materias, junto con una regulación impropia en materias como la laboral.[115] Esta intervención del constituyente en la esfera del legislador ordinario dificulta la adecuación de la norma a la realidad. Cabe recordar que la norma fundamental no puede pretender abarcar todas las materias ni convertirse en un código de códigos. Más bien, se espera que ella enmarque el actuar normativo que le subsigue, dejando que la cambiante realidad dicte las reformas necesarias en cuestiones de diseño legislativo.

Un último aspecto por tocar es el correspondiente al sistema de garantías jurisdiccionales. A partir de 2008, contamos con ocho mecanismos de reparación de vulneraciones de derechos.[116] Si bien cada una posee un marco de regulación, también comparten reglas comunes. La clasificación temática hecha por el constituyente no es, de suyo, negativa. Sí lo son, en cambio, las reglas de procedimiento.[117] La competencia la tienen todos los jueces de primera instancia, lo que ha llevado a la desnaturalización de las garantías por el desconocimiento, o algo más, de los juzgadores.[118] El procedimiento, se dice, es sencillo, rápido y eficaz, cuestión que no se cumple al revisar los fallos de cierre en la Corte Constitucional.[119] Podrán ser

---

[115] La prohibición de una modalidad contractual, el trabajo por horas (art. 327), es un ejemplo de ello. También hay que señalar que, en el ámbito territorial, el constituyente reconoció la posibilidad de formar regiones autónomas (art. 244), algo que no ha ocurrido en la práctica por lo ajeno de esta organización.

[116] Medidas cautelares (art. 87), acción de protección (art. 88), hábeas corpus (art. 89), acceso a la información pública (art. 91), hábeas data (art. 92), acción por incumplimiento (art. 93), acción de incumplimiento (Sentencia 001-10-PJO-CC) y acción extraordinaria de protección (art. 94).

[117] Consideramos impropio para una constitución la presencia de artículos procesales, como ocurre con el artículo 86 que prevé postulados que luego al legislador no le queda más remedio que repetir.

[118] Se pueden revisar las sentencias 2231-22-JP/23, 2701-21-EP/23, 180-22-EP/24, 118-22-JC/23, etc.

[119] Se debe señalar que el sistema de garantías tiene una primera y una segunda instancia en la justicia ordinaria, y luego puede llegar a conocimiento de la Corte Constitucional vía acción extraordinaria o por selección y revisión. Esto significa una dilatación judicial para procesos que deberían ser ágiles, lo que evidencia un problema de configuración. Además, de conformidad con los informes de rendición de cuentas emitidos por la magistratura, en 2024 se resolvieron 287 causas que corresponden al incumplimiento de sentencias de garantías jurisdiccionales. En 2023 fueron 240, 90 en 2002, 139 en 2021 y 63 en 2020. En todos los informes se verifica que es la segunda acción con más decisiones emitidas, lo que muestra que el sistema de garantías, en su fase de cumplimiento, también presenta serios inconvenientes.

propuestas de forma oral y sin patrocinio legal, pese a que el literal g del numeral séptimo del artículo 76 reconoce el derecho a ser asistido por un abogado o defensor público (art. 76, núm. 7, lit. g). Estas observaciones, entre otras, evidencian un descuido del constituyente respecto a los mecanismos de protección del amplio catálogo previsto. La extensión y regulación de las garantías evidencia así una impostura de la constitución como un texto verdaderamente protector de derechos.

4. La constitución en el tiempo

Cuatro presidentes atestiguaron los beneficios y perjuicios de la Constitución de 2008, pero no todos con el mismo tiempo de permanencia en el cargo. Rafael Correa Delgado gobernó hasta 2017, año en el que fue electo Lenin Moreno Garcés para conducir las riendas del país y el proyecto político correísta. Este desoyó las directrices de su antecesor y se separó de su tutelaje. Tras cumplir su mandato, llegó a la presidencia Guillermo Lasso Mendoza, quien no logró completar su cuatrienio tras disolver la Asamblea Nacional en 2023. Producto de las elecciones anticipadas, en 2024 llegó al palacio de Carondelet Daniel Noboa Azín, quien en 2025 contó con la confianza del electorado para su primer periodo completo de cuatro años.

Nos ha quedado claro que la Constitución de Montecristi oscila entre una frágil institucionalidad y un resistente catálogo de derechos. Sin embargo, en la primera década de su vigencia, estas características se intercambiaron. Bajo la presidencia del economista Correa Delgado, daba la apariencia de que se había redactado una norma que solidificaba la parte institucional y cuyo organigrama estaba bien construido. Las pugnas de poder se reducían a encontronazos verbales entre el Ejecutivo y el Legislativo, el control constitucional no desentonaba con las aspiraciones de turno, poco se hablaba del control electoral y las designaciones de funcionarios siempre eran favorables a los adherentes al partido oficialista.[120] No fuimos testigos de su fragilidad sino hasta el cambio de mando. Con este, se empezó a discutir sobre reformas a la composición legislativa y sus facultades, a observar las atribuciones desmedidas de la Corte Constitucional, a retomar la división tripartita de poderes, examinar el estatismo, entre otras.

Por el contrario, la ampliación de derechos y garantías estuvo condicionada a no perjudicar al poder de turno y sus intereses. El principal beneficiario del nuevo sistema de garantías era el propio Estado, las manifestaciones sociales eran reprimidas, los estados de excepción con restricciones a derechos proliferaban, la participación ciudadana no se ejercía a plenitud, se perseguía a la oposición y se coartaba la

---

Ambas cuestiones se agravan si consideramos la demora en el despacho de las causas de la Corte, por su rol de órgano de cierre de la justicia constitucional.

[120] Hurtado, *Dictaduras...*,199.

libertad de expresión, entre otras afrentas.[121] Todo el lirismo del catálogo de derechos que caracteriza a la norma de 2008 fue opacado por la imposición de un gobierno autoritario. Por el contrario, la desfiguración de las instituciones políticas mostraba un falso cariz por su andar acompasado con los intereses del poder.

Ahora bien, los últimos tres presidentes, en mayor o menor medida, pueden dar fe de que el andamiaje institucional de Montecristi no es favorable al ejercicio de un poder que no sea autoritario. Dejando de lado la capacidad de gobernar de cada uno de ellos, pues solo el pueblo ecuatoriano sabrá juzgarlos al respecto, las complicaciones en el ejercicio de sus funciones están dadas por no encajar en la silueta de un presidente autoritario. Esto nos lleva a cuestionar la afirmación de que en Ecuador existe un sistema hiperpresidencialista, pues consideramos que es una verdad a medias. El ejercicio del poder en el país le es favorable al Ejecutivo en la medida que se asiente sobre una amplia y sostenible popularidad que le permita evitar conflictos cotidianos con el Legislativo, y pueda permear el resto de las instituciones del Estado.

Lo primero no solo para su proyecto de gobernabilidad, sino para asentar la idea de que su actuar responde a las necesidades del pueblo por un doble reforzamiento de su legitimidad: la suya propia y la que le viene cedida por la Asamblea Nacional. Lo otro, el dominio institucional, es consecuencia también de la posibilidad de obtener el respaldo electoral de los miembros del nuevo ente nominador, el CPCCS.[122] Uno de los órganos llamados a contrapesar el poder es la Corte Constitucional, cuyo diseño también debe observarse por sus desmedidas facultades.[123] No obstante, solo a partir de 2019 empezó a ser cuestionado por el poder de turno[124] y por la ciudadanía, mientras que en el periodo anterior no generaba incomodidad para el gobierno. De esta forma, nos queda claro que la organización institucional debe ser cuestionada no solo desde la redacción del texto, sino de su aplicación en

---

[121] *Ibid*., 249.

[122] El CPCCS tiene la facultad para designar un total de 77 autoridades del Estado: 41 por disposición constitucional y 36 adicionales por ley. Estas incluyen las máximas autoridades de instituciones de control, como la Contraloría, la Fiscalía, la Defensoría y las superintendencias, así como los consejos nacionales de igualdad, representantes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y vocales electorales y judiciales. Las designaciones se realizan mediante concursos públicos de méritos y oposición, procesos públicos con veeduría e impugnación ciudadana, y nominaciones del Ejecutivo sujetas a control ciudadano. Según la ley que rige al organismo, el Pleno del Consejo organiza los procesos, dicta las normas y efectúa las designaciones.

[123] De la revisión del capítulo segundo del título IX de la Constitución, y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se desprenden las 31 facultades que tiene el organismo.

[124] El caso más reciente y grave fue protagonizado por Daniel Noboa, quien en agosto de 2025 emprendió la labor de enfrentar a la Corte con la ciudadanía; en relación con los problemas de seguridad, convocó a miles de personas a marchar pacíficamente hacia las instalaciones de la magistratura, mientras colocaban pancartas con las imágenes de los jueces constitucionales y letreros que contabilizaban las muertes desde que estos suspendieron provisionalmente los efectos de algunos artículos de leyes claves en materia de seguridad del gobierno.

el tiempo. Este último escenario es el que ha convocado a varios sectores a presentar reformas a la Constitución para corregir los excesos del constituyente. Sobre este asunto discutiremos a continuación.

4.1. Reformas constitucionales

Pese a que al momento de su publicidad y aprobación el texto de Montecristi era considerado una magna obra de ingeniería constitucional, sus propios hacedores la reformaron y moldearon aún más a su gusto. Las primeras reformas no pudieron esperar ni cuatro años de vigencia, y con ellas se buscaron modificaciones menores como el cambio de las características de la prisión preventiva o la prohibición de participación de entidades del sistema financiero como accionistas fuera de su ámbito. Pero también las hubo de gran envergadura como la reestructuración del órgano administrativo de la función judicial. Las reformas fueron aprobadas directamente por el pueblo, en una nueva muestra de fidelidad a la imagen del presidente.

A estas primeras alteraciones, pocas en cantidad mas no en significancia, se les sumaron luego quince enmiendas aprobadas por una Asamblea Nacional compuesta por casi un centenar de asambleístas adeptos al régimen. Entre ellas fue de especial relevancia el intento por incluir la reelección indefinida. La mayoría de estos últimos cambios fueron declarados inconstitucionales en 2018 por la Corte Constitucional,[125] lo que no obsta para la intención del entonces mandatario de seguir adecuando el texto a sus intereses.

La toma de distancia del entonces presidente Moreno Garcés vino de la mano de un proceso de descorreización y nuevas reformas constitucionales. Esta vez, cambios bien intencionados buscaron proscribir las ambiciones de su antecesor. Entre ellas destaca la inhabilidad perpetua para ejercer cargos públicos para aquellos condenados por corrupción, la reelección por una única vez para el mismo cargo y la modificación del origen del Consejo de Participación Ciudadana. Estas reformas sin duda modificaron algunos rasgos autoritarios del texto de Montecristi, aunque no lo eliminaron por completo.

Concluido el periodo del presidente Lenin Moreno, y por medio de elecciones libres, fue el turno del mandatario Lasso Mendoza, quien continuó con los procesos de reforma constitucional, con el fin de corregir los excesos del constituyente de 2008. Reformas para aprobar la extradición, fortalecer el sistema de partidos políticos, restarle facultades al CPCCS, entre otras, fueron parte de una consulta que finalmente no obtuvo la aprobación ciudadana. Pese a la negativa, nuevamente atestiguamos la búsqueda de corregir los errores del texto original.

---

[125] Corte Constitucional, Sentencia 018-18-SIN-CC, de 1 de agosto de 2018, p. 102. Hay que señalar que esta decisión fue adoptada mientras la magistratura era evaluada por el CPCCS transitorio, órgano de origen popular que buscaba "descorreizar" al país.

Por último, y a diferencia de su antecesor, el gobierno de Noboa Azín aprovechó su popularidad para obtener la aprobación de la ciudadanía en tres de cinco nuevas reformas constitucionales. Los nuevos cambios, incluso los no aprobados, tenían como finalidad corregir nuevamente el excesivo dogmatismo de la norma de Montecristi. Entre las preguntas aprobadas está la posibilidad de extraditar nacionales, el apoyo complementario de las fuerzas armadas en el orden interno, y cambios institucionales para la resolución de garantías jurisdiccionales. Sin embargo, en el mes de noviembre de 2025, el referéndum y la consulta popular obtuvieron un alto índice de rechazo. Incluso, la última de las preguntas hacía referencia al cambio total de texto, por lo que en las urnas parece legitimarse nuevamente el texto de 2008.

Las reformas que se han hecho al texto de Montecristi, ya sea por iniciativa presidencial o legislativa,[126] han apuntado a corregir o menguar los efectos previstos por el constituyente originario. No obstante, no es del todo preciso aseverar que estemos frente a una norma completamente distinta a su redacción original, pues el sustrato autoritario seguirá existiendo mientras no se equilibren las funciones del Estado y se hagan valer los principios y valores del constitucionalismo ecuatoriano.

Conclusiones

El camino recorrido en esta lectura entre líneas del texto de 2008 termina con las siguientes aseveraciones. Primero, de la breve reseña histórica constatamos que una de las consecuencias de la falta de identidad constitucional y, por tanto, de una cultura de respeto hacia la norma suprema, deviene del ejercicio desmedido del poder constituyente originario. De esto se desprenden, al menos, dos cuestiones. Una de ellas se relaciona con el trabajo de las convenciones o asambleas, que han sido excesivamente permeables al poder de turno, más que a las demandas sociales. Incluso, sus defectos se pueden evidenciar también por su rol atípico de entregar nacionalidades, imponer condenas y sanciones a exgobernantes, ordenar confiscaciones, revocar concesiones mineras, reformar leyes, etc. En síntesis, un ejercicio desproporcionado del poder. La otra tiene que ver con el valor relativo del texto por la prevalencia de los hechos políticos en el país, lo que se tradujo en constantes quiebres del orden jurídico.

La siguiente aseveración se relaciona con lo medibles que han sido las hipótesis planteadas al comienzo. La devaluación del texto proviene del discurso político que

[126] Recientemente, la Asamblea Nacional aprobó una enmienda a la Constitución con la intención de disminuir los efectos del denominado hiperpresidencialismo. La misma versa sobre la reducción del quórum para que la legislatura pueda insistir en su proyecto original, ante un veto presidencial, con mayoría simple. Lamentablemente, la reforma desvirtúa al poder de veto presidencial, pues estuvo enfocada a la cantidad de asambleístas, en lugar de eliminar la posibilidad del Ejecutivo de enviar un texto alternativo. Esto último es lo que realmente interfería en las labores de la Asamblea Nacional.

ataca el contenido por su cercanía con personajes específicos de la historia, y de todo credo o ideología. Esto no se produce de forma espontánea, pues resulta del proceso de asimilación entre la constitución y el gobernante, por las constantes interferencias al poder de redacción constitucional que se expusieron. Finalmente, los procesos constituyentes del país fueron relatados como una paradoja que demuestra la falta de valor político y jurídico de nuestras constituciones, pese a que solemnemente hayan estado vigentes diecinueve constituciones en 195 años de vida republicana.

Por otro lado, se insistió en que una constitución debe ser entendida como un texto destinado a regular las cuestiones elementales de y para un Estado. Esta afirmación no es menor: todo aquello que no responda al carácter propio del territorio en el que va a regir, o que carezca de sustento en la teoría constitucional moderna, no debería incorporarse en sus artículos. La razón de ser de la norma fundamental no puede reducirse únicamente a uno u otro aspecto sin que ello afecte su validez. Además, en su interior conviven un contenido textual y semántico con valores e ideologías; tal coexistencia solo es posible si lo primero logra normativizar lo segundo, y si estos constituyen el trasfondo de cada disposición constitucional. Cada sección incluida debe responder a algo más que a principios generalmente aceptados, y ese "algo más" no es sino la transformación de valores e ideologías en contenido dotado de validez jurídica. Después de todo, el valor, como diría Schmitt, no es si no vale.[127]

El sustrato de la Constitución ecuatoriana de 2008 debe ser entendido desde su concepción hasta su aplicación en el tiempo, pasando por su contenido. El constituyente de 2007 cometió excesos tradicionales, y otros no tanto, para dar forma a una ambición del proyecto partidista del momento. La impostura fue el resultado de este proceso, ya que algunos de los valores y las ideologías ocupan un lugar retórico en el texto. Ni siquiera la clásica separación del texto por su contenido evitó mostrar las falencias de la redacción constitucional. En la tan afamada parte dogmática encontramos un amplio reconocimiento de derechos y garantías que parece exceder las capacidades de la organización institucional prevista para su cumplimiento. En esta segunda parte encontramos un diseño específico para un tipo de gobernante, que concentra el poder en una sola voluntad política. Por ello, quienes no comparten los dogmatismos que inspiran el texto encuentran un instrumento poco funcional para gobernar. Vemos así que el producto final es un documento como signo lingüístico incompleto, pues su valor nominal se reduce a la imagen solemne que despierta, mientras que carece de un significado para la vida política y jurídica del Ecuador.

Así lo han entendido varios actores políticos a partir de 2017, que han buscado modificar o cambiar el texto. Cada una de estas propuestas, y las venideras, deben aprender de los errores cometidos no solo en Montecristi, sino en la historia constitucional ecuatoriana. Una constitución no puede convertirse en un plan de gobierno unidireccional, ni reducir la vida política, social y económica a unas pocas vertientes de pensamiento, pues su vigencia se condicionará a comulgar con

[127] Carl Schmitt, *La tiranía de los valores* (Granada: Comares, 2010), 11.

los postulados de sus hacedores. De esta manera, todo intento por objetivar su contenido es perjudicial para los intereses generales, independientemente de las inspiraciones partidistas de las que provenga. De ocurrir esto, seguiremos atestiguando que nuestra constitución vive representada por una asíntota respecto de la sociedad, en la cual la primera se acerca constantemente a la segunda, mas nunca conformarán una misma unidad.

Bibliografía

Doctrina

Arizaga Vega, Rafael. *Las constituyentes*. Quito: Fraga, 1998.

Aguirre Vega, José Eduardo. "El rol del poder ejecutivo en los procesos constituyentes latinoamericanos: la delgada línea entre la participación legítima y la injerencia indebida". *USFQ Law Review* 12, n.º 2 (2025): 164-192. doi:10.18272/ulr.v12i2.3935.

Ávila, Ramiro. "Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano". En *Historia Constitucional,* 245-288. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.

Ayala Mora, Enrique, ed. *José María Velasco Ibarra: una antología de sus textos.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Ayala Mora, Enrique. "Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador". En *Historia Constitucional*, 13-112. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.

Badeni, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed. Vol. 1. Buenos Aires: Fedye, 2006.

Bravo Ballivián, Salvador. *Elecciones en América Latina*. La Paz: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2020.

Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Traducido por Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

Borja y Borja, Ramiro. *Derecho constitucional.* Vol. 3. s. e., 1979.

Burdeau, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Santiago de Chile: Olejnik, 2022.

Caamaño, Francisco. "La constitución precautoria y sus implícitos". En *La constitución como forma de la democracia. Libro homenaje a Paloma Biglino*, 27-48. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024.

Carbajal, Juan Alberto. *Tratado de derecho constitucional*. Ciudad de México: Porrúa, 2002.

De la Cueva, Mario. *Teoría de la constitución*. 2.ª ed. Ciudad de México: Porrúa, 2014.

Fioravanti, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Traducido por Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011.

García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* 4.ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1999.

Gargarella, Roberto. "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'". *Revista Uruguaya de Ciencia Política* 27, n.º 1 (2018): 109-129. https://doi.org/10.26851/rucp.27.5

Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6.ª ed. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. 2.ª ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Hurtado, Osvaldo. *Dictaduras del siglo XXI*. Bogotá: Penguin, 2021.

Larrea Holguín, Juan. *Derecho constitucional ecuatoriano.* Vol. 1. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.

Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Santiago de Chile: Olejnik, 2018.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego. Madrid: Ariel, 2018.

Mannheim, Karl. *Ideología y utopía.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

Navas Alvear, Marco. "El valor de una Constitución en el marco del proceso político. Explorando las categorías de Constitución y proceso constituyente". En *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro.* Vol. 1, 1132-2260. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.

Norris, Robert E. *El gran ausente: biografía de Velasco Ibarra*. Edición actualizada. Quito: Paradiso Editores, 2018.

Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional*. 4.ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2002.

Pachano, Simón. "Sistema Electoral". En *Antología de la democracia ecuatoriana: 1979-2020*, 19-65. Quito: Instituto de la Democracia, 2020.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. 10.ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

Salazar, Oswaldo. "La reforma política y la Constitución de 1998". Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2010. http://hdl.handle.net/10469/3081

Salgado Pesantes, Hernán. *El sistema presidencial en América Latina. Del caudillismo autocrático al hiper-presidencialismo constitucional.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de derecho constitucional*. Quito: Cevallos, 2024.

Salvador Lara, Jorge. *Breve historia contemporánea del Ecuador.* Bogotá: Planeta, 2023.

Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducido por Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

Schmitt, Carl. *La tiranía de los valores*. Granada: Comares, 2010.

Tobar Donoso, Julio y Juan Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*. 4.ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1996.

Valdivieso, Pablo y Luis Rivera. "Presidencialismo fuerte en Ecuador (1979/1998/2008)". En *Derecho constitucional e instituciones políticas. Derechos humanos y justicia constitucional,* 139-158. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

Verdesoto Salgado, Luis. *Estudios de derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Departamento de Publicaciones, Facultad de Jurisprudencia UC, 1988.

Viciano, Roberto, Claudia Storini y Rubén Martínez Dalmau. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza.* Santiago de Chile: Olejnik, 2021.

Voermans, Wim. *The Story of Constitutions: Discovering the We in Us.* Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 161-184, ISSN 2346-0849

José Pablo Pacheco Samayoa* **(Guatemala)**

¿Reforma o sustitución? La tensión entre el poder de reforma constitucional y la sustitución encubierta del texto fundamental

RESUMEN

Este trabajo examina el conflicto entre el poder de reforma constitucional y los límites que impiden su utilización como mecanismo de sustitución encubierta del texto fundamental. En todos los marcos constitucionales se identifican niveles de rigidez normativa, sujetos con poder de reforma y mecanismos de control institucional que operan para preservar la identidad constitucional. A partir del análisis de límites expresos e implícitos, se destaca cómo la reforma constitucional puede derivar en ruptura institucional si se vulneran los principios fundantes, los derechos fundamentales o la estructura del Estado. Este estudio concluye que la reforma es necesaria, pero no debe confundirse con una refundación constitucional encubierta, que únicamente corresponde al poder constituyente originario.

Palabras clave: poder constituyente; reforma constitucional; derecho constitucional.

Reform or Substitution? The Tension between the Power of Constitutional Reform and the Covert Substitution of the Founding Document

ABSTRACT

This work examines the conflict between the power of constitutional reform and the limits to its use as a mechanism for the covert substitution of the founding document. All constitutional frameworks contain some degree of normative rigidity, actors with the power to reform, and mechanisms for institutional control that serve to preserve the constitutional identity. Based on an analysis of the express and implied limits, the article highlights how constitutional reforms can lead to institutional rupture if they

* Abogado y magíster en Derecho Constitucional; magíster en Argumentación Jurídica, Derecho Penal y Estado de Derecho. Profesor universitario y secretario en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. pablopacheco71@hotmail.com / orcid: 0000-0002-0505-4791

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

undermine foundational principles, fundamental rights, or the state structure. The study concludes that while reform is necessary, it should not be confused with covert refoundation of the constitution, which falls exclusively within the purview of the original constituent power.

Key words: Constitutional power; constitutional reform; constitutional law.

Reform oder Ersetzung? Die Spannung zwischen dem Auftrag zur Reform der Verfassung und der verdeckten Ersetzung des Grundlagentextes

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Konflikt zwischen dem Auftrag zur Verfassungsreform und den Grenzen, die seiner Nutzung als Mechanismus zur verdeckten Ersetzung dieses Grundsatztextes gesetzt sind. In allen Verfassungsrahmen sind ein bestimmter Grad normativer Strenge ebenso identifiziert wie die reformberechtigten Subjekte und die institutionellen Kontrollmechanismen, die zum Einsatz kommen, um die Verfassungsidentität zu wahren. Ausgehend von einer Analyse der expliziten und impliziten Grenzen wird herausgearbeitet, wie eine Verfassungsreform zu einem institutionellen Bruch führen kann, wenn die zugrunde liegenden Prinzipien, die Grundrechte oder die Staatsstruktur verletzt werden. Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass die Reform notwendig ist, aber nicht mit einer verdeckten Neufassung der Verfassung verwechselt werden darf, die ausschließlich der ursprünglichen verfassunggebenden Gewalt vorbehalten ist.

Schlüsselwörter: Verfassunggebende Gewalt; Verfassungsreform; Verfassungsrecht..

Introducción

El pacto constituyente nace con el fin de iniciar una sociedad organizada, o bien, de pacificar una atribulada por diversas razones; en esa misión, se produce un texto que responde a pactos mínimos logrados por las fuerzas políticas vigentes (poder constituyente). Sin embargo, este texto, comúnmente llamado constitución política, no es propio de una clase, sector o fuerza política, sino que se trata de la carta de navegación de toda la sociedad. Esto implica que la constitución refleja necesidades básicas de todos los sectores y aspiraciones comunes de las diversas fuerzas políticas, como también refleja valladares infranqueables y escenarios indeseables para la nación, es decir que muestra lo deseable e indeseable para la comunidad organizada. Normalmente, las intenciones positivas y los acuerdos comunes están detallados de forma explícita en los preámbulos del texto, así como en sus primeros articulados, y también se muestran en el desarrollo esquemático de todo el texto, variando en cuanto a la intensidad de su importancia. Pero, por otro lado, aquellos escenarios indeseables también son relatados y detallados de forma directa y enfática

en el texto, a manera de prohibiciones, inclusive, de sanciones a infractores de los más preciados valores constitucionales.

Podría decirse que cada texto constitucional muestra una radiografía única en cuanto a sus bases sociales, históricas y políticas, las que dan coherencia y consistencia a todo el articulado, permitiendo que el desarrollo de este en leyes o en la interpretación de la propia constitución sea acorde a esa ruta de navegación dictada por el poder constituyente. Así entonces, como cuando se introduce una reforma estructural a una edificación, que debe respetar las bases sobre las que se construyó para poder adecuarse y ser funcional, una reforma constitucional debe, sin más, introducirse de forma que, aun cuando introduzca cambios importantes a la carta de navegación llamada constitución, no la modifique de manera tal que la sustituya (formal o materialmente), pues, de hacerlo, no sería más una reforma, sino una eventual sustitución del pacto constituyente, lo que podría resultar peligroso en términos de trastornos políticos o sociales abruptos que impliquen la desestabilización de la nación.

Este artículo abordará la forma en que interaccionan todas las condiciones formales y materiales para los cambios constitucionales, así como la dinámica en que estas pueden ser ejercitadas, especialmente en el caso guatemalteco, partiendo de la identificación de lo que llamamos constitución (material), los sujetos que pueden intervenir en su reforma, así como la tensión que puede surgir entre el poder reformador y el constituyente en esta actividad.

1. La materia constitucional y su jerarquía

En Guatemala, el texto constitucional distingue entre normas con diferentes niveles de rigidez: normas muy rígidas (derechos fundamentales), rígidas (organización del Estado) y leyes constitucionales (rigidez intermedia). Además, existen principios y valores materiales superiores que constituyen el núcleo intocable de la Constitución; todo ello contribuye a que una reforma constitucional esté condicionada por factores normativos y valorativos.

La constitución puede ser entendida desde muchos puntos de vista. Desde la perspectiva de un orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior, pues se encuentra en la cúspide del ordenamiento y lo irriga; también es la constitución y, por tanto, el poder constituyente originario, creadora de un momento de estabilidad y de permanencia,[1] pues pretende existir a perpetuidad, manifestando una voluntad con miras a la progresividad y abierta a los cambios.

[1] Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2018), 3.

Lo anterior, en palabras de Popper, significa que la constitución permite la apertura hacia adelante, hacia el futuro; institucionaliza las experiencias –lo que se conoce como "apertura hacia atrás"–, y abre espacio para el desarrollo del espíritu humano y su historia. En otros términos, la constitución tiene una mirada histórica de la sociedad que organiza, a través de la cual sostiene principios y valores fundantes que han permitido su creación (momento político) de cara a un desarrollo futuro (jurídico).[2] Por ello, es importante partir del sentido histórico (original) de la constitución, porque este momento estabilizador de las fuerzas políticas es el que marca la guía y sobre el cual se asienta la fuerza normativa o interpretativa que pueda tener, y vincula (condiciona/limita) tanto al poder constituido en su desarrollo legislativo como al poder reformador de la constitución en su cambio.

Hablar de constitución es hacer referencia a un sistema de normas jerarquizado y estructurado en forma aspiracional, que funciona como un conjunto de límites al poder (constituyente derivado o constituido) y como una estructura de garantías que contiene derechos fundamentales para los ciudadanos. En palabras de Guastini, el adjetivo 'constitucional' para un Estado, puede ser utilizado cuando esté provisto de una constitución que, si y solo si, satisfaga dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): a) que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado; b) que los poderes del Estado estén divididos y separados (o sea que se ejerza con órganos diversos).[3] Esto regularmente está diseñado y protegido por el constituyente originario, de forma que asigna mayor rigidez o resistencia a estas dos cualidades/condiciones, precisamente, para que su permanencia bajo la coherencia de sus principios fundantes resista a las fuerzas políticas que intenten sobreponerle en algún momento coyuntural.

Una constitución, entonces, no está exclusivamente en un texto específico, en el cual pueden hallarse reglas, principios y valores,[4] sino en un conglomerado de normas fundamentales. Guastini ilustra esta cuestión, añadiendo que la constitución, entendida como conjunto de normas fundamentales (en uno u otro sentido), es llamada a su vez constitución en sentido "sustancial" o "material".[5] Esta constitución material estaría conformada por disposiciones de distinta naturaleza, contenidas tanto en el texto fundamental como en otras fuentes, por lo que, si bien podría hablarse formalmente de una reforma constitucional cuando se cambia alguna disposición del texto llamado constitución, también podría hablarse de una reforma a la materia constitucional cuando se cambia alguna otra fuente que tenga esta categoría, lo que implicaría que, tanto para las reformas al texto como para las

---

[2] Häberle, *El Estado constitucional...*, 4.

[3] Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (México: Fontamara, 2013), 25.

[4] El derecho actual está compuesto por reglas (generalmente, disposiciones legislativas) y principios (generalmente, derechos y normas constitucionales), por lo que distinguir reglas de principios es, en primer término, sinónimo de distinción entre ley y constitución. Gustavo Zagrebelski, *El derecho dúctil. Ley, derecho y justicia* (Madrid: Trotta, 2003), 109 y 110.

[5] Guastini, *Estudios de teoría...*, 26.

otras, existan sujetos y límites distintos a los que atender para no incurrir en una sustitución en vez de un cambio.

Esta postura sobre la materia de la constitución, por sobre el texto constitucional, fue adoptada por el constituyente guatemalteco en el artículo 268 de la Constitución, al disponer la función esencial del Tribunal Constitucional, en la que dirigió su tarea defensiva desde la jurisdicción hacia el "orden" constitucional.[6] En contraposición a lo que se pudiera interpretar sobre la defensa de la constitución formal o como texto, esto explica que el constituyente originario concibió la constitución como una materia y no únicamente como un texto constitucional cerrado.

La materia constitucional en Guatemala presenta una gran variedad de normas, distinguidas unas de otras tanto formal como materialmente, es decir, por su estructura y ubicación dentro del esquema de fuentes, así como por su contenido material.[7]

1.1. Los valores superiores:[8] este tipo de normas está compuesto de reglas, principios y valores, algunos con una expresión normativa concreta y otros no, los que, a pesar de no ser expresados en mandatos, vinculan el desarrollo del texto y resultan intangibles para el poder reformador. Entre estos estarían el preámbulo de la Constitución, cuyo contenido axiológico puede ser debatido en cuanto a su fuerza normativa, pero que, independientemente de ello, es la parte medular de toda la materia de la Constitución, así como las cláusulas de intangibilidad contenidas en el artículo 281, es decir, los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186, 187 y 281; y

---

[6] "… la Corte de Constitucionalidad […] está colocada en la cúspide de la estructura que concierne a los órganos jurisdiccionales a los que se encarga, por ley, la función de impartir y administrar la Justicia Constitucional. Según se aprecia, por disposición constitucional le es atribuida a la Corte de Constitucionalidad la función de ser el órgano al que compete la interpretación final del alcance contenido en cada una de las normas integradas en la Carta Magna. Adoptando jurisprudencia que emitió el Tribunal Constitucional Español, se afirma que la función del Tribunal Constitucional, aunque vinculada de modo necesario a la política estatal, es específica y rigurosamente jurisdiccional y, por ende, ajena a consideraciones de conveniencia, interés público u otras que excedan los estrechos límites de la interpretación y aplicación jurisdiccionales del Derecho de la Constitución; pero de ese Derecho considerado como un todo, el cual comprende no sólo las normas, sino también, y principalmente los principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional aplicables, particularmente del Derecho de los Derechos Humanos, lo cual obliga al Tribunal a mirar más allá de los textos, en busca de su sentido, de su armonía contextual, de la racionalidad y razonabilidad del propio Derecho Constitucional". Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 1089-2003, STC 14/07/2003.

[7] Esta idea fue planteada de forma inédita en José Pablo Pacheco Samayoa, "La modulación constitucional", *Opus Magna Constitucional*, vol. 22 (2022): 210-220.

[8] El nombre de 'valores superiores' se ha tomado como referencia de la Constitución española (art. 1.1), concepto sobre el que Peces-Barba considera que se configuran como norma básica material del sistema jurídico, y que representan los máximos ideales que una sociedad decide erigir en objetivos del poder político a realizar a través del derecho, expresando estos la propia legitimidad del sistema político y la justicia del derecho de cada Estado. Gregorio Peces-Barba, *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 283.

"toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República".

1.2. Disposiciones constitucionales: estas son de dos tipos (reglas y principios)[9] y están expresadas en mandatos concretos y abiertos o programáticos, respectivamente, que determinan los derechos fundamentales de los individuos y el funcionamiento del Estado guatemalteco. Distinguida su estructura y para efectos de su resistencia al poder reformador, se clasifican en *dogmáticas* (muy rígidas), que son aquellas que contienen los derechos fundamentales (liberales), en el Capítulo I del Título II de la Constitución, y el artículo 279 que establece su mecanismo de reforma; y todo el resto de disposiciones *orgánicas* o *institucionales* (rígidas) que son aquellas que contienen los demás derechos, el funcionamiento del aparato estatal y que, al estar expresadas en su mayoría en forma de reglas, su resistencia al cambio es menor; entre estas también pueden hallarse algunos derechos sociales y mandatos programáticos, que normalmente se expresan en principios de contenido abierto, pero, a la larga, menos relevantes a efectos de resistencia al cambio que los derechos de libertad.

1.3. Leyes constitucionales: estas no forman parte del texto constitucional, pero merecen una especial mención por las características que les rodean. En primer término, son el desarrollo directo del texto constitucional de una materia que el constituyente originario se ha reservado y que se considera con ese rango, es decir, son producto de la voluntad política que precedió el texto constitucional (poder originario). Este tipo de disposiciones, aun cuando se catalogan como constitucionales, no ostentan alguno de los dos niveles de rigidez de las disposiciones del texto constitucional; sin embargo, presentan cierto grado de rigidez leve que las aleja de la concepción de flexibilidad propia de las disposiciones ordinarias, y pueden ser consideradas disposiciones constitucionales intermedias o de segunda categoría; estos rasgos son los siguientes:

1. El primero es el calificativo de "leyes constitucionales", lo cual presupone un carácter distinto de las disposiciones ordinarias y una relevancia distinta dentro del sistema de fuentes.
2. El segundo es el procedimiento agravado para su reforma, es decir, la rigidez o resistencia al cambio que el propio texto constitucional les otorga.[10]

---

[9] "Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas 'mandatos definitivos'. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las probabilidades fácticas y jurídicas". Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1992), 75.

[10] "… las leyes constitucionales son revestidas de tal carácter en forma expresa por la Constitución, son emitidas por el órgano que ostenta el poder constituyente y su procedimiento de reforma es más rígido que el previsto para reformar leyes ordinarias. La Constitución en

Este procedimiento distinto y más rígido que el procedimiento legislativo común, requiere un dictamen de viabilidad emitido por el Tribunal Constitucional (control previo), y las posiciona como las únicas disposiciones en el ordenamiento jurídico guatemalteco que requieren el referido dictamen obligatorio y vinculante, emitido por un Tribunal de Derecho y no por un órgano político. Esta característica denota que el constituyente descansa sobre el Tribunal Constitucional cierto grado de responsabilidad en el cambio constitucional, lo que puede entenderse como la manifestación de un órgano constituyente permanente.

3. El tercero, también relativo a la rigidez o resistencia, exige que la decisión del Congreso para aprobar su reforma sea por mayoría calificada (2/3 partes). Sin embargo, este no es un rasgo único de estas leyes, ni tampoco se exige que, posterior a su aprobación, se refrende el cambio mediante consulta popular.
4. El cuarto rasgo está inmerso en la reserva de ley del constituyente originario para la emisión de dos de estas (Ley Electoral y de Partidos Políticos y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), y la adopción del producto del constituyente originario de 1965 (Ley de Orden Público y Ley de Emisión del Pensamiento) como propio; esto último permite formular la tesis de unicidad política -bloque de constitucionalidad,[11] entre el poder constituyente de 1965 y el de 1985, al menos en cuanto estas materias.

---

los artículos 35, 139, 223 y 276 dispone que la materia ahí contenida deberá regularse en leyes constitucionales. La Constitución en el artículo 175 prevé un mecanismo rígido para la reforma de leyes constitucionales que para llevarse a cabo deberá aprobarse con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad. Las normas de una ley constitucional no pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través de una inconstitucionalidad general o inaplicables mediante su planteamiento en caso concreto, sino únicamente por medio de la reforma de la ley y siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución, ya que de lo contrario esta Corte dejaría de ser intérprete de la Constitución y se convertiría en un legislador constitucional negativo, lo que no le es permitido. Sólo puede impugnarse de inconstitucional un precepto de una ley constitucional cuando éste ha pretendido incorporarse a la ley violando el procedimiento establecido para hacerlo". Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 300-95, STC 12/03/1996.

[11] A diferencia de lo que sucede en España o en Guatemala, la noción de 'bloque de constitucionalidad' no es jurisprudencial, puesto que el Consejo Constitucional francés no la utiliza en sus decisiones, y se refiere, generalmente, a los "principios y reglas de valor constitucional" para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. La noción ha sido utilizada de forma regular, en la doctrina, a partir del estudio dedicado al "principio de constitucionalidad", donde se empleaba para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora de 16 de julio de 1971 relativa a la libertad de asociación. Louis Joseph Favoreu, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.° 5 (1990): 46.

2. Sujetos con poder de reforma

El poder reformador de la constitución alude a la facultad de que gozan los poderes constituidos, particularmente el legislador, de implementar una reforma a la norma fundamental.[12] Esta facultad es constantemente sometida a discusión, pues, si bien los textos constitucionales aluden a sujetos concretos para que participen en el diálogo y diseño de una reforma constitucional, las presiones contextuales muchas veces buscan caminos paralelos o fórmulas alternativas para que otros actores intervengan, como, por ejemplo, la participación de la sociedad civil de manera directa o de los tribunales constitucionales, cuando no han sido facultados para ello. A todo esto, lo cierto es que la actuación del poder reformador es indispensable cuando la realidad de la disposición constitucional se transforma a tal grado, que ya no es suficiente con que de forma interpretativa se dé cierta mutación constitucional,[13] para apegarla a la realidad de su aplicación, por lo que en esos casos se exige la instancia de los procedimientos de revisión para que, formalmente, revisen y adecúen la constitución a las exigencias materiales del conglomerado social.

Así las cosas, la convocatoria del poder de reforma depende del diseño que el constituyente originario hizo para ello, partiendo desde los sujetos que están facultados para presentar propuestas de reforma a la constitución, quienes intervienen en la tramitación formal de dichas propuestas, la convocatoria de los sujetos encargados de conocerlas y, por último, él o los sujetos que las validan *ex ante* o *ex post*. Toda esta formalidad no es para menos, si no es exigida, porque cuando un Estado se diseña jurídicamente mediante la decisión política que implica la constitución, reinventarse jurídicamente para un nuevo contexto, requiere, también, una decisión política, que debe estar alineada, al menos de forma básica, con aquella tomada por el constituyente originario y que dio vida al sistema jurídico que pretende cambiarse –y no destruirse– a sí mismo.[14] Como ya se ha mencionado en líneas superiores, el poder de reforma, para ser ejercido, está condicionado por varios factores. El más importante de ellos y que tensa en mayor grado la función con la práctica es la relevancia valorativa que tiene el texto o materia que pretende reformarse.

---

[12] Víctor Eduardo Orozco Solano, *La fuerza normativa de la Constitución* (México: Porrúa, 2017), 152-154.

[13] "… en general los constructores del Estado Constitucional nunca pensaron que el máximo órgano judicial podía llegar a usurpar el poder constituyente o violar la Constitución, por lo que el control de constitucionalidad más bien se concibió como el instrumento para corregir las desviaciones de los otros órganos del Estado, en particular de los órganos legislativos y ejecutivos". Allan Brewer-Carías, "¿Reforma constitucional o mutación constitucional?: la experiencia venezolana", *Revista de Derecho Público*, n.° 137 (2014): 20.

[14] Manuel Aragón Reyes, "¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.° 36 (2015): 325-326.

El caso de la materia de la Constitución guatemalteca, como ha venido siendo expuesto, muestra tres tipos de disposiciones con ese carácter, que difieren justamente en su relevancia valorativa para el sistema de principios fundado por el constituyente originario, *ergo* existen tres sujetos con poder de reforma,[15] con la intervención de otros validadores previa o posteriormente; sin embargo, para arrancar con la cuestión, hay que partir de la ignición del poder de reforma, que únicamente puede ser provocada por ciertos sujetos, según el artículo 277 del texto constitucional:

> Tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución: a) El Presidente de la República en Consejo de Ministros; b) Diez o más diputados al Congreso de la República; La Corte de Constitucionalidad; y d) El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. En cualquiera de los casos anteriores, el Congreso de la República debe ocuparse sin demora alguna del asunto planteado.

Este primer panorama resalta, además de la obvia facultad encomendada a los poderes Ejecutivo y Legislativo, la intervención popular canalizada mediante sus

[15] "… La posibilidad de acudir a la reforma, total o parcial, de la normativa constitucional lleva a advertir la línea que separa al poder constituyente del poder constituido o de reforma, partiendo del principio de que ambos tienen diferente sustento. En efecto, el primero es el poder originario en sentido estricto, creador del texto fundamental por un acto unilateral supremo, de carácter predominantemente político, en tanto que el segundo es poder derivado o constituido, creado por el primero y, por ende, con limitaciones de carácter jurídico por su vinculación con los límites de procedimiento que, para la reforma constitucional, es preciso respetar. De ahí que para reformarla se deba cumplir con el procedimiento establecido y respetar los límites que la propia norma fundamental establece. Esta distinción entre poder constituyente y poder constituido viene precisada no sólo por la doctrina contemporánea (*Tratado de Derecho Constitucional*. Miguel Angel Ekmekdjian. Tomo III. Págs. 156 a 159. Ediciones de Palma, Buenos Aires. 1995) sino por jurisprudencia de tribunales en países de similar estructura constitucional que el nuestro, a cuyo efecto puede citarse la sentencia setenta y seis diagonal mil novecientos ochenta y tres (76/1983) de cinco de agosto de mil novecientos ochenta y tres del Tribunal Constitucional de España, que afirmó: 'Lo que las Cortes (equivalentes de Congreso) no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél'... Sobre el particular se debe, en primer lugar, reconocer que el Congreso de la República tiene facultad para constituirse en poder constituyente derivado, con capacidad para aprobar textos de reforma de la Constitución Política, exceptuando los referidos en el Capítulo I del Título II y sus artículos 278 y 281". Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 931-98, STC 08/02/1999.

representantes, en un ejercicio de democracia directa y, más interesante aún, el papel del Tribunal Constitucional, no solo como un sujeto pasivo, cuya intervención debe ser instada,[16] sino como autor del desarrollo constitucional.

2.1. El primer sujeto con poder de reforma es el poder constituyente derivado: la Asamblea Nacional Constituyente. A esta solo le está encomendada la reforma de la parte muy rígida de la Constitución; esto debe entenderse así, pues, el poder reformador de la constitución, cualquiera que sea, presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, y debe desenvolverse dentro del marco que fija la propia constitución, por lo que el órgano encargado de reformarla parcialmente, al igual que cualquier órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por las normas constitucionales y legales que lo consagran y regulan su ejercicio.[17] En este caso, esta Asamblea, aunque funja con poderes constituyentes, por tratarse de un órgano encargado de la revisión constitucional, está subordinada al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización y funcionamiento.

Una de las características de esta Asamblea Constituyente sería que, a diferencia del poder originario, opera dentro de un marco institucional válido y que no está en crisis o reconstrucción, como normalmente ocurre cuando el poder constituyente originario[18] aparece para crear una nueva constitución. Así lo explica Nogueira, en tanto que fuera de los periodos de profundos cambios políticos y sociales, o de crisis políticas e institucionales, en que se desarrolla la función constituyente originaria, actúa la constitución vigente, expresión de la voluntad del cuerpo político de la sociedad, que opera a partir de poderes constituidos de acuerdo con las reglas

---

[16] Con motivo del autogolpe de Estado dado por el expresidente Jorge Serrano Elías en 1992, el Tribunal Constitucional guatemalteco actuó de oficio y sin precedente para restablecer el orden constitucional dentro del país –atendiendo a su función de protección del orden constitucional–, retornando la institucionalidad de los poderes del Estado y restituyendo a los funcionarios desaforados. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 225-93, STC 25/05/1993.

[17] Aragón Reyes, "¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional", 325-326.

[18] Una interesante visión del poder originario es dada por Kalyvas, quien señala que este tiene una relación tensa y ambivalente con el orden constitucional que funda, pues, el soberano (originario) se mueve inquietamente hacia dentro y hacia fuera de la constitución, escapando y a veces resistiéndose a ser absorbido totalmente por la realidad instituida. Señala el autor que tanto Lawson como Locke entendieron que este poder constituyente soberano era externo y previo a cualquier sistema establecido de leyes positivas, ubicado en la zona gris entre el Estado natural y el Estado político, cuya visión retomó Paine y argumentó que el poder constituyente siempre antecede al gobierno y a la constitución, y es diferente de estos. Sin embargo, fueron Sieyès y Schmitt quienes radicalizaron esta idea, al afirmar que el lugar original del poder soberano es el Estado de naturaleza sin normas y no una comunidad intermediaria original. Andreas Kalyvas, "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente", *Política y Gobierno*, n.° 1 (2005): 98.

constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el poder de reforma instituido que posibilita adecuaciones de la constitución, manteniendo la continuidad e identidad[19] de la misma y de sus principios fundamentales. Dicho poder de reforma radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, de referéndum o plebiscito, o bien de procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa,[20] como es el caso del primer sujeto con poder de reforma en Guatemala, al que se hace referencia.

Para acercarse a la naturaleza de este poder reformador, resultan útiles las ideas de Radin, quien distinguió entre soberanía real "cien por ciento soberana" –que puede materializarse únicamente en una revolución– y "soberanías menores" –creadas por la soberanía real–. El poder de reforma creado por la "soberanía original" tiene una intensidad menor, pero casi "de la misma extensión que la del poder original mismo"; es el "cuasi soberano" y se sitúa entre la soberanía real y las clases menores de soberanía, tales como los poderes constituidos estatales (Asamblea y Congreso, en el caso de Guatemala). Esto es así, señala Radin, porque el poder de enmienda es especial, más débil que el poder constituyente, pero más fuerte que los poderes legislativos ordinarios, lo que se fundamenta en la doctrina francesa que distingue entre *pouvoir constituant originaire*, o poder constituyente originario, y *pouvoir constituant dérivé*, o poder constituyente derivado: el primero se ejerce por medio de la revolución y por fuera de las formas establecidas constitucionalmente, mientras que el segundo se ejerce dentro de circunstancias ajustadas al derecho y establecidas en la constitución.[21]

2.2. El segundo sujeto con poder de reforma es el poder constituido propiamente dicho, el Congreso de la República. Es aquel que aparece como esencial y radicalmente condicionado, tanto en su existencia como en la definición y alcance de sus facultades de reforma. Esto es así, porque naturalmente el legislador representa la forma idónea para el desarrollo de la constitución mediante la ley como fuente de segundo grado. Sin embargo, cuando ese mismo legislador asume tareas de revisión de la constitución, se erige como sujeto con poder de reforma y entran en juego

---

[19] La identidad constitucional como límite al poder de reforma de la Constitución Política implica el abandono de la concepción formalista de justicia constitucional, la aceptación de una Constitución material y la inexistencia de poderes absolutos en un modelo de Estado constitucional. Es frente a ese concepto "formalista" que la identidad se impone, advirtiendo que los límites materiales a la reforma no se encuentran exclusivamente en las cláusulas pétreas e intangibles, se hallan igualmente en los principios y valores que otorgan su esencia, los cuales se pueden identificar de forma explícita o implícita en el texto constitucional. Sirley Juliana Agudelo Ibáñez, "Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India", *Revista Academia & Derecho*, n.º 11 (2015): 125.

[20] Humberto Nogueira Alcalá, "Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 36 (2017): 328.

[21] Yaniv Roznai, *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma* (Bogotá: Oxford University Press, 2000), 219.

una serie de limitaciones importantes. La doctrina reconoce, en alguna medida, que cuando el poder constituido asume su poder de reforma, se trata de un poder constituyente, pues de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales, fundamentadoras de la validez de las normas posteriores del sistema y determinantes de la aplicabilidad futura de las normas anteriores del mismo y de las integradas en otros sistemas internos previos; es decir, serán normas que podrán imponer a los órganos constituidos alguna obligación de primer nivel constitucional.[22]

El poder de reforma ejercido por el Congreso de la República se manifiesta, siguiendo los artículos 277 y 280, cuando se invoca una reforma constitucional que no sea del artículo 278 o del Capítulo I del Título II del texto constitucional, o bien, de aquello irreformable; en otras palabras, cuando surge la propuesta de cambio constitucional respecto del resto de disposiciones (rigidez moderada) de la Constitución. Para ello, el procedimiento agravado de cambio exige la aprobación de la reforma, previa discusión en tres sesiones, por el voto afirmativo de las dos terceras partes (mayoría calificada) del total de diputados (160 actualmente); sin embargo, la vigencia de esta se supedita a la ratificación mediante consulta popular (referéndum).

En Guatemala, este es el único tipo de reforma que ha sido llevado a la práctica en tres ocasiones, la primera con éxito (1993); la segunda, sin él, al ser improbada en consulta popular (1999); y la tercera, que fue detenida por falta de consenso en el seno del Congreso de la República (2015). De estos ejercicios, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podría afirmarse que este tipo de poder reformador de la Constitución no es ejercido propiamente por un sujeto (legislador), sino que se trata de un componente mixto o dual, en donde otro sujeto (pueblo) acuerpa y complementa la decisión de cambio constitucional, lo que implicaría que el poder de reforma reside (en términos de soberanía) inicialmente en el parlamento y, finalmente, en el votante, concluyendo, pues, que el poder constituido con poderes de reforma está compuesto por dos tipos de soberanía: la del Poder Legislativo constituido, ejercida mediante la aprobación de los cambios; y la del pueblo, ejercida mediante consulta popular.[23]

2.3. El tercer sujeto con poder de reforma es el Tribunal Constitucional. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala tiene una especial connotación pocas veces hallada en el derecho comparado, y es que ostenta, según el propio texto constitucional,

---

[22] Juan Luis Requejo Pagés, "El poder constituyente constituido. La limitación del soberano", en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional,* coord. por Ramón Punset Blanco (Universidad de Oviedo, 1998), 361.

[23] Roznai señala que el poder de reforma posee una autoridad peculiar y extraordinaria que difiere de la autoridad de la labor legislativa ordinaria; además, es difícil entender esta autoridad tan singular desde el esquema piramidal de las normas jurídicas, lo que explica citando, a su vez, a Holmes y Sunstein, quienes anotan que el poder de reforma constitucional no se ajusta del todo a ninguna de las categorías (poder constituyente y poder constituido), sino que habita en una zona de penumbra entre el poder constituido y el poder constituyente. Por ende, el poder de reforma es, a la vez, marco e instrumento delimitador, autorizado y autorizador, original y derivado, superior e inferior a la constitución. Roznai, *Reformas constitucionales...*, 215.

iniciativa para la reforma constitucional, es decir, está facultada para presentar revisiones y modificaciones a la Constitución, lo que la posiciona, en cierta medida, como un actor soberanamente relevante y parte del organigrama de órganos que ostentan, al menos para proponerlo, el poder de reforma. Esto se entendería a partir de su función como guardián de la Constitución y del orden constitucional, por lo que su experiencia en la interpretación y modulación interpretativa de la materia constitucional resulta vital para proponer, en principio, cambios a esta, aun cuando esos cambios sean del orden político y no jurídico, y, adicionalmente, para validar *ex ante* los cambios propuestos a las leyes constitucionales que forman parte importante de la materia de la Constitución y que han sido explicadas en líneas superiores.

3. Reforma vs. sustitución: definición del problema

Reformar implica modificar aspectos parciales de la constitución conforme a los procedimientos establecidos. Sustituir implica reemplazar el modelo constitucional o sus principios estructurales. La diferencia radica en que la sustitución no respeta la identidad constitucional, ni los límites del poder derivado.

Para ahondar aquí, debe relacionarse la naturaleza del poder constituyente en las constituciones modernas, que no solo funge como punto de partida, sino también de referencia para varias cosas; la más importante sería su carácter *evolutivamente emancipador*, el que puede verse explicado en que el constituyente, en la mayor parte de las constituciones modernas –sin ser la guatemalteca la excepción– haya dejado cláusulas de apertura hacia nuevas tendencias democráticas, especialmente, aquellas relacionadas con el derecho internacional de los derechos humanos y una incipiente idea de mediados a finales del siglo XX relacionada con un constitucionalismo global.[24]

También resulta interesante la idea donde el poder constituyente se abstiene de ser permanentemente activo, pues, como se ha venido mostrando, este aparece con una vocación única: emitir el acto fundacional y desaparecer del plano jurídico, pero no del ámbito político en términos de referencia o conexión con el sistema de valores sobre el que se funda (refunda) el Estado. No obstante, la manera en que el

[24] Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional y en la estructura de los derechos de los Estados. "Este cambio ha trastocado las viejas categorías de la visión estado-céntrica del derecho, dando lugar a profundas antinomias entre las nociones tradicionales de soberanía y ciudadanía por un lado y constitucionalismo y derechos humanos por el otro. [...]. Reconocer estas antinomias entre los principios de soberanía y ciudadanía, por un lado, y el nuevo paradigma del derecho internacional, por el otro, significa tomar en serio el existente ordenamiento jurídico internacional. Es reconocer la embrionaria constitución global que ya existe en la Carta de Naciones Unidas y en los diversos pactos y declaraciones de derechos humanos. Implica ver la realidad desde el punto de vista de un constitucionalismo global que ya ha sido formalmente establecido, incluso aunque carezca de garantías institucionales". Luigi Ferrajoli, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.° 9 (1998): 173 y 178.

poder constituyente permanece "activo" políticamente, mas no jurídicamente, solo puede ser evocada por el intérprete de la constitución (interpretativamente), pues el sujeto (órgano) como el acto constituyente dan a luz un producto jurídico precedido de condiciones políticas, pero no siguen condicionando al poder constituido más allá de lo que el producto de su intervención hará de manera formal. Sin embargo, de forma material, la connotación política del poder constituyente no se ve coartada por su desaparición, pues dentro del acto fundacional que supone una nueva constitución, este puede escoger varias vías para permanecer ciertamente presente. En un primer plano, esa permanencia se ve alimentada por la propia evolución de la constitución como producto constituyente, la cual, está demás decir, ocurre con la práctica del sistema de jurisdicción constitucional que el propio constituyente decide asumir en su diseño institucional para esa tarea.

Así lo ha señalado Lucio Pegoraro, en cuanto a que los tribunales constitucionales han llegado incluso a prever un papel activo en el ámbito de revisión constitucional, consagrando así su función de "constituyente permanente"; este papel activo concurre de diversos modos a la transformación de los textos constitucionales, adaptándolos a las nuevas exigencias de la sociedad. También señala el autor que algunas de las formas de participación de los tribunales constitucionales en el procedimiento de reforma pueden ser a través de revisar preventivamente el fondo de la reforma que se pretende instaurar;[25] tal atribución es conocida como control previo (*a priori*)[26] de constitucionalidad, función que ha sido objetada por trasladar un amplio margen de vinculatoriedad a las decisiones judiciales, llegando incluso a politizarlas.

Lo cierto es que si bien el poder constituyente no puede permanecer activo en el plano jurídico que estructura, sí permanece presente en otras formas; una de ellas es mediante el órgano delegado para su "correcto" desarrollo, pues si se parte de la idea de que el poder constituido es el que naturalmente ejecuta el mandato constituyente, también debe aceptarse la posibilidad de que dicho desarrollo sea "incorrecto" y riña con las líneas fundacionales (ético-políticas) marcadas en el acto constituyente. Es necesaria la intervención de los tribunales constitucionales como los encargados de velar porque dicho desarrollo se realice de forma idónea y acorde a los cimientos políticos y prejurídicos manifestados por el constituyente al momento de crear la constitución, lo que se hace mediante la interpretación de la misma.[27]

---

[25] Lucio Pegoraro, "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 413 (2002): 413.

[26] Louis Joseph Favoreu, "La constitucionalización del derecho", *Misceláneas en homenaje a Roland Drago* (París: Editorial Económica, 1996), 34.

[27] "La constitución es una norma peculiar desde varios puntos de vista (por su rango, contenido y finalidad), y estas peculiaridades afectan el método de su interpretación, que, en palabras de Canosa Usera, ha de desplegarse a su objeto […] es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos, y en especial al legislador". Francisco Javier Díaz Revorio, "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional", *Quid Juris*, n.° 6 (2008): 11 y 12.

La anterior idea ha sido ampliamente explicada por la doctrina, en tanto que se señala la existencia de una "constitución viva",[28] que, en palabras de Alonso García,[29] significaría que los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador. Por tanto, bajo esta postura –alejada del originalismo americano–, el intérprete constitucional podría apartarse de aquellos valores implícitos o explícitos expresados por el constituyente, y no estaría constreñido por las ideas fundacionales para el desarrollo de la constitución.

Esta crítica se basa en que seguir las ideas prejurídicas y la politicidad original del poder constituyente, inhibe el derecho de los ciudadanos –en este caso, del poder constituido– a "vivir su constitución", en tanto que los fenómenos contextuales que revistieron de cierto tinte el pacto social original impedirían que nuevos contextos modularan la forma de entender la constitución, y petrificarían a las sociedades venideras ante una generación de "muertos", porque "los vivos" son incapaces de dictar la forma en que la constitución rija sus vidas.

Ahora bien, y sin ánimo de que este artículo ahonde en las teorías que abordan la interpretación de la constitución, lo cierto es que tanto la forma de interpretarla como de cambiarla recae en la naturaleza que se admita del poder constituyente que le precede, pues mientras más relevancia tenga en el plano jurídico y político del Estado, mayor limitación supondrá para el intérprete constitucional y para el poder de reforma.

Las sociedades impulsan los procesos constituyentes democráticos para cambiar los fundamentos de su convivencia en común con la expectativa de alcanzar mejores condiciones de vida,[30] por lo que es una verdad incontrovertible que un proceso constituyente se dirige a una expectativa de vivir mejor (más derechos, mejor calidad de vida, avance emancipador), lo que basta, o debería, para desvanecer el temor (siempre latente) al poder absoluto, aun cuando tales aspiraciones no siempre concuerden con las que prefiere la manifestación constituida del poder constituyente, conocida habitualmente como poder constituido. De ahí, la importancia del rol

---

[28] "La noción de 'Constitución vigente' nace fundamentalmente de la literatura constitucionalista estadounidense, destacándose los aportes de Michael Perry; esta idea pretende romper definitivamente con el textualismo y el originalismo, revisando el concepto mismo de Constitución y el de interpretación constitucional. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico". Néstor Pedro Sagüés, "Reflexiones sobre la constitución viviente (*living constitution*)", *Díkaion* 17, n.° 12 (2013): 5 y 6.

[29] Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984), 26.

[30] Rubén Martínez Dalmau, "La construcción del concepto formal de 'poder constituyente' en el Estado liberal conservador", en *Gobierno y políticas públicas en Latinoamérica*, comp. por Alejandro Herrero y Laura S. Guic (Buenos Aires: Teseo, 2023), 52.

que juega el poder constituyente (intrínsecamente) en una sociedad democrática, al fungir, ya no como sujeto, sino como guía de un proceso permanentemente enfocado en mejorar las condiciones de vida de la población.

Ese temor al poder absoluto es plasmado por el constituyente de diversas formas en su obra. Una de ellas es diseñando una constitución rígida en su mayoría, que haga difícil o casi imposible su modificación; otra, delimitando conceptos básicos o "valores superiores"[31] que resulten infranqueables por el poder constituido, y una última, diseñando un tribunal constitucional "fuerte", que tenga las capacidades de reconducir el desarrollo de la constitución hacia los derroteros "originales".

En el plano guatemalteco, el diseño constituyente para la protección del poder absoluto adoptó diversas formas, bajo el cobijo de una Constitución democrática y moderna, abierta a los derechos humanos y al derecho internacional, así como vanguardista respecto de la evolución de la sociedad guatemalteca. Las razones del mencionado diseño son explicadas por quien fuera el más reconocido constitucionalista del país, Jorge Mario García Laguardia:

> Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo período muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares […] su preocupación central es la de establecer la consagración y garantías de los Derechos Humanos, en un sistema democrático y que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar.[32]

Es dable asumir que el poder constituyente de un Estado democrático[33] debe tener éxito en explicar las propiedades o la naturaleza esencial de aquello que puede ser reemplazado, así como el o los sujetos que pueden intervenir en dicha tarea, pues si una constitución se modifica o sustituye por una forma que no está prevista en el propio texto, obviando así los mecanismos de reforma preestablecidos por el poder constituyente y de los cuales emana la guía para crear materia constitucional, ello implicaría tomar la peligrosa posición sobre decidir reconocer o no sus resultados como una constitución. Lo anterior se llevaría a la práctica evaluando si el poder para reformar la constitución comprende el poder de alterar su estructura básica de

---

[31] "Peces-Barba señala que se podría decir que el artículo 1.1 (español) es una norma del tipo de las definitorias o determinativas, que definen o determinan los contenidos del derecho en España [estructura base]. […] Esta inclusión en una norma jurídica de los valores superiores supone la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su ordenamiento jurídico. En este sentido, son expresión de una racionalidad cristalizada históricamente, que el Estado social y democrático de derecho asume como guía material del derecho". Gregorio Peces-Barba, "Los valores superiores", *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia,* n.° 4 (1987): 379 y 380.

[32] Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala* (Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015), 100.

[33] Javier Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", *Revista de Derecho Político,* n.° 22 (1987): 36.

valores ético-políticos, es decir, para sustituirla, que es precisamente el objetivo de este artículo: revelar las tensiones entre una eventual estructura base, soportada en valores superiores, y los límites formales y materiales que el poder reformador ostenta.

4. Límites y tensiones en la reforma constitucional

Hablar de límites al cambio constitucional resulta de por sí problemático, pues supone una relación de tensión entre el poder constituyente originario y los poderes reformadores (constituyente derivado y constituido); sin embargo, también es una discusión necesaria dentro de un Estado democrático, tanto para garantizar que un pueblo decida su futuro como para que permanezcan los ideales básicos sobre los que se construyó.[34]

Existen límites formales (procedimientos, quórum, órganos competentes) y límites materiales (cláusulas pétreas, principios fundantes, valores superiores). Estos impiden que una reforma modifique elementos esenciales, como la forma republicana de gobierno, la no reelección presidencial o los derechos fundamentales.

4.1. Los *límites expresos* normalmente son de tipo formal; se trata de frenos al poder reformador de la constitución que han sido consignados de manera directa en el texto constitucional y que parten, tanto del procedimiento que se ha instaurado para el cambio como del sujeto encargado para hacerlo, a fin de arribar a la materia permitida.[35] De esa cuenta, estos tienen especial connotación para la validez de la disposición que ha sustituido a otra, o que se ha introducido al texto de forma nueva, o bien, para la validez de la expulsión de cierta disposición.

Como se ha dicho, las tres formas de identificar los límites expresos, a partir de quién es el órgano encargado de un cambio permitido, es lo que dará como resultado lógico que otro sujeto no pueda intervenir en este. También debe tomarse en cuenta el procedimiento señalado para el cambio en el texto constitucional, pues, aunque confluyan el sujeto y la materia, si no es el procedimiento establecido, habrá violación de un límite expreso. Por último, debe resaltarse la materia que puede ser reformada, en tanto que las constituciones, por lo regular, diferencian entre diversos niveles de rigidez en sus disposiciones, como la guatemalteca, que contiene, al menos tres tipos (rigidez leve: leyes constitucionales, moderada y grave), por lo que de intentar cambiar una disposición formalmente irreformable, o reformable mediante otro método, también habría una violación de un límite explícito.

---

[34] Javier Tajadura Tejada, "Recensiones: Javier Ruipérez: El Título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional (un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto ciencia conceptual y ciencia práctica)", *Revista de Estudios Políticos* (2018): 303.

[35] Tajadura Tejada, "Recensiones: Javier Ruipérez: Título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional (un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto ciencia conceptual y ciencia práctica)", 153.

Finalmente, y aunque los límites expresos sean en su mayoría formales o procedimentales, también existen algunos límites expresos de carácter *material*; son aquellos que impiden la modificación de una norma para no cambiar el contenido de principios y valores previstos por la disposición constitucional, es decir, permiten una vista al fondo de la modificación, a la materia modificable, para hallar si lo que se pretende cambiar podría tergiversar el contenido axiológico de un mandato prohibitivo expreso, por ejemplo, conocido regularmente como cláusula de intangibilidad. De acuerdo con Díaz Revorio, las cláusulas de intangibilidad han surgido en los textos constitucionales posteriores a la experiencia europea del periodo de entreguerras, con el fin de salvaguardar, o de preservar de cualquier enemigo, los principios y valores fundamentales,[36] lo que en otras palabras significaría que este tipo de límites tiene un contenido histórico muy importante, que el constituyente ha pretendido garantizar a perpetuidad, a través de una disposición que se blinda o un conjunto de estas que conforman el basamento del modelo de autodeterminación asumido.

Hablar de límites expresos o formales es hacer referencia a requisitos de tipo procesal contenidos en el texto constitucional respecto de los requerimientos que debe cumplir el poder reformador para que la modificación, en principio, esté correctamente formulada, sin prejuzgar sobre el respeto a límites materiales o sustanciales de los cambios realizados, es decir, sin determinar si el fondo de la reforma se apega o respeta la identidad de la constitución, sus principios, valores o estructura básica.

4.2. Además de los límites expresos, suele aceptarse (aunque sea discutible, como después se razonará) la existencia de límites *implícitos* que, a diferencia de las cláusulas expresas de intangibilidad, no están formulados directamente como prohibiciones de revisión, sino deducibles de otros preceptos constitucionales no dedicados a la reforma e incluso del mismo concepto de constitución democrática. Dentro de estos límites implícitos sería posible distinguir dos tipos. De un lado, los derivados de ciertas definiciones constitucionales, no expresadas directamente como límites a la reforma, pero sí como cualidades de una realidad que se declara permanente y, por ello, cabría deducir, no modificable.[37]

Esta categoría, según Hernández Valle, es aceptada por un sector importante de la doctrina constitucional, que señala la existencia, en todo ordenamiento jurídico, de principios que no son susceptibles de ser modificados; en otros términos, en toda carta política existen límites implícitos absolutos para la reforma constitucional. El problema, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, es doble: primero, determinar cuáles son los límites y, segundo, quién los establece. Para poner en cuestión el problema, el autor cita a Lowenstein, quien señala:

---

[36] Orozco Solano, *La fuerza normativa...*, 167.

[37] Aragón Reyes, "¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional", 320-321.

> El ámbito en que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suele ser, la mayor parte de las veces, los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales. En el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales –o mejor, los derechos del hombre– son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo, pues, inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación.[38]

Su existencia emana de la lógica comprensión del texto, de la norma base o sus referentes de constitucionalidad, donde incluye la interpretación nacional o internacional que los optimice, la cual no requiere una redacción prohibitiva expresa para evitar que la asamblea constituyente, el órgano reformador o cualquier ente constituido, comprenda que el reconocimiento a la vida, ante una eventual falta literal en ese sentido, genera un contorno de naturaleza tácita, de tipo sustancial y, en ciertos casos, de carácter absoluto.[39]

Dentro de los límites implícitos, lo anterior incluye los surgidos de obligaciones internacionales de los Estados, verbigracia, en el caso guatemalteco, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que trasladada al ámbito nacional vía control de convencionalidad, condicionan el alcance de ciertas materias constitucionales y podrían fungir como límites implícitos del actuar del poder reformador, pues, como parte activa dentro del bloque de constitucionalidad[40] –artículos 44 y 46 de la Constitución guatemalteca–, no pueden ser obviados al momento de una modificación constitucional.

---

[38] Rubén Hernández Valle, "poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 13, n.° 37 (1993): 153-154.

[39] Enrique Carpizo, *El control del poder constituyente, de la reforma constitucional y de los tratados internacionales* (México: Ubijus, 2018), 53.

[40] "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. […] Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. […] por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano". Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 1822-2011, STC 17/07/2012.

Y es que el hecho de que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente derivado o al poder reformador en general, no plantea, en definitiva, especiales dificultades, sino que se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados.[41] Además, son normalmente susceptibles de terminación, punto importante, pues significa que los tratados internacionales en vigor no suponen un obstáculo insuperable para la adopción de normas constitucionales que se reputen de importancia mayor al mantenimiento de aquellos, por lo que los tratados internacionales son, así, la principal fuente de derecho internacional de la que surgen límites al poder reformador en los Estados, mas no la única.

Son límites implícitos, también, aquellos inherentes a cualquier Estado constitucional de derecho, es decir, los relativos al principio de separación de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales. Esto, por cuanto el principio de separación de poderes alimenta un sistema político democrático, de manera que, ya sea de forma rígida o flexible –entendiendo que, en la primera, cada uno realiza la tarea constitucional asignada por separado, y en la segunda, existe colaboración entre poderes–, permite que el sistema parlamentario o presidencial funcione de acuerdo con el esquema constitucional planteado por el constituyente,[42] por lo que al poder reformador le estaría vedado, entonces, iniciar una revisión de la norma fundamental para suprimir los alcances de dicho principio, permitiéndose la concentración de todas las funciones en uno solo.

En cuanto a la garantía de los derechos fundamentales como límite implícito, debe resaltarse que estos forman el andamiaje sobre el cual está contruido el Estado democratico, que ha centrado su atención en la dignidad de la persona humana. Así las cosas, advierte que una reforma constitucional debe respetar la irreversabilidad de los derechos fundamentales, de modo que únicamente pueden ser reformados para potenciar los alcances de su contenido esencial o mejorar su situación preexistente, bajo el respeto pleno del principio de la dignidad humana.[43] En otras palabras, significaría que si bien formalmente puede aceptarse, mediante el proceso de Asamblea Nacional Constituyente, un cambio en los derechos fundamentales, este solo podría ser para mejorarlos. A esto se le conoce como principio de no regresividad de los derechos, y vendría bien aclarar que aunque la modificación constitucional pueda, en efecto, afectar el diseño de los derechos fundamentales, lo que realmente estaría vedado al poder reformador sería la supresión absoluta del contenido esencial de un derecho fundamental o vaciar su contenido.[44]

---

[41] Luis María Díez-Picazo, "Límites internacionales al poder constituyente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 76 (2006): 15.

[42] Orozco Solano, *La fuerza normativa...*, 167.

[43] Humberto Nogueira Alcalá, "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n.° 2 (2006): 435-455.

[44] Orozco Solano, *La fuerza normativa...*, 169.

Conclusiones

El poder de reforma no puede ser un atajo para sustituir la constitución. Solo el poder constituyente originario puede refundar el Estado. La reforma debe respetar límites sustanciales y formales, preservando la continuidad e identidad del texto fundamental. Lo contrario significa una ruptura ilegítima del orden constitucional.

El primer Tribunal Constitucional en expresar de alguna manera estas ideas, en su labor de proteger la esencia del orden constitucional frente al proceso de integración, fue el italiano, bajo la teoría de *los controlimitte.*[45] Posteriormente, la Corte Constituzionale italiana amplía la aplicación de la doctrina frente al poder de revisión constitucional, asentando algunos lineamientos y señalando que el poder de reforma constitucional, incluso en ausencia de cualquier prohibición explícita en ese sentido, no es competente para modificar los principios supremos de la constitución y los derechos inviolables del hombre, y esquematiza su razonamiento de la forma siguiente:

1. Es necesario distinguir entre reforma de la constitución existente y la instauración de una nueva constitución;
2. el poder de reforma, en cuanto poder constituido, no puede extenderse hasta la instauración de una nueva constitución;
3. la reforma, a diferencia de la instauración, supone que la constitución existente conserve su identidad;
4. la constitución no es un simple conjunto de normas: es una totalidad cohesionada de principios y valores; en suma, su identidad reside precisamente en estos principios y valores;
5. en consecuencia, una reforma que tocase los principios supremos no sería una genuina reforma: desde el punto de vista sustancial, sería una instauración constitucional camuflada como reforma;
6. por tanto, la reforma de los principios y valores que caracterizan la constitución, está prohibida.[46]

Por su parte, el Tribunal Federal alemán aplicó la doctrina inicialmente frente al poder de revisión constitucional y posteriormente como garantía frente a la integración,[47] mientras que en la República de la India la protección de la identidad

---

[45] Agudelo Ibáñez, "Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India", 132.

[46] Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, Sentencia 1146/1988, 29 de diciembre.

[47] Ver STC, BVerfGE 89, 155 –Maastricht. Sala Segunda de 12/10/1993–; STC BVerfGE 109, 279. –Primera sala, de 30/04/2004–; STC BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30/06/2009. Agudelo Ibáñez, "Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India", 136-139.

constitucional ha sido ampliamente aplicada para blindar la estructura básica[48] de la Constitución frente al poder de reforma constitucional.

La identidad constitucional se fundamenta en el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional. Las constituciones pueden ser reformadas siempre que se garantice su núcleo esencial o sus elementos estructurales, los cuales se encuentran de forma explícita en el texto constitucional o surgen de una interpretación sistemática del tribunal constitucional, conocida por los noruegos como el espíritu de la constitución y, en principio, no estaría en el conjunto de normas que la componen, sino en los principios y valores que la caracterizan.[49] Por ende, resultaría de vital importancia para el mantenimiento de la continuidad del deseo constituyente, su respeto estricto y, como tal, formaría un límite lógico implícito para la modificación constitucional.

Con estos parámetros, los principios y valores se posicionan como estandartes de las disposiciones generales y, sobre todo, de la identidad de la constitución, la cual sería intocable vía reforma. Esta posición es reforzada por Pérez Royo, quien señala que si bien es cierto que la constitución permite su reforma incluso para modificar sus valores esenciales, autoriza la defensa de valores opuestos dentro de la concepción pluralista; y desde luego, por las vías constitucionales, también la misma constitución puede prever cláusulas de intangibilidad, o sea, prohibir aspectos que se consideren fundamentales, de los cuales, lógicamente, pueden derivar otros que por su naturaleza están aparejados y que, al ser removidos, alterarían todo el esquema protegido por las normas intangibles.[50]

Bibliografía

Doctrina

Agudelo Ibáñez, Sirley Juliana. "Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India". *Revista Academia & Derecho* 6, n.° 11 (2015).

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

Alonso García, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

Aragón Reyes, Manuel. "¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional*, n.° 36 (2015).

---

[48] Ver STC kesavanandabharati vs. El Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461); STC Indira Gandhi v. RajNarain, A.I.R. 1975 S.C; STC Minerva Mills Ltd. vs. Union of India, (1980) 3 SCC 625. Agudelo Ibáñez. "Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India", 145-147.

[49] Guastini, *Estudios de teoría...*, 200.

[50] Pérez Royo, "La reforma de la Constitución", 103.

Brewer-Carías, Allan. "¿Reforma constitucional o mutación constitucional?: la experiencia venezolana". *Revista de Derecho Público*, n.° 137 (2014).

Carpizo, Enrique. *El control del poder constituyente, de la reforma constitucional y de los tratados internacionales*. México: Ubijus, 2018.

Díaz Revorio, Francisco Javier. "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional". *Quid Juris,* n.° 6 (2008).

Díez-Picazo, Luis María. "Límites internacionales al poder constituyente". *Revista Española de Derecho Constitucion*al, n.° 76 (2006).

Favoreu, Louis Joseph. "El bloque de constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.° 5 (1990): 45-68.

Favoreu, Louis Joseph. "La constitucionalización del derecho". *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*. París: Editorial Económica, 1996.

Ferrajoli, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.° 9 (1998).

García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015.

Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2013.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

Hernández Valle, Rubén. "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* 13, n.° 37 (1993).

Kalyvas, Andreas. "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente". *Política y Gobierno* 12, n.° 1 (2005).

Martínez Dalmau, Rubén. "La construcción del concepto formal de 'poder constituyente' en el Estado liberal conservador". En *Gobierno y políticas públicas en Latinoamérica,* compilado por Alejandro Herrero y Laura S. Guic. Buenos Aires: Teseo, 2023.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 4, n.° 2 (2006).

Nogueira Alcalá, Humberto. "Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* n.° 36 (2017).

Orozco Solano, Víctor Eduardo. *La fuerza normativa de la Constitución*. México: Porrúa, 2017.

Pacheco Samayoa, José Pablo. "La modulación constitucional". *Opus Magna Constitucional*, n.° 19 (2022): 210-220.

Peces-Barba, Gregorio. "Los valores superiores". *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia*, n.° 4 (1987).

Peces-Barba, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Pegoraro, Lucio. "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 413 (2002).

Pérez Royo, Javier. "La reforma de la Constitución". *Revista de Derecho Político*, n.° 22 (1987).

Requejo Pagés, Juan Luis. "El poder constituyente constituido. La limitación del soberano". En *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional,* coordinado por Ramón Punset Blanco (Universidad de Oviedo, 1998).

Roznai, Yaniv. *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*. Bogotá: Oxford University Press, 2000.

Sagüés, Néstor Pedro. "Reflexiones sobre la constitución viviente (*living constitution*)". *Díkaion* 17, n.° 12 (2013).

Tajadura Tejada, Javier. "Recensiones: Javier Ruipérez: El Título X de la Constitución española de 1978 a la luz de las funciones de la Reforma Constitucional (un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto ciencia conceptual y ciencia práctica)". *Revista de Estudios Políticos* (2018).

Zagrebelski, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2003.

Normativa y jurisprudencia

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 225-93, 25 de mayo de 1993.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 300-95, 12 de marzo de 1995.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 931-98, 8 de febrero de 1999.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1089-2003, 14 de julio.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1822-2011, 17 de julio de 2012.

Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentencia 1146/1988, 29 de diciembre.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 185-218, ISSN 2346-0849

Alan E. Vargas Lima* **(Bolivia)**

La acción de inconstitucionalidad en la Constitución boliviana y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

RESUMEN

El artículo hace una sistematización del intenso desarrollo jurisprudencial que ha tenido la acción de inconstitucionalidad en los últimos años, establecida como un mecanismo de defensa que prevé la Constitución boliviana de 2009, por lo cual se analiza su configuración constitucional a partir del derecho de acceso a la justicia constitucional, haciendo énfasis en los fundamentos jurídicos expuestos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, a fin de comprender los presupuestos y las condiciones que justifican su procedencia en el ámbito de control normativo, con la finalidad de precautelar de forma oportuna la supremacía de la Constitución como norma jurídica, y, por ende, la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

Palabras clave: acceso a la justicia; acciones de defensa; control normativo; inconstitucionalidad.

Public Action for Unconstitutionality in the Bolivian Constitution and its Evolution in the Plurinational Constitutional Court Case Law

ABSTRACT

This article outlines the intense evolution of the public action for unconstitutionality in constitutional case law over the past few years. This public action was established in the Bolivian Constitutional of 2009 as a mechanism of defense. This analysis of its constitutional configuration is based on the right of access to constitutional justice, emphasizing the legal grounds set out by the Plurinational Constitutional Court. The

* Abogado boliviano, especialista en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Miembro de diversas academias e institutos iberoamericanos. Actualmente, es secretario académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. alanvargas4784@gmail.com / https://orcid.org/0000-0001-6372-7870

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

aim is to understand the presuppositions and conditions that justify its admissibility within the realm of normative control, to ensure the timely safeguarding of the supremacy of the Constitution and, consequently, the validity of fundamental rights and constitutional guarantees.

Key words: Access to justice; constitutional defense actions; normative control; unconstitutionality.

Die Verfassungsbeschwerde in der bolivianischen Verfassung und ihre Entwicklung in der Rechtsprechung des Plurinationalen Verfassungsgerichtes

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine Systematisierung der intensiven Entwicklung der Rechtsprechung auf dem Gebiet der Verfassungsbeschwerde in den letzten Jahren vor, die 2009 in die bolivianische Verfassung aufgenommen wurde. Ausgehend vom Recht auf Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit wird unter Berücksichtigung der vom Plurinationalen Verfassungsgericht gegebenen juristischen Begründung die Ausgestaltung der Verfassungsbeschwerde in der Verfassung dargelegt, um die Annahmen und Bedingungen zu verstehen, die ihre Zulässigkeit im Bereich der Normenkontrolle mit der Absicht begründen, den Vorrang der Verfassung als Rechtsnorm und damit auch die Geltung der Grundrechte und verfassungsmäßigen Garantien im voraus angemessen zu gewährleisten.

Schlüsselwörter: Zugang zur Justiz; Beschwerden; Normenkontrolle; Verfassungswidrigkeit.

1. El acceso a la justicia constitucional a través de las diferentes acciones constitucionales de defensa

Debemos comenzar precisando que el derecho de acceso a la justicia se encuentra claramente previsto en el artículo 115.I de la Constitución Política del Estado (CPE), al establecer: "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". De acuerdo con el fundamento jurídico III.1.1 expuesto en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1478/2012 de 24 de septiembre, este derecho tiene al menos tres elementos constitutivos:

> 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos o elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena

> originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma (Ley de deslinde jurisdiccional); y 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.[1]

En consonancia con lo anterior, la SCP 1953/2012 de 12 de octubre[2] refiere que el derecho de acceso a la justicia debe ser interpretado por las autoridades jurisdiccionales a partir del principio *pro actione*, el cual deriva del principio *pro homine* –pro persona o favorabilidad–, que implica la obligación de aplicar las normas procesales de manera más favorable al ejercicio de los derechos y que asegure una justicia material por encima de una formal.

Los principios antes mencionados adquieren mayor trascendencia en el ámbito de la justicia constitucional, pues de acuerdo con el artículo 196.I de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) debe velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad, y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

En ese marco, el TCP tiene el deber de resguardar el derecho de acceso a la justicia de las y los justiciables, procurando el acceso a la justicia constitucional, lo que implica, a su vez, eliminar las formalidades que limiten el ejercicio de ese derecho y que impidan un pronunciamiento sobre el fondo del problema, además

---

[1] Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 1478/2012 de 24 de septiembre. Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 1126/2019-S2 de 18 de diciembre, entre otras.

[2] La SCP 1953/2012 desarrolla los siguientes fundamentos jurídicos: i) naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional; ii) la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el principio *pro actione*; y iii) los principios a la seguridad jurídica y de legalidad. Asimismo, el fallo constitucional interpreta los alcances del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que el juez *a quo* y el juez *ad quem*, a tiempo de interpretar la norma procesal, deberán buscar la mayor efectividad de los derechos humanos, así como también aplicar los principios constitucionales. "En ese entendido, en aplicación del principio constitucional *pro actione*, deberá entenderse y aplicarse el art. 44.II de la LAPCAF, en el sentido de que el plazo procesal de tres días, establecido para presentar incidente de nulidad, correrá a partir del día siguiente hábil de realizada la subasta, para todas aquellas personas que sean partes activas del proceso y/o para aquellos terceros legalmente citados; debiendo el juzgador, tener un criterio flexible y razonable sobre la aplicación del mencionado plazo, respecto a terceros que no se encuentran a derecho, puesto que dichos sujetos, al no tener conocimiento de los actos procesales realizados anteriormente, no se les podría exigir, el cumplimiento estricto de dicho plazo procesal; por lo que el Juzgador, a tiempo de conocer un incidente de nulidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 44.II de la LAPCAF, deberá propender a facilitar, en lo posible la procedencia del derecho de acción, de las instancias de impugnación e incidentales; es decir, buscar la máxima efectividad de la justicia material por encima de la formal, tomando en cuenta los derechos que podrían estarse vulnerando en caso de rechazarse por la forma y por la oportunidad en la que se presentó el incidente". Por otro lado, cabe agregar que los principios de buena fe y lealtad procesal fueron desarrollados en la SCP 1580/2012 de 24 de septiembre.

de activar los mecanismos para lograr el cumplimiento de la resolución emitida, en la medida de lo determinado, conforme lo entendió la SCP 0015/2018/S2 de 28 de febrero.[3]

Ahora bien, las vías para el acceso a la justicia constitucional son precisamente las diferentes acciones constitucionales, que generalmente se agrupan en tres ámbitos de control de constitucionalidad: a) normativo, b) competencial y c) tutelar.

A través del primero se ejerce el control –previo o posterior– de proyectos normativos o de normas vigentes para determinar su compatibilidad con la Constitución Política del Estado y los preceptos del bloque de constitucionalidad; mediante el segundo se determina si una competencia fue ejercida en el ámbito de la distribución competencial establecida en la norma suprema y las leyes; y, finalmente, por medio del control tutelar se analizan posibles lesiones a derechos y garantías por actos u omisiones, decisiones o resoluciones pronunciadas por personas o autoridades.

Como se puede apreciar, cada ámbito de control de constitucionalidad tiene acciones constitucionales específicas, destinadas a ejercer el control sobre determinadas normas, competencias, derechos y garantías. Por ello, en el Código Procesal Constitucional se han diseñado sus características, principios, legitimación activa, pasiva, causales de improcedencia, etc., de cada una de ellas.

Ello significa que la o el justiciable tiene a su alcance acciones que deben ser interpuestas adecuadamente según la finalidad prevista en la Constitución y conforme a la naturaleza del problema jurídico que se plantea, sin perjuicio de que, en algunos casos, tratándose de acciones de defensa, frente a un error en la interposición de una de ellas, sea posible, de oficio, la reconducción procesal de esa acción. Es decir, que se convierta a la acción idónea, para el resguardo de los derechos alegados como vulnerados, efectuando una ponderación en cada caso concreto, conforme lo ha establecido la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias

[3] La SCP 0015/2018-S2 analiza los siguientes fundamentos jurídicos: i) la improcedencia de activar otra acción de amparo cuando existe sentencia constitucional en un primer amparo, del cual emerge el que se interpone; y ii) el derecho a la eficacia del cumplimiento o ejecución de las resoluciones constitucionales en la medida de lo determinado, dejando establecido que en atención a la facultad previsora del artículo 28.II del CPCo, con la finalidad de evitar daños y perjuicios mayores, el Tribunal Constitucional Plurinacional puede y/o debe dimensionar o modular los efectos de la decisión de revocatoria de la concesión de tutela, cuidando qué actos y hechos jurídicos pronunciados como emergencia de dicha concesión, y de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, son independientes y no importan una lesión del derecho a la eficacia del cumplimiento o ejecución de las resoluciones constitucionales *en la medida de lo determinado*.

constitucionales plurinacionales 0487/2014 de 25 de febrero[4] y 0778/2014 de 21 de abril,[5] entre otras.[6]

En ese orden, el diseño del control plural de constitucionalidad posibilita que todos los actos, las decisiones, las resoluciones, los proyectos normativos, las normas y competencias puedan ser analizados por la justicia constitucional, porque no existen temas ni autoridades exentas de dicho control, cuando se alegue vulneración a la Constitución Política del Estado o a los preceptos del bloque de constitucionalidad. De ahí que la jurisprudencia que desarrolla el máximo órgano de control de constitucionalidad debe tener un especial cuidado al interpretar las disposiciones del Código Procesal Constitucional sobre el ámbito de protección, las causales de improcedencia o denegatoria de una acción constitucional, pues podría generar, a través de la jurisprudencia, una restricción o limitación al derecho de acceso a la justicia constitucional.[7]

---

[4] La SCP 0487/2014 desarrolla los siguientes fundamentos jurídicos: i) el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador y sus efectos en la interpretación del derecho y de los derechos; ii) el control de convencionalidad en la interpretación de los derechos y las garantías; iii) la acción popular como vía idónea para la tutela de los derechos de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y la reconducción procesal de acciones; iv) los derechos a existir libremente, a la tierra y al territorio, y a la consulta, como derechos colectivos de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos; v) el debido proceso y sus elementos desde una dimensión colectiva; y vi) el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

[5] La SCP 0778/2014 desarrolla los siguientes fundamentos jurídicos: i) el tránsito del Estado nación al Estado Plurinacional de Bolivia y su construcción a la luz del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización; ii) la concepción de los derechos fundamentales en el Estado Plurinacional de Bolivia y su interpretación a la luz de los principios y valores plurales; iii) los mecanismos de tutela diseñados en el nuevo modelo de Estado; iv) los alcances de la acción de amparo constitucional y de la acción popular; v) la figura jurídica de la reconducción procesal y su génesis en el orden constitucional imperante; y vi) la interpretación de derechos individuales y colectivos en contextos inter e intraculturales de conformidad con el paradigma del vivir bien.

[6] Alan Vargas Lima, "El derecho de acceso a la justicia constitucional y la reconducción procesal de las acciones de defensa en Bolivia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2022), https://bit.ly/4iBN9jP

[7] Este entendimiento fue asumido en el voto aclaratorio a la SCP 0011/2018 de 19 de marzo. Al respecto, es pertinente señalar que los votos aclaratorios –al igual que los votos disidentes que suscriben los magistrados–, no constituyen jurisprudencia, ni tampoco tienen la suficiente fuerza vinculante y obligatoria que poseen las sentencias constitucionales, por tratarse de una toma de posición particular de cada magistrado en la elaboración de una sentencia, y que pueden presentarse por diversas razones, por ejemplo: i) considerar que debieron adoptarse ciertos precedentes jurisprudenciales previamente establecidos en cuanto a la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales o administrativas que hubieran sido indebidamente omitidos por el/la relator(a), y que no permitieron resolver de mejor manera el caso; ii) analizar la legislación vigente y desarrollar determinados fundamentos jurídicos –diferentes a los expuestos en la sentencia– para resolver la problemática planteada en el caso concreto; iii) considerar que el caso debió resolverse desde otra perspectiva, utilizando otra metodología de análisis o, en su caso, en sentido contrario a lo decidido finalmente por el/la relator(a)

2. Configuración normativa del Tribunal Constitucional Plurinacional

Los entendimientos jurisprudenciales antes señalados son de indudable referencia para comprender los alcances del acceso a la justicia en el sistema de control de constitucionalidad boliviano. Sin embargo, y en atención a la delimitación temática del presente trabajo, en esta oportunidad únicamente nos interesará desarrollar, con mayor amplitud, los aspectos más importantes acerca de la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad, su configuración constitucional y procesal, así como los datos relevantes de su desarrollo jurisprudencial.

En este sentido, debemos destacar que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 179.III de la CPE, "la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional", y que el artículo 196.I de la misma norma suprema prevé que este Tribunal "vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales". De estas dos disposiciones constitucionales se colige claramente cuál es el órgano encargado de administrar justicia constitucional en Bolivia, y cuáles son las funciones concretas y específicas que el constituyente le ha encargado para llevar adelante su labor jurisdiccional.

Entonces, de acuerdo con su configuración constitucional, es posible deducir que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido instituido como el *máximo guardián del bloque de constitucionalidad y supremo intérprete de la Constitución*[8] y, por

---

asignado(a). Asimismo, cabe dejar constancia de que los votos que consignamos aquí fueron seleccionados por contener criterios importantes para ser considerados, en relación con la temática planteada en este trabajo.

[8] El Tribunal Constitucional de Bolivia se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, como se infiere de las normas previstas por la ley fundamental. "Es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución". José Antonio Rivera Santiváñez, *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional* (Sucre: GTZ - PADEP, Unión Europea, AECI, 2007), 58-59.

ello, le han sido asignadas como funciones principales: *velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control plural de constitucionalidad* y *precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales*, asegurando así la primacía de la ley fundamental del Estado Plurinacional, la validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y la vigencia plena de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las personas.

Precisamente para el cumplimiento eficaz de esas funciones, el artículo 202 de la CPE –concordante con el artículo 12 de la Ley 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP)– enumera las competencias específicas atribuidas al TCP, para que este órgano desarrolle su labor jurisdiccional especializada[9] en una triple dimensión: el *control normativo* de constitucionalidad (sobre todas las disposiciones legales), el *control competencial* (sobre el ejercicio del poder político) y el *control tutelar* para resguardar la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

3. Alcances del control normativo de constitucionalidad

Ahora bien, respecto a los alcances del control normativo de constitucionalidad,[10] la SCP 1984/2014 de 13 de noviembre, asumiendo el entendimiento de las sentencias 0051/2005 de 18 de agosto y 0019/2006 de 5 de abril, reiteró que el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal abarca los siguientes ámbitos:

> a) La verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) La interpretación de las normas constitucionales, así como de la disposición legal sometida al control, desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) El desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y, d) La

[9] Cabe recordar que, según señalaba Hans Kelsen, "no es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional–". Cfr. Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional* (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2006).

[10] Esta línea jurisprudencial acerca de los alcances del control normativo de constitucionalidad en Bolivia tiene su base en la doctrina expuesta con anterioridad por el entonces magistrado del Tribunal Constitucional, doctor José Antonio Rivera, en su obra fundamental. Cfr. José Antonio Rivera Santiváñez, *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia* (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2001), 160-161.

> determinación de mantener (*o expulsar*) las normas de la disposición legal sometida al control.
>
> De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control (*valoración subjetiva*); lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, (*sino que por el contrario*) su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas.[11] (Entendimiento jurisprudencial reiterado por las sentencias 0336/2012 de 18 de junio, 0686/2012 de 2 de agosto y 0060/2015 de 16 de julio, entre muchas otras).

Esto implica, entonces, que a través del control normativo posterior de constitucionalidad lo que se pretende es verificar si las disposiciones legales impugnadas son compatibles con las normas, el sistema de valores supremos, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado. Asimismo, se debe interpretar la norma sometida a control y la norma constitucional desde y conforme a la Constitución; luego, realizar un juicio relacional entre la norma legal impugnada y las normas constitucionales, determinando el significado de la disposición legal sometida a control, con la finalidad de decidir si se habrá de mantener o será retirada del ordenamiento jurídico.

---

[11] Esto implica que, a través del control normativo posterior de constitucionalidad, se debe verificar si las disposiciones legales impugnadas son compatibles con las normas, el sistema de valores supremos, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado; interpretar la norma sometida a control y la norma constitucional desde y conforme a la Constitución Política del Estado; realizar un juicio relacional entre la norma legal impugnada y las normas constitucionales, determinando el significado de la disposición legal sometida a control con la finalidad de mantenerla o retirarla del ordenamiento jurídico. Ver SCP 0614/2014 de 25 de marzo, que declaró la *constitucionalidad* y, a su vez, la *inconstitucionalidad* de varios artículos de la Ley 315 de Seguro Privado de Vida e Invalidez Permanente por Accidentes, Enfermedades en General u otras Causas, para las Trabajadoras y los Trabajadores de la Prensa de Bolivia "Hermanos Peñasco Layme" de 10 de diciembre de 2012. Esta línea jurisprudencial también ha sido reiterada en la SCP 0025/2017 de 21 de julio, que declaró la *inconstitucionalidad* del artículo 129.II del CNNA –al ser incompatible y contradictorio con los artículos 13.I, 58, 60, 61 y 410.II de la CPE; 3 y 32 de la CDN; 1, 2 y 7 del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)–, así como la *inconstitucionalidad* por conexidad, en previsión del artículo 78.II.5 del CPCo, de los artículos 130.III; 131.I, III y IV; 133.III y IV; y 138.I del CNNA, en cuanto a la edad de diez años, consignada en dichos preceptos legales, para el trabajo infantil. Los mismos son incompatibles igualmente con las precitadas disposiciones constitucionales e internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, al no respetar la edad mínima especificada por Bolivia, en virtud a la ratificación del Convenio 138 de la OIT.

3.1. Consecuencia lógica: el control de constitucionalidad procede cuando la norma impugnada está en vigencia

De acuerdo con la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad que se ha descrito precedentemente, se puede deducir que esta es una acción constitucional de control correctivo o *a posteriori* de disposiciones legales que se encuentran en vigencia, cuya compatibilidad o incompatibilidad con los principios, valores, derechos fundamentales y normas orgánicas de la Constitución Política del Estado son determinadas por el TCP, *siempre y cuando las disposiciones legales promulgadas estén en plena vigencia*, en el momento de realizar el test de constitucionalidad, a efectos de depurar o no el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional, a través del AC 0310/2012-CA de 9 de abril, respecto de las normas que son objeto de contrastación normativa en las acciones de inconstitucionalidad, e interpretando el sentido del artículo 196.I de la CPE, señaló que es atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional velar por la supremacía constitucional,

> ... confrontando el texto de la norma impugnada con aquellos preceptos constitucionales que se acusan de infringidos, y en caso de verificar si existe contradicción en sus términos, se deberá proceder a la depuración del ordenamiento jurídico del Estado. Por consiguiente, esa labor de confrontación se debe ejercer necesariamente sobre normas vigentes que tengan vida en el referido ordenamiento jurídico del Estado.

Entonces, a efectos de establecer si procede o no el análisis de constitucionalidad sobre una ley que, estando vigente en el momento de plantearse su inconstitucionalidad, es con posterioridad retirada por otra ley que la abroga, de modo que al realizar el test de constitucionalidad la ley cuestionada ha desaparecido materialmente del ordenamiento jurídico, es preciso señalar que el control de constitucionalidad correctivo o *a posteriori* se ejerce a través de las acciones de inconstitucionalidad (abstracta y concreta). Por ello, la doctrina se refiere al control correctivo, debido a que este examen se ejerce cuando la ley ha sido sancionada y está en plena vigencia, de modo que, en caso de determinarse su incompatibilidad con las normas constitucionales, es posible corregir su contenido o retirarla del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución Política del Estado, lo que ya no es posible en caso de sobrevenir la abrogatoria de la ley cuestionada de inconstitucional, según el entendimiento jurisprudencial desarrollado en la SCP 1984/2014 de 13 de noviembre.[12]

[12] Este entendimiento fue reiterado en la SCP 0043/2020 de 16 de diciembre, donde se hizo constar además que la SCP 1850/2013 de 29 de octubre comprendió que "el control normativo de constitucionalidad por vía de acción de inconstitucionalidad abstracta, debe efectuarse sobre disposiciones legales vigentes y no así respecto a las que han sido derogadas o abrogadas; por cuanto, en esos casos se produce *la extinción del derecho por sustracción de materia*,

4. Peculiaridades normativas de la acción de inconstitucionalidad

En el ámbito de control normativo, y por mandato del artículo 132 de la CPE, "toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley" (nótese que, en la redacción del artículo, la inconstitucionalidad está configurada como un derecho y, luego, se remite expresamente a las reglas de procedimiento establecidas por la Ley 254, que aprueba el Código Procesal Constitucional). Y el artículo 133 de la misma Constitución previene que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

De una simple lectura de los preceptos constitucionales antes citados se pueden inferir con meridiana claridad las siguientes características jurídico-normativas:

a) La acción de inconstitucionalidad está prevista para el resguardo de la integridad del contenido de la ley fundamental, abriendo la posibilidad de impugnar la existencia de una norma jurídica contraria a la Constitución, con el único fin de lograr una depuración del ordenamiento jurídico (sin ser viable esta acción, para pretender demostrar la existencia de normas aparentemente contradictorias en el mismo texto de la Constitución, lo que en su caso deberá salvarse vía interpretación constitucional).[13]

---

así la SCP 0532/2012 de 9 de julio, señaló: 'El Tribunal Constitucional ha establecido que el control normativo de constitucionalidad, por la vía de la ahora acción de inconstitucionalidad abstracta, se debe desarrollar sobre una disposición legal vigente, no así sobre una que se encuentre derogada o abrogada, ya que en este caso se produce la extinción del derecho de la disposición legal, la que deja de tener vida en el ordenamiento jurídico del Estado".

[13] Cabe tener presente que la Constitución, al ser una ley de características muy peculiares, requiere además los métodos utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, el uso de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos, "el principio de unidad de la Constitución, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa en partes aisladas; el principio de concordancia práctica, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el principio de eficacia integradora, que enseña que si la norma promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el principio de eficacia o efectividad, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de principio de favorabilidad o *in dubio pro libertate*. Consiguientemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de compatibilidad no se reduzca sólo a preceptos

b) La sentencia constitucional que pueda llegar a emitir el TCP, solo puede declarar la "constitucionalidad" o la "inconstitucionalidad" de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, sin que exista posibilidad de que pueda declarar otra cosa distinta y no establecida por la Constitución, o que pueda emitir una decisión que tenga efectos no previstos en el ordenamiento jurídico.
c) Una vez realizado el test de constitucionalidad, y verificada la incompatibilidad de la disposición legal impugnada, ello ameritará la declaración de inconstitucionalidad de la misma, teniendo como consecuencia inmediata su expulsión del ordenamiento jurídico nacional, haciendo definitivamente "inaplicable la norma impugnada" en lo sucesivo (lo que no es lo mismo que declarar la inaplicabilidad de la Constitución) y surtiendo plenos efectos respecto a todos; vale decir, que el fallo que se emita tendrá efecto *erga omnes* (y no solo para el caso concreto).
d) Se reconoce la posibilidad de interposición de las acciones de inconstitucionalidad (abstracta y concreta), consideradas en una doble dimensión; es decir, como un derecho y como una garantía constitucional, de acuerdo con lo siguiente:
d.1) Con relación a la primera dimensión, la acción de inconstitucionalidad *es un derecho* de las personas individuales y/o colectivas para poder cuestionar una norma jurídica que sea contraria a la norma suprema, con la única condición o requisito de encontrarse afectada por la misma; es decir que la norma de la cual se sospecha su inconstitucionalidad, le cause algún perjuicio a sus intereses legal o constitucionalmente protegidos.
d.2) Respecto a la segunda dimensión, la acción de inconstitucionalidad *es una garantía* a favor del ciudadano, porque protege los principios de constitucionalidad y supremacía constitucional, reconocidos por el artículo 410 de la CPE, en virtud del cual "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa". Tomando en cuenta, a partir de esta disposición constitucional, que el principio de constitucionalidad supera al de legalidad, en la medida que toda ley, una vez promulgada, puede ser analizada, cuestionada e invalidada, como consecuencia de su confrontación con las normas, los principios y los valores de la norma suprema y los preceptos que conforman el bloque de constitucionalidad.[14]

---

aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno". Willman R. Durán Ribera, "La constitución vigente y sus leyes de desarrollo ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de derecho?", *Revista Boliviana de Derecho,* n.° 11, (2011): 6-23. http://bit.ly/1f9163W

[14] Esta nueva lectura objetiva de las normas previstas en la CPE ha sido descrita y fundamentada en diferentes votos emitidos por la magistrada Julia Elizabeth Cornejo Gallardo;

5. La tipología de las acciones de inconstitucionalidad

En el contexto antes descrito, cabe precisar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 del Código Procesal Constitucional (CPCo), en Bolivia se han regulado dos tipos de acciones de inconstitucionalidad:

1. Acción de inconstitucionalidad *de carácter abstracto* contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

Según el criterio del profesor José Antonio Rivera, la acción de inconstitucionalidad abstracta es precisamente una acción constitucional que tiene por finalidad realizar el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con valores, principios, derechos fundamentales y normas orgánicas previstas por la Constitución, con el objeto de lograr una *depuración del ordenamiento jurídico* del Estado. Ciertamente, se trata de una *acción abstracta*, porque la impugnación de la disposición legal se la plantea como una acción no vinculada a un caso concreto, es decir, independientemente de su proyección de aplicabilidad, o la existencia de un interés subjetivo; y es una *acción directa*, porque la persona o autoridad legitimada efectúa la impugnación de la disposición legal, de manera directa y sin condicionamiento alguno, es decir, sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un conflicto concreto de intereses.[15]

---

así, por ejemplo, resaltan los fundamentos expresados en los votos disidentes a las SSCCPP 0022/2019 de 24 de abril; 0036/2020 de 23 de septiembre, 0050/2021 de 1 de septiembre, 0057/2022 de 12 de septiembre, 0167/2023 de 20 de diciembre, entre muchos otros. Sin embargo, de nuestra parte, consideramos que es indudable la necesidad de que la acción de inconstitucionalidad, como mecanismo de control previsto en la Constitución, se encuentre al alcance de todos(as), abriendo la posibilidad de una legitimación activa amplia (popular), para que se logre efectivizar el acceso a la justicia constitucional por parte de la población, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, privilegiando así el principio de constitucionalidad frente a las arbitrariedades o los abusos en que pudieran incurrir las autoridades del poder público, a través de la aprobación de leyes contrarias a la Constitución y/o al bloque de constitucionalidad.

[15] "Es una acción constitucional que se articula al sistema de control correctivo o *a posteriori* de las disposiciones legales, pues a través de ella se busca la verificación de la compatibilidad de la disposición legal impugnada con los valores, principios, derechos fundamentales, y las normas orgánicas previstas por la Constitución, de manera que si se establece su incompatibilidad, se la retire del ordenamiento jurídico. Significa que el órgano de control de constitucionalidad corrige el acto legislativo inconstitucional, con posterioridad a la promulgación de la disposición legal respectiva, depurando de esa forma el ordenamiento jurídico del Estado". José Antonio Rivera Santiváñez, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia,* 3.ª ed. actualizada con la Constitución y la Ley 27 (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2011), 233.

2. Acción de inconstitucionalidad *de carácter concreto*, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo, cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

De acuerdo con Rivera Santiváñez, la acción de inconstitucionalidad concreta tiene la finalidad de someter al control de constitucionalidad una disposición legal, sobre cuya constitucionalidad surge una duda razonable y fundada, en aquellos casos concretos en los cuales debe ser aplicada para resolver un proceso judicial o administrativo, a objeto de que el órgano competente la someta a juicio de constitucionalidad para verificar su compatibilidad con la Constitución. Es una acción concreta, porque la aparente incompatibilidad de la disposición legal con la Constitución surge en la proyección aplicativa de esa disposición legal a un caso concreto que debe resolverse en un proceso judicial o administrativo.[16]

Entonces, el Tribunal Constitucional Plurinacional, sustentado en los principios de supremacía constitucional y de constitucionalidad (art. 410 de la CPE), se encuentra facultado –a través de la acción de inconstitucionalidad concreta y/o abstracta– para someter a control de constitucionalidad normativo posterior, una disposición legal de cuya constitucionalidad se tenga una duda razonable y fundada.

6. La acción de inconstitucionalidad abstracta y sus características

El control de constitucionalidad opera a través de las diversas acciones y recursos previstos en la Constitución Política del Estado. Una de ellas es la acción de inconstitucionalidad abstracta, que se constituye en un mecanismo a través del cual se someten a control distintas disposiciones legales, para establecer la compatibilidad o incompatibilidad de sus normas con las de la Constitución, con la principal finalidad de depurar el ordenamiento jurídico respecto a toda norma que sea contraria a los valores supremos, principios y derechos fundamentales, así como preceptos de la ley fundamental.

En este sentido, la acción de inconstitucionalidad abstracta se articula dentro del sistema de control correctivo de las disposiciones legales, constituyéndose en una *acción abstracta*, porque no está vinculada a la solución de un caso concreto

[16] "Esta vía de control concreto de constitucionalidad está abierta a todos los jueces y tribunales que integran el Órgano Judicial, así como a aquellas autoridades administrativas que sustancian los procesos administrativos, para que puedan plantear la acción cuando tengan una duda fundada y razonable sobre la constitucionalidad de una disposición legal o de algunas de sus normas, de cuya validez dependa la adopción de su decisión, con independencia de que lleguen a adoptar la decisión respectiva de promover la acción directamente o a petición de las partes". Rivera Santiváñez, *Jurisdicción constitucional*..., 251.

o, dicho de otro modo, a un conflicto de intereses, desentrañándose dicha característica de lo previsto en el artículo 73.1 del CPCo, que especifica los tipos de acción de inconstitucionalidad y señala que podrán ser "acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales".

Consiguientemente, esta clase de control se hace efectivo con posterioridad a la emisión de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, con la finalidad de retirarla del ordenamiento jurídico, previa verificación de su incompatibilidad con el texto constitucional (principios, valores, derechos, garantías y normas orgánicas). Un elemento que distingue a este control es su extensión hacia las *resoluciones no judiciales* con carácter normativo, que doctrinalmente son aquellas disposiciones jurídicas emanadas de autoridades gubernativas o públicas que contienen las características materiales de una norma jurídica, como la *generalidad*, aplicable a todos los sujetos cuya conducta se adecúa a los presupuestos de hecho previstos en la norma, es decir, debe aplicarse en un número indeterminado de casos en los que concurren los supuestos establecidos; la *autenticidad*, al haber sido dictada por autoridad legítima y competente; y la *obligatoriedad* en su cumplimiento, pues impera aún en contra de la voluntad de las personas. Consiguientemente, el control de constitucionalidad solo será posible o tendrá alcance respecto a disposiciones legales de contenido normativo.

En esa orientación, se pueden citar los autos constitucionales 0219/2012-CA, 0627/2012-CA y la SC 0033/2005 de 20 de mayo, último entendimiento que en forma textual señala que el Constituyente incluyó, como parte de las normas objeto del control de constitucionalidad, por esta vía, las resoluciones normativas caracterizadas precedentemente, conforme lo ha determinado el mismo Tribunal Constitucional, al señalar:

> ... teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del recurso de inconstitucionalidad que es de control normativo, sólo pueden ser impugnadas por esta vía aquellas resoluciones que tienen carácter normativo, es decir, aquellas que establezcan normas jurídicas, pues las resoluciones de carácter administrativo que resuelven casos concretos no forman parte de las normas objeto de control normativo de constitucionalidad por la vía del recurso de inconstitucionalidad (AACC 342/2004, 307/2004, 306/2004 y 305/2004, entre otros).

Otro de los elementos que se identifica es la abstracción de la norma, a cuyo efecto se debe considerar que la acción de inconstitucionalidad abstracta, según lo expuesto en la SCP 0532/2012 de 9 de julio,

> ... es una acción constitucional de control correctivo o *a posteriori*, de las disposiciones legales vigentes, acción a través de la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional, verifica la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales promulgadas, con los principios, valores, derechos

> fundamentales y normas orgánicas de la Constitución Política del Estado Plurinacional, con el objetivo de depurarla del ordenamiento jurídico, en caso de comprobarse su incompatibilidad. A su vez, se constituye en una acción directa, porque a través de ella la autoridad legitimada efectúa la impugnación sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un caso concreto.

Asimismo, de acuerdo con lo explicado por José Antonio Rivera, y según su naturaleza jurídica, esta acción forma parte del sistema de control de constitucionalidad de carácter normativo, y "éste sólo procede contra aquellas resoluciones que tengan el carácter normativo de alcance general […] en consecuencia resulta lógico inferir que esta acción no procede contra aquellas resoluciones administrativas emitidas para resolver situaciones o hechos concretos que pueden vulnerar los derechos fundamentales o garantías constitucionales consagrados en la Constitución".[17]

De lo relacionado anteriormente, se establece que la acción de inconstitucionalidad abstracta ha sido instituida para...

1. el control correctivo o posterior de estas disposiciones legales para la verificación de la compatibilidad con los preceptos de la Constitución Política del Estado;
2. corregir el acto normativo, depurando el ordenamiento jurídico;
3. ser planteada como una acción no vinculada a un caso concreto; es decir, sin injerencia alguna de intereses subjetivos;
4. ser directa o abstracta, porque las personas impugnan la disposición legal sin condicionamiento alguno; es decir, sin que esté vinculado a un caso concreto o supeditado a la solución de un conflicto particular, según lo desarrollado en la SCP 0443/2014 de 25 de febrero (entendimiento reiterado posteriormente por la SCP 0038/2021 de 7 de julio).

7. Desarrollo jurisprudencial sobre la acción de inconstitucionalidad abstracta

La SC 0048/2010 de 6 de diciembre ha establecido que la acción de inconstitucionalidad abstracta

> ... es una de las vías o medios jurisdiccionales de rango constitucional de control normativo correctivo o *a posteriori*; es decir, de normas vigentes, acción a través de la cual el Tribunal Constitucional analiza la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas, de diferentes

[17] Rivera Santiváñez, *Jurisdicción constitucional...,* 238.

> jerarquías y ámbitos jurídicos, con los principios, valores y normas de la Constitución Política del Estado, de tal manera que desaparezca la duda de constitucionalidad sobre dicha norma.

De igual manera, la SCP 0680/2012 de 2 de agosto estableció que en materia de control de constitucionalidad, la Constitución Política del Estado prevé un recurso idóneo para el *control objetivo* de las normas jurídicas con relación a preceptos, principios y valores contenidos en la norma suprema, y cuya finalidad es sanear o depurar el ordenamiento jurídico a través de un fallo con efectos derogatorios o abrogatorios de la norma que resulte incompatible. Así, en el artículo 202.1 de la CPE, entre las atribuciones fijadas para el Tribunal Constitucional Plurinacional, establece conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Adicionalmente, determina que la acción de carácter abstracto solo podrá ser interpuesta por la presidenta o presidente de la República, senadores(as), diputados(as), legisladores(as) y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas y, además, entre los legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad abstracta incorpora al defensor o defensora del pueblo conforme a lo previsto por el artículo 222.1 de la CPE.[18]

En el mismo sentido se ha pronunciado la SCP 1925/2012 de 12 de octubre, al señalar que el constituyente le ha conferido al Tribunal Constitucional Plurinacional el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que tiene entre sus finalidades la de ejercer el control de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, control que se instrumenta a través de las acciones de inconstitucionalidad –sea en la vía abstracta o concreta–, con carácter correctivo o *a posteriori*, con la finalidad de que el TCP someta las normas cuestionadas a un juicio de constitucionalidad para

---

[18] Estos fundamentos fueron desarrollados en la SCP 0206/2014 de 5 de febrero, que declaró la *inconstitucionalidad* del artículo 56 (Trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos) del Código Penal; del primer párrafo del artículo 245 (Atenuación por causa de honor) del mismo Código y de la frase "por causa de honor" del epígrafe de dicho artículo; de la frase "para encubrir su fragilidad o deshonra" del artículo 258 (Infanticidio), y de las frases "siempre que la acción penal hubiere sido iniciada" del primer párrafo y "autorización judicial en su caso", del párrafo tercero del artículo 266 (Aborto impune), manteniendo incólume en lo demás el citado artículo, conforme el procedimiento de denuncia establecido en el Fundamento Jurídico III.8.8 del fallo. Asimismo, declaró la *constitucionalidad* de los artículos 58 (Detención domiciliaria), 250 (Abandono de mujer embarazada) y 269 (Práctica habitual del aborto) del Código Penal, sujetos a una interpretación plural en los marcos previstos en el mismo fallo; y la *constitucionalidad* del artículo 263 (Aborto) del mismo Código, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico III.8.7 de la Resolución; además de declarar la *improcedencia* de la acción de inconstitucionalidad respecto a los artículos 254, 264, 265, 315 y 317. Por otro lado, el TCP dispuso exhortar tanto a la Asamblea Legislativa Plurinacional como al Órgano Ejecutivo, según se puede observar en la parte dispositiva de la referida Sentencia.

establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los valores supremos, principios fundamentales y normas de la Constitución Política del Estado.

Así, de acuerdo con la previsión constitucional inserta en el artículo 202.1 de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá en única instancia los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. De ahí que

> ... la acción de inconstitucionalidad, tiene como propósito expulsar del ordenamiento jurídico, toda norma que sea incompatible con la Constitución; en ese sentido, el art. 132 de la CPE, haciendo referencia de manera general a la acción de inconstitucionalidad, señala que toda persona, sea individual o colectiva, que se encuentre afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución, tendrá derecho a interponer la acción de inconstitucionalidad, conforme a los procedimientos desarrollados para ese fin. Por su parte, el art. 133 de la CPE, prevé sobre los efectos de la inconstitucionalidad, la declaración de la inaplicabilidad de la norma impugnada, teniendo efectos *erga omnes*; es decir, surte plenos efectos respecto a todos. (Línea jurisprudencial reiterada por la SCP 0082/2017 de 27 de noviembre)

Sobre este entendimiento, particularmente disentimos de su redacción, dado que la acción de inconstitucionalidad no puede tener como propósito mecánicamente establecido "expulsar" normas del ordenamiento jurídico. Lo cierto es que el propósito o finalidad esencial que persigue la acción de inconstitucionalidad consiste en la defensa de la integridad misma de la Constitución, depurando del ordenamiento jurídico todas aquellas normas que resulten incompatibles con la norma suprema, lo que tendrá como consecuencia inevitable la expulsión de las mismas, empero, previo juicio de constitucionalidad.[19] Entonces, debe entenderse que la expulsión

[19] En concordancia con este criterio, se ha pronunciado la SCP 0089/2015-S3 de 30 de septiembre, precisando lo siguiente: "En ese marco, es menester que el accionante explique con absoluta claridad y con la necesaria fundamentación las razones por las que se considera que una norma legal es contraria al texto de la Constitución Política del Estado, debiendo considerar que el objeto de una acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta es depurar aquella disposición legal que sea contraria al texto constitucional; por lo que no es suficiente precisar cuál es ese precepto legal, ya que la simple identificación por sí misma no constituye causal para que el Tribunal Constitucional Plurinacional pueda ingresar a realizar la contrastación correspondiente, a cuyo efecto se debe exigir que la parte accionante presente la respectiva acción de inconstitucionalidad debidamente fundamentada, explicando congruentemente las razones por las cuales considera que una determinada ley es contraria a la Norma Fundamental. Respecto a la debida fundamentación del cargo de inconstitucionalidad, la jurisprudencia constitucional, en el AC 0193/2012-CA de 6 de marzo, reiterando la SC 0050/2004 de 24 de mayo, señaló que: '[...] la ausencia de fundamentación, que es un elemento exigido por el inc. 3) de la norma citada, impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina

de normas constituye en realidad una consecuencia, y no así su finalidad directa o exclusiva de la acción.

En este sentido, cabe rescatar lo explicado por el jurista peruano César Landa, cuando señala que el proceso de inconstitucionalidad cumple tres roles: *pacificar*, *ordenar* y *valorar* los conflictos que se presentan cuando las normas legales son incompatibles con la Constitución.

En primer lugar, todo conflicto entre una ley y la Constitución genera una alta confrontación entre los órganos de producción de esas normas (en el caso de Bolivia, la Asamblea Legislativa, el Órgano Ejecutivo, los gobiernos autónomos departamentales y municipales) y los sujetos a quienes resulten aplicables, es decir, otros actores políticos, instituciones públicas, gremios de trabajadores, empresarias, grupos vulnerables, etcétera. De hecho, la aprobación de leyes que son incompatibles con la Constitución puede generar muchos conflictos políticos, sociales y económicos, por ejemplo, una reforma legal en materia de pensiones o sobre el empleo público. Por ello, el proceso de inconstitucionalidad viene a pacificar el conflicto cuando en la sentencia se establece que la ley cuestionada es compatible o no con la Constitución.

De otro lado, también persigue ordenar el conflicto, dado que el proceso de inconstitucionalidad se concibe como de carácter público, en donde las partes legitimadas pueden exponer libremente sus criterios, de tal forma que se puedan identificar las posiciones favorables y contrarias a la ley que se cuestiona.

Finalmente, en el proceso de inconstitucionalidad también se valoran no solo los distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley, sino también la conflictividad inmersa en el caso. Por ello, como órgano de control, el Tribunal debe valorar, al momento de resolver, los diversos intereses y posiciones en controversia, de modo tal que pueda sintetizarlas e integrarlas a partir de una interpretación armónica y unitaria de la Constitución[20] y del bloque de constitucionalidad,[21] como parámetro válido de control.

---

el recurso' entendimiento que fue complementado con la SC 0045/2004 de 4 de mayo, al establecer que: '[…] La expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas'". Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0007/2021 de 22 de febrero (Sala Plena). Esta Sentencia ha declarado la *inconstitucionalidad* de los literales c y f del artículo 290.I del Código Niña, Niño y Adolescente, por ser vulneratorios del principio-derecho-garantía de presunción de inocencia establecido en los artículos 116.I de la CPE, 8.2 de la CADH y 40.2 inc. b) i) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[20] César Landa Arroyo, *Derecho procesal constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018), 30.

[21] Como se ha explicado en otra oportunidad, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes elementos: i) la Constitución como norma jurídica, ii) los tratados y las convenciones internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, iii) las normas de derecho comunitario ratificadas por el país, iv) las sentencias emitidas por la Corte IDH como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional y v) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo

En el contexto boliviano, a través de la SCP 0614/2014 de 25 de marzo, el TCP realizó algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica de la acción de inconstitucionalidad abstracta y su configuración normativa en el Código Procesal Constitucional (CPCo), para concluir señalando que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, la acción de inconstitucionalidad abstracta es una acción constitucional de control correctivo, o *a posteriori*, de las disposiciones legales *vigentes*. Y, a través de ella, el TCP verifica que las disposiciones legales promulgadas sean compatibles o incompatibles con los principios, valores, derechos fundamentales y normas orgánicas de la CPE, con el objetivo de depurarlas del ordenamiento jurídico en caso de comprobarse su incompatibilidad. A su vez, se constituye en una *acción directa*, porque a través de ella la autoridad legitimada efectúa la impugnación, sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un caso concreto.

8. Desarrollo jurisprudencial en cuanto a la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad concreta

La SCP 1334/2014 de 30 de junio estableció la necesidad de la vinculación que debe existir entre la disposición cuestionada con la decisión que deba adoptar la autoridad judicial o administrativa en la Resolución del caso concreto a ser dilucidado dentro del proceso, considerando que la acción de inconstitucionalidad concreta surge como una *cuestión incidental*, previa a la aplicación de la norma impugnada en la resolución de un proceso concreto,

> ... siendo concreta ya que la aparente incompatibilidad de la disposición legal con la norma fundamental surge en la aplicación de la disposición legal a un caso concreto a momento de resolver un proceso judicial o administrativo; es decir, cuando una duda fundada y razonable sobre la constitucionalidad de una disposición legal o de algunas de sus normas, cuya validez depende la adopción de su fallo.

En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad concreta tiene por objeto el control de constitucionalidad de las disposiciones legales, sobre cuya constitucionalidad exista duda y tenga que ser necesariamente aplicada a la resolución del caso concreto dilucidado dentro el proceso judicial o administrativo. Vale decir que la condición para la procedencia y admisión de la acción es que la decisión que deba adoptar el juez, tribunal o autoridad administrativa debe depender de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

---

axiomático contemplado en el orden constitucional. Alan Vargas Lima, "Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia", *Estudios Constitucionales* 17, n.° 1 (2019): 363-396.

Bajo este mismo entendimiento, en el AC 0414/2014-CA de 18 de noviembre, se determinó:

> Del análisis del memorial de la acción de inconstitucionalidad concreta, se evidencia que el accionante no expone argumentos que generen una duda razonable acerca de la constitucionalidad de la norma impugnada, tampoco se advierte una fundamentación jurídico-constitucional que justifique el análisis correspondiente; por otro lado, el accionante impugna una disposición que ya fue aplicada en el caso concreto; es decir, no se advierte una vinculación necesaria entre la validez constitucional de la norma, con la decisión que deba adoptar la autoridad administrativa consultante, al haberse empleado el precepto legal cuestionado; siendo la presentación de la acción extemporánea, ingresando en una causal de rechazo conforme al art. 27.II inc. b) del CPCo. (Cfr. Auto Constitucional 0228/2021-CA de 1 de julio)

Por su parte, en su línea jurisprudencial con relación a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad concreta –antes denominada recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad–, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

> 1. La norma impugnada debe aplicarse necesariamente a la resolución "final" del proceso judicial o administrativo, impidiendo así el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad concreta en ejecución de sentencia, jurisprudencia que luego fue mutada en sentido que procedía en esta etapa del proceso.
>
> 1.a) En el AC 0337/2010-CA de 15 de junio, estableció: "…Desde una interpretación teleológica, el incidente de inconstitucionalidad tiene por finalidad que el sujeto procesal, es decir, las partes esenciales del proceso, tengan la facultad de que su situación jurídica sea definida en un plano de certeza y en aplicación de normas, que guardan coherencia con el orden constitucional, y el límite es la cosa juzgada, dado que sólo puede hacerse uso de dicha facultad, hasta antes de la ejecutoria, a objeto de que no sea utilizado como mecanismo de dilación procesal. Si se admitiese en ejecución de sentencia, se postergaría y se pondría en duda la decisión y básicamente la ejecución de la misma, adoptada por una autoridad competente, que actuó en representación del Estado. (...) En consecuencia, en los casos en que el incidente de inconstitucionalidad sea planteado en ejecución de sentencia, a solicitud de parte o de terceros, al no darse los presupuestos mínimos de procedencia y existir un límite legal al respecto, corresponde el rechazo, debiendo proseguir la fase ejecutiva del proceso correspondiente". En el mismo sentido el AC 0450/2010-CA, entre otros.
>
> 1.b) Posteriormente la SCP 2621/2012, muta el entendimiento jurisprudencial y establece que la acción concreta de inconstitucionalidad puede interponerse en ejecución de sentencia sobre normas aplicables en esta

etapa cuando la decisión del juzgador dependa de su constitucionalidad, más aún si no concurre prohibición alguna para que pueda interponerse en esta fase.

2. La acción de inconstitucionalidad concreta procede sólo cuando la norma será aplicada en la resolución final del proceso, por lo que debe rechazarse en la tramitación de excusas o recusaciones (AACC 0034/2010-CA y 0366/2010-CA). Entendimiento jurisprudencial que fue mutado en la SCP 0646/2012. Al respecto, si bien esta sentencia, no se constituye, en sí, en una sentencia cambiadora de línea o mutadora, en virtud a que el nuevo entendimiento no es utilizado en la resolución del caso; sin embargo, se la consigna como cambiadora o mutadora, en virtud a que la misma Sentencia establece que corresponde corregir el entendimiento anterior que limitaba la procedencia del recurso incidental de inconstitucionalidad a los supuestos en que la norma impugnada sería aplicada a la resolución final.
3. La jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional distinguió los términos proceso y procedimiento, concluyendo que el recurso incidental de inconstitucionalidad sólo podría ser promovido dentro de los procesos judiciales o administrativos (AACC 275/2006-CA, 0438/2006-CA); entendimiento que fue aplicado en los AACC 0037/2012-CA, 68/2012-CA, entre otros. Dicho razonamiento ha sido cambiado a partir de la SCP 646/2012, que señaló que para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad concreta es necesario que exista un proceso o procedimiento judicial o administrativo.[22]

9. La acción de inconstitucionalidad en la Comisión de Admisión del TCP

El Constituyente ha conferido el ejercicio de la jurisdicción constitucional al Tribunal Constitucional Plurinacional, que entre sus finalidades tiene la de ejercer el control (concentrado y plural)[23] de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos,

[22] Ficha jurisprudencial: SCP 0646/2012, https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/Ficha/4198

[23] Desde el año 2009, con la aprobación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, se ha configurado un sistema de control *concentrado y plural* de constitucionalidad, básicamente reflejado en la nueva composición del TCP, ahora integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Asimismo, la SCP 0300/2012 de 18 de junio ha precisado "que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina

cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Este control se instrumenta a través de las acciones de inconstitucionalidad, sean en la vía abstracta o concreta, con carácter correctivo o posterior, con la finalidad de que el Tribunal someta las normas cuestionadas a un juicio de constitucionalidad para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los valores supremos, principios fundamentales y normas de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, corresponde también considerar que la Comisión de Admisión del TCP debe desempeñar una función revisora acerca del cumplimiento de los requisitos y las condiciones que cada acción, recurso o consulta debe contener, para posteriormente admitirla o rechazarla, caso este último que solo se justifica en la inexistencia de uno de los requisitos de admisibilidad expresamente enumerados por la normativa vigente.

A este efecto, las normas previstas por el artículo 24.I del CPCo[24] establecen que todas las acciones de inconstitucionalidad deben contener:

---

cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional". Asimismo, un breve ensayo que desarrolla la fundamentación doctrinal de este tema, haciendo una breve referencia a la evolución histórica del control de constitucionalidad en Bolivia, así como los principales antecedentes de la creación del Tribunal Constitucional en el país, para luego examinar la configuración actual del sistema de control de constitucionalidad a partir de la Constitución aprobada el año 2009, hasta su más reciente manifestación jurisprudencial, como control de carácter concentrado y de naturaleza plural, distinta de otras formas de control existentes en el derecho comparado, puede encontrarse en Alan Vargas Lima, "La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 20 (2016): 369-404, http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.13

[24] Por otro lado, el artículo 24.II del mismo cuerpo legal alude a la intervención de abogado o abogada para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Al respecto, el AC 0071/2015-CA de 19 de febrero, citando el AC 0297/2013-CA de 30 de julio, con relación a la omisión de dicho requisito, señaló que "el escrito a través del cual planteó la acción de inconstitucionalidad […] no cuenta con firma de abogado o abogada, tal como manda el art. 24.II del adjetivo procesal constitucional; si bien se trata de un requisito de forma subsanable; empero, en el caso en análisis no corresponde exigir su cumplimiento en aras del principio de economía procesal denominado por la actual constitución como principio de concentración, el cual tiene la finalidad de reunir la mayor actividad procesal en el menor número de actos posibles; siendo que la carencia de fundamentos jurídicos constitucionales en la presente demanda; determina el rechazo de la misma, por lo tanto aún subsanada la deficiencia de forma como es la firma de un profesional de abogado, la acción intentada es manifiestamente inviable". En tal sentido, el razonamiento expuesto busca promover la vigencia permanente de los principios consagrados en los artículos 178 de la CPE y 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), donde se establece el deber de este último de resguardar los mismos, así como los derechos de los accionantes en el momento de interponer una acción constitucional. En el

> 1. Nombre, apellido y generales de ley de quien interpone la acción, demanda, consulta o recurso, o de su representante legal, acompañando en este último caso la documentación que acredite su personería. Además, deberá indicarse la dirección de un correo electrónico u otro medio alternativo de comunicación inmediata. 2. Nombre y domicilio contra quien se dirige la acción o recurso, cuando así corresponda. 3. Exposición de los hechos, cuando corresponda. 4. En las acciones de inconstitucionalidad, la identificación de la disposición legal y las normas impugnadas, así como las normas constitucionales que se consideren infringidas, formulando con claridad los motivos por los que la norma impugnada es contraria a la Constitución Política del Estado. 5. Solicitud, en su caso, de medidas cautelares. 6. Petitorio.

10. La necesidad de exponer fundamentos jurídico-constitucionales en la acción de inconstitucionalidad

Bajo el contexto normativo detallado anteriormente, y a tiempo de explicar la manera en que deben cumplirse los requisitos previstos en la normativa, la jurisprudencia constitucional –para el caso de la acción de inconstitucionalidad concreta– ha señalado, por ejemplo, que de acuerdo con el artículo 24.I.3 del CPCo, los hechos demostrarán la existencia de un proceso administrativo y/o judicial, lo que hace a la relevancia constitucional de la presunta inconstitucionalidad, que también es un requisito imprescindible para promover la acción de inconstitucionalidad concreta, conforme a las normas del artículo 79 del CPCo, mientras que el numeral 4, referido a la identificación de las normas impugnadas, hace al objeto de la demanda de inconstitucionalidad, de la misma forma que la enunciación de las normas constitucionales infringidas. Finalmente, la clara formulación de los motivos o fundamentos que sustentan la tesis de la inconstitucionalidad es el necesario marco argumentativo que justifica la existencia de relevancia constitucional en el tema concreto. Por ello, el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 24.I.4 del CPCo encuentra puntualización en el artículo 27.II del mismo Código, como una causal de rechazo de la acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta, disponiendo que toda acción, recurso o consulta debe ser rechazado por la Comisión de Admisión cuando carezca en absoluto de fundamentos jurídico-constitucionales que justifiquen una decisión de fondo.

De acuerdo con lo expuesto, ciertamente la Comisión de Admisión del TCP –conforme a procedimiento previsto en los artículos 26.II y 27 del CPCo–, una vez recibidos los antecedentes de la acción presentada, debe observar previamente el

---

caso concreto, si bien el memorial no cuenta con firma de abogado, en función del principio de seguridad jurídica al cual tiene derecho el accionante, corresponde otorgar certidumbre a lo expuesto en el escrito presentado. Cfr. Auto Constitucional 0239/2021-CA de 7 de julio.

cumplimiento de los requisitos de admisión de la acción (según lo previsto en el artículo 24 del CPCo) y, una vez verificado el cumplimiento de estos (o habiendo sido subsanados), recién podrá pronunciarse –mediante auto constitucional (AC)– sobre la admisión o rechazo de la misma, dado que la inobservancia de esos requisitos hace inviable el ejercicio de un verdadero control de constitucionalidad y amerita el rechazo de la acción.

Sin embargo, el rechazo de la acción podría ser la alternativa más adecuada –y la única legalmente posible– cuando se vea pertinente no entrar en el análisis de una acción de inconstitucionalidad que evidentemente carece de fundamentos jurídico-constitucionales que justifiquen una decisión de fondo,[25] pero, sobre todo, para evitar incurrir en una ilegalidad que tarde o temprano podría ocasionar graves consecuencias para el país, poniendo en serio riesgo la legalidad y la seguridad jurídica.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 27.II del CPCo prevé que la Comisión de Admisión rechazará acciones, demandas, consultas y recursos, no solamente cuando concurra la cosa juzgada constitucional, o cuando la acción sea presentada de forma extemporánea, sino también "c) cuando carezca en absoluto de fundamentos jurídico-constitucionales que justifiquen una decisión de fondo".

Asimismo, la jurisprudencia constitucional, a través del AC 0394/2015 de 5 de noviembre, haciendo referencia a lo establecido con anterioridad por la SCP 1785/2013 de 21 de octubre, explicó que la carencia de fundamentos jurídico-constitucionales alude a la falta de una operación argumentativa ineludible y necesaria, que debe estar basada en razonamientos constitucionales que sean suficientes –de acuerdo con el caso concreto que se analiza– para hacer germinar una duda sobre la adecuación de la norma demandada a los valores, principios y normas de la ley fundamental. Sin embargo, se ha aclarado también que esa no es una operación que dependa de la extensión de las páginas de la demanda o la acumulación de citas de doctrina y/o jurisprudencia en el memorial de la acción, sino que consiste básicamente en la exposición clara de razonamientos derivados de la interpretación de las normas de la Constitución Política del Estado, que configuren una duda razonable y justifiquen un examen de los argumentos, con el objeto de verificar si efectivamente la norma demandada de inconstitucional es o no conforme a los mandatos de la norma suprema.

---

[25] En este sentido, si bien el artículo 196.I de la CPE establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución y ejerce el control de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional ha establecido, de manera expresa, que "para que este Tribunal ejerza esta facultad, es necesario que las pretensiones de inconstitucionalidad se encuentren debidamente fundamentadas, cumplan con requisitos mínimos de argumentación, que hagan posible la contrastación de la norma impugnada con la Ley Fundamental; por ello, el art. 27.II del Código Procesal Constitucional (CPCo), faculta a la Comisión de Admisión rechazar las acciones cuando concurra la cosa juzgada constitucional; la acción o recurso sea presentado de manera extemporánea (en los casos en exista un plazo de caducidad); y, cuando la demanda carezca en absoluto de fundamentos jurídico-constitucionales que justifiquen una decisión de fondo". SCP 0057/2015 de 8 de julio.

11. Marco normativo y jurisprudencial respecto de las medidas cautelares en acciones de inconstitucionalidad

Para desarrollar este aspecto, es oportuno señalar que las medidas cautelares están previstas en el artículo 9 del CPCo, cuando establece lo siguiente: "El Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio o a petición de parte, a través de la Comisión de Admisión, podrá determinar las medidas cautelares que considere necesarias". Esta norma es concordante con lo dispuesto en el artículo 34 del mismo Código, que refiere: "En todo momento, la Jueza, Juez o Tribunal podrá determinar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de la restricción, supresión o amenaza de restricción, del derecho o garantía constitucional que, a su juicio, pueda crear una situación irreparable"; es decir, la medida referida debe estar dirigida a evitar un daño o amenaza a un derecho o garantía de la persona. De esa manera, se explica la razón por la cual los artículos transcritos que versan sobre medidas cautelares se encuentran, el primero, dentro de las facultades especiales que la ley le otorga al Tribunal Constitucional Plurinacional, y el segundo, forma parte de las normas comunes de procedimiento en las acciones de defensa.

Asimismo, el artículo 24.I del citado Código prevé que las acciones de inconstitucionalidad, conflictos de competencias y atribuciones, consultas y recursos deberán contener, entre otros, "5. Solicitud, en su caso, de medidas cautelares".

Sobre las medidas cautelares, el extinto Tribunal Constitucional –desarrollando el artículo 89 de la anterior Ley del Tribunal Constitucional (LTC), a través del AC 0627/2005-CA de 12 de diciembre, reiterado entre otros por el AC 0049/2007-RCA de 13 de febrero– expresó:

> … independientemente del fallo o resolución adoptada por el Tribunal de amparo, entre tanto no exista Resolución emitida por el Tribunal Constitucional, sea Auto o Sentencia Constitucional; es posible la presentación y consideración de la solicitud de adopción de medidas cautelares, siempre y cuando exista fundamento jurídico valedero y se esté ante un daño inminente, irremediable o irreparable; y a través de la misma se evite la consumación de la amenaza o restricción del derecho o la garantía en que se basa la demanda o recurso.

De este razonamiento se pueden colegir las circunstancias específicas para que sea procedente la solicitud de alguna medida cautelar.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional transitorio, a través de la SC 0664/2010-R de 19 de julio, desarrolló los supuestos que el/los peticionante(s) de una medida cautelar deben cumplir con el objeto de que la Comisión de Admisión pueda considerar dicha solicitud, a cuyo efecto es preciso que la solicitud de aplicación de medidas cautelares sea efectuada por el accionante de manera debidamente fundamentada, precisando con claridad cuando menos los siguientes aspectos: a) el o los actos que pretende no se ejecuten; b) el daño o perjuicio irreparable que podría producirse

de no adoptarse las medidas y c) la vinculación del hecho y el perjuicio o daño irreparable con el o los derechos que denuncia como vulnerados.

Bajo ese entendimiento, se debe resaltar también que el artículo 9 del CPCo establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional, de oficio o a petición de parte, podrá determinar las medidas cautelares en cualquier tipo de procesos, por lo que su presentación en acciones de control normativo se encuentra debidamente respaldada por el artículo citado. En ese sentido, conforme a la naturaleza que rige a las acciones de inconstitucionalidad abstracta, la medida cautelar está configurada para evitar la consumación de un daño inminente, irremediable e irreparable que podría generarse con la vigencia de la norma, en relación con derechos o garantías, principios o valores contenidos en la Constitución Política del Estado. Por ello, cuando las medidas cautelares sean pedidas por la parte accionante, su solicitud debe ser debidamente argumentada, indicando de manera expresa los motivos que obliguen a solicitar la aplicación de una medida cautelar, la cual será concedida siempre y cuando sea suficientemente acreditada y no exista otro medio de defensa que evite ese daño, de acuerdo con lo establecido en el AC 0298/2021-CA de 31 de agosto.

12. El control normativo de constitucionalidad no procede sobre preceptos que no tengan carácter normativo, general y abstracto

Al respecto, el AC 0407/2014-CA de 18 de noviembre determinó que, en el control normativo de constitucionalidad, la facultad impugnativa está restringida únicamente a preceptos que cumplan con las características de normatividad, generalidad y abstracción, lo que significa la expresión de la potestad de enjuiciar una disposición normativa con abstracción de hechos concretos. Así, la norma impugnada debe tener un ámbito de aplicación con alcance para toda la población y no así para determinadas personas. En este sentido,

> ... el actual Tribunal Constitucional Plurinacional, en los AACC 0219/2012-RCA de 12 de diciembre y 0627/2012-CA de 28 de junio, rechazó la acción de inconstitucionalidad abstracta, al considerar que los preceptos impugnados no tenían las características de abstracción y generalidad; sin embargo, cabe precisar que la problemática que fue resuelta por los referidos Autos Constitucionales, tenían como problema jurídico la impugnación –vía acción de inconstitucionalidad abstracta– de resoluciones administrativas y municipales, respectivamente; sin embargo, fue la SCP 0443/2014 de 25 de febrero, que declaró la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad abstracta planteada contra los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Ley 4026 de 15 de abril de 2009, entendiendo que dicha ley hacía referencia a casos concretos y, por lo tanto, no reunía los requisitos de abstracción y generalidad.

En ese marco, se debe tener en cuenta que la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional ha establecido que las demandas de inconstitucionalidad deben ser promovidas contra normas que cumplen con los requisitos de *generalidad* y *abstracción*; es decir, sobre preceptos que tienen carácter normativo y de aplicación general, pero no así sobre normas con alcance particular, destinadas a resolver un problema en concreto, de acuerdo con el entendimiento reiterado en el AC 0298/2021-CA de 31 de agosto.

13. La debida fundamentación como requisito de admisión de las demandas de inconstitucionalidad

Sobre la necesidad de que exista una debida fundamentación para considerar los argumentos de una presunta inconstitucionalidad de la norma aplicable a un caso concreto, el AC 0441/2014-CA de 4 de diciembre estableció que si la acción de inconstitucionalidad concreta se pretende activar a solicitud de alguna de las partes, entonces, el peticionante debe efectuar una fundamentación clara y precisa, acorde con las exigencias establecidas en el Código Procesal Constitucional, a fin de que la jurisdicción constitucional adquiera una duda razonable sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma legal impugnada, lo que implica precisar con claridad la expresión de motivos que resalten las razones por las que se considera que la norma impugnada es contraria al orden constitucional vigente. En consecuencia,

> ... la fundamentación exigida en el art. 24.1.4 del CPCo, cuyo incumplimiento es sancionado con el rechazo de la acción, conforme estipula el art. 27.II. inc. c) del mismo Código, no consiste en la mera identificación de preceptos constitucionales y legales y, menos en la simple trascripción de textos doctrinales y jurisprudenciales, sino que, cuando se pretende promover la acción de inconstitucionalidad concreta a petición de una de las partes, el solicitante debe exponer de manera fundada y precisa, explicando en qué medida el contenido normativo demandado de inconstitucional infringe las normas constitucionales.

Asimismo, la SC 0045/2004 de 4 de mayo estableció, a su vez, que si la acción de inconstitucionalidad concreta se pretende activar de oficio por la autoridad consultante, emitiendo al efecto una resolución, en esta se deben desarrollar los fundamentos jurídicos y constitucionales necesarios para su examen. De ahí que

> ... la expresión de los fundamentos jurídico constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas, sino que es imprescindible que la autoridad judicial o administrativa exprese el razonamiento que le conduce

> a cuestionarlas, es decir, los motivos o razones de la inconstitucionalidad; también es imprescindible que se exprese y justifique en qué medida la decisión que debe adoptar el Juez o Tribunal depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada.

Además, considerando que el AC 0312/2012-CA de 9 de abril refirió que la inobservancia de estos requisitos hace inviable el ejercicio de un verdadero control de constitucionalidad y determina el rechazo del recurso.

14. La improcedencia de una solicitud de inconstitucionalidad sobre la totalidad del contenido de una norma

El AC 0286/2014-CA de 28 de agosto, a tiempo de analizar el cumplimiento de los requisitos de admisión de una acción de inconstitucionalidad (abstracta), estableció que cuando se demanda la inconstitucionalidad de una disposición legal, se tienen que precisar con detalle los argumentos por los cuales considera que esta contradice la ley fundamental, anotando todos los aspectos concernientes a la supuesta objeción del texto constitucional; solo así, será posible que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de la acción de inconstitucionalidad formulada. Y respecto al caso concreto, expresó lo siguiente:

> Por otra parte, el accionante en los argumentos esgrimidos, de manera general interpone su acción contra la totalidad del DS 28761, sin indicar concretamente que vaya dirigida contra algún o algunos preceptos específicos, recalcando en su petitorio que impugna el referido Decreto Supremo en toda su integridad; omisión que se constituye en un impedimento para que este Tribunal pueda someter al control de constitucionalidad una disposición legal refutada en su totalidad y contrastarla con los preceptos, principios y valores de la Ley Fundamental, dado que no se puede demandar de inconstitucional de una norma *in extenso*, sin el fundamento jurídico-constitucional, aspecto que deviene en la falta de fundamentación jurídico-constitucional.

Este entendimiento ha sido reiterado, a su vez, en el AC 0216/2018-CA de 28 de junio, a tiempo de analizar el cumplimiento de los requisitos de admisión de una acción de inconstitucionalidad (concreta), lo que significa que es aplicable indistintamente en ambos tipos de acciones, según sea el caso.

15. El control normativo de constitucionalidad y la imposibilidad del ejercicio de control de legalidad a través de la acción de inconstitucionalidad

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el control normativo de constitucionalidad –que puede ser activado a través de la acción de inconstitucionalidad en sus facetas abstracta o concreta– tiene la finalidad de velar por la supremacía no solo de la Constitución, sino también del bloque de constitucionalidad vigente, por cuanto el ejercicio del control de constitucionalidad, a través del examen constitucional realizado en relación con normas generales infraconstitucionales, tiene la finalidad de verificar su compatibilidad con la Constitución Política del Estado. De evidenciarse contradicción con algunos de los contenidos del bloque de constitucionalidad, en resguardo del principio de supremacía constitucional –eje esencial del Estado constitucional de derecho–, las decisiones emanadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional tendrán efectos abrogatorios o derogatorios, según la inconstitucionalidad sea total o parcial, sin perjuicio de las modulaciones a los efectos del fallo que pudiera realizarse a consecuencia de asegurar una real irradiación del régimen constitucional en el orden jurídico-social imperante.

En el marco de lo señalado, el control normativo de constitucionalidad, encomendado por la función constituyente al Tribunal Constitucional Plurinacional, difiere sustancialmente del control de legalidad, el cual, en mérito del diseño y los roles propios del sistema plural de control de constitucionalidad, no puede ser encomendado a este, porque se generaría una disfunción orgánica.

> Así las cosas, las normas generales cuya constitucionalidad sea cuestionada, serán examinadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través del ejercicio del control de constitucionalidad en su ámbito normativo, para verificar así su compatibilidad o incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad imperante; empero, los conflictos emergentes de contenidos normativos plasmados en disposiciones infra-constitucionales, que impliquen una interpretación de aplicación normativa y que no generen una directa relación de análisis de compatibilidad entre la norma cuestionada y el bloque de constitucionalidad, son problemáticas que se enmarcan en el ámbito del control de legalidad, por tanto, en resguardo a una coherencia orgánica, tal como se dijo precedentemente, no podrán ser analizadas a través del control normativo de constitucionalidad, por lo que, en casos en los cuales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, evidencie que la denuncia o denuncias realizadas a través de la acción de inconstitucionalidad en su faceta abstracta o concreta, se encuentran circunscritas a un conflicto de legalidad, esta instancia deberá, sin ingresar al análisis de fondo de la problemática, declarar la improcedencia de la acción. (Cfr. SCP 0923/2013 de 20 de junio)

16. Condiciones de procedencia de la acción de inconstitucionalidad

La jurisprudencia constitucional, a través de la SCP 0300/2012 de 18 de junio, ha precisado que el control de constitucionalidad en general efectuado por el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las personas, contra las determinaciones del legislador –en el ámbito normativo– que los vulneren, al ser contrarias a las normas constitucionales. De esta forma, garantiza que todas las disposiciones legales que rigen el ordenamiento jurídico del Estado estén sometidas a los valores supremos, principios, preceptos y normas establecidas en la Constitución.

En este marco, se tiene claro que mediante el control correctivo de constitucionalidad se procede a sanear el ordenamiento jurídico, estableciéndose que alguna disposición legal o cualquiera de sus normas es contraria a la Constitución, anulándola y retirándola así del ordenamiento jurídico.

> ... y bajo una interpretación lógica, se debe tomar en cuenta que para impugnar una norma presuntamente inconstitucional, el contenido de la misma, no tiene que estar supeditada directa o indirectamente a los efectos y alcances de otra norma jurídica emitida posteriormente y la cual refleje un grado de condición al sentido teleológico de la primera norma, pues no tendría sentido ni pertinencia jurídica, pronunciarse sobre una disposición legal o norma, cuya materialización de sus efectos jurídicos en el ordenamiento, se encuentre subordinada a una nueva ley, imposibilitando así al Tribunal, realizar el control correctivo de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma –sometida– en su efectividad y plenos efectos a otra que por naturaleza previamente debe dilucidarse en su alcance jurídico.
>
> Ello implica –según el Tribunal Constitucional Plurinacional– que la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales, es que las mismas se encuentren vigentes, o que su contenido no hubiere sido modificado, o su validez no esté supeditada por otra norma jurídica o condición; es decir, que no hayan sido sustituidas o condicionadas en su contenido esencial por otra norma jurídica –de manera explícita o tácita–; pues, atendiendo a la finalidad de esta acción, que es precisamente depurar el ordenamiento jurídico de normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una, cuya eficacia está condicionada por otra norma posterior.

De lo referido se concluye la imposibilidad material de que el Tribunal Constitucional Plurinacional efectúe control normativo y se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de *una norma supeditada a la condición de otra que jurídicamente la complementa;* por ende, su consideración no puede hacerse efectiva si su contenido normativo está supeditado o condicionado por otra norma jurídica posterior.

Asimismo, en una de las *ratios decidendis* de la misma SCP 0300/2012, citada precedentemente,[26] se estableció que la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales es que estas se encuentren vigentes o que su contenido no hubiere sido modificado; es decir, que no hayan sido derogadas o modificadas por otras normas –de manera explícita o tácita–, pues, de acuerdo con la finalidad que persigue esta acción, consistente precisamente en depurar del ordenamiento jurídico aquellas normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una norma que ya no forma parte del ordenamiento jurídico o que, aun formando parte de él, ha sido modificada por una norma posterior, en la parte del texto que precisamente es cuestionado a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta.

> … Ello implica –precisa la misma Sentencia–, la imposibilidad material de que el Tribunal Constitucional Plurinacional, efectúe control normativo y se pronuncie sobre lo constitucional o inconstitucional de una norma que no forma parte del ordenamiento jurídico, por ende su consideración carece de relevancia constitucional –en términos de control normativo de constitucionalidad– dado que ello resultaría una mera enunciación declarativa y no constitutiva, por cuanto la norma ya no está vigente.

En este sentido, a través de la SCP 0068/2016 de 6 de octubre –citando a la SCP 0532/2012 de 9 de julio–, el TCP dejó establecido que el control normativo de constitucionalidad, por la vía de la acción de inconstitucionalidad abstracta, se debe desarrollar sobre una disposición legal vigente, no así sobre una que se encuentre derogada o abrogada, ya que en este caso se produce la extinción de derecho de la disposición legal y, en consecuencia, deja de tener vida en el ordenamiento jurídico del Estado:

> … En este sentido también se ha pronunciado la SC 0031/2004 de 7 de abril, que dispone: "El objeto del recurso es el examen de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, lo que supone que el órgano encargado del control procede a examinar las normas cuestionadas para contrastarlas con las normas previstas en la Constitución; pues debe tenerse en cuenta que la inconstitucionalidad de una norma jurídica corresponde siempre a una colisión entre ella y las normas o preceptos de la Constitución. De manera que

[26] Entre sus fundamentos jurídicos, esta sentencia también estableció lo siguiente: "Desde el procedimiento legislativo, la consulta previa a los pueblos indígenas debe ser observado, dado que esa omisión afecta el contenido de la norma, produciendo una inconstitucionalidad; sin embargo, cuando una norma se promulgó sin cumplir con dicho requisito, pero a su vez el legislador ordinario emite otra norma con el objeto de someter a consulta la primera, en los hechos, se está determinando que la validez de la primera se encuentra supeditada a la consulta que el legislador ordinario ha determinado con objeto de someter a consulta la primera".

> el control normativo de constitucionalidad, por la vía del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, se desarrolla sobre una disposición legal vigente, no así sobre una que se encuentra derogada o abrogada, ya que en este último caso se produce la extinción de derecho de la disposición legal, la que deja de tener vida en el ordenamiento jurídico del Estado". (Auto Constitucional 0083/2020-CA de 28 de mayo)

Conclusiones

Como se puede advertir, en esta breve revisión jurisprudencial se ha intentado reunir solo algunos de los diversos entendimientos jurisprudenciales más relevantes establecidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, y que son de indudable referencia para comprender los alcances del control de constitucionalidad normativo y su importancia en el contexto boliviano. Sin embargo, también son –o deberían ser– de imprescindible consideración por parte de los litigantes, al momento de plantear la acción, alegando una presunta inconstitucionalidad de la disposición legal aplicable al caso concreto, así como también por los mismos jueces ordinarios o autoridades administrativas, al momento de conocer y resolver los diversos casos que se someten a su conocimiento –que se traducen en procesos judiciales o administrativos–, en cuya tramitación y decisión deban utilizar disposiciones legales que posiblemente tengan indicios de inconstitucionalidad.

En este sentido, es útil señalar que al plantear una acción de inconstitucionalidad de una disposición legal ordinaria, con el objeto de que se declare su inconstitucionalidad por supuestamente contraponerse a la Constitución Política del Estado, y así dicha norma sea expulsada del ordenamiento jurídico vigente, no solo basta con precisar cuál es la norma o normas constitucionales que supuestamente son vulneradas por la norma demandada de inconstitucional, ya que dicho aspecto, por sí mismo, no es una causal para que el Tribunal Constitucional Plurinacional pueda realizar la contrastación normativa correspondiente. En todo caso, deben cumplirse los requisitos exigidos en la normativa procesal constitucional, teniendo en cuenta que el accionante tiene que fundamentar la acción, explicando con claridad la contradicción y de qué manera se produce la afectación directa de principios, valores, derechos o garantías previstos en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad, que resulta un parámetro válido de control.

Asimismo, y respecto de la fundamentación, la jurisprudencia constitucional ha establecido con claridad que la ausencia de esta impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas por la norma impugnada, sino que

es imprescindible también establecer la contradicción, a fin de generar una duda razonable y suficiente acerca de su inconstitucionalidad.

En este contexto, en aplicación de los precedentes jurisprudenciales antes descritos, la expresión de fundamentos jurídico-constitucionales, al momento de promover una acción de inconstitucionalidad concreta, constituye un requisito esencial para que el Tribunal Constitucional Plurinacional entre a analizar de fondo y efectúe el control de constitucionalidad que se demanda, para cuyo análisis y resolución, precisa de la existencia de la carga argumentativa, expuesta por quien activa la acción de inconstitucionalidad, basada en razonamientos constitucionales que sean suficientes para establecer una duda razonable sobre la adecuación de la norma impugnada a los valores, principios y normas constitucionales, y así haga justificable un examen de fondo, a efecto de verificar si la impugnación es conforme o no a las normas de la Constitución Política del Estado.

Bibliografía

Doctrina

Durán Ribera, Willman. "La constitución vigente y sus leyes de desarrollo ¿guardan compatibilidad con la idea Estado de derecho?". *Revista Boliviana de Derecho*, n.° 11 (2011): 6-23.

Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional*. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2006.

Landa Arroyo, César. *Derecho procesal constitucional*. Colección lo Esencial del Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2001.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional.* Sucre: GTZ – PADEP, Unión Europea, AECI, 2007.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia,* 3.ª ed. actualizada con la Constitución y la Ley 27. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2011.

Vargas Lima, Alan. "La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 20 (2016): 369-404. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/54272

Vargas Lima, Alan. "Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia". *Estudios Constitucionales* 17, n.° 1 (2019): 363-396. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100363

Vargas Lima, Alan. "El derecho de acceso a la justicia constitucional y la reconducción procesal de las acciones de defensa en Bolivia". En *Anuario de Derecho*

Constitucional Latinoamericano, 323-345. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2022. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/41156

Normativa y jurisprudencia

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0532/2012 de 9 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1478/2012 de 24 de septiembre de 2012.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1850/2013 de 29 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014 de 5 de febrero de 2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero de 2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0614/2014 de 25 de marzo de 2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril de 2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0057/2015 de 8 de julio de 2015.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0089/2015-S3 de 30 de septiembre de 2015.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0025/2017 de 21 de julio de 2017.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1126/2019-S2 de 18 de diciembre de 2019.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0043/2020 de 16 de diciembre de 2020.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0007/2021 de 22 de febrero de 2021.

Eje 2. Aportes sustanciales a la democracia y al Estado de derecho (casos, prácticas, estándares)

- Julio César Cordón Aguilar (Guatemala)
  Objeto, alcances e impacto de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas consideraciones
- Abigail Duval (Bolivia)
  El *amicus curiae* como expresión democrática: una mirada crítica
- Eleonora Mesquita Ceia (Brasil)
  Amanda Beatriz Colares Lessa (Brasil)
  Marcelo da Costa Braga (Brasil)
  Rafael Silva de Oliveira (Brasil)
  Vitoria da Costa Pestana (Brasil)
  A atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mediante litígios estratégicos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Eliziane Fardin de Vargas (Brasil)
  Litigância estratégica e o papel transformador do Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construção do direito da antidiscriminação no Brasil
- Roselis Díaz de Freitas (Venezuela)
  Anselmo Coelho Hernández (Venezuela)
  La elección popular de jueces: un análisis sobre su incompatibilidad con la independencia judicial
- Bruno A. Fidelin Bresciani (Uruguay)
  Manuela Castellanos Leguisamo (Uruguay)
  Reforma de la jurisdicción contencioso-anulatoria y consolidación del Estado de derecho en Uruguay: una aproximación en clave constitucional
- Pablo David Portilla Obando (Ecuador)
  Juicios políticos y muerte cruzada en Ecuador: ¿amenazas o mecanismos legítimos para la democracia? Una comparación con Colombia
- Diego Rafael Andrade (Ecuador)
  El doble conforme en materia penal según la Corte Constitucional del Ecuador. Un análisis jurisprudencial
- Danna Valentina Romero Garzón (Colombia)
  María José Ortiz (Colombia)
  María Fernanda Castillo (Colombia)
  Evolución de la protección constitucional del medio ambiente: una construcción desde la jurisprudencia constitucional

- Martín Canessa Zamora (Chile)
  Catalina Melgarejo Espina (Chile)
  La ilegitimidad de los límites legales a la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa: un análisis desde los derechos humanos a la igualdad y al trabajo
- Víctor Manuel Collí Ek (México)
  Esterilizaciones forzadas en Perú. La decisión del Cedaw: implicaciones jurisprudenciales y lecturas teóricas
- Mijhail Pavel Pardo Lafuente (Bolivia)
  ¿Infancia bajo vigilancia? Sobre la protección del derecho a la autodeterminación informacional de las personas menores de edad en contextos digitales
- Walter Cristopher Flores Velásquez (Chile)
  Tensiones y desafíos en la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres y de los pueblos indígenas. El caso de la Ley Pascua desde la óptica del Tribunal Constitucional de Chile

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 221-248, ISSN 2346-0849

Julio César Cordón Aguilar* **(Guatemala)**

Objeto, alcances e impacto de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas consideraciones**

RESUMEN

La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha significado el ejercicio de una función dirigida a procurar la más amplia protección de los derechos humanos, con innegables impactos en los Estados de la región. En el desarrollo de esta competencia, la Corte IDH lleva a cabo una labor de interpretación jurídica en sede judicial, dirigida a desentrañar el sentido y los fines de las normas internacionales en materia de derechos humanos, con el propósito de fortalecer las obligaciones de respeto y garantía a cargo de los Estados, y de coadyuvar en las tareas propias que, en este ámbito, corresponden a las instancias internacionales. En el desarrollo de su función, la Corte IDH tiene un amplio margen de discrecionalidad para determinar la pertinencia y oportunidad de emitir un pronunciamiento, lo que le ha permitido definir y reconfigurar el objeto y los alcances de esta competencia.

Palabras clave: opinión consultiva; derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

* Abogado, máster y doctor en Derecho. Catedrático y exletrado de altas cortes. Director del Instituto de Justicia Constitucional, consultor de la Corte IDH y decano en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. jccordon@url.edu.gt / https://orcid.org/0000-0001-5408-0948.

** Este artículo fue elaborado originalmente como ponencia para ser presentada en el seminario "Evolución en la protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", desarrollado el 6 de marzo de 2025 en la ciudad de Guatemala y organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Rafael Landívar. Para actualizarlo, a dicha ponencia se agregaron las últimas tres opiniones consultivas emitidas y publicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (OC-30/25, OC-31/25 y OC-32/25).

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Purpose, Scope, and Impact of the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights: Some Considerations

ABSTRACT

The advisory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (IAHR Court) has implied exercising a function aimed at securing the broadest possible protection of human rights, with undeniable impacts on the states of the region. In the exercise of this jurisdiction, the IAHR Court undertakes legal interpretations in the judicial sphere for the purpose of unpacking the meaning and purposes of international human rights norms. The goal is to strengthen the state's obligations to respect and guarantee human rights and to contribute to the specific work that corresponds to international bodies in this area. In carrying out this function, the IAHR Court has a broad margin of discretion to determine the relevance and appropriateness of issuing a ruling, which has allowed it to define and reconfigure the purpose and scope of this jurisdiction.

Key words: Advisory opinion; human rights; Inter-American Court of Human Rights.

Überlegungen zu Gegenstand, Umfang und Wirkung von Rechtsgutachten des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Die Begutachtungskompetenz des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) beinhaltet die Ausübung einer Funktion mit dem Ziel eines möglichst umfassenden Menschenrechtsschutzes, die eine unverkennbare Wirkung in den Staaten der Region entfaltet. Bei der Ausübung dieser Kompetenz nimmt der IAGMR vor Gericht eine Rechtsauslegung vor mit dem Ziel, Sinn und Absicht der internationalen Normen auf dem Gebiet der Menschenrechte zu erklären, um die staatlichen Verpflichtungen zu ihrer Einhaltung und Gewährleistung zu unterstreichen und einen Beitrag zu den Aufgaben zu leisten, die den internationalen Instanzen auf diesem Gebiet obliegen. Bei der Ausübung seiner Aufgaben verfügt der IAGMR über einen großen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Relevanz und Aktualität einer Stellungnahme, was es ihm ermöglicht, den Gegenstand und Umfang dieser Kompetenz zu definieren und neu zu gestalten.

Schlüsselwörter: Begutachtungskompetenz; Menschenrechte; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

Introducción

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sin duda generan un escenario de amplias discusiones en torno a esta competencia del Tribunal regional, especialmente en lo que concierne a los alcances que la propia Corte ha ido configurando con cada uno de los 32 pronunciamientos

que, en ejercicio de esta función, ha dictado a la fecha. Asimismo, no deja de resultar interesante examinar el impacto que la competencia consultiva de la Corte IDH ha tenido en los Estados de la región americana.

Sin ánimo de adelantar el contenido de este trabajo, desde ya puede afirmarse que la función consultiva de la Corte IDH ha sido un espacio de oportunidad muy bien aprovechado por dicho órgano con miras a asegurar el propósito último del sistema interamericano, que no es otro que garantizar la máxima protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, como la propia Corte lo ha afirmado.

El artículo se estructura en torno a tres grandes temas: a) el objeto y los alcances de la función consultiva de la Corte IDH, b) algunos datos de interés acerca del ejercicio de la función consultiva por la Corte IDH y c) el impacto de las opiniones consultivas en la protección de los derechos humanos en la región.

1. Objeto y alcances de la función consultiva de la Corte IDH

Para abordar este primer tema es necesario exponer conceptos básicos sobre la Corte IDH y su competencia consultiva, lo que permitirá describir un contexto útil para la mejor comprensión de este trabajo.

Sobre el objeto de la función consultiva de la Corte IDH, no está de más recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que es el tratado interamericano marco que instituye al Tribunal y define sus competencias, prevé en su artículo 64 esta competencia,[1] la que es ejercida conjuntamente con la función contenciosa (arts. 62.3 y 63.1),[2] que incluye la supervisión de cumplimiento

[1] Artículo 64 de la CADH:

"1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

[2] Artículos 62 y 63.1 de la CADH:

"Artículo 62. […] 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada".

de las medidas de reparación ordenadas,[3] y la función de dictar medidas provisionales ante situaciones de extrema gravedad, urgencia y que puedan derivar en daños irreparables para las personas (art. 63.2).[4]

Conforme al artículo 64.1 de la CADH, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americano (OEA) podrán "consultar a la Corte acerca de la interpretación" de la misma Convención "o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". Pueden también formular dicha consulta, siempre que tenga relación con su ámbito de competencias, los órganos previstos en el capítulo X de la Carta de la OEA (reformada por el Protocolo de Buenos Aires, 1967), a saber: la Asamblea General de la Organización, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Secretaría General, las conferencias especializadas y los organismos especializados.

De igual forma, el artículo 64.2 de la CADH dispone que la Corte, a solicitud de algunos de los Estados miembros de la OEA, "podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

Cabe aclarar que la función consultiva no configura una competencia prevista únicamente en la CADH. Desde 1945, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas prevé la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para opinar "sobre cualquier cuestión jurídica" planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, y sobre "cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de [las] actividades" de otros órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados autorizados por la Asamblea General. Incluso, de manera previa, el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1921) que funcionó de 1921 a 1946 en el marco de la Sociedad de las Naciones, incorporaba la competencia de emitir opiniones consultivas (art. 65).

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), también se ha reconocido la función consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (art. 47 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950) y a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 4 del Protocolo de la Carta Africana de 1988).

---

[3] Artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH:

"Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal. 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes".

[4] Artículo 63 de la CADH:

"… 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

Sobre el ejercicio de la competencia consultiva en el derecho internacional, la CIJ señaló en una opinión emitida en 1950, que la respuesta que ofrece un tribunal internacional ante una solicitud de opinión "es solo de carácter consultivo" y "como tal, no tiene fuerza vinculante".[5] Esto, como habrá oportunidad de señalarlo más adelante, no responde ya, en su esencia, a la interpretación que ha desarrollado la Corte IDH sobre los alcances de su propia función consultiva.

Por su parte, en el plano interamericano, en la primera opinión consultiva dictada, la OC-1/82,[6] la Corte IDH definió con precisión los fines y algunos límites de esta competencia. En tal sentido, señaló que la finalidad de su función consultiva es "coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA" (párr. 25).

En el mismo pronunciamiento de 1982, la Corte IDH afirmó que su función consultiva era "la más amplia" que se había confiado a un tribunal internacional, pudiendo, por esta vía, interpretar no solo la CADH, sino "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora" (párr. 14). Lo anterior, según opinó la Corte IDH, le permite atender consultas "sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos" sin importar que "sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de este" (párr. 48).

En tal sentido, el Tribunal identificó que su competencia *ratione materiae* en esta esfera le permite "abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano", sin que pueda entenderse "excluida expresamente ninguna materia concerniente" a dicho ámbito (párrs. 21 y 27). A la postre, la Corte IDH señaló la imposibilidad de atender una solicitud "que conduzca a desvirtuar [su] jurisdicción contenciosa", o "en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos" (párr. 31).

Por su parte, en la OC-3/83,[7] la Corte siguió definiendo los alcances de su competencia consultiva al afirmar que en esta "no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una

---

[5] Corte Internacional de Justicia, Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950).

[6] "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH) (Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 1).

[7] Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 CADH) (Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3).

norma jurídica", de manera que, "en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa'" (párr. 32).

Asimismo, el Tribunal señaló que en un procedimiento consultivo, a diferencia de los casos contenciosos, "no hay partes pues no hay demandados ni actores", de manera que "ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada". Finalmente, agregó que su competencia consultiva "está destinada […] a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" (párr. 22).

Por otro lado, el Reglamento de la Corte IDH, como normativa procesal que regula la actuación del Tribunal en el ejercicio de sus distintas competencias, señala los requisitos de una solicitud de opinión consultiva y el procedimiento que se debe seguir. En concreto, resulta de interés destacar que la norma reglamentaria exige que el ente solicitante "formul[e] con precisión las preguntas específicas sobre las cuales […] pretende obtener la opinión de la Corte", con indicación de las disposiciones de los tratados internacionales cuya interpretación se pretende (o en su caso, la legislación interna objeto de la consulta), y las consideraciones que originan la consulta.[8]

Así, en aplicación de los criterios desarrollados en su jurisprudencia y la normativa dictada para el efecto, como fue adelantado, la Corte ha dictado 32 opiniones

---

[8] Artículos 70, 71 y 72 del Reglamento de la Corte Interamericana:

"Artículo 70. Interpretación de la Convención. 1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. 3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia".

"Artículo 71. Interpretación de otros tratados. 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. 2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia".

"Artículo 72. Interpretación de leyes internas. 1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar: a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante. 2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta".

consultivas, a la vez que ha rechazado pronunciarse respecto de cinco (5) solicitudes presentadas, al considerar que, de hacerlo, "podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse los procesos internos *pendente lite* desprovistos de sus efectos *vis-à-vis*"[9] o "podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión" que "podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso".[10] Incluso, se ha rehusado a atender solicitudes que tienen que ver con temas sobre los cuales ya ha expresado su criterio en la jurisprudencia existente, sea en previas opiniones consultivas, en sentencias dictadas en casos contenciosos o en otro tipo de resoluciones.[11]

En la última de las resoluciones de rechazo dictadas (29 de mayo de 2018), la Corte identificó los supuestos que la habilitan para no pronunciarse ante una solicitud de opinión consultiva, aunque aclaró que se trata de un listado no excluyente, pues el Tribunal debe "evaluar en cada solicitud concreta la pertinencia de ejercer su función consultiva".

Los supuestos que la habilitan para no pronunciarse son: a) que el planteamiento encubra un caso contencioso o tenga por objeto obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte IDH por medio de un caso contencioso; b) que la solicitud se dirija a obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) que el planteamiento tenga por finalidad utilizar el pronunciamiento de la Corte como "un instrumento de un debate político interno"; d) que la solicitud abarque, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia, y e) que la solicitud procure la resolución de cuestiones de hecho, en tanto la función consultiva, reiteró el Tribunal, "busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre

---

[9] Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2005.

[10] Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sobre las garantías del debido proceso aplicables en el supuesto de un juicio político, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018.

[11] Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las personas condenadas a pena de muerte a impugnar dicha sanción, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009.

todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales".[12]

A la postre, la propia Corte se encargaría de redefinir el alcance de sus opiniones, al incluir, dentro de los parámetros para emprender el control de convencionalidad,[13] los pronunciamientos que emite en ejercicio de su función consultiva. Dicho criterio fue expresado por primera vez en la OC-21/14, oportunidad en la que el Tribunal indicó:

> [La Corte] estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.[14]

Este criterio, reiterado de ocho pronunciamientos consultivos posteriores (incluidos los cinco más recientes, de 2021, 2022 y 2025),[15] supone la transformación de los

---

[12] Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018, párr. 6.

[13] Como es sabido, desde la Sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, dictada el 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH ha acogido en su jurisprudencia el "control de convencionalidad", como deber que impone a los Estados garantizar la compatibilidad de su derecho interno con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154, párr. 124.

[14] Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21, párr. 31).

[15] Reiteran el criterio las siguientes opiniones consultivas: a) Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23, párr. 28). b) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los

efectos y alcances de las opiniones consultivas que dicta la Corte IDH, en cuanto se incorporan al *corpus iuris* interamericano como parámetros de necesaria observancia en la verificación de la compatibilidad del sistema jurídico interno con el DIDH.

De esa cuenta, si bien el "efecto vinculante" que se reconoce a las sentencias que dirimen casos contenciosos no puede asemejarse a las opiniones consultivas,[16] dada la naturaleza de uno y otro procedimiento, la jurisprudencia de la Corte IDH ha

---

artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, No. 24, párr. 26). c) La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A, No. 25, párr. 58). d) Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador; de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará; de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, Serie A, No. 27, párr. 36). e) La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana) (Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A, No. 28, párr. 41). f) Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos) (Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, Serie A, No. 29, párr. 30). g) Contenido y alcance del Derecho al Cuidado y su interrelación con otros derechos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4, 17, 19, 24, 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; I, II, VI, XI, XII, XIV, XV, XVI, XXX y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6, 9, 12 y 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) (Opinión Consultiva OC-31/25 de 12 de junio de 2025, Serie A, No. 31, párr. 37). h) Emergencia Climática y Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 8, 11.2, 13, 17.1, 19, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", y I, II, IV, V, VI, VII, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XVIII, XX, XXIII, y XXVII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, Serie A, No. 32, párr. 560).

[16] Artículo 68 de la Convención Americana: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

reinterpretado el valor jurídico de sus propias opiniones. En efecto, al incorporar las opiniones consultivas a los parámetros útiles para emprender el control de convencionalidad, no cabe ya afirmar que el Tribunal, en ejercicio de su competencia consultiva, cumpla una mera "función asesora", sino que desarrolla verdaderos estándares internacionales cuya observancia no queda ya en el ámbito de la apreciación y la valoración de los Estados. En todo caso, la eventual inobservancia de tales estándares solo podría ser juzgada y eventualmente declarada por la Corte al ejercer su competencia contenciosa.

Cabe anotar que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha considerado el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH,[17] al haberlas incorporado al bloque de constitucionalidad; ello afirma, en el plano interno, su alcance como parámetro para ejercer los controles de constitucionalidad y de convencionalidad.[18]

---

[17] Sentencia de 24 de octubre de 2017 (Exp. 5986-2016). En su fallo, la Corte de Constitucionalidad consideró: "En armonía con el reconocimiento, respeto y aplicación del bloque de constitucionalidad por esta Corte, cabe citar que la Corte [IDH], en Opinión Consultiva OC 14/94 de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en el párrafo 57, consideró lo siguiente: 'La Corte con[cl]uye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron'. Acotado lo anterior, se concluye que los párrafos, frases y literal, tachados de vicio de inconstitucionalidad [artículos 132 Bis, 201 y 201 Ter del Código Penal; 12 y 52 de la Ley contra la Narcoactividad], al ser posteriores todos a la ratificación de la C[ADH] y referirse a la pena de muerte, incumpliendo lo establecido en la C[ADH], específicamente el artículo 4, numeral 2 y por lo tanto, vulnerando lo regulado en los artículos 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala, deben ser expulsados del ordenamiento jurídico nacional".

[18] Como nota interesante, en la OC-22/16, la Corte IDH no reiteró el criterio de incorporación de sus opiniones consultivas al parámetro del control de convencionalidad, aunque sí afirmó que son *per se* ejercicios de "un control de convencionalidad preventivo": "La Corte recuerda […] que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen 'partes' involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)" (Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, No. 22, párr. 26).

2. Algunos datos de interés acerca del ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH

Como se indicó, a abril de 2026, la Corte IDH ha emitido 32 opiniones consultivas (identificadas en orden correlativo y con indicación del año de su emisión). La primera de dichas opiniones fue dictada el 24 de septiembre de 1982 (OC-1/82), es decir, casi cinco años antes de la primera sentencia dictada en un proceso contencioso: la Sentencia de Excepciones Preliminares emitida en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, el 26 de julio de 1987.

De hecho, la competencia consultiva de la Corte IDH tuvo un desarrollo casi instantáneo, en comparación con el conocimiento de casos contenciosos, pues habiéndose instalado formalmente en 1979, para 1982 emitió dos opiniones (OC-1/82 y OC-2/82), y antes de la primera sentencia en un caso contencioso, previamente citada, la Corte había emitido ya ocho opiniones consultivas (hasta la OC-8/87 de 30 de enero de 1987), y una más (la OC-9/87 de 6 de octubre de 1987), previa a la primera sentencia sobre Fondo (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4).

De las 32 opiniones consultivas emitidas, ocho han sido solicitadas por la CIDH y el resto (24) por los Estados, siendo Costa Rica (el Estado sede de la Corte), el que más opiniones ha requerido (5 en total).

En esas 32 opiniones consultivas, la Corte ha abordado temas muy variados relacionados con la protección de los derechos humanos. Incluso, fue en ejercicio de esta función que el tribunal se pronunció acerca de determinados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), previo a su análisis en casos contenciosos, como ocurrió con la OC-23/17, referida a "Medio ambiente y derechos humanos", y la OC-27/21, que abordó los "Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga".

De igual forma, vía opinión consultiva, la Corte afirmó que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a pesar de no ser un tratado internacional propiamente dicho, constituye, para los Estados miembros de la OEA, "una fuente de obligaciones internacionales" (OC-10/89).[19]

Los temas abordados en las 32 opiniones consultivas emitidas pueden ser identificados preliminarmente en la siguiente clasificación temática:

a) cinco pronunciamientos relacionados con instituciones de derecho internacional público aplicadas al ámbito de la protección de los derechos humanos y las obligaciones generales de los Estados en esta materia[20]

---

[19] Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10).

[20] "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982,

b) Ocho concernientes a la interpretación de los derechos que la CADH expresamente reconoce o sobre los instrumentos que prevé para su efectivo respeto y garantía, incluidos los siguientes temas: b.1) limitaciones a la pena de muerte (art. 4);[21] b.2) restricciones a los derechos (art. 30);[22] b.3) derecho de rectificación y respuesta (art. 14);[23] b.4) suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia, dos opiniones (art. 27);[24] b.5) derechos de la niñez (art. 19);[25] b.6) personas jurídicas como titulares de los derechos humanos (art. 1.2),[26] y b.7) derecho a buscar y recibir asilo (art. 22).[27]
c) Cinco relativas a las reglas del procedimiento ante el sistema interamericano y las funciones de la CIDH. Cabe destacar que mediante una opinión consultiva la Corte reinterpretó la figura del juez *ad hoc* prevista en el artículo 55

Serie A, No. 1). El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2). Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A No. 10); Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14). La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos) (Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26).

[21] Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3).

[22] La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6).

[23] Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A, No. 7).

[24] El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8), y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9).

[25] Condición jurídica y derechos humanos del niño (Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17).

[26] Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador) (Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, No. 22).

[27] La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A, No. 25).

de la Convención (OC-20/09), lo que luego fue acogido en el artículo 20 del Reglamento de la Corte IDH.[28]

d) Tres opiniones sobre la compatibilidad de normativa nacional vigente o de reformas legales con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (las tres presentadas por la República de Costa Rica).[29]

e) Once pronunciamientos que abordan derechos innominados o situaciones relativas a los derechos no expresamente previstas en los tratados interamericanos, referidas a: e.1) derecho a la información sobre la asistencia consular;[30] e.2) derechos de las personas migrantes indocumentadas;[31] e.3) derechos de niñas y niños en el contexto de la migración;[32] e.4) medio ambiente y derechos humanos;[33] e.5) identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo;[34] e.6) derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la

---

[28] Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, No. 11); Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, Serie A, No. 13); Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, Serie A, No. 15); Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005, Serie A, No. 19), y artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, Serie A, No. 20).

[29] Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4); La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5), y Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, Serie A, No. 12).

[30] El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16).

[31] Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18).

[32] Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21).

[33] Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23).

[34] Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, No. 24).

huelga;[35] e.7) reelección presidencial;[36] e.8) enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas en situación de privación de libertad;[37] e.9) derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos;[38] e.10) emergencia climática y derechos humanos;[39] y e.11) tráfico ilícito de armas de fuego.[40]

Por último, en la actualidad, la Corte tiene pendiente pronunciarse respecto de dos solicitudes de opinión consultiva relacionadas con las siguientes materias:

---

[35] Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, Serie A, No. 27).

[36] La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana) (Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A, No. 28).

[37] Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos) (Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, Serie A, No. 29).

[38] El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4, 17, 19, 24, 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; I, II, VI, XI, XII, XIV, XV, XVI, XXX y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6, 9, 12 y 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) (Opinión Consultiva OC-31/25 de 12 de junio de 2025, Serie A, No. 31).

[39] Emergencia Climática y Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 8, 11.2, 13, 17.1, 19, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", y I, II, IV, V, VI, VII, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XVIII, XX, XXIII, y XXVII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) (Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, Serie A, No. 32).

[40] La responsabilidad de los estados en materia de derechos humanos frente al tráfico ilícito de armas de fuego (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos) (Opinión Consultiva OC-30/25 de 3 de diciembre de 2025, Serie A, No. 30).

a) La democracia, entendida como derecho humano y como organización social y política, presentada por la República de Guatemala, cuyo objeto se dirige a indagar, entre otras cosas, los estándares necesarios para su garantía, respeto y promoción, y el alcance de su protección ante el sistema interamericano.
b) La convencionalidad de un proyecto de ley dirigido a imponer límites a las pensiones, presentada por la República de Costa Rica en 2026 (la Corte IDH no ha admitido para su trámite esta solicitud de opinión consultiva).

3. Impacto de las opiniones consultivas en la protección de los derechos humanos en la región

Sobre el impacto que las opiniones consultivas han tenido en la protección de los derechos humanos en los Estados de la región, cabe indicar que la Corte IDH ha aprovechado la oportunidad de emitir sus opiniones para avanzar en el desarrollo del reconocimiento de los derechos y en la identificación de las obligaciones que derivan para los Estados, adelantándose así, en distintos ámbitos, al conocimiento de determinados temas por conducto de su competencia contenciosa.

Para hacer referencia al impacto de la competencia consultiva de la Corte IDH se abordarán tres de los pronunciamientos vinculados con derechos no expresamente reconocidos en la CADH, o con situaciones referidas a tales derechos, los cuales fueron emitidos por la Corte en tres décadas distintas.

3.1. OC-16/99: el derecho a la información sobre la asistencia consular

En primer término, vale la pena citar la OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, titulada "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", en la que la Corte IDH reconoció un derecho derivado de la interpretación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[41] (Viena, 24 de abril de 1963), es decir, un tratado internacional cuya

[41] Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares:

"Comunicación con los nacionales del Estado que envía. 1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que

materia no es, propiamente, la protección de los derechos humanos, que no fue aprobado en el marco del sistema interamericano y en el que son parte múltiples Estados ajenos a la OEA.

Para el efecto, la Corte reafirmó su competencia para interpretar, además de la Convención Americana, "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" (párr. 69), y agregó que, si bien la materia principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no respondía a la protección de los derechos humanos, no era dable "descartar, de plano, que dicho Tratado pudiera concernir a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente americano" (párr. 76).

En función de lo anterior, al proceder a la interpretación del contenido de dicho tratado internacional, el Tribunal dedujo el reconocimiento de un derecho propiamente dicho, del que es titular cualquier persona extranjera que sea detenida en el territorio de otro Estado, quien debe ser informada sobre la asistencia consular que puede coadyuvar en su defensa ante los tribunales de justicia (párrs. 80 y 87). En tal sentido, la Corte consideró:

> Se desprende que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia. […] Por lo tanto, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de "protección de los intereses" de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba "ayuda y asistencia", en particular, en la organización de "su defensa ante los tribunales".

En ese marco, la Opinión Consultiva (párrs. 122 y 123) incorporó el derecho a la información sobre la asistencia consular en el catálogo de las garantías mínimas

---

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

del debido proceso (para lo cual la Corte interpretó el contenido del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Pidesc]), de la forma siguiente:

> La Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. […] La incorporación de este derecho en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares […] demuestr[a] un reconocimiento uniforme de que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute –y en ocasiones decisivamente– en el respeto de sus otros derechos procesales.

La interpretación sostenida en esta Opinión Consultiva incidió de manera relevante en el juzgamiento posterior de casos contenciosos, en los que el Tribunal, a partir de lo señalado en el pronunciamiento consultivo de 1999, iría desarrollando el objeto y contenido del derecho. Eso puede apreciarse, por ejemplo, en los fallos de los casos Bulacio vs. Argentina (2003),[42] Tibi vs. Ecuador (2004),[43] Acosta Calderón vs. Ecuador (2005),[44] Bueno Alves vs. Argentina (2007),[45] Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007),[46] Vélez Loor vs. Panamá (2010)[47] y Scot Cochran vs. Costa Rica (2023).[48]

Más allá de la jurisdicción interamericana, es indudable que el reconocimiento del derecho a la información sobre la asistencia consular derivado de la interpretación de la Corte IDH repercutió en su reconocimiento y garantía en los Estados de la región, como se pone de manifiesto en sentencias de los más altos tribunales de Guatemala, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional.[49]

---

[42] Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 100, párr. 130.

[43] Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 114, párrs. 112 y 195.

[44] Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 129, párr. 115.

[45] Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 164, párr. 116.

[46] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 170, párr. 164.

[47] Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 218, párrs. 151 a 154.

[48] Caso Scot Cochran vs. Costa Rica, Sentencia de 10 de marzo de 2023, Excepciones Preliminares y Fondo, Serie C, No. 486, párrs. 100 a 103.

[49] Véanse sentencias de la Corte de Constitucionalidad de 24 de mayo de 2016 (Exp. 5866-2015), 10 de noviembre de 2016 (Exp. 3528-2016), 12 de diciembre de 2019 (Exp. 1226-2019) y 9 de noviembre de 2021 (Exp. 1484-2021), así como las sentencias de la Corte Suprema

3.2. OC-18/03: derechos de las personas migrantes en situación irregular

En la OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", la Corte abordó la situación de las personas migrantes en situación irregular en territorio extranjero, señalando que su condición migratoria no las priva del reconocimiento de sus derechos. Por tanto, el Estado en cuyo territorio se encuentren, debe respetar tales derechos "sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa" (párr. 118). En definitiva, según afirmó la Corte, "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos" (párr. 134).

A partir de ello, la opinión, además de reconocer que las personas migrantes indocumentadas son titulares del derecho al debido proceso legal, "independientemente de su estatus migratorio" (art. 121), ahondó en el reconocimiento de sus derechos labores (párrs. 133 y 134):

> Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna. […] El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Asimismo, en función de lo indicado, la Corte detalló que los derechos laborales que se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados son todos aquellos que el sistema jurídico en su conjunto, tanto a nivel interno como internacional, reconoce a toda persona trabajadora (párr. 155):

---

de Justicia, Cámara Penal, de 19 de junio de 2015 (Exp. 845-2014), 20 de mayo de 2016 (Exp. 01004-2016-00135) y 9 de diciembre de 2020 (Exp. 01004-2019-01318).

> La Corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas; en la legislación laboral; en los convenios colectivos; en los convenios-ley; en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.

Por su parte, al indagar acerca de las obligaciones que recaen sobre los Estados frente a los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte destacó el deber de impedir cualquier conducta discriminatoria en su contra, incluidas las relaciones laborales existentes entre particulares (es decir, en las que no es el Estado el empleador), lo cual exige tomar las medidas que resulten necesarias, en los ámbitos administrativo, legislativo y judicial, para erradicar la discriminación que afecte a dichas personas y, así, brindarles la más amplia protección de sus derechos (párrs. 148 y 149):

> El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. […] Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.

Sin lugar a dudas, los criterios incorporados en la OC-18/03 siguen siendo de gran actualidad en el contexto de la situación imperante en el continente americano, en el que la migración irregular en búsqueda, precisamente, de empleo y mejores condiciones de vida es una realidad que afecta a muchos de los habitantes de los Estados de la región americana (tanto aquellos en los que sus connacionales optan

por migrar, como los que son receptores de migrantes indocumentados). A pesar de haberse emitido hace más de dos décadas, los estándares contenidos en esta opinión consultiva siguen teniendo plena vigencia, y la protección efectiva de los derechos de las personas trabajadores migrantes en situación irregular constituye un desafío para los Estados.

3.3. OC-28/21: la reelección presidencial

En la OC-28/21 de 7 de junio de 2021, "la figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", la Corte IDH tuvo oportunidad de abordar un tema relacionado con los sistemas políticos de los Estados.

Para iniciar, la Corte reiteró los conceptos que, desde época muy temprana, en la OC-8/87 y en la OC-9/87, había expresado, resumidos en la "interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos", como "base de todo el sistema del que la Convención [Americana] forma parte",[50] para luego concluir, como punto de partida de su análisis, lo siguiente (párr. 56):

> Por tanto, el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho.

Con fundamento en tales consideraciones, la Corte IDH se refirió a la exigencia de celebrar elecciones periódicas y la prohibición de mandatos indefinidos como principios torales de la democracia representativa, aplicándolos al objeto principal de su pronunciamiento: la reelección presidencial (párrs. 72 y 73). Al respecto, la Corte señaló:

> Esta obligación de celebrar elecciones periódicas implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener un período fijo. Los presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos. […] Esta prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas

[50] Véase, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8), y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9).

> que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder. En este sentido, la Corte resalta que la democracia representativa se caracteriza por que el pueblo ejerce el poder mediante sus representantes establecidos por la Constitución, los cuales son elegidos en elecciones universales. La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos.

En función de lo anterior, la opinión, a partir del estudio de la normativa internacional en materia de derechos humanos, y de la regulación que sobre el tema incorpora la legislación interna de los Estados miembros de la OEA, negó la existencia de "un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia" (párrs. 96, 99 y 102):

> No se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia. […] No existe a nivel regional una práctica estatal suficiente relativa al alegado derecho humano a la reelección presidencial indefinida. En este sentido, tampoco existe evidencia de que se considera dicha práctica como derecho. Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y uno de los principios de este sistema de gobierno es garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo. Por tanto, la Corte descarta el reconocimiento consuetudinario de dicha figura como un derecho autónomo. Asimismo, ante la ausencia de respaldo en el derecho internacional y nacional, se debe también descartar que su reconocimiento sea un principio general del derecho.

En su análisis, la Corte examinó también la compatibilidad de la prohibición de reelección presidencial indefinida con los derechos que la CADH reconoce, con especial mención de los derechos políticos que garantiza el artículo 23 de dicho instrumento internacional.

A la postre, el Tribunal afirmó que dicha prohibición responde al fin de garantizar la democracia representativa, y luego de aplicar los elementos del test de proporcionalidad (legalidad, finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) concluyó "que la prohibición de la reelección indefinida es compatible" con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana (párrs. 116 a 126).

La Opinión Consultiva tiene un alcance trascendental en los Estados de la región, no solo porque concuerda con la regulación que a nivel constitucional de varios de dichos Estados prohíbe la reelección presidencial (p. ej., el art. 187 de la Constitución

guatemalteca), sino porque reconduce el criterio que altas cortes constitucionales de determinados Estados han sostenido, al aseverar, expresa o implícitamente, que la prohibición de reelección presidencial vulnera el derecho a la igualdad y los derechos políticos (arts. 1.1, 23 y 24 de la CADH), al punto de que, algunos de tales órganos, han justificado en el control de convencionalidad la inaplicación de dicha prohibición. Así ha sucedido en pronunciamientos de los tribunales constitucionales de Costa Rica,[51] Nicaragua,[52] Honduras,[53] Bolivia[54] y El Salvador.[55]

A manera de conclusión

Sin lugar a dudas, en el ejercicio de su competencia consultiva, la Corte IDH ha hecho efectivo el fin de procurar la más amplia protección de los derechos humanos, con indudables impactos a nivel de los Estados de la región.

El objeto de la competencia consultiva de la Corte IDH concierne a un ejercicio de interpretación jurídica en sede judicial, caracterizado por un actuar objetivo e imparcial, dirigido a desentrañar el sentido y los fines de las normas internacionales en materia de derechos humanos, con el propósito claro de fortalecer las obligaciones de respeto y garantía de los Estados, y de coadyuvar en las tareas propias que, en este ámbito, corresponden a las instancias internacionales.

En el ejercicio de la función consultiva, la Corte IDH tiene un amplio margen de discrecionalidad para determinar la pertinencia y oportunidad de acceder a emitir un pronunciamiento ante una solicitud formulada, lo que le ha permitido, asimismo, definir y reconfigurar el objeto y los alcances de esta competencia.

En el contexto de ese margen de discrecionalidad, la Corte IDH ha reinterpretado el valor jurídico de las opiniones consultivas que dicta, en tanto, de negar inicialmente su carácter vinculante, ha incorporado tales pronunciamientos a los parámetros útiles para ejercer el control de convencionalidad, lo que denota la eficacia de los estándares que va fijando en tales opiniones, cuya observancia no queda ya en la esfera de la apreciación de los Estados.

---

[51] Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 02771 de 4 de abril de 2003, https://vlex.co.cr/vid/498528034

[52] Corte Suprema de Justicia, Sentencia 06 de 30 de septiembre de 2010, https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/rp/pdf/Sentencia_N%C3%BAmero_6_30_Sep_2010_Reelecci%C3%B3n.pdf

[53] Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 22 de abril de 2015 (sin número), https://criterio.hn/wp-content/uploads/2020/09/Fallo-sobre-reelecci%C3%B3n-presidenciaal.pdf

[54] Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 008 de 28 de noviembre de 2017, https://edwinfigueroag.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/12/sentencia-0084-2017-tcp-bolivia-reeleccion-evo-morales.pdf

[55] Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1-2021 de 3 de septiembre de 2021.

Bibliografía

Normativa y jurisprudencia

Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 24 de mayo de 2016 (Exp. 5866-2015).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 24 de octubre de 2017 (Exp. 5986-2016).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 9 de noviembre de 2021 (Exp. 1484-2021).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 10 de noviembre de 2016 (Exp. 3528-2016).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Exp. 1226-2019).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, Serie A, No. 20.

Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 1.

Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 129.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 164.

Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 100.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 170.

Corte IDH. Caso Scot Cochran vs. Costa Rica, Sentencia de 10 de marzo de 2023, Excepciones Preliminares y Fondo, Serie C, No. 486.

Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 114.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 26 de junio de 1987, Excepciones Preliminares, Serie C, No. 1.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, No. 4.

Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 218.

Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, Serie A, No. 13.

Corte IDH. Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, Serie A, No. 12.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.

Corte IDH. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005, Serie A, No. 19.

Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, Serie A, No. 27.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21.

Corte IDH. El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4, 17, 19, 24, 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; I, II, VI, XI, XII, XIV, XV, XVI, XXX y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6, 9, 12 y 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad), Opinión Consultiva OC-31/25 de 12 de junio de 2025, Serie A, No. 31.

Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2.

Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8.

Corte IDH. Emergencia Climática y Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 8, 11.2, 13, 17.1, 19, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", y I, II, IV, V, VI, VII, VIII, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XVIII, XX, XXIII, y XXVII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025, Serie A, No. 32.

Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos), Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, Serie A, No. 29.

Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, No. 11.

Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A, No. 7.

Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9.

Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, No. 24.

Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, Serie A, No. 15.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10.

Corte IDH. Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950.

Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5.

Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26.

Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6.

Corte IDH. La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana), Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A, No. 28.

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A, No. 25.

Corte IDH. La responsabilidad de los estados en materia de derechos humanos frente al tráfico ilícito de armas de fuego (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos), Opinión Consultiva OC-30/25 de 3 de diciembre de 2025, Serie A, No. 30.

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23.

Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.

Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2005.

Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos sobre las garantías del debido proceso aplicables en el supuesto de un juicio político, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2016.

Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las personas condenadas a pena de muerte a impugnar dicha sanción, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005.

Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso del castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009.

Corte IDH. Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018.

Corte IDH. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14.

Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3.

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, No. 22.

Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional. Sentencia 1-2021 de 3 de septiembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Sentencia de 19 de junio de 2015 (Exp. 845-2014).

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Sentencia de 20 de mayo de 2016 (Exp. 01004-2016-00135).

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Sentencia de 9 de diciembre de 2020 (Exp. 01004-2019- 01318).

Corte Suprema de Justicia de Honduras, Sala de lo Constitucional. Sentencia (sin número) de 22 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia 06 de 30 de septiembre de 2010.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.

ONU. Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), firmada el 22 de noviembre 1969, en San José, Costa Rica. *Gaceta Oficial* 9460 del 11 de febrero de 1978.

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos, Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967.

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 02771 de 4 de abril de 2003.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia 008 de 28 de noviembre de 2017.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 249-271, ISSN 2346-0849

Abigail Duval* **(Bolivia)**

El *amicus curiae* como expresión democrática: una mirada crítica

RESUMEN

La crisis política, social y ambiental que enfrenta el mundo y, en especial, la región de América Latina, obliga a los Estados a proteger y hacer prevalecer los valores democráticos, uno de ellos, la participación de la ciudadanía en asuntos públicos. Los instrumentos normativos internacionales, así como la jurisprudencia nacional, han marcado una importante directriz en relación con el *amicus curiae* como instituto jurídico procesal, y además remarcado la ineludible y acertada necesidad de delimitarlo ante su posible uso indiscriminado. El *amicus curiae* puede ser un recurso útil que suministre a los tribunales de justicia elementos que les permitan tener una mirada integral sobre determinada materia y, al mismo tiempo, convertirse en un mecanismo que fortalezca la institucionalidad democrática.

Palabras clave: *amicus curiae*; democracia; participación ciudadana.

The *amicus curiae* as a Democratic Expression: A Critical Perspective

ABSTRACT

The political, social, and environmental crisis facing the world, and the Latin American region in particular, requires states to protect and uphold democratic values, one of which is citizen participation in public affairs. International normative instruments, as well as national jurisprudence, have established an important guideline regarding the *amicus curiae* as a procedural legal institution while also emphasizing the unavoidable and clear need to define its limits, given its potential indiscriminate use. An *amicus curiae* can be a useful resource, providing courts of justice with a comprehensive

* Abogada investigadora. Miembro de la Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho (ABFD); miembro voluntario del equipo técnico-jurídico de la Plataforma Boliviana de Acción Frente al Cambio Climático (PBACC – Bolivia). contacto.ad8@gmail.com /Orcid: 0009-0008-1671-9614

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

perspective on a specific matter and, at the same time, can become a mechanism that strengthens democratic institutions.

Key words: *Amicus curiae;* democracy; citizen participation.

Der *amicus curiae* als demokratische Äußerung: eine kritische Beurteilung

ZUSAMMENFASSUNG

Die Krise von Politik, Gesellschaft und Umwelt, der die Welt und insbesondere die Region Lateinamerika ausgesetzt sind, verpflichtet die Staaten, die demokratischen Werte – unter anderem auch die Bürgerbeteiligung an den öffentlichen Angelegenheiten – zu schützen und durchzusetzen. Die internationalen Rechtsinstrumente sowie die nationale Rechtsprechung formulieren wichtige Vorgaben hinsichtlich des *amicus curiae* als prozessrechtiches Institut, betonen aber auch, dass es notwendig und richtig ist, seinem möglichen wahllosen Einsatz Grenzen zu ziehen. Der *amicus curiae* kann dazu dienen, den Gerichten Elemente zur Verfügung zu stellen, die ihnen einen umfassenden Einblick in eine bestimmte Problematik eröffnen, und sich zugleich zu einem Mechanismus entwickeln, der zur Stärkung der demokratischen Institutionen beiträgt.

Schlüsselwörter: *Amicus curiae*; Demokratie; Bürgerbeteiligung.

Introducción

A lo largo de la historia, la palabra ´democracia´ ha tenido diversas definiciones, conceptualizaciones y entendimientos. Las transformaciones políticas han demarcado y delimitado la configuración institucional de los Estados pasando por gobiernos monárquicos, republicanos e incluso dictatoriales.

En el imaginario colectivo generalmente se asocia democracia con elecciones, partidos políticos o con el voto como tal; sin embargo, también se habla de democracia cuando se cuenta con un órgano o poder judicial independiente e imparcial que vele por la protección de derechos y la prevalencia de los cimientos del Estado de derecho.

Uno de los términos que se destaca cuando se habla de democracia es la participación, entendida como un derecho que se ejerce de manera individual o colectiva, y que permite incidir públicamente en asuntos del Estado. En las últimas décadas, las crisis políticas, sociales y ambientales han provocado cambios en la dinámica social. En la región, los movimientos sociales y ciudadanos conformados como espacios de construcción de identidad han sido heterogéneos e innovadores en sus formas de actuación.

En esa línea, en los distintos sistemas de justicia se ha viabilizado la participación de la ciudadanía a través de diferentes mecanismos, uno de ellos es el *amicus*

curiae,[1] institución procesal de gran tradición en los sistemas del *common law*, aunque algunos autores ubican su génesis en la Roma antigua.

En los siguientes apartados se abordan brevemente algunas referencias históricas y normativas que reflejan la evolución y metamorfosis de la figura del *amicus curiae*, además de los beneficios y obstáculos que puede traer consigo su interposición. De igual manera, se aportan reflexiones generales sobre las experiencias procesales que tuvo y tiene la utilización del *amicus curiae* en instancias internacionales, así como en algunos países del continente americano, y se pondera la incidencia e impacto que genera en decisiones de gran repercusión global. Por otra parte, se realiza un efímero repaso de algunas sentencias constitucionales plurinacionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en las que se reconocen y desarrollan elementos característicos que hacen a la personalidad de esta figura. Asimismo, se exponen posturas a favor de la importancia y trascendencia que la institucionalización de esta figura jurídica procesal logra para la democracia, además del rol de la justicia constitucional en el desarrollo de la misma. De igual forma, se exponen premisas respecto de la necesidad o no de su regulación en una ley específica.

Este trabajo se ha elaborado como producto de la intervención como *amicus curiae* que, junto a otras participantes voluntarias de la Plataforma Boliviana de Acción Frente al Cambio Climático (PBACC - Bolivia), hemos realizado en un caso que ha conmocionado al país, referido a la caza furtiva y el tráfico ilegal del jaguar (*Panthera Onca*) y sus partes, así como el rol de los defensores de derechos humanos en temas ambientales. Esta intervención se realizó en el marco de la convocatoria que el Tribunal Agroambiental de Bolivia hizo conocer a la sociedad en general, a través del Auto de Admisión Ambiental SP-TAA 01/2025,[2] dentro de la demanda de Acción Ambiental Directa de medidas cautelares preventivas y de reparación integral por daño a la biodiversidad, con especial atención en el jaguar.

En suma, el presente trabajo pretende aportar al espacio de debate académico sobre la importancia que cobra la utilización de instrumentos como el *amicus curiae*, dado que estos trazan y habilitan un puente para la participación ciudadana en asuntos públicos, pero a su vez sirven de canales que impulsen la responsabilidad social.

1. Antecedentes generales

Sin entrar en el desarrollo histórico acerca de la génesis del *amicus curiae*, existen autores que señalan que el mismo se remonta a la época romana, y otros aseguran que su origen proviene del derecho inglés, para posteriormente extenderse a diversos

[1] A fin de que el uso de la terminología no genere confusión, se precisa que se utilizarán con idéntico alcance semántico las expresiones *amicus curiae*, *amici curiae*, amigo del tribunal, amigos del tribunal y asistente/s oficioso/s.

[2] El Auto de Admisión Ambiental SP-TAA 01/2025 puede revisarse en su totalidad, en: https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2025/03/CCF_000007.pdf

países de tradición anglosajona, convirtiéndose en un elemento característico del *common law* y, de esa manera, resolver causas de interés público,[3] en las que se susciten situaciones de alta controversia. Lo indiscutible es que esta figura ha trascendido fronteras y su desarrollo no solo conceptual, sino también práctico, en tribunales internacionales de protección de derechos humanos constituyó un paradigma en el derecho internacional replicado por más tribunales nacionales.

El profesor Mohan,[4] ha elaborado una serie de planteamientos con base en distintas referencias que dilucidan el origen de la figura en cuestión en el derecho inglés. El primero referido a que la práctica del *amicus curiae* ha sido instaurada por la propia Corte al requerir asistencia de profesionales en derecho. El segundo, denominado *the bystander,* debido a que su presencia ante la ausencia de un profesional que brinde defensa legal podía ser permitida. Luego, el tercer planteamiento, formula que el *amicus* podría, a través de su intervención, corregir errores en la administración y, de esa manera, precautelar la honorabilidad del tribunal. El cuarto, llamado *oral shepardizing*, se refiere a la intención de proveer a una corte información imparcial que se encuentre más allá de su conocimiento o experticia. Por último, manifiesta que este instituto podría esgrimir algunas deficiencias del sistema acusatorio, lo que también ha permitido su evolución y adaptabilidad a distintas realidades jurídicas.

Adicionalmente, la admisión de un escrito de un *amicus curiae* no necesariamente significaría la configuración de un "derecho del *amicus* a comparecer".[5] La profesora Benedetta, en su estudio sobre el "amigo del tribunal", señala que los jueces ingleses no han podido elaborar un marco conceptual de dicha institución y de su forma de intervención, razón por la cual la discrecionalidad persiste cuando se trata de admitir estos escritos.

Así las cosas, la aproximación conceptual o noción jurídica de este instituto podría de cierta manera, en el sistema jurídico inglés, generar imprecisión en su aplicabilidad. No obstante, como más adelante se apreciará, este instrumento ha transitado y se ha establecido sin mayor conflicto en tribunales internacionales.[6]

Otro de los sustentos a las anteriores premisas se encuentra en la publicación de Edmund Ruffin Beckwith y Rudolf Sobernheim, dos juristas estadounidenses,

---

[3] Jorge Baquerizo Minuche, "El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas", *Revista Jurídica* (2006): 2, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/06/21_El_Amicus.pdf

[4] Chandra Mohan, "The *amicus curiae*: Friends No More?", *Singapore Journal of Legal Studies* (2010): 364-370, https://law.nus.edu.sg/sjls/wp-content/uploads/sites/14/2024/07/2029-2010-sjls-dec-352.pdf

[5] Benedetta Barbisan, "*Amicus curiae*: una institución, mil usos, ninguna definición", *Diálogos Jurídicos 7* (2022): 106, https://doi.org/10.17811/dj.7.2022.101-131

[6] Cabe mencionar que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha remarcado una limitante para la utilización de esta figura, la cual corresponde solo a organizaciones internacionales y Estados, a diferencia, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la que se ha podido advertir que la participación y presentación de *amicus* también es permitida a individuos de la sociedad civil.

que en 1948 publicaron un artículo en la *Fordham Law Review* acerca de los *amici curiae*, y determinaron que el uso del mismo ya era habitual en los procesos judiciales celebrados en la Inglaterra medieval, en tiempos de Eduardo III y Enrique IV (siglos XIV-XV). Los *amici curiae* intervenían con un objetivo, el de suministrar información al Tribunal.[7]

Las posturas acerca de su origen denotan la antigüedad de esta figura y muestran características centrales que todavía se mantienen en la actualidad.

Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969) en su artículo 23, numeral 1, inciso a) señala que "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De *participar* en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" (énfasis agregado).

Por su parte, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, en su artículo 2, numeral 3, establece:

> … la expresión "amicus curiae" significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

Así también, el artículo 44 del mismo reglamento estipula:

> 1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos. 2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación. 3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del

---

[7] Angélica Gutiérrez Gutiérrez, "Decálogo para entender qué es un *amicus curiae*", *Cont-4bl3* 56 (2015): 36, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5479303

> *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia. 4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

Se puede advertir que la incorporación de este instituto en instrumentos jurídicos del sistema interamericano de derechos humanos, como los señalados, provee la oportunidad, no solo a organizaciones internacionales o a Estados, de presentar escritos o alegatos referidos a la materia de determinado caso, sino que también puede presentarlos cualquier persona en asuntos contenciosos o en opiniones consultivas, siempre y cuando esta sea ajena al proceso y aporte consideraciones y razonamientos que permitan a la Corte IDH ampliar su mirada a fin de elaborar resoluciones más integrales.

En esa línea se puede valorar que la Corte IDH, dentro de su jurisprudencia, ha resaltado ciertas características de los *amici curiae*, las cuales se pueden encontrar, por ejemplo, en el Caso Castañeda Gutman vs. México, el cual establece que estos son presentaciones de terceros ajenos a la disputa, que cumplen la función de aportar a la Corte con argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relacionados con aspectos de derecho.[8]

De igual manera, establece que tales escritos:

a) Pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente.
b) Pueden referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia.
c) Tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.
d) Contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio.[9]

Cabe nombrar que, en la región, dos temas han cobrado gran relevancia, han sido *vox populi* y fueron objeto de tratamiento ante la Corte IDH, en su función consultiva. Uno acerca de la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la CADH, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de la Carta Democrática

---

[8] Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 184, párr. 14, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc

[9] Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 177, párr. 16, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Interamericana) y el otro, sobre Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH).

Ambos asuntos han señalado que, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil –especialmente aquellas conformadas por jóvenes–, institutos de investigaciones, académicos, *inter alia*, que trabajan en asuntos relacionados con democracia, libertad de expresión, Estado de derecho, cambio climático, preservación de biodiversidad, defensa de derechos de pueblos indígenas y originarios, etc., hagan conocer observaciones escritas de corte técnico, jurídico o científico a la instancia internacional mencionada.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su artículo 36, numeral 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha establecido: "En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista".

Lo que resalta de la norma citada es aquella finalidad por la que se permite la intervención del asistente oficioso, al señalar "en interés de una buena administración de justicia". Si bien la redacción puede implicar para algunos cierta ambigüedad, el hecho de que un tribunal internacional de derechos humanos reconozca su uso y abra la posibilidad de participación relumbra la voluntad de permanente diálogo con la sociedad.[10]

Sobre la última consideración, de manera figurativa se habla de una práctica dialógica que ha ido desarrollándose en distintos sistemas normativos.

Por su parte, la Corte Penal Internacional (CPI), en la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma, bajo el *nomen amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones, señala: "1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente".

Los elementos característicos de esta disposición son el establecimiento del momento en que pueden ser presentadas las observaciones, el requerimiento de una invitación o autorización previa y la forma. Estos ejemplos denotan la aquiescencia de los tribunales para acceder y viabilizar la participación de la sociedad. La

[10] En otro ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene habilitada una plataforma que permite, a través de observaciones escritas (*amicus curiae*) compartir conocimientos o perspectivas que ayuden al Tribunal a tomar una decisión informada. Estas observaciones pueden ser presentadas en calidad de expertos independientes o como defensores de intereses especiales, https://www.amicus-ecj.eu/es/

participación ciudadana es entendida de manera general como uno de los elementos esenciales de la democracia.

De otra parte, existen posturas que remarcan que el sistema de consideración y deliberación en un gran número de los tribunales del mundo es secreto o cerrado. "Este sistema implica que únicamente los jueces –y en algunas jurisdicciones también sus asesores– están habilitados para entrar e intervenir en los plenos que es donde se desarrollan las deliberaciones".[11] Sin embargo, las audiencias públicas,[12] *amicus curiae*, exhortos o sistemas de deliberación pública o abierta son una muestra clara de la intención de promover diálogos inclusivos.[13]

Para concluir esta parte, cabe puntualizar que estos antecedentes permiten mirar no solo la evolución de un instituto jurídico como es el *amicus curiae*, sino también que los sistemas judiciales lo van instaurando en sus actos procedimentales, mostrando un rol más interconectado con la ciudadanía y su acceso a la justicia. El análisis de este instituto jurídico en la experiencia estadounidense, argentina, peruana y boliviana será abordado en el siguiente apartado.

2. *Amici curiae* en Estados Unidos, Argentina, Perú y Bolivia

2.1. Estados Unidos

En la segunda mitad del siglo XIX, la admisión de los *amici curiae* se dio de manera gradual, incluso en representación de intereses privados; no obstante, seguían viéndose como parte de una relación profesional con el tribunal. Posteriormente, con la llegada de las asociaciones que defendían derechos civiles, el *amicus curiae* alcanzó su máxima expresión y notoriedad.[14]

Ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se presentaban, según lo recopilado por Barbisan,[15] tres tipos de *amici curiae*: i) aquellos que provenían

---

[11] Carlos Ignacio Giuffré, "De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico", *Revista Derecho del Estado* 55 (2023): 152, https://doi.org/10.18601/01229893.n55.09

[12] Al respecto es preciso indicar, a modo de ejemplo, que en el último tiempo la Defensoría del Pueblo de Bolivia ha empezado a publicitar y transmitir en directo, a través de sus redes sociales de Facebook y YouTube, audiencias sobre temas de interés nacional, entre ellas: Audiencia de Acción Popular por los incendios forestales en Bolivia, de 24 de septiembre de 2024, https://www.youtube.com/watch?v=JrywJFt2L5A&t=757s; Audiencia de consideración de Acción de Amparo Constitucional a favor de Marcos Uzquiano, de 14 de enero de 2025, https://www.youtube.com/watch?v=SmuLvu057b0; Audiencia de Acción de Protección de Privacidad a favor de los derechos de Rebeca H. H., de 6 de febrero de 2025, https://www.youtube.com/watch?v=v62NLNOWLCI

[13] Giuffré, "De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico", 153.

[14] Barbisan, "*Amicus curiae*: una institución, mil usos, ninguna definición", 112.

[15] Barbisan, "*Amicus curiae:* una institución, mil usos, ninguna definición", 112.

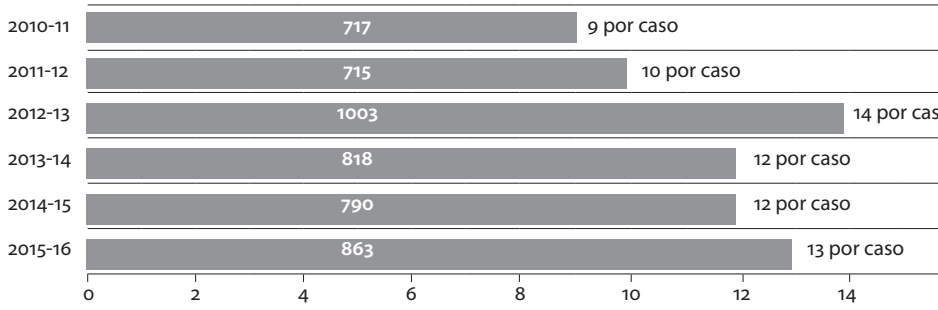
de representantes del gobierno, federal o estatal, condados, municipios y agencias gubernamentales; ii) otros provenientes de organizaciones privadas profesionales y de gremios, empleadores, sindicatos, colegios profesionales; iii) asociaciones privadas, iglesias, minorías organizadas, libertarios civiles y pacifistas. Sin embargo, como señala la autora citada, esta amplia apertura a tan diverso conjunto de personas acabó forzosamente en un abuso de la utilización de este instituto, debido a que ya no fue presentado solo por quienes tenían intereses legítimos, sino que transmutó a esferas de propaganda, haciendo énfasis en el grupo o la comunidad representada. Asimismo, los escritos del *amicus curiae* se perfilaron como mecanismos de presión extrajudicial.

A pesar de que se establecieron ciertas limitaciones, las causas sociales y políticas siguieron brotando y las organizaciones no gubernamentales y aquellas sin fines de lucro se multiplicaron exponencialmente.[16]

En la última década, las referencias revelan que las presentaciones de escritos (*briefs*) han crecido abismalmente. Según datos recabados, expuestos y publicados por Anthony Franze y Reeves Anderson en *The Journal Law,* durante los periodos 2012-2013 y 2015-2016, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos habría recibido 1.003 y 863 escritos respectivamente, superando el número de otros años (gráfico 1).

El gráfico estadístico pone en evidencia que la utilización del *amicus* en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha superabundado la expectativa de apertura hacia la sociedad.

Gráfico 1. Número promedio de *amicus curiae* por caso



Fuente: Anthony Franze y Reeves Anderson, "In unusual term, big year for *Amicus Curiae* at the Supreme Court", *The Journal Law* (2016).

16 Barbisan, "*Amicus curiae*: una institución, mil usos, ninguna definición", 117.

2.2. Argentina

Desde 2004, la República de Argentina ha reglamentado la figura de los "amigos del tribunal" a través de distintas decisiones y modificaciones, mismas que no siempre tuvieron unanimidad en su aprobación.[17]

En 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un reglamento, que fue publicado en el *Boletín Oficial* el 26 de abril. La finalidad que perseguía la regulación del *amicus curiae* era "procurar una mayor y mejor intervención de estos actores sociales y, con ello, alcanzar los altos propósitos perseguidos de pluralizar y enriquecer el debate constitucional, así como fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por esta Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional".[18] Por otro lado, la Ley 14.736, emitida por la legislatura bonaerense, en artículo 2º establece:

> El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. Su intervención deberá limitarse a expresar una opinión fundada por escrito, basada en argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate. Dichas opiniones tienen por finalidad ilustrar al Tribunal, por lo tanto, carecen de efecto vinculante. El Amigo del Tribunal no reviste calidad de parte, ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas.

Esta ley señala que la solicitud deberá expresar las razones por las cuales se considera que el asunto en cuestión es de trascendencia colectiva o de interés público, además de cumplir con ciertos requisitos de formalidad como, por ejemplo, contar con un correo electrónico. Así también, en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se crea el Registro Público de Amigos del Tribunal para aquellos que tengan interés en intervenir en este instituto jurídico.

La experiencia argentina denota que contar con una ley específica que delimite los parámetros de la utilización de este instituto procesal consagra, en buena medida, seguridad y certeza jurídicas. Cabe señalar que en el caso argentino existen ejemplos similares en otras provincias que han sancionado y regulado en su legislación la figura de los *amici curiae*. Por último, se puede percibir y destacar esa pretensión de institucionalizar este instituto procesal, al crear un registro público para los Amigos del Tribunal.

---

[17] Ver la recopilación y descripción de Analía Eliades, "*Amicus curiae*: un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de ´afianzar la justicia´", *Revista Escuela Judicial* 4 (2023): 83-99, https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.94

[18] Eliades, "*Amicus curiae*. Un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de ´afianzar la justicia´", 88-89.

2.3. Perú

La República del Perú, en su Código Procesal Constitucional, Ley 31307 de julio de 2021, establece en el artículo V:

> El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de *amicus curiae*, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al *amicus curiae* para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Asimismo, señala que la participación como *amicus* debe cumplir determinados requisitos, dentro de ellos, no ser parte, ni tener interés en el proceso; contar con reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta. Además, su admisión le corresponde al órgano jurisdiccional. Estipula que aquel que intervenga como a*micus* carecerá de la facultad de interponer recursos de impugnación.

En el mismo contexto, el Tribunal Constitucional de la República del Perú, en su reglamento normativo, Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, ha establecido:

> El Pleno o las Salas pueden solicitar o recibir los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 115 del Nuevo Código Procesal Constitucional; así como solicitar o recibir información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados. El plazo para recibir informes en calidad de *amicus curiae* o partícipe, vence 1 (un) día hábil antes de la audiencia pública. Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte o tercero, según sea el caso. (Art. 13-A)

Por otro lado, en el informe defensorial emitido por la Defensoría del Pueblo, se expusieron argumentos que combinan antecedentes del derecho comparado, así como procesos en los que se ha utilizado el instituto procesal del *amicus curiae*.[19]

Por último, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, en su publicación *Cuadernos de Jurisprudencia 21*, sobre *amicus curiae*, destaca

[19] Para repasar algunos casos en los que esta institución participó como *amicus curiae* ante el Tribunal Constitucional, se recomienda revisar el informe Defensoría del Pueblo de Perú, *El amicus curiae, ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo* (Lima: Defensoría del Pueblo de Perú, 2009), 68-76, https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf

antecedentes históricos del instituto procesal en cuestión y su desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano.

En suma, los rasgos de este instituto jurídico procesal en el sistema judicial del Perú están demarcando una visión no solo de apertura hacia la sociedad en su conjunto, sino que dilucida cómo las prácticas dialógicas en las instancias más importantes a nivel mundial, como las altas cortes de administración de justicia, van evolucionando e innovando.

2.4. Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia, en su Constitución Política del Estado, señala en el artículo 1: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, *democrático*, intercultural, descentralizado y con autonomías" (énfasis agregado). Así también, el artículo 11. I establece: "La república de Bolivia adopta para su gobierno la forma *democrática participativa*, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres" (énfasis agregado).

De la misma manera, el artículo 115 estipula: "I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

Por otro lado, el artículo 178 señala: "I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos". Mientras que los artículos 241 y 242 se pronuncian sobre participación y control social.

Estas normas constitucionales evocan la dimensión democrática de Bolivia en sus diferentes vertientes, así como el alcance del funcionamiento de sus órganos e instituciones, dejando clara la importancia transversal que tiene la *participación* de la ciudadanía en los asuntos públicos del país.

Por su parte, la Ley 341, Ley de Participación y Control Social, en su artículo 5 define que la participación

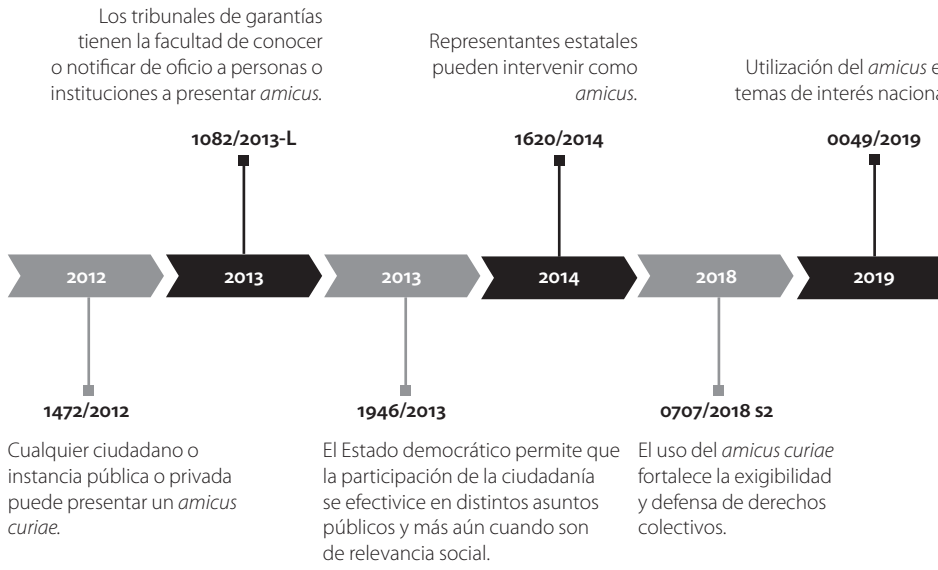
> … es un derecho, condición y fundamento de la democracia, que se ejerce de forma individual o colectiva, directamente o por medio de sus representantes; en la conformación de los Órganos del Estado, en el diseño, formulación y elaboración de políticas públicas, en la construcción colectiva de leyes, y con independencia en la toma de decisiones.

Ahora bien, la justicia constitucional juega un rol clave al respecto. En Bolivia, el Código Procesal Constitucional ha establecido, en su artículo 31, que el juez o tribunal de oficio o a petición de parte, siempre y cuando considere y estime necesario,

podrá convocar a terceros interesados; así también, en su artículo 35, señala que en las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, de cumplimiento y la acción popular, el juez o tribunal puede ordenar la notificación para audiencia a terceros que puedan ser afectados en sus derechos o que aporten mayores elementos de juicio, a fin de contar con insumos necesarios para emitir la respectiva resolución.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de distintos fallos constitucionales, ha reconocido el ejercicio efectivo y la utilización del *amicus curiae* como instituto jurídico procesal. Entre ellas se pueden mencionar algunas (ver figura):

Sentencias constitucionales plurinacionales que reconocen el *amicus curiae* como instituto jurídico procesal



Nota. Breve repaso sobre algunas Sentencias Constitucionales que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha emitido respecto al *amicus curiae* y su persistente desarrollo.
Fuente: Elaboración propia.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 1472/2012 de 24 de septiembre, en referencia al instituto del *amicus curiae* señala que, siendo que la acción popular tutela derechos colectivos y difusos y no así derechos subjetivos, convendría a quienes como terceros se vieran afectados, participar en calidad de *amicus curiae* dentro de la referida acción. Así también, de lo estipulado en la sentencia citada se puede recoger la posibilidad que tiene cualquier ciudadano o persona pública de derecho público o privado para presentar un *amicus*.

De otro lado, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1082/2013-L de 30 de agosto, se ha señalado, además de los anteriores entendimientos, que la exigencia

de la identificación de terceros interesados en una acción popular resulta contraria a su finalidad, incluso obstruye el acceso a la justicia constitucional, en el que prima el carácter informal, siendo que debe predominar el principio de prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo.

Así también, destaca que el lineamiento anterior no implica una causal de impedimento para que un juez de garantías notifique de oficio con la demanda a instituciones o personas relacionadas del ámbito público o privado, y que estas puedan presentar observaciones sobre el objeto procesal en cuestión. De la misma forma, la omisión de este acto procesal no constituye razón alguna para suspender o declarar la nulidad de la audiencia.

En la sentencia mencionada se recuerda a los tribunales de garantías que estos poseen la facultad de convocar o notificar de oficio a personas o instituciones para que intervengan bajo la figura del *amicus curiae*. Según esta resolución, esta acción permitiría al juez garantizar la tutela objetiva sobre todo de derechos difusos.

De su parte, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1946/2013 de 4 de noviembre, se remarca el espectro democrático que brindan las normas constitucionales al abrir la posibilidad de convocar a la sociedad para participar e intervenir como tercero interesado dentro de una *litis* a través de escritos como amigo del tribunal.

De igual manera, establece que, al no existir partes procesales propiamente dichas ni tampoco terceros interesados en la acción de inconstitucionalidad abstracta, la admisión de *amicus curiae* en trámites de control normativo permitiría garantizar una interpretación pluralista, siempre y cuando estos no tengan la pretensión de configurarse como una nueva demanda de inconstitucionalidad. También puede advertirse en la sentencia señalada que el Tribunal puede o no pronunciarse sobre un *amicus* presentado.

En la Sentencia Constitucional Plurinacional 0707/2018 S2 de 31 de octubre, se señala que a través del desarrollo jurisprudencial se estimuló la nueva lógica de la justiciabilidad de los derechos colectivos, incorporando reglas procesales de manera específica, tales como la intervención de terceros interesados y la actuación del *amicus curiae*.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional Plurinacional destaca que a pesar de que instancias como el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo están obligadas a actuar como accionantes en una acción popular cuando tengan conocimiento de vulneración de derechos colectivos o difusos, si no lo hacen cuentan con la posibilidad de apersonarse a la justicia constitucional en condición de *amicus curiae*. Asimismo, apunta que esta figura procesal no solo ayudaría a enriquecer el debate jurídico, sino que también permitiría garantizar una adecuada defensa de derechos y representación de la comunidad. Otro de los elementos que aporta esta sentencia es que la intervención de los terceros interesados se realizará a través de una convocatoria por autoridad competente.

Por último, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0049/2019 de fecha 12 de septiembre de 2019, se aprecia que el aporte de información es y puede ser de

distinta índole, además de que varias instituciones u organizaciones de la sociedad civil pueden en un solo documento hacer conocer sus observaciones.

Notoriamente, en el ámbito jurídico boliviano son diversas las características[20] que sobresalen para describir esta herramienta. Estos señalamientos normativos y jurisprudenciales permiten, en lo concerniente al presente trabajo, tomar en cuenta elementos clave para comprender el hecho de que un instituto jurídico procesal como es el *amicus curiae* o amigo del tribunal, a pesar de no contar con una legislación específica, se ha instaurado en la cultura jurídica boliviana sustentándose esencialmente en el marco normativo constitucional.

En ese entendido, cabe señalar que al concebir la justicia constitucional como "aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional",[21] se considera crucial destacar la labor del Tribunal Constitucional Plurinacional en su función de precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales en relación con el desarrollo sobre la utilización del *amicus curiae*, debido a que, como se indicó, la democracia no debe ser entendida como un camino que atinge solo a temas electorales, sino que también es un sendero que habilita la manifestación de pluralidad de voces.

De esta manera, el pronunciamiento de esta alta corte a través de sus sentencias, acerca de la figura analizada, contribuye al sistema democrático en su labor de garantizar el ejercicio de derechos. En ese contexto, a pesar de que el debate sobre las tensiones entre democracia y justicia constitucional persiste en algunas latitudes del mundo, el modelo de Estado constitucional de derecho en Bolivia ha dado muestras ejemplares de la importancia que implica la efectivización de mecanismos adecuados y eficientes para acceder a la justicia.

---

[20] Al respecto, en un intento por condensar y construir la identidad del *amicus*, la jurista Angélica Gutiérrez presenta un decálogo para entender qué es un *amicus curiae*. La autora señala: 1) Es una institución de origen anglosajón con escasa implantación fuera del *common law*; 2) el *amicus* es un tercero ajeno al proceso que puede ser una persona individual, una institución (p. ej., una ONG) e incluso, según el caso, hasta un Estado; 3) solicita intervenir en un proceso judicial para asegurarse de la correcta administración de justicia (es menos habitual, pero el tribunal también puede requerir su participación); 4) no tiene ningún interés personal en el objeto de la litispendencia, sino objetivo y general; 5) cuando se ofrece a asistir a un tribunal, este órgano judicial puede admitir –o no– discrecionalmente, su intervención, en función de que la considere idónea y útil; 6) esa decisión judicial de inadmitirlo es irrecurrible; 7) si al final se le autoriza a intervenir, puede dar al juez su alegato (de forma oral) o aportar un documento con sus observaciones (por escrito); 8) en ambos casos, se permite que el *amicus curiae* formule tanto consideraciones jurídicas como razonamientos fácticos (sobre los hechos); 9) puede informar en cualquier jurisdicción (civil, penal, social o contenciosa); y 10) no actúa en calidad de parte en el proceso, tan solo ofrece sus conocimientos como experto, en aras de lo que considera que es justo. Gutiérrez Gutiérrez, "Decálogo para entender qué es un *amicus curiae*", 36.

[21] Aníbal Quiroga León, "La justicia constitucional", *Derecho PUCP* 41 (1987): 325, https://doi.org/10.18800/derechopucp.198701.012

3. *Amicus curiae* como expresión de la democracia

En estos tiempos, uno de los rasgos más característicos de los Estados de derecho es su sistema democrático. La democracia fue concebida en la antigua Grecia, sus principales premisas fueron evolucionando y transitando conforme se suscitaron los distintos contextos político-sociales.

Hoy es inevitable hablar de democracia sin hacer referencia a la *participación*. Este componente es nuclear para comprender el alcance y las consecuencia que tiene cuando se trata de construir el vínculo entre gobernantes y ciudadanos. En palabras de Jorge Asbún, la democracia es "el sistema de participación de los ciudadanos en la elección de los gobernantes y/o en la adopción de decisiones, basado en la igualdad de aquellos".[22]

De esta manera, la participación de la sociedad civil en asuntos públicos de alta relevancia social ha instaurado un nuevo paradigma en la región, en especial cuando se abordan temas en términos de protección de derechos humanos.

En relación con la temática central del presente trabajo, Víctor Bazán menciona que el *amicus curiae* presenta una destacada raíz democrática,[23] y su interposición constituye, según Carlos Santiago Nino, una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial.[24] Esto amplifica los canales de participación, con especial atención a grupos con menos posibilidades de contribución e intervención en procesos judiciales.

En ese contexto, sin el ánimo de entrar en aproximaciones conceptuales, cabe resaltar que la participación ciudadana es uno de los elementos medulares de la democracia. Al respecto, el autor Genaro Carrió considera que la incorporación de la figura del *amicus* permite que el debate judicial sea más abierto y democrático.[25] Estas consideraciones hacen referencia al gran aporte que podría significar la instauración de este instituto en el marco de reformas judiciales.

Por otro lado, también se considera que esta figura procesal

> … ostenta aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público y puede encaramarse como un relevante vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, para asegurar –en la medida de lo posible– la garantía del "debido

---

[22] Jorge Asbún, *Derecho constitucional general. Conceptos jurídicos básicos: liberal-democracia, socialismo y autoritarismo, constitucionalismo latinoamericano* (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2007), 151.

[23] Víctor Bazán, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 12 (2005): 69, https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2005.12.5724

[24] Bazán, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", 64.

[25] Bazán, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", 64.

> proceso", que involucra –*inter alia*– la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones.[26]

Una de las grandes quejas de la sociedad en general es la ausencia de transparencia en la gestión pública y, en especial, en la administración de justicia. En esa sintonía se puede advertir, conforme las características expuestas, que el *amicus curiae* como instituto jurídico procesal tiene el potencial de servir como un puente que implícitamente fortalece el sistema institucional de un Estado.

No obstante, este postulado es relativo debido a que, como con anterioridad se hizo notar, este instrumento puede ser sobreutilizado y llegar a generar respuestas tardías por parte de un tribunal, pues tomaría más tiempo del debido revisar una gran variedad de observaciones escritas. Por otro lado, también podría eventualmente cambiar su esencia de imparcialidad y ser aprovechada para manifestar posiciones políticas o político-partidarias; también es posible que los escritos no puntualicen el asunto central en cuestión y se desvíen del mismo.

De otra parte, posturas a favor de la incorporación del *amicus curiae* en términos de reformas judiciales sostienen que, en palabras de Carrió:

> El ciudadano medio carece en principio de suficiente información para pronunciarse respecto de cuestiones constitucionales. Estas suelen ser complejas y en la mayoría de los casos es difícil predecir las implicaciones inmediatas y mediatas de una solución en tal o cual sentido. Una reforma interesante –ya mencionada– sería introducir la institución del *amicus curiae*. El debate judicial adquiría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos puramente contradictorios. Ese debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra.[27]

Esta premisa trasluce ciertos apuntes que es pertinente mencionar: el primero relacionado con el componente democrático que adquieren las instancias públicas donde se deciden cuestiones judiciales al incorporar el *amicus curiae*; el segundo referido a la legitimidad y aceptación que pueden generar decisiones sobre casos de alta repercusión social, o difíciles, utilizando de manera figurativa las palabras de Ronald Dworkin; el tercero, concerniente a que la apertura de un tribunal para recibir *amicus*, crea un espacio donde confluye información no solo de carácter jurídico,

---

[26] Bazán, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", p. 70.

[27] Genaro R. Carrió, "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*", *Cuadernos y Debates,* n.º 29 (1991): 125, https://fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/08/una-defensa-condicionada-de-la-judicial-review-por-genaro-carrio.pdf

y, por último, la oportunidad que se otorga a la sociedad de participar dentro de un proceso en caso de que sus intereses o derechos se vean afectados.

Otro aspecto por considerar es el referido a la necesidad de que este instituto procesal se encuentre legislado, dado que otra de las premisas de un Estado democrático es el respeto y cumplimiento de las leyes. De lo revisado hasta ahora, se puede dar cuenta de que las prácticas realizadas por tribunales internacionales con relación al *amicus* han marcado directrices y guías para que los tribunales nacionales las emulen a fin de impulsar la justiciabilidad de derechos humanos, y que la falta de previsión legal no sea causal para obstruir el acceso a la justicia.

Ahora bien, con respecto a la imprescindibilidad de consagración normativa expresa, Bazán advierte que, si ante la Corte IDH se puede comparecer en calidad de *amicus*, resultaría absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse como *amicus* ante los tribunales internos (en referencia a aquellos Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH). Así también, sería razonable permitir la participación procesal de estos terceros a fin de que viertan opiniones fundadas sobre determinada materia.[28]

En suma, se puede clarificar que existen dos posturas ambivalentes que, dependiendo del país y su forma de gobierno, implican beneficios o inconvenientes. Lo cierto es que la ausencia de normativa escrita y específica no ha sido óbice para su utilización, al contrario, se percibe de manera preliminar que, al menos en Bolivia,[29] puede ser un recurso útil que mejore la institucionalidad democrática.

Por último, las múltiples crisis que afronta la región latinoamericana han demarcado una nueva configuración en la participación de la sociedad civil organizada. Se puede avistar que en los últimos años los mecanismos de incidencia social, pública y política, se han convertido en la principal herramienta de organizaciones o instituciones que trabajan en la promoción y defensa de los derechos humanos.

Finalmente, el desarrollo jurisprudencial internacional e interno está transformando la dinámica tradicional entre el ejercicio gubernativo y la ciudadanía en general, creándose una relación intrínseca de colaboración y diálogo.

4. Para ejemplificar

La encumbrada preocupación sobre las consecuencias de los incendios forestales, desastres ambientales, el fenómeno del cambio climático y la afectación de los derechos de pueblos indígenas es global. En la región, el 14 de marzo de 2016, la República de Colombia presentó una solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte IDH referida

[28] Carrió, "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*", 53.

[29] El lector o la lectora pueden considerar el breve repaso que se elaboró en el tercer apartado del presente trabajo acerca del pronunciamiento que ha desarrollado el Tribunal Constitucional de Bolivia sobre el *amicus curiae.*

al medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. La Corte IDH, en cumplimiento de su función consultiva, hizo conocer y convocó a los Estados parte de la OEA y a diferentes organizaciones internacionales y de la sociedad civil a remitir en el plazo estipulado su opinión y observaciones escritas sobre los puntos sometidos a consulta.

El resultado de ese procedimiento fue la emisión de la Opinión Consultiva OC-23 de 15 de noviembre de 2017. Esta Opinión Consultiva ha desarrollado las obligaciones de los Estados en el contexto de la protección ambiental, entre ellas la de prevención, el principio de precaución, la obligación de cooperación y las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente. Estas obligaciones se refieren esencialmente a la tarea y deber que tienen los Estados de establecer medidas no solo preventivas a fin de evitar futuros daños ambientales, sino también de efectivizar mecanismos idóneos para garantizar la participación en decisiones públicas relacionadas con asuntos ambientales, el acceso a la información y el acceso a la justicia en relación con la protección del medio ambiente.

Lo que puede destacarse de esta Opinión Consultiva, además del contenido desarrollado, es que la Corte IDH recibió un importante número de observaciones escritas,[30] en calidad de *amicus curiae*.

La respuesta que ha recibido esta convocatoria deja ver lo que con anterioridad se remarcaba: aquella facultad que se les otorga y permite a la sociedad organizada o a personas naturales de poder presentar observaciones escritas u orales en temas de notable significación social.[31]

El impacto que es capaz de lograr un mecanismo como el *amicus* en tiempos en que el tejido social se ve fragmentado y el mundo sufre las consecuencias no solo del calentamiento global, sino de las transiciones políticas, en muchos casos autoritarias,[32] es trascendental para el bien común y merece y es digno de recibir la

[30] La convocatoria para presentar opiniones sobre la temática recibió cuatro observaciones escritas presentadas por Estados de la Organización de los Estados Americanos (OEA); tres por parte de órganos de la OEA; una por parte de una organización internacional; 24 por organismos estatales, organizaciones internacionales y nacionales, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales y 20 por individuos de la sociedad civil.

[31] Otros ejemplos que también han tenido repercusión social y han incidido en que varias organizaciones e instituciones hagan conocer sus aportes son: la Opinión Consultiva OC-28/21 solicitada por la República de Colombia sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, que recibió 62 observaciones escritas escritas; y, por otro lado, la convocatoria (2024) que dio a conocer la Corte IDH para presentar observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia y la República de Chile sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos, que recibió 265 observaciones escritas.

[32] A propósito, el 26 de marzo de 2025, la Corte IDH comunicó que recibió una Solicitud de Opinión Consultiva por parte de República de Guatemala sobre la democracia y su protección ante el sistema interamericano de derechos humanos, y ha convocado e invitado a organizaciones y personas interesadas en general a presentar observaciones escritas con la finalidad de contribuir al alcance de dicha solicitud.

calificación como *práctica democrática,* debido a que tiene el poder de incidir en la configuración y el desarrollo institucional de los Estados.

Así también, uno de los instrumentos regionales que ha marcado un hito histórico en la última década es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe,[33] mejor conocido como Acuerdo de Escazú.[34] Se ha elegido y decidido mencionarlo en el presente trabajo, debido a que se lo considera un ejemplo claro del entendimiento internacional acerca de las diferentes acciones y vías que se pueden efectuar a fin de fortalecer la democracia en los países de la región.

El acuerdo regional de Escazú tiene el objetivo de que la garantía de participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos ambientales se materialice a través del acceso a la información y a la justicia en asuntos ambientales, aspectos que hacen al principio de transparencia.

En ese entendido, los elementos medulares que se pueden identificar en relación con el componente democrático tienen que ver con esa posibilidad que se le concede al ciudadano de expresar sus preocupaciones, demandas y necesidades respecto a cuestiones fácticas o jurídicas que afecten su derecho a un medio ambiente sano, así como solicitar y activar mecanismos de protección de derechos ambientales. Finalmente, también promueve y reconoce la indispensable labor de los defensores de derechos humanos ambientales, todo ello con la finalidad de consolidar una democracia ambiental.

Por último, es menester enfatizar que la Constitución boliviana no debería ser considerada un documento declarativo como en algunas ocasiones se lo ha calificado. Las y los bolivianos tienen la potestad de darle el carácter vivo, y esto se puede lograr a través de la exigibilidad no solo de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, ambientales, derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino con el cumplimiento de lo establecido en ella, en virtud de consolidar una sociedad más equitativa y con cultura de paz.

Conclusiones

Después de lo revisado, a continuación se presentan algunas reflexiones finales.

1. El *amicus curiae* es un instituto jurídico procesal de data antigua, que ha trascendido en la actualidad debido al carácter dinámico de las realidades sociales y políticas.

---

[33] Cepal, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: Cepal, 2022), https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content

[34] Este acuerdo fue adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. En Bolivia, fue ratificado mediante la Ley 1182 de 3 de junio de 2019.

2. La Corte IDH, a través de su experiencia, ha demarcado la exponencial facilidad de trascender en la configuración y utilización de esta figura procesal en los tribunales internos de la región. Así también, este instituto puede brindar mayores insumos argumentativos debido a que la información que se recibe puede ser de carácter técnico, jurídico o científico.
3. La amplitud de participación que prevé el *amicus* se ha extendido a que no solo organizaciones no gubernamentales o institutos de investigación intervengan como tal, sino que los Estados también puedan hacerlo.
4. De la misma manera, las experiencias de Estados Unidos, Argentina, Perú y Bolivia con relación al *amicus* proyectan que el desarrollo legislativo y jurisprudencial ha permitido que este instituto jurídico procesal se constituya en una auténtica herramienta para el funcionamiento de la administración de justicia en lo que respecta a la resolución de casos de alta complejidad y establecimiento de líneas jurisprudenciales.
5. A lo largo de este trabajo se ha podido advertir que la institucionalización de la figura del *amicus* tiene seguidores, críticos, acólitos y detractores. Lo cierto es que el desarrollo eficaz de este instrumento necesariamente debe incluir limitaciones, a fin de evitar su uso desmedido y hacer viable un verdadero mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos de gran relevancia social.
6. Los *amici curiae* no tienen carácter obligatorio ni vinculante, debido a que no poseen la cualidad de parte dentro de un proceso, ni fungen como mediadores o peritos, además de que su intervención imperiosamente debe expresar un interés justificado.
7. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha modulado la figura del *amicus curiae*, además de consagrarla con ciertas características que permiten efectivizar el acceso a la justicia y garantizar el derecho a la participación ciudadana.
8. El desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en torno al amigo del tribunal, vislumbra el reconocimiento de este instituto procesal como un mecanismo sustancial que aporta a la nueva lógica de justiciabilidad de los derechos.
9. Este instituto procesal se inscribe en la cultura jurídica boliviana con grandes rasgos democráticos al hacer efectiva y canalizar la participación ciudadana; a su vez, declara ese afianzamiento con la sociedad en relación con intereses en pro del bien común. En definitiva, el rol de la justicia constitucional ha permitido su operativización práctica.
10. Sobre la ausencia de esta figura dentro de una ley, se advierte que la vía reglamentaria o jurisprudencial ha marcado lineamientos y pautas para su utilización. No obstante, se considera, recogiendo la experiencia estadounidense, que las limitaciones legales procuran el alcance de la participación procesal, evitan su uso indiscriminado y otorgan seguridad jurídica.

11. En un contexto de profundas crisis múltiples que afronta el mundo y, en especial, la región latinoamericana, el *amicus curiae* puede constituirse en un recurso útil que suministre a los tribunales elementos para ampliar la mirada sobre determinada materia en lo que respecta a derechos colectivos y difusos.
12. Las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH son un ejemplo notorio de la incidencia e impacto que ostenta la participación de la sociedad civil organizada a través del *amicus curiae* en temas de trascendencia social.
13. La participación ciudadana tiene su raigambre en la democracia y, como tal, le corresponde a los Estados garantizar y desarrollar mecanismos adecuados y óptimos que permitan su ejercicio.
14. Bolivia no cuenta con estadísticas oficiales, o al menos públicas, acerca de la cantidad de *amicus curiae* que recibe en sus tribunales de justicia.
15. Es imperativo que las y los bolivianos nos involucremos en la reconfiguración de la administración de justicia que se anhela, dado que es una labor compartida por todos sus estamentos y habitantes, y no por unos cuantos individuos.

Bibliografía

Doctrina

Alba, Oscar, Luis Arce M., Alfredo Sánchez-Castañeda, Sergio Castro, Amparo Cordero, Liz Escobar, Rodrigo Gazauhi, Juan Mejía, Gricelda Nieva, Carlos Rivas. *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Sucre: Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente; GTZ. Proyecto de Apoyo a la Reforma Procesal Penal, 2008.

Asbún, Jorge. *Derecho constitucional general. Conceptos jurídicos básicos liberal-democracia, socialismo y autoritarismo, constitucionalismo latinoamericano*. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2007.

Baquerizo Minuche, Jorge. "El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas". *Revista Jurídica* (2006): 1-28. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/06/21_El_Amicus.pdf

Barbisan, Benedetta. "*Amicus curiae*: una institución, mil usos, ninguna definición". *Diálogos Jurídicos* 7 (2022): 101-131. https://doi.org/10.17811/dj.7.2022.101-131

Bazán, Víctor. "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 12 (2005): 29-71. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2005.12.5724

Bulygin, Eugenio. "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 9 (1991): 259-279. https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13

Carrió, Genaro R. "Una defensa condicionada de la *Judicial Review*". *Cuadernos y Debates* 29 (1991): 140-170. https://fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/08/una-defensa-condicionada-de-la-judicial-review-por-genaro-carrio.pdf

Chandra, Mohan (2010). "The *amicus curiae*: Friends No More?". *Singapore Journal of Legal Studies* (2010): 352-374. https://law.nus.edu.sg/sjls/wp-content/uploads/sites/14/2024/07/2029-2010-sjls-dec-352.pdf

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

Eliades, Analía. "*Amicus curiae*: un instrumento de colaboración ciudadana en la tarea común de 'afianzar la justicia'". *Revista de la Escuela Judicial,* n.º 4 (2023): 73-103. https://doi.org/10.59353/rej.v4i4.94

Gargarella, Roberto. "'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances". *Current Legal Problems* 67, n.º 1 (2014).

Giuffré, Carlos Ignacio. "De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico". *Revista Derecho del Estado* 55 (2023): 141-169. https://doi.org/10.18601/01229893.n55.09

Gutiérrez Gutiérrez, Angélica. "Decálogo para entender qué es un *amicus curiae*". *Cont4bl3* 56 (2015): 36. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5479303

Quiroga León, Aníbal. "La justicia constitucional". *Derecho PUCP* 41 (1987): 323-351. https://doi.org/10.18800/derechopucp.198701.012

Saavedra, Bautista. *La democracia en nuestra historia*. La Paz: Editorial Juventud, 2000.

Normativa y jurisprudencia

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1472/2012 de 24 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1082/2013-L de 30 de agosto.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1946/2013 de 4 de noviembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1620/2014 de 30 de agosto.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0707/2018 S2 de 31 de octubre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0049/2019 de 12 de septiembre.

Eleonora Mesquita Ceia* **(Brasil)**
Amanda Beatriz Colares Lessa** **(Brasil)**
Marcelo da Costa Braga*** **(Brasil)**
Rafael Silva de Oliveira**** **(Brasil)**
Vitoria da Costa Pestana***** **(Brasil)**

A atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mediante litígios estratégicos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos********

RESUMO

O artigo se propõe a investigar se a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) possui experiências de litigância estratégica perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma a fortalecer o combate de violações a grupos vulneráveis prioritários. A hipótese é de que a atuação da Defensoria em litígios estratégi-

* Doutora em Direito pela Universidade de Saarbrücken, professora no Ibmec-RJ e na UFRJ, coordenadora do Gecon/Ibmec-RJ e ex-bolsista da Fundação Konrad Adenauer. emceia@gmail.com / Orcid: 0000-0002-0756-199x

** Advogada. Especialista em Direito Privado e Direitos Humanos. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ibmec-RJ. Pesquisadora do Gecon/Ibmec-RJ. amandabcolares@gmail.com

*** Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da FND/UFRJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ibmec-RJ. Pesquisador do Gecon/Ibmec-RJ. cbraga.marcelo@gmail.com

**** Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. MBA em Comunicação Empresarial. Especialização em Economia do Trabalho pela Unicamp. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Ibmec-RJ. Pesquisador do GECON/Ibmec-RJ. rafa.olive80@gmail.com

***** Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ibmec-RJ. Graduanda na Escola de Serviço Social da Universidade do Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Gecon/Ibmec-RJ. vitoriacpestana@hotmail.com

****** Agradecemos a Rodrigo Baptista Pacheco, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro entre 2019 e 2022, e a Raphaela Jahara, Coordenadora de Tutela Coletiva da DPRJ, pelo apoio inestimável à pesquisa. Nossos agradecimentos também Matheus Jeha de Sá e Vinicius Feliciano Mancebo de Azevedo, Bolsista de Iniciação Científica da FAPERJ de fevereiro

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

cos perante o Sistema ainda se encontra em desenvolvimento. Denúncias em áreas importantes já foram apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mas sem resultado de condenação ao país, que altere de forma significativa e estrutural o quadro específico de violação a direitos. A pesquisa adota como metodologia as pesquisas bibliográfica e documental, compreendendo a seleção e análise de livros e artigos referentes à litigância estratégica em direitos humanos e a análise quantitativa e qualitativa de dados sobre as denúncias da DPRJ à Comissão.

Palavras-chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Defensoria Pública; Litígio Estratégico.

La actuación de la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro mediante litigios estraté-gicos en el sistema interamericano de derechos humanos

RESUMEN

El artículo investiga si la Defensoría Pública del Estado de Río de Janeiro (DPRJ) cuenta con experiencias de litigio estratégico ante el sistema interamericano de derechos humanos, a fin de fortalecer el combate contra las violaciones de derechos de grupos vulnerables prioritarios. La hipótesis sostiene que la actuación de la Defensoría en litigios estratégicos ante dicho sistema aún se encuentra en desarrollo. Ya se han presentado denuncias en áreas relevantes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); sin embargo, estas no han derivado en una condena al Estado que modifique de manera significativa y estructural el escenario específico de violación de derechos. El estudio adopta como metodología la investigación bibliográfica y documental, que comprende la selección y el análisis de libros y artículos relativos al litigio estratégico en derechos humanos, así como el análisis cuantitativo y cualitativo de datos sobre las denuncias presentadas por la DPRJ ante la CIDH.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Defensoría Pública; litigio estratégico.

The Role of the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro in Strategic Litigation before the Inter-American Human Rights System

ABSTRACT

This article examines whether the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro has developed experiences in strategic litigation before the Inter-American Human Rights System aimed at strengthening the fight against violations affecting priority vulnerable groups. The hypothesis suggests that the institution's engagement in strategic litigation within the System is still under development. Although complaints in important areas have already been submitted to the Inter-American

---

de 2022 a janeiro de 2023, quem contribuíram significativamente com o desenvolvimento inicial da presente pesquisa. Este estudo foi financiado pela FAPERJ - Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, Processo SEI 260003/001290/2022.

Commission on Human Rights (IACHR), they have not yet resulted in judgments condemning the State that would produce significant and structural changes in specific contexts of rights violations. The research adopts a bibliographic and documentary methodology, including the selection and analysis of books and academic articles on strategic human rights litigation, as well as a quantitative and qualitative analysis of data regarding the complaints submitted by the DPRJ to the Commission.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights; Public Defender's Office; strategic litigation.

Die Tätigkeit der öffentlichen Verteidigung des Bundesstaates Rio de Janeiro durch strategische Prozessführung im Interamerikanischen Menschenrechtssystem

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel untersucht, ob die öffentliche Verteidigung des Bundesstaates Rio de Janeiro Erfahrungen mit strategischer Prozessführung vor dem Interamerikanischen Menschenrechtssystem gesammelt hat, um den Kampf gegen Menschenrechtsverletzungen gegenüber besonders vulnerablen Gruppen zu stärken. Die zugrunde liegende Hypothese lautet, dass sich die Tätigkeit der Defensoria im Bereich strategischer Prozessführung vor diesem System noch in der Entwicklung befindet. Zwar wurden bereits Beschwerden in wichtigen Bereichen bei der Interamerikanischen Menschenrechtskommission eingereicht, bislang haben diese jedoch nicht zu Verurteilungen des Staates geführt, die zu bedeutenden und strukturellen Veränderungen in den jeweiligen Kontexten von Menschenrechtsverletzungen geführt hätten. Methodisch basiert die Untersuchung auf bibliografischer und dokumentarischer Forschung, einschließlich der Auswahl und Analyse von Büchern und Fachartikeln zur strategischen Menschenrechtsprozessführung sowie einer quantitativen und qualitativen Analyse der von der DPRJ bei der Kommission eingereichten Beschwerden.

Schlagwörter: Interamerikanische Menschenrechtskommission; öffentliche Verteidigung; strategische Prozessführung.

Introdução

No campo do constitucionalismo internacional o tema prioritário da defesa dos direitos humanos se relaciona com a atuação de mecanismos e instituições do direito nacional e internacional. Nesse contexto, são reconhecidas a personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, para exigir seus direitos inerentes como ser humano. Os pilares básicos da proteção internacional e dos mecanismos de emancipação do ser humano em face do seu próprio Estado é a jurisdição obrigatória dos tribunais de direitos humanos com o direito de petição individual internacional frente a órgãos internacionais de proteção internacional da pessoa humana.

Na América Latina, opera o sistema interamericano de direitos humanos baseado na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Nele as instituições nacionais, estrangeiras e internacionais atuam contra violações de direitos humanos, em especial organizações não governamentais e mais recentemente defensorias públicas. A atuação de tais instituições pode ocorrer na forma de litigância estratégica, ou seja, apresentam denúncias contra o país perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a iniciar um litígio que chamará a atenção de atores-alvo e, consequentemente, fortalecerá a luta contra violações a direitos específicos de determinados grupos vulneráveis.

A apresentação de uma denúncia a um sistema internacional de proteção dos direitos humanos acaba gerando o "efeito bumerangue", isto é, provoca no país de origem, onde ocorreu a violação, uma mobilização dos órgãos e instituições envolvidos no caso, a fim de evitar que a denúncia tenha seguimento e haja a condenação internacional do Estado. Essa atuação ganha importância ainda mais elevada se o caso apresentado chega a merecer a apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Portanto, defensorias públicas podem cumprir importante papel de efetivação dos direitos humanos quando produzem estratégias de apresentação de casos prioritários à Comissão Interamericana.

A maior parte dos Estados-Parte da CADH possuem órgãos de Defensoria Pública. Contudo, o Brasil se destaca nesse cenário. No direito brasileiro, desde a edição da Lei nº 1.060/1950, há a previsão do direito de assistência gratuita para os indivíduos em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Porém, apenas com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) houve um avanço significativo na efetivação do direito de assistência gratuita à população, a saber, o reconhecimento da Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado conforme o artigo 134 do texto constitucional. Anos mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi a vez das defensorias públicas estaduais alcançarem sua autonomia funcional e administrativa. O modelo brasileiro de defensoria pública é paradigma de boa prática no âmbito interamericano, a despeito das dificuldades em sua implementação no âmbito interno[1]

O problema central do artigo reside na seguinte questão: a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) possui experiências de litigância estratégica perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), de forma a fortalecer o combate de violações a grupos vulneráveis prioritários? O trabalho parte da hipótese de que a atuação da DPRJ em litígios estratégicos perante o SIDH ainda se encontra em desenvolvimento. Denúncias em áreas importantes já foram apresentadas à CIDH, mas sem resultado de condenação ao país, que altere de forma significativa e estrutural o quadro específico de violação a direitos.

---

[1] IPEA, "Mapa da Defensoria Pública no Brasil" (2025). Acesso em 23 de abril de 2025. https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica

A escolha de investigar a atuação da DPRJ no SIDH justifica-se devido a sua importância na história da defensoria pública no Brasil e por seu papel de destaque nas demandas apresentadas pelas defensorias públicas estaduais brasileiras à CIDH. A pesquisa adota como metodologia as pesquisas bibliográfica e documental, compreendendo a seleção e análise de livros e artigos científicos referentes à litigância estratégica em direitos humanos e a atuação da DPRJ no SIDH. Ao lado disso, a pesquisa se ocupa com o levantamento e a análise de dados quantitativos e qualitativos sobre as denúncias da DPRJ ao SIDH, a partir de documentos oficiais da CIDH e do Relatório da DPRJ acerca da sua atuação nos sistemas internacionais de direitos humanos.

Nessa perspectiva, o artigo busca avaliar o desenvolvimento e a conclusão das denúncias da DPRJ frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em termos de litigância estratégica. Para tanto, trabalha os seus objetivos específicos conforme a seguinte estrutura: a primeira seção explica a relação entre a luta por direitos humanos e a técnica da litigância estratégica com base na teoria do reconhecimento de Axel Honneth; a segunda seção apresenta a função institucional da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos segundo a CF/88 e sua relação com o SIDH; e a terceira seção analisa os dados referentes às denúncias da DPRJ à CIDH, de modo a responder ao problema proposto, além das considerações finais que sistematizam os resultados da pesquisa.

1. A luta por direitos humanos e a litigância estratégica

A luta pela efetivação dos direitos humanos, seja pela sociedade civil, seja por órgãos ligados ao Estado (como é o caso da Defensoria Pública), é uma luta social, objeto central da teoria crítica de Axel Honneth. Segundo o autor, "a base da interação social é o conflito e sua gramática a luta por reconhecimento".[2]

O desenvolvimento humano se dá mediante relações éticas bem definidas entre os indivíduos. No seio dessas relações pode ocorrer uma experiência de desrespeito social, isto é, a anulação do reconhecimento da identidade de um indivíduo ou de uma determinada coletividade, como ocorre, por exemplo, com a população negra, os povos indígenas e a população carcerária, entre outros. Esta experiência de desrespeito social gera uma ação que busca restaurar a relação de reconhecimento mútuo entre os indivíduos e/ou grupos sociais. Esta ação corresponde às "diversas lutas por reconhecimento" que constituem "uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais".[3] Em síntese, da lesão nas relações sociais, nasce o conflito, que impulsiona o reconhecimento de direitos a grupos sociais vulneráveis.

---

[2] Axel Honneth, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (São Paulo: Editora 34, 2009), 17.

[3] Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 18.

O convívio social ocorre por meio de relações éticas entre os indivíduos, asseguradas por um movimento de reconhecimento, ou seja, por um processo de fases de reconciliação e de conflito simultâneo e sucessivo. Este movimento de reconhecimento torna as relações intersubjetivas cada vez mais maduras, até atingir seu objetivo final de desenvolvimento, que seria a efetivação de uma "comunidade de cidadãos livres".[4]

Há três formas de reconhecimento recíproco entre os indivíduos: i) o amor nas relações de família e afetivas; ii) o direito na sociedade civil; e iii) a solidariedade no campo do Estado. O direito é a forma que ensina o indivíduo a reconhecer os demais membros da sociedade como sujeitos de direitos, ao lado dele próprio. Trata-se de estender a todos os outros indivíduos a condição de sujeito de direito que ele reconhece em si próprio. Essa forma de reconhecimento jurídico recíproco ocorre mediante lutas e conflitos mobilizados historicamente. Na Modernidade, os princípios morais universalistas desenvolvidos na filosofia e na teoria política passaram a ser inseridos no direito, formando um sistema jurídico.

A positivação dos princípios morais universalistas corresponde à conquista de direitos fundamentais, ampliada ao longo dos séculos mediante revoluções e lutas sociais, tanto qualitativamente (direitos civis, políticos e sociais), quanto quantitativamente (a um maior número de pessoas). Entretanto, conforme extraído de modo empírico da obra de Honneth, conjuntamente com o olhar da teoria crítica, apesar das conquistas no campo do direito, elas não asseguram a efetividade concreta de direitos. Esse movimento corrobora a tese, antes apontada, de que das experiências de desrespeito (lesão a direitos), nasce o conflito, que impulsiona o desenvolvimento da sociedade. Possuir direitos significa ao indivíduo ter o respeito dos demais membros da sociedade, pois o reconhecem como sujeito de direitos e, ao mesmo tempo, significa autorrespeito, pois ele próprio se reconhece como sujeito de direitos.[5]

A solidariedade, por sua vez, resulta da experiência de estima social que permite aos indivíduos se identificarem quanto às suas capacidades e contribuições concretas para a vida de todos os demais. O resultado é o indivíduo identificar-se como membro de um grupo em sua totalidade, dentro do qual as interações intersubjetivas assumem a forma de relações solidárias.

São dessas formas de reconhecimento recíproco entre os indivíduos que deriva a experiência de desrespeito, que pode comportar graus diversos de privação de reconhecimentos, a saber: maus-tratos corporais, privação de direitos e desvalorização social. Os maus-tratos corporais ferem de forma duradoura a autoconfiança do indivíduo. Na privação de direitos, ao serem denegados, confirma-se uma imputabilidade moral do sujeito prejudicado, colocando-o de modo desigual em relação aos outros membros da sociedade.[6]

---

4 Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 57.

5 Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 119.

6 Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 209.

Esta demonstração de desrespeito fere a noção de autorrespeito e autonomia social, ou seja, a expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz moralmente em pé de igualdade com os membros da sociedade. Dessas formas de desrespeito são produzidas reações emocionais, como indignação e vergonha moral, que geram o impulso necessário para uma luta social para retomar o reconhecimento perdido ou lesado.[7]

Uma luta assim produzida só pode se qualificar como social, caso logre ultrapassar as pretensões individuais existentes e se torne o ponto de partida para a constituição de um movimento coletivo. Nesse ponto, a teoria do reconhecimento de Honneth se relaciona à técnica da litigância estratégica, que serve aos objetivos de transformação das lutas sociais.

Antes de conceituar litígio estratégico, cumpre determinar concepções importantes do Processo Civil confundidas comumente com a figura da litigância estratégica. São elas: litígio coletivo; processo coletivo; litígio estrutural; processo estrutural; e processo estratégico. O litígio coletivo é o conflito de interesses entre um grupo de pessoas e a outra parte (o ofensor), acusada de lesionar os direitos do grupo como um todo. O litígio coletivo se distingue, portanto, do litígio individual, que configura o conflito de interesses entre indivíduos. O processo coletivo, por seu turno, é a técnica processual que o ordenamento jurídico coloca à disposição de determinados legitimados para encaminhar ao Judiciário o pedido de tutela dos direitos de um grupo afetados por um litígio coletivo.[8] São exemplos de processos coletivos as ações e mandado de injunção coletivo e a ação civil pública.

O litígio estrutural é um litígio coletivo originado do modo como funciona determinada estrutura burocrática, em regra, pertencente ao Estado. Vale dizer, um grupo de pessoas tem seus direitos violados por conta do modo como opera determinada estrutura burocrática pública, como, por exemplo, a polícia e o sistema penitenciário. São casos em que o objeto da pretensão judicial transcende os interesses das partes da relação processual. Logo, a decisão do litígio entre tais partes repercute sobre outros indivíduos e grupos.[9]

Por sua vez, o processo estrutural é um processo coletivo que pretende levar ao Judiciário a demanda de reforma de determinada estrutura burocrática pública, pois o modo como ela opera gera violações de direitos a determinada coletividade. Em regra, são processos longos e difíceis, pois envolvem como solução a reforma de tais burocracias ou de políticas públicas.[10] Tem sua origem na mobilização de advogados e juízes dos Estados Unidos, no final da década de 1960, que buscavam aplicar

---

7 Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 224.

8 Edilson Vitorelli, "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças". *Revista de Processo* 284 (2018): 337.

9 Melina Girardi Fachin e Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert, "Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana". *Suprema. Revista de Estudos Constitucionais* 4, n.º 1 (2024): 373-374.

10 Vitorelli, "Levando os conceitos a sério", 339-340.

o célebre precedente da Suprema Corte de 1954, "Brown vs. Board of Education", que tratava do combate à segregação racial no âmbito escolar, em outros domínios, como, por exemplo, reforma de hospitais, presídios e políticas de moradia.[11]

Por último, o processo estratégico é comumente denominado na doutrina nacional por litígio estratégico.[12].Trata-se de uma forma de diálogo entre a teoria e a realidade de desrespeito em que um processo pretende resultados que extrapolam os limites do conflito de interesses levado ao Judiciário, pois busca como resolução à lide uma nova compreensão sobre determinado problema jurídico.[13] No âmbito de um processo estratégico, há um planejamento detalhado sobre a escolha das partes, dos advogados que devem ser especializados no assunto e do juízo que analisará o conflito; a causa de pedir; o caso paradigma; e as provas a serem produzidas. Em suma, o processo estratégico é aquele que busca, ao seu final, a transformação jurídica e social da realidade afetada pelo tema da controvérsia.[14]

O litígio estratégico busca, por meio do uso do Judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas.[15] Mais precisamente, delimitando-se uma definição de litígio estratégico em direitos humanos, "consiste na utilização de arenas de litigância de forma estratégica buscando um impacto que transcenda as partes do caso e contribua para os direitos humanos e a justiça social".[16]

Há, desse modo, uma relação justificada entre a teoria do reconhecimento de Honneth e o litígio estratégico. Tal técnica promove o acesso planejado à justiça com o objetivo de impulsionar "transformações sociais a partir de casos tidos como emblemáticos, capazes de transformarem a jurisprudência, formarem precedentes, além de provocarem mudanças legislativas ou de políticas públicas".[17]

A decisão de levar o caso coletivo à justiça pressupõe organização e mobilização entre indivíduos, que se identificam nas experiências de desrespeito pelas quais passam, que, segundo Honneth, geram o impulso necessário para uma luta social

---

[11] Owen Fiss, "To make the Constitution a living truth: Four Lectures on the structural injunction". Em Processos estruturais, organizado por Sergio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna (Salvador: JusPodivm, 2022), 35.

[12] Vitorelli, "Levando os conceitos a sério", 345.

[13] Girardi e Porcaro, "Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional", 380.

[14] Vitorelli, "Levando os conceitos a sério", 345-346.

[15] Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 41.

[16] Juliana Cesario Alvim Gomes, "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social". *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 393.

[17] Brunela Vieira de Vincenzi, "As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth". *Revista Jurídica Direito & Paz* XVIII, n.º 34 (2016): 212.

por reconhecimento de direitos[18]. Trata-se de uma luta, portanto, que ultrapassa as pretensões individuais, com vistas a se tornar um movimento coletivo, no qual seus membros se reconhecem nas violações sofridas e nas emoções delas decorrentes.

A partir disso, logram produzir uma ação coletiva organizada de reivindicação de direitos, como, por exemplo, por meio de uma ação judicial. Daí a técnica da litigância estratégica ter a aptidão de servir aos objetivos das lutas sociais de reconhecimento de direitos lesados de determinado movimento coletivo, que pretende, em última instância, a restauração e ampliação das relações de reconhecimento recíproco entre os indivíduos.

As ações coletivas são aquelas que patrocinam direitos transindividuais, ou seja, pertencentes a indivíduos diferentes ligados entre si por um fator comum de violação a direito. Elas são exemplos de litígio estratégico por conta: i) da tutela de direitos de uma coletividade, e não apenas de um indivíduo; ii) da legitimidade ativa ampla de tais ações, atribuída a várias entidades, como associações, sindicatos e a Defensoria Pública (como é o caso da Ação Civil Pública); e iii) da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva, com efeitos gerais ou extensíveis a todos os indivíduos na mesma situação do grupo representado em juízo.[19] Tais características das ações de tutela coletiva, com as quais a Defensoria Pública tem ampla experiência, atende ao objetivo de transformação social perseguido pela litigância estratégica.

2. A defensoria pública e o SIDH

A constitucionalização das garantias processuais foi um fenômeno comum a vários países da América do Sul que passaram por experiências de redemocratização após períodos ditatoriais. E, no Brasil, não é diferente. Ao lado de um amplo catálogo de direitos fundamentais, a CF/88 prevê uma série de garantias constitucionais, isto é, ações judiciais cujo objetivo é a efetivação de tais direitos quando violados ou na iminência de serem violados.

Além disso, a CF/88 inovou em termos de concretização do acesso à justiça, ao reconhecer a Defensoria Pública como instituição equiparável ao Ministério Público e, com isso, essencial à função jurisdicional do Estado, em particular no que se refere ao acesso à justiça de indivíduos e grupos vulneráveis. Isso se revela compatível com o objetivo da República de redução das desigualdades sociais a ser perseguido pelo Estado e insculpido no artigo 3º da CF/88.

Do mesmo modo, está em consonância com a Resolução AG/RES 2656 (XLI-0/11), aprovada pela OEA em 2011, que consagra a relevância da atuação das defensorias públicas e seus membros no SIDH, recomendando a eles a adoção de medidas

[18] Honneth, *Luta por reconhecimento...*, 224.

[19] Vieira de Vincenzi,"As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth", 226.

que assegurem a existência de modelos públicos de assistência jurídica gratuita dotados de independência e autonomia funcional.[20] Nessa perspectiva, cumpre destacar que os membros da Defensoria Pública no Brasil são servidores de carreira providos mediante concurso público.

O modelo brasileiro de defensoria pública "impõe que o exercício da promoção da assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes seja assumido efetivamente pelo Estado" e segue uma "modelagem organizacional – vinculativa e de reprodução obrigatória" nas unidades da Federação brasileira.[21] Da CF/88 decorre a obrigação estatal de ampliar a atuação da Defensoria Pública, de forma a implementar progressivamente o serviço de assistência jurídica por todo o território nacional. Contudo, tal programa está longe de ser alcançado na realidade, diante da falta de defensores públicos em 72% das comarcas do país.[22] Com efeito, a defensoria pública foi implantada em todos os estados da Federação, porém persistem disparidades entre as regiões: umas contando com mais defensoras e defensores do que outras.[23]

O artigo 134 da CF/88, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004 e 80/2014, reconhece a autonomia funcional, administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais.[24] Ademais, esclarece que a Defensoria Pública, dotada de independência funcional, não se reduz à defesa de interesses subjetivos ou coletivos, mas se estende à função pública de redução das desigualdades sociais e promoção dos direitos humanos.

Com o passar do tempo, avanços legislativos ocorreram, de forma a implementar a missão constitucional da Defensoria Pública. A Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), alterada posteriormente pela Lei Complementar nº 132/2009, organiza as Defensorias Públicas do Estado Brasileiro, reconhecendo a Defensoria Pública como instituição permanente que funciona como instrumento do regime democrático, com um dos seus principais objetivos atuar na prevalência e efetividade dos direitos humanos, inclusive, perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Conforme o inciso VI do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, "são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos".

---

[20] Tiago Fensterseifer, *Defensoria Pública na Constituição Federal* (Rio de Janeiro: Forense, 2017), 134.

[21] Antonio Suxberger e Alberto Carvalho Amaral, "A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul". *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 6, n.º 2 (2016): 116-131.

[22] Fensterseifer, *Defensoria Pública na Constituição Federal...*, 187.

[23] IPEA, "Mapa da Defensoria Pública no Brasil".

[24] Com efeito, a DPRJ só conquista sua autonomia funcional, administrativa e financeira, com a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 5 de 2019 pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que adequou a legislação estadual à Emenda Constitucional nº 80/2014.

Conforme visto, a litigância estratégica pressupõe a busca por efeitos que transcendam a resolução do caso, isto é, que promovam mudanças legislativas e em políticas públicas em prol da justiça social. Nesse contexto, vale registrar que a legislação acima garante funções importantes à Defensoria Pública relacionadas à litigância estratégica, a saber, a fiscalização e participação na gestão de políticas públicas, além da sua legitimidade de propor ação civil pública[25] em favor de direitos coletivos, como instrumento de controle judicial de políticas públicas sociais.[26]

O modelo brasileiro exerce influência sobre o desenho de prestação da assistência jurídica gratuita implementado em outros países da América do Sul. Com efeito, reconhece-se que o modelo brasileiro de assistência jurídica gratuita a pessoas e grupos vulneráveis tenha sido uma fonte para a elaboração da Resolução AG/RES 2656 (XLI-o/11) da OEA, ao lado do modelo da *Defensa Pública* da Argentina.[27]

Nas constituições de países como Colômbia, Equador e Venezuela há a previsão de órgãos, cuja nomenclatura e funcionamento são similares à defensoria pública brasileira. São eles: a *Defensoría del Pueblo* na Colômbia; a *Defensoría Pública* no Equador; e a *Defensa Pública* na Venezuela. Os demais países da América do Sul dispõem de serviço semelhante ao modelo brasileiro de defensoria, sem contudo qualquer previsão constitucional a respeito. Apenas Guiana e Suriname não dispõem de órgãos de defensoria pública.[28] Contudo, nenhum entre todos esses exemplos se iguala integralmente à Defensoria Pública brasileira nos moldes de sua ampla autonomia e iniciativa de lei, além de sua descentralização territorial mediante a atuação das Defensorias Públicas Estaduais.

Conforme apontado, a Defensoria Pública, incluindo as Defensorias Públicas Estaduais, possuem capacidade postulatória perante sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, dentre os quais se destaca o SIDH, em virtude de sua relevância regional, como será explicado na seção seguinte, a qual destacará o importante papel da DPRJ na efetivação dos direitos humanos quando apresenta casos prioritários à Comissão Interamericana. O SIDH foi inaugurado com a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) e com a criação da Carta da OEA. Dois marcos importantes para o sistema de proteção americano são: em 1959, a criação da CIDH, que teve suas atribuições ampliadas em 1965 para receber e processar denúncias ou petições individuais; e, em 1979, a abertura da Corte IDH.

A CIDH possui funções primordiais: o lado político, com a promoção do respeito e a defesa dos direitos humanos; e a função quase judicial, com elaboração de

---

[25] A legislação brasileira reconhece à Defensoria Pública a legitimidade para propor ações judiciais para a tutela de direitos coletivos. Além da ação civil pública, a Defensoria Pública, por exemplo, é legítima para propor mandado de injunção coletivo na defesa dos direitos humanos de pessoas vulneráveis contra omissões legislativas inconstitucionais perpetradas pelo Estado. Fensterseifer, *Defensoria Pública na Constituição Federal*, 114.

[26] Fensterseifer, *Defensoria Pública…*, 100.

[27] Fensterseifer, *Defensoria Pública…*, 164.

[28] Suxberger e Carvalho, "A defensoria pública como garantia constitucional", 120-121.

relatórios; a realização de visitas;[29] a celebração de audiências; e, principalmente, o processamento de denúncias por meio do seu sistema de petições individuais. Este sistema pode ser utilizado por qualquer pessoa,[30] grupo ou organização (inclusive defensorias públicas), sendo que as denúncias ficam pendentes de uma análise preliminar da Comissão. Não sendo infundada a denúncia, a Comissão apresenta petição para iniciar seu trâmite.[31]

Em seguida, verifica-se se foram atendidos os pressupostos de admissibilidade das petições individuais, quais sejam: o esgotamento dos recursos internos,[32] o cumprimento do prazo de 6 meses contados a partir da decisão de última instância no direito interno; a inexistência de litispendência internacional; e a indicação na denúncia de requisitos formais, tais como nome, nacionalidade, profissão, domicílio e a assinatura da pessoa ou representante legal da entidade que encaminha a denúncia.

Caso a petição seja considerada admissível, a Comissão inicia a análise de mérito, etapa na qual se busca determinar a ocorrência da violação de direitos humanos com base na análise das alegações apresentadas pela denúncia. Nesta fase se oportuniza às partes a possibilidade de uma solução amistosa e em situações urgentes e graves, a Comissão pode expedir medidas cautelares. Terminada a análise de mérito, caso a Comissão determine que não houve violação de direitos humanos, ocorre a publicação da decisão e encerra-se o trâmite.

Caso se entenda que houve violação aos direitos humanos, a Comissão elabora um informe com recomendações a serem cumpridas pelo Estado envolvido dentro de prazo estabelecido. Se as recomendações não forem cumpridas dentro do prazo, a Comissão elabora um novo parecer que poderá ter um dos seguintes desfechos possíveis: i) caso o Estado denunciado não for parte da CADH e tampouco reconhecer a competência contenciosa da Corte IDH, na hipótese de não cumprir as recomendações da CIDH, a denúncia terá apenas um desfecho político, com o envio do informe final da Comissão à Assembleia Geral da OEA; ii) se o Estado denunciado for Parte da CADH e reconhecer a competência contenciosa da

---

[29] Em novembro de 2018 a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sediou a visita *in loco* da Comissão ao Estado do Rio de Janeiro (DPRJ 2018).

[30] A Corte IDH na Opinião Consultiva n.° 22/16 estabelece que o artigo 1.2 da CADH somente consagra direitos a favor de pessoas naturais, de modo que as pessoas jurídicas não são titulares dos direitos consagrados na Convenção.

[31] A grande maioria das denúncias recebidas pela Comissão são rejeitadas nesta análise preliminar, ou seja, não originam a decisão: abrir petição para trâmite. Flávia Piovesan e Julia Cunha Cruz, *Curso de Direitos Humanos. Sistema Interamericano* (Rio de Janeiro: Forense, 2021), 140.

[32] A regra do esgotamento dos recursos internos apresenta três exceções que permitem à vítima apresentar diretamente sua denúncia à Comissão. São elas: i) inexistência do devido processo legal no direito interno; ii) excessiva demora na prestação jurisdicional interna; e iii) ameaça ou coação que impeça a vítima de prosseguir com o processo interno.

Corte IDH, a Comissão poderá encaminhar o caso à Corte IDH, nas hipóteses em que as recomendações do seu informe não forem cumpridas.[33]

Dentro deste segundo cenário, surge a figura da Corte IDH, considerada a segunda instância de controle do SIDH. Ela exerce duas competências: a consultiva, através da interpretação de normas de proteção aos direitos humanos; e a contenciosa, com o julgamento para determinar a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos e princípios previstos na CADH. A vítima e seus representantes (como, por exemplo, defensorias públicas)[34] têm o direito de participar de todas as etapas processuais perante a Corte, a partir do recebimento do caso. Entretanto, vale ressaltar que os indivíduos, grupos ou organizações não têm acesso direto a ela, devendo obrigatoriamente passar pela CIDH.[35]

Ao receber um caso, primeiramente, a Corte irá determinar se o caso se refere a violações contra a CADH; se quem encaminhou o caso detenha legitimidade ativa para tanto; a vítima deve ser uma pessoa sob a jurisdição do Estado denunciado; que os fatos narrados tenham ocorrido após o reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado denunciado, com a ressalva de violações de caráter continuado; e os fatos tenham ocorrido no território do Estado denunciado.[36]

Após o exame das eventuais exceções levantadas pelo Estado, a Corte inicia a análise de mérito do caso, com base nos fatos e argumentos jurídicos ali suscitados. Nesta fase, as partes podem comunicar à Corte sobre o atingimento de uma solução amistosa do caso, a qual será analisada pela Corte. Além disso, a Corte pode conceder medidas provisórias (semelhantes às medidas cautelares da Comissão), em situações urgentes, graves e de risco de dano irreparável à vítima.[37]

Se a conclusão for no sentido de que o Estado é responsável pela violação, haverá a condenação estatal e a Corte determinará medidas de reparação à vítima, cujo objetivo é restaurar a situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, o Estado deverá compensar a vítima pelos danos sofridos e tomar providências para que não haja repetição da violação. É o chamado instituto da reparação integral, caracterizado pela centralidade da vítima.

---

[33] Piovesan e Cruz, *Curso de Direitos Humanos…*, 140-143.

[34] O Regulamento da Corte IDH prevê a figura do "Defensor Interamericano", quem representará em determinado caso perante a Corte a suposta vítima que não conta com representação legal devidamente credenciada. Embora sejam figuras distintas, o(a) Defensor(a) Público e o(a) Defensor(a) Interamericano(a) guardam forte conexão em suas funções no SIDH, evidenciando a valorização do direito à assistência jurídica no âmbito da OEA. Fensterseifer, 164.

[35] Nesse ponto, se percebe uma certa dificuldade para as denúncias ou queixas serem encaminhadas para a Corte IDH, uma vez que ao olhar a jurisprudência do órgão, a CIDH opta por submeter apenas "grandes casos". Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direitos Humanos* (Rio de Janeiro: Forense, 2019), 140.

[36] Piovesan e Cruz, *Curso de Direitos Humanos…*, 147.

[37] Piovesan e Cruz, *Curso de Direitos Humanos…*, 149.

> [...] a Corte entende que a reparação requer restituição plena (*restitutio in integrum*), ou seja, o reestabelecimento do status anterior à violação. Quando isto não é possível (por exemplo, quando a violação consiste em uma execução extrajudicial), o tribunal determina um conjunto de medidas para garantir que os direitos passem a ser respeitados e para eliminar efeitos da violação, além de estabelecer uma indenização para a vítima. A Corte também requer que o Estado adote medidas de natureza positiva para assegurar que as violações não se repitam no futuro.[38]

A decisão final da Corte é irrecorrível e o Estado condenado deve obrigatoriamente cumprir seu conteúdo. A Corte acompanha e monitora o caso até que todas as medidas de reparação determinadas em sua sentença sejam cumpridas pelo Estado.

Importa sublinhar que o instituto da reparação integral da vítima revela-se como a resposta pretendida pelo litígio estratégico. Isso porque tal instituto não objetiva apenas uma reparação imediata frente à violação – como a punição dos responsáveis ou o pagamento de indenização à vítima – mas vai além estipulando medidas de não repetição, como, por exemplo, reformas institucionais e/ou legislativas.

Em síntese, a reparação integral pretende dar ao caso uma resposta que não considere apenas os efeitos da violação, mas suas causas também, o que é o buscado igualmente pelo litígio estratégico. Portanto, a Corte IDH oferece uma visão de reparação à vítima que atende aos objetivos específicos dos litígios estratégicos. Neste aspecto, o sistema interamericano de direitos humanos é ambiente, então, propício e amigável para o encaminhamento de litígios estratégicos.

Um caso de litígio estratégico presente no SIDH é o Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, que derivou a Sentença da Corte IDH de 24 de novembro de 2010. A Corte IDH condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado, entre outras violações, de membros da Guerrilha do Araguaia, impondo ao Estado uma série de medidas de significativo impacto social. Entre elas, destacam-se i) desenvolver programas de capacitação em direitos humanos aos membros das Forças Armadas; ii) tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos; iii) publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia e demais relativas às violações de direitos humanos ocorridas durante o regime civil-militar (1964-1985); e iv) adequar o direito brasileiro, conforme o artigo 2° da CADH, de modo que a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) não impeça a investigação dos fatos e o julgamento e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos humanos.[39]

A grande parte dos itens da sentença condenatória foi cumprida, com exceção da revogação da Lei de Anistia. De todo modo, a Sentença ilustra importante

---

[38] Piovesan e Cruz, *Curso de Direitos Humanos…*, 210.

[39] Eleonora Mesquita Ceia, "A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil". *Revista da EMERJ* 16, n.º 61 (2013): 113-152, 126-128.

exemplo como decisões da Corte IDH podem impor ao país destinatário demandas de transformação social, como reformas institucionais, inovações legislativas, implementação de políticas públicas e alteração de padrões de interpretação judicial dos tribunais nacionais.[40]

3. A análise das denúncias da DPRJ ante à CIDH

A legitimidade e relevância da atuação das defensorias públicas para a defesa dos direitos humanos passa por, entre outras frentes de trabalho, pela sua atuação junto ao SIDH. Em especial, as ações da DPRJ constituem o escopo de análise para afirmar a relevância da instituição para os indivíduos e grupos vulneráveis por ela assistidos e, por consequência, toda a população do Estado do Rio de Janeiro.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro é a mais antiga do Brasil,[41] celebrando em 2024 os seus 70 anos de existência.[42] O Estado do Rio de Janeiro possui 82 comarcas distribuídas por 92 municípios. A DPRJ está presente em todas elas, com mais de 750 defensores na ativa.[43] Suas atribuições estão enumeradas no artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, dentre elas a de "representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos".

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro tem atuação de destaque em comparação às outras defensorias públicas estaduais no que diz respeito ao encaminhamento de petições à CIDH. Para a presente pesquisa são consideradas denúncias da DPRJ as petições apresentadas à CIDH de autoria de suas coordenadorias e de seus núcleos especializados[44] – o que enfatizam o caráter difuso e descentralizado da atuação da DPRJ no sistema interamericano.

---

[40] Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano*, 127.

[41] Ministério da Justiça, *Defensoria Pública no Brasil: Estudo Diagnóstico* (Brasília: Ministério da Justiça, 2004). Acesso em 29 de dezembro de 2025. https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria.pdf

[42] A origem da DPRJ remonta à Lei Estadual nº 2.188/1954, que criou o cargo de defensor público vinculado à Procuradoria Geral de Justiça. Com a Lei Complementar nº 6/1977, a organização e o funcionamento da Assistência Judiciária foram regulados no Estado (desde 1958 os serviços de assistência judiciária já haviam sido implantados em nível federal e prestados por defensores públicos integrantes do Ministério Público Federal). A DPRJ foi finalmente instituída sob a atual denominação por meio da Emenda nº 37/1987 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. DPRJ, DPRJ. *70 anos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 1954-2024* (Apresentação, 2024).

[43] DPRJ. *70 anos da Defensoria Pública...*

[44] Conforme o artigo 107 da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, "a Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional".

Tendo isso em vista, a pesquisa documental abaixo se refere às denúncias apresentadas à CIDH pela DPRJ. Os dados analisados foram obtidos do "Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos sistemas internacionais de direitos humanos" da Coordenadoria de Tutela Coletiva da DPRJ[45] e do acervo da página da CIDH.[46]

A pesquisa compreende as petições apresentadas à CIDH entre os anos de 1992 e 2023. O marco temporal inicial é o ano de adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos no direito brasileiro mediante o Decreto nº 678/1992. A sistematização dos dados com os principais elementos identificadores é apresentada em tabela no Apêndice.

No período pesquisado (1992 a 2023) a temática da maior parte das petições é de natureza penal e os peticionários "frequentes" são entidades da sociedade civil como, por exemplo, associações profissionais, organizações de defesa dos direitos humanos e o Ministério Público.

A atuação da Defensoria Pública brasileira ainda é tímida em comparação aos peticionários "frequentes" acima identificados no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. Vale destacar as denúncias sobre as violações sistêmicas contra direitos humanos no sistema penitenciário nacional. Com efeito, esta temática, em razão de seu caráter estrutural, favorece a adoção de litigância estratégica por parte da Defensoria Pública.[47]

Ao total foram encontradas 12 petições da DPRJ à CIDH, sendo que nenhuma delas apresentada entre os anos de 1992 e 2004.[48] A primeira denúncia da DPRJ é do ano de 2005 (Petição P-665-05) encaminhada pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH) e pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública (CDEDICA) da DPRJ a respeito de maus-tratos

---

[45] A pesquisa não inclui os casos de atuação da DPRJ frente à CIDH como *amicus curiae*, em razão do seu objetivo de analisar as petições da DPRJ que denunciam violações contra direitos humanos ocorridas no Estado do Rio de Janeiro, que podem se constituir casos contenciosos contra o Brasil e verificar se tais petições assumem características de litígios estratégicos. De todo modo, vale mencionar brevemente dois pedidos da DPRJ à CIDH para atuar como *amicus curiae*: no Caso Beatriz e Outros vs. El Salvador sobre o direito de acesso ao aborto e na Solicitação de Parecer Consultivo do Estado Argentino à Corte IDH sobre o direito ao cuidado como direito humano. DPRJ, *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos sistemas internacionais de direitos humanos*. Organizado pela Coordenadoria de Tutela Coletiva (Rio de Janeiro: DPRJ, 2024).

[46] OEA, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. https://www.oas.org/pt/CIDH/.

[47] Ana Lúcia Tavares Ferreira, "A Defensoria Pública e a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade no sistema interamericano de direitos humanos: desafios e perspectivas". *Cadernos Estratégicos II*. Editado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 117-152 (Rio de Janeiro: DPRJ, 2021), 145.

[48] Os arquivos dos relatórios de descrição dos casos dos anos de 1998 e 2000 não estavam disponíveis na página da CIDH para consulta.

a crianças e jovens internados no CTR (Centro de Triagem e Recepção) situado no Estado do Rio de Janeiro, onde deveriam cumprir medidas socioeducativas.[49]

Com efeito, os temas que predominam nas petições da DPRJ são a violência policial e os direitos das pessoas privadas de liberdade. Entre as 12 petições encontradas, não há casos resolvidos por acordo entre as partes, tampouco não foram encontrados casos resolvidos no mérito, arquivados e encaminhados à Corte. Em 7 casos a DPRJ apresentou pedidos de medidas cautelares frente à CIDH e de medidas provisórias frente à Corte IDH,[50] sendo a maioria delas referente à violação de direitos humanos contra pessoas privadas de liberdade. Os casos em que a DPRJ solicitou as medidas são os seguintes:

- Petição P-302-07 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da execução extrajudicial de Flávio Mendes Pontes, de 16 anos de idade, por parte dos oficiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro.[51]
- Petição P-1017-08 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade na carceragem da Polinter-Neves.
- Petição P-2114-15 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da violação de direitos humanos de adolescentes privados de liberdade em unidades de internação da capital do Estado do Rio de Janeiro.
- Petição P-353-16 encaminhada pelo Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN) a respeito da violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.
- Petição P-1002-18 encaminhada pelo NUDEDH, pelas Coordenações de Saúde e Tutela Coletiva (COSAU) e pelo Núcleo de Fazenda Pública e Tutela Coletiva (NUFAZ) a respeito da omissão do Estado em prover acesso

[49] Antes mesmo do reconhecimento legal da atribuição das defensorias públicas de postular perante os órgãos de proteção dos direitos humanos (com a Lei Complementar nº 132/2009), a DPRJ já apresentava denúncias à CIDH. Contudo, o início da sua atuação apenas em meados dos anos 2000 pode ser explicada, entre outras razões, por problemas orçamentários que impactam negativamente sobre infraestrutura e pessoal. Historicamente, a DPRJ tem um orçamento aprovado que corresponde a uma ínfima parte do orçamento do Estado do Rio de Janeiro. Com efeito, há um desequilíbrio notório de orçamento entre a DPRJ e outras instituições do sistema de justiça estadual, como o Ministério Público e o Poder Judiciário (Defensoria Pública, 2025).

[50] Cumpre apontar a crítica direcionada à implementação morosa das medidas adotadas pela Corte IDH, por conta da inexistência de um mecanismo próprio de supervisão e da impossibilidade de execução forçada das medidas (Ferreira, "A Defensoria Pública e a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade no sistema interamericano de direitos humanos", 146).

[51] A violência policial é também temática de denúncias apresentadas à CIDH pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Petição P-2326-12 sobre a prática de tortura por parte de policiais militares e a Petição P-151-15 sobre violência policial na cidade de Santos.

à internação em unidades de tratamento intensivo mantidas pelo Sistema Único de Saúde.
- Caso 14.636 de autoria do NUSPEN a respeito da violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Presídio Evaristo de Moraes.
- Solicitação de Medida Cautelar 888-19 encaminhada pelo NUSPEN a respeito da violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade na Cadeia Pública Jorge Santana e no Presídio Alfredo Tranjan.[52]

As outras petições apresentadas pela DPRJ versam sobre temáticas variadas, notadamente:

- Petição P-1116-07 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da falta de políticas públicas que garantam a proteção pública, integral e especializada da saúde e da educação para as pessoas com transtorno do espectro autista no Estado do Rio de Janeiro.
- Petição P-1675-13 encaminhada pelo NUDEDH a respeito de processo de adoção que viola direitos da personalidade das vítimas.
- Petição P-1094-18 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da chacina policial no Complexo do Salgueiro, na cidade de São Gonçalo, no Rio de Janeiro, em 2017.
- Petição P-422-19 encaminhada pelo NUDEDH a respeito da agressão e detenção arbitrária perpetradas por agentes de segurança pública da cidade do Rio de Janeiro contra o imigrante Trevian Ferney Aragon Valencia.[53]

É possível observar que a DPRJ adota em alguns dos 12 casos analisados técnica de litigância estratégica. Na Petição P-2114-15, relacionada à violência do Estado do Rio de Janeiro contra adolescentes privados de liberdade em centros de detenção, a DPRJ adotou técnicas de processos estratégicos. Como legitimada ativa típica de um litígio estratégico em uma ação coletiva, pretendeu a Defensoria tutelar direitos da coletividade de indivíduos que cumprem medidas socioeducativas, visando à extensão subjetiva da coisa julgada coletiva. Vale dizer, a extensão dos efeitos gerais da decisão a todos os indivíduos na mesma situação, alterando práticas e políticas públicas nesses centros de detenção, o que em parte foi atendido segundo relatório

[52] Sobre condições indignas no sistema penitenciário foi encontrada também a Petição P-441-10 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais sobre a violação de direitos humanos de pessoas privadas de liberdade em cadeias públicas de Minas Gerais.

[53] Neste caso é discutida a incompatibilidade da criminalização do desacato com a CADH. O mesmo tema é tratado também na Petição P-1500-12 encaminhada pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo sobre o tema de violação à liberdade de expressão por crime de desacato; e na Petição P-724-13 da Defensoria Pública da União sobre o tema de violação à liberdade de expressão por crime de desacato.

da própria Defensoria.[54] A atuação da Defensoria neste caso atende, assim, ao objetivo de transformação social perseguido pela litigância estratégica.[55]

Igualmente, a DPRJ adota técnicas de litigância estratégica na Petição P-353-16, sobre a violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado na cidade do Rio de Janeiro. Após a comprovação do quadro de superlotação, má alimentação, dificuldades para assistências médica e jurídica, bem como infraestrutura inadequada do local, a CIDH concedeu medidas cautelares para paralisar imediatamente as violações contra as pessoas privadas de liberdade no Instituto. Em 2018, a Corte IDH emitiu medidas provisórias para que novos presos não ingressem no Instituto e a execução da pena dos detentos deva ser computada em dobro, com exceção aos acusados e condenados por prática de crimes contra a vida, integridade pessoal e crimes sexuais. A Corte IDH acompanha o cumprimento das medidas.[56]

Isso demonstra como o caso logrou a implementação de mudanças na política penitenciária, observadas inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, com a perspectiva de modificar sua jurisprudência. Em 2021, em decisão inédita, o Tribunal determinou que fosse contado em dobro o período em que uma pessoa esteve presa no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, qualificado como local degradante, conforme a Resolução da Corte IDH de 2018 que concedeu as medidas provisórias apontadas acima. Trata-se de "importante precedente possível de ser aplicado para a resolução de situações semelhantes".[57]

Da mesma forma, na Petição 422-19, relativa à violações dos direitos humanos contra pessoa migrante por guardas municipais da cidade do Rio de Janeiro, a DPRJ pretende buscar não somente a devida reparação dos direitos violados da vítima, como também a modificação da jurisprudência brasileira, baseada no entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 496, na qual o Tribunal declarou a constitucionalidade do delito de desacato. Para a DPRJ, "mostra-se reforçado o interesse e a necessidade de um pronunciamento do sistema interamericano de proteção de direitos humanos acerca de sua inconvencionalidade [do crime de desacato] diante deste representativo caso ora denunciado".[58]

---

[54] DPRJ, *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro...*

[55] Ao revés, no Caso 14.636 sobre a violação de direitos humanos de pessoas privadas de liberdade no Presídio Evaristo de Moraes, não se pode claramente observar características de litigância estratégica, visto se tratar de pleito relativo à solução do caso concreto. Entre os tantos casos de violação de direitos em presídios brasileiros, este não se destaca por ser paradigmático, com objetivo de mudar legislação ou política pública de forma ampla e geral, salvo chamar a atenção do poder público em relação à inadequação da unidade prisional, objeto da petição.

[56] DPRJ, *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro...*

[57] STJ, "Em decisão colegiada inédita, STJ manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante", 2021.

[58] DPRJ, *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro...*

Outro caso em que há indicativos de litígio estratégico é a Petição P-1002-18 (Caso Liolita e Outros) encaminhada pela DPRJ à CIDH em 2018. O caso envolve a violação ao direito à vida, à integridade pessoal e saúde de pessoas internadas em unidades do Sistema Único de Saúde (SUS) diante da falta de leitos tratamento intensivo (UTI). Na denúncia foram apresentados dados estatísticos relacionados à judicialização do tema no tribunal local, as tentativas do Ministério Público e da DPRJ para a ampliação no número de leitos de UTI no Estado do Rio de Janeiro e a inércia do poder público competente em apresentar uma solução para as violações apontadas, mesmo após determinação judicial.

A atuação estratégica no caso é observada pela solicitação de medidas cautelares que abrangem: a criação e a implementação de medidas efetivas para imediata expansão da oferta de leitos dos usuários do SUS; e medidas e mecanismos efetivos de regulação que garanta a gestão efetiva e o acesso universal e equânime dos leitos de UTI no âmbito do SUS. Além disso, a DPRJ requer a extensão nacional das medidas cautelares; a adequação das unidades do SUS às normas nacionais e internacionais; a criação de um Grupo de Trabalho técnico de composição mista, incluindo os poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como representantes da sociedade civil e a Defensoria Pública; e a capacitação específica do Direito à Saúde com ênfase em garantia dos Direitos Humanos a todos os operadores do Sistema de Garantia de Direitos.[59]

Nos demais casos não se observa características de litigância estratégica. Os objetivos das denúncias concentram-se na resolução do caso concreto com base na legislação e jurisprudência dominante. Em outros termos, não pretendem alcançar objetivos que superam a resolução do caso, como mudanças legislativas, jurisprudenciais ou de políticas públicas em matéria de direitos humanos.

Considerações finais

O problema central da pesquisa consistiu em averiguar se a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro possui experiências de litigância estratégica perante o sistema interamericano de direitos humanos, de forma a fortalecer o combate de violações a grupos vulneráveis prioritários.

Há uma conexão entre a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e o litígio estratégico, que consiste no acesso planejado à justiça com fins de transformação social mediante a resolução de casos paradigmáticos capazes de alterar o posicionamento de tribunais e estimular reformas legislativas ou de políticas públicas. Ações de tutela coletiva, como a Ação Civil Pública, com a qual a Defensoria Pública tem ampla experiência, atende ao objetivo de transformação social perseguido pela

[59] DPRJ, *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro...*

litigância estratégica. Logo, isso demonstra que a Defensoria Pública detém expertise em litígios estratégicos no direito interno.

O processo ou litígio estratégico é o conjunto de técnicas que buscam como resolução à lide levada ao Judiciário uma nova compreensão sobre determinado problema jurídico. Por isso, tudo que o envolve é planejado de forma detalhada, como, por exemplo, a escolha dos autores da ação, dos advogados e do juízo que analisará o conflito (um tribunal nacional ou internacional, por exemplo), pois seu objetivo final é a transformação jurídica e social da realidade afetada pelo tema da controvérsia.

Desse modo, a natureza estratégica do litígio compreende a denúncia de graves violações aos direitos humanos; medidas e providências a serem tomadas, algumas inclusive de imediato, para reduzir e cessar os efeitos dos atos ou omissões lesivas aos direitos; e um processo de acompanhamento do cumprimento das referidas medidas pelo Estado. Isso reforça o objetivo da técnica da litigância estratégica de alcançar mudanças estruturais (sociais, jurisprudenciais, legislativas e de políticas públicas) que transcendem à resolução do litígio.

O sistema interamericano de direitos humanos é um ambiente propício e amigável para o encaminhamento de litígios estratégicos. O instituto da reparação integral, criação da jurisprudência da Corte Interamericana, pretende dar ao caso uma resposta que não considere apenas os efeitos da violação, mas suas causas também, o que é o buscado igualmente pelo litígio estratégico. Portanto, a Corte Interamericana oferece uma visão de reparação à vítima que atende aos objetivos específicos da litigância estratégica.

As defensorias públicas detêm a competência para encaminhar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que denunciem violações de direitos previstos na Convenção Americana. Caso a Comissão entenda que houve a violação, determinará recomendações ao Estado para repará-la. Sendo evidenciado o descumprimento pelo Estado violador, a Comissão poderá remeter o caso à Corte (na hipótese de o Estado ter reconhecido a jurisdição da Corte); ou encaminhar seu informe final à Assembleia Geral da OEA, quando o caso terá um desfecho de mera censura política, mas não o exame da responsabilidade internacional do Estado.

A Defensoria Pública brasileira possui ainda atuação tímida em comparação aos peticionários "frequentes" no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. Em particular, a DPRJ tem atuação de destaque em comparação a outras defensorias públicas estaduais no que diz respeito ao encaminhamento de petições à CIDH. Os temas predominantes nas petições da DPRJ são a violência policial e os direitos das pessoas privadas de liberdade.

A partir da análise dos dados coletados parece correto concluir que a maioria das denúncias enviadas pela DPRJ à CIDH não assume características de litigância estratégica. No período investigado entre 1992 e 2023 foram encontradas 12 petições da DPRJ à CIDH, sendo que em 4 delas é observada a técnica de litigância estratégica. São casos relativos a sistêmicas violações de direitos humanos e omissões estruturais nas áreas da segurança e saúde públicas. Neles os objetivos das denúncias

extrapolam a resolução do caso concreto, perseguindo mudanças jurisprudenciais ou de políticas públicas em matéria de direitos humanos.

Embora não haja ainda resultado de mérito nos referidos casos de litigância estratégica, são denúncias relevantes da DPRJ que já produziram impactos significativos, como no caso da violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Ao lado disso, a atuação da DPRJ contribui para atrair a atenção do debate público aos casos de violações sistemáticas, que obtêm visibilidade com as denúncias feitas. Isso corrobora o papel das defensorias públicas estaduais como partícipes importantes de lutas sociais, uma vez que logram intervir concreta e estrategicamente, em favor da prevalência dos direitos de grupos vulneráveis e sub-representados, nos âmbitos nacional e internacional.

Apêndice

Ano	Identificação	Autoria	Temática	Status	Medidas cautelares/provisórias
2005	Petição 665-05 Caso 12.615	NUDEDH e CDEDICA	Abusos e tortura contra adolescentes em unidade pública de internação (Centro de Triagem)	Análise de mérito	Não
2007	Petição 302-07 Caso 12.857	NUDEDH	Morte de adolescente por policiais militares	Análise de mérito	MC 138-18 em favor da mãe do adolescente, também presumida vítima
2007	Petição 1116-07 Caso 13.712	NUDEDH	Violação de direitos humanos das pessoas com espectro autista	Análise de mérito	Não
2008	Petição 1017-08 Caso 14.012	NUDEDH	Condições indignas de detenção na carceragem Polinter-Neves	Análise de mérito	MC 236-08 em favor da vida, saúde e integridade das pessoas detidas na carceragem. Em 2013 a medida foi suspensa após o fechamento da carceragem
2013	Petição 1675-13 Caso 14.838	NUDEDH	Processo de adoção sem a participação do pai biológico	Análise de mérito	Não
2015	Petição 2114-15	NUDEDH	Violação de direitos humanos contra adolescentes em unidades públicas de internação	Em fase de admissibilidade	MC 650-15 em favor da vida e integridade dos adolescentes internados nas unidades
2016	Petição 353-16	NUSPEN	Violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho	Acompanhamento das medidas provisórias	MC 208-16 para paralisar imediatamente os atos lesivos contra as pessoas privadas de liberdade no Instituto. Em 2018 a Corte IDH emitiu Medidas Provisórias para que novos presos não ingressem no Instituto e a execução da pena dos detentos deva ser computada em dobro, com certas exceções para crimes graves

Ano	Identificação	Autoria	Temática	Status	Medidas cautelares/provisórias
2018	Petição 1094-18	NUDEDH	Chacina policial no Complexo do Salgueiro	Em fase de admissibilidade	Não
2018	Petição 1002-18	NUDEDH, NUFAZ e COSAU	Omissão estatal em prover acesso à internação em unidades de UTI mantidas pelo SUS	Em fase de admissibilidade	Pedido de medidas cautelares em favor da vida e integridade pessoal dos pacientes do SUS que necessitam de internação em leito de terapia intensiva
2019	Petição 422-19	NUDEDH	Agressão e detenção arbitrária contra pessoa migrante por guardas municipais	Em fase de admissibilidade	Não
2019	Caso 14.636	NUSPEN	Violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Presídio Evaristo de Moraes	Acompanhamento das medidas provisórias	MC 379-19 para cessar e reduzir a mortalidade de pessoas privadas de liberdade no Presídio. Diante do não cumprimento das Medidas, em 2023, a Corte IDH emitiu Medidas Provisórias para que o Estado tome providências imediatas em favor da vida, saúde e integridade das pessoas privadas de liberdade no Presídio
2019	Pedido de Medidas Cautelares 888-19	NUSPEN	Violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade na Cadeia Pública Jorge Santana e no Presídio Alfredo Tranjan	Acompanhamento das medidas cautelares	MC 888-19 para que o Estado tome providências em favor da vida, saúde e integridade das pessoas privadas de liberdade na Cadeia. Em 2022 as Medidas foram ampliadas para as pessoas privadas de liberdade no Presídio Alfredo Tranjan

Referências

Doutrina

Cardoso, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Ceia, Eleonora Mesquita. "A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil". *Revista da EMERJ* 16, n.º 61 (2013): 113-152.

Fensterseifer, Tiago. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Fiss, Owen. "To make the Constitution a living truth: Four Lectures on the Structural Injunction". Em *Processos estruturais*, organizado por Sergio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna, 35-59. Salvador: JusPodivm, 2022.

Girardi Fachin, Melina e Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert, "Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana". *Suprema. Revista de Estudos Constitucionais* 4, n.º 1 (2024): 373-374.

Gomes, Juliana Cesario Alvim. "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social". *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 389-423.

Honneth, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

IPEA. "Mapa da Defensoria Pública no Brasil", 2025. Acesso em 23 de abril de 2025. https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica

Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Ministério da Justiça. *Defensoria Pública no Brasil: Estudo Diagnóstico*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004. Acesso em 29 de dezembro de 2025. https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria.pdf

Piovesan, Flávia e Julia Cunha Cruz. *Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Suxberger, Antonio Henrique Graciano e Alberto Carvalho Amaral. "A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul". *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 6, n.º 2 (2016): 116-131.

Tavares Ferreira, Ana Lúcia *et al.* "A Defensoria Pública e a proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade no sistema interamericano de direitos humanos: desafios e perspectivas". Em *Cadernos Estratégicos II*, editado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 117-152. Rio de Janeiro: DPRJ, 2021.

Vieira de Vincenzi, Brunela *et al.* "As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth". *Revista Jurídica Direito & Paz* XVIII, n.º 34 (2016): 209-236.

Vitorelli, Edilson. "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças". *Revista de Processo* 284 (2018): 333-369.

Normativa e jurisprudência

Defensoria Pública. *Pesquisa Nacional. DPRJ. Orçamento e Despesas*, 2025. Acesso em 29 de novembro de 2025. https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-por-unidade-federativa/defensoria-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro-2025/

DPRJ. *DPRJ sedia visita da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 2018. Acesso em 23 de abril de 2025. https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8527-DPRJ-sedia-visita-da-Comissao-Interamericana-de-Direitos-Humanos

DPRJ. *70 anos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 1954-2024*. Apresentação, 2024a. Acesso em 29 de dezembro de 2025. https://defensoria70anos.rj.def.br/#apresentacao

DPRJ. *Relatório de Atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos sistemas internacionais de direitos humanos*. Organizado pela Coordenadoria de Tutela Coletiva. Rio de Janeiro: DPRJ, 2024b.

STJ. "Em decisão colegiada inédita, STJ manda contar em dobro todo o período de pena cumprido em situação degradante", 2021. Acesso em 23 abril de 2025 https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18062021-Em-decisao-colegiada-inedita--STJ-manda-contar-em-dobro-todo-o-periodo-de-pena-cumprido-em-situacao-degradante.aspx

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 299-335, ISSN 2346-0849

Mônia Clarissa Hennig Leal* **(Brasil)**
Eliziane Fardin de Vargas** **(Brasil)**

Litigância estratégica e o papel transformador do Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construção do direito da antidiscriminação no Brasil***

RESUMO

O artigo analisa como a litigância estratégica em casos relacionados à proteção do direito à igualdade e à não-discriminação de grupos vulneráveis pode contribuir para a construção de standards protetivos no Brasil, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa busca fortalecer as bases teóricas e normativas do direito da antidiscriminação no país. Para tanto, utiliza o método dedutivo, o procedimento analítico e técnicas de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, orientando-se por três objetivos: estudar os fundamentos do direito da antidiscriminação; analisar os parâmetros jurisprudenciais do STF sobre o tema; e verificar como a litigância estratégica pode estabelecer padrões mínimos de proteção. Conclui-se que a litigância estratégica atua como mecanismo de indução de mudanças jurisprudenciais, estimulando o STF a consolidar standards que orientam decisões futuras, influenciam políticas públicas e contribuem para o desenvolvimento legislativo de um direito da antidiscriminação mais robusto no Brasil.

Palavras-chave: Direito da antidiscriminação; discriminação estrutural; grupos vulneráveis; litígio estratégico; Supremo Tribunal Federal.

---

* Pós-doutora pela Universidade de Heidelberg e doutora em Direito pela Unisinos. Professora da UNISC, coordenadora de grupo de pesquisa do CNPq e bolsista de produtividade em pesquisa. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6628165246247243 / https://orcid.org/0000-0002-3446-1302. moniah@unisc.br

** Doutora em Direito na Unisc, com doutorado sanduíche na Universidad de Buenos Aires. Mestre e graduada pela Unisc, pesquisadora do grupo "Jurisdição Constitucional Aberta" (CNPq). Lattes: http://lattes.cnpq.br/7125626353321424 / http://orcid.org/0000-0002-3192-659X / elizianefardin@hotmail.com

*** Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001 –, e é resultante das atividades

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

El litigio estratégico y el papel transformador del Supremo Tribunal Federal como instrumentos de construcción del derecho de la antidiscriminación en Brasil

RESUMEN

El artículo explora cómo el litigio estratégico, en casos relacionados con la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación de grupos vulnerables, puede contribuir a la construcción de estándares protectores, a partir de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), y fortalecer las bases teóricas y normativas del derecho antidiscriminatorio en Brasil. Para ello, se utilizan el método deductivo, el procedimiento analítico y la investigación jurisprudencial y bibliográfica. La investigación tiene tres objetivos: estudiar los fundamentos del derecho antidiscriminatorio; analizar los parámetros jurisprudenciales del STF sobre la materia, y examinar cómo el litigio estratégico puede establecer estándares jurisprudenciales mínimos de protección. Se concluye que el litigio estratégico actúa como un mecanismo de inducción de cambios jurisprudenciales, que impulsa al STF a consolidar y profundizar estándares de protección que orientan decisiones futuras, influyen en políticas públicas y sirven de base para el desarrollo legislativo de un derecho antidiscriminatorio más robusto en Brasil.

Palabras clave: derecho antidiscriminatorio; discriminación estructural; grupos vulnerables; litigio estratégico; Supremo Tribunal Federal.

---

do projeto de pesquisa "A 'teoria da garantia intertemporal dos direitos fundamentais' (*intertemporale Freiheitssicherung*) e sua aplicação à proteção da democracia para as futuras gerações: análise dos *standards* protetivos do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH e proposta de parâmetros de atuação dos Tribunais na perspectiva de um "constitucionalismo transformador", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 305182/2025-0). Também está relacionado ao projeto "'Teoria da essencialidade' (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3, Edital Universal 10/2023 – Processo 408715/2023-5 e Edital 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional – Processo 443599/2023-8), bem como do projeto "Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep e ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc).

Strategic litigation and the transformative role of the Brazilian supreme court as instruments for building anti-discrimination law in Brazil

ABSTRACT

This article examines how strategic litigation in cases involving the protection of the right to equality and non-discrimination of vulnerable groups can contribute to the development of protective standards through the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF), strengthening the theoretical and normative foundations of antidiscrimination law in Brazil. Using a deductive approach, an analytical method, and jurisprudential and bibliographic research techniques, the study pursues three objectives: to examine the foundations of antidiscrimination law; to analyze the jurisprudential standards established by the STF on the subject; and to assess how strategic litigation can contribute to the establishment of minimum jurisprudential standards for the protection of antidiscrimination rights. The article argues that strategic litigation functions as a mechanism for inducing jurisprudential change, encouraging the STF to consolidate and deepen protective standards that can guide future judicial decisions, influence public policies, and support the legislative development of a more robust antidiscrimination legal framework in Brazil.

Keywords: Anti-discrimination law; structural discrimination; vulnerable groups; strategic litigation; Brazilian Supreme Court.

Strategische Prozessführung und die transformative Rolle des brasilianischen Supremo Tribunal Federal beim Aufbau des Antidiskriminierungsrechts

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert, wie strategische Prozessführung in Fällen zum Schutz des Rechts auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung vulnerabler Gruppen zur Entwicklung von Schutzstandards in Brasilien beitragen kann, ausgehend von der Rechtsprechung des Supremo Tribunal Federal (STF). Ziel der Untersuchung ist es, die theoretischen und normativen Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts im Land zu stärken. Hierzu werden die deduktive Methode, analytische Verfahren sowie Techniken der Rechtsprechungs- und Literaturrecherche angewandt. Die Analyse verfolgt drei zentrale Ziele: die Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts zu untersuchen, die vom STF entwickelten Rechtsprechungsmaßstäbe zu analysieren und zu prüfen, wie strategische Prozessführung Mindeststandards des Schutzes etablieren kann. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass strategische Prozessführung als Mechanismus zur Herbeiführung rechtsprechungsbezogener Veränderungen wirkt, indem sie das STF dazu anregt, Standards zu konsolidieren, die zukünftige Entscheidungen leiten, öffentliche Politiken beeinflussen und zur legislativen Weiterentwicklung eines robusteren Antidiskriminierungsrechts in Brasilien beitragen.

Schlagwörter: Antidiskriminierungsrecht; strukturelle Diskriminierung; vulnerable Gruppen; strategische Prozessführung; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

Diante do fato de que grupos vulneráveis (mulheres, LGBTQIA+, população negra, pessoas com deficiência, entre outros) estão mais suscetíveis à violação de seus direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade e não-discriminação em decorrência de uma condição estrutural de discriminação, mostra-se imprescindível a construção e consolidação de um direito da antidiscriminação,[1] muito especialmente no contexto de múltiplas desigualdades que assolam o Brasil.

Considerando-se o importante papel desempenhado pela litigância estratégica no contexto de um constitucionalismo transformador e no reconhecimento de novas esferas de direitos, questiona-se: como litigar estrategicamente em casos que envolvam a salvaguarda do direito à igualdade e não-discriminação de grupos vulneráveis pode contribuir para a construção de *standards* protetivos sobre a matéria, através das construções jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF), e fortalecer a construção das bases teóricas e normativas do direito da antidiscriminação no Brasil?

Para o desenvolvimento da pesquisa foram traçados como objetivos específicos: 1º) estudar as origens e os desdobramentos do direito da antidiscriminação, compreendendo a sua intrínseca ligação e interdependência com o direito de igualdade e de não-discriminação, assim como destacando o expressivo papel protetivo desempenhado pelo STF dentro do contexto do constitucionalismo transformador; 2º) analisar os parâmetros protetivos já consolidados pela jurisprudência do mais alto tribunal brasileiro em matéria de direito da antidiscriminação de grupos vulneráveis,[2] observando como o julgamento desses casos concretos contribuiu para a

[1] O direito da antidiscriminação pretende lançar uma nova perspectiva sobre a aplicação do direito à igualdade, reorganizando a interpretação dos princípios e demais institutos jurídicos aos preceitos do princípio da igualdade, bem como, reformulando as respostas jurídicas de acordo com o contexto social em que se insere a situação discriminatória. No Brasil, destaca-se como um dos principais expoentes dessa categoria jurídica os escritos de Roger Raupp Rios, especialmente a obra: Roger Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Na esfera latino-americana, pode-se mencionar as valiosas construções doutrinárias de Úrsula C. Basset, "Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)". *Revista Código Civil e Comercial VIII*, n.º 6 (2022). Úrsula C. Basset, "Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy", em *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, ed. por Eugenio Luis Palazzo, 14-18. Buenos Aires: El Derecho, 2022.

[2] Os casos selecionados foram: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF e ADI 4275/DF. A seleção desses casos é resultado da busca jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal, tomando como critérios de busca os seguintes filtros: Palavras-chave - "não-discriminação" e/ou "antidiscriminação"; Lapso temporal - 01 de janeiro de 2012 até 10 de outubro de 2022; Tipo de decisão - controle concentrado de constitucionalidade (ADI-ADO-ADC-ADPF). A escolha do ano de 2012 como início do marco temporal de análise igualmente considera que foi nesse mesmo ano que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) começa a expandir sua percepção sobre o tema, passando a trabalhar com o conceito de "discriminação estrutural" a partir do julgamento do caso Atala

construção de padrões mínimos de proteção sobre a matéria, e; 3º) averiguar como a litigância estratégica, em casos de violação dos direitos de igualdade e não-discriminação de grupos vulneráveis, pode contribuir para estabelecer padrões jurisprudenciais mínimos de proteção sobre direito à antidiscriminação, destacando como esses padrões poderão servir de referência para a futura normatização do direito antidiscriminatório no Brasil. Além disso, evidencia-se a importância do tratamento estrutural dessas demandas, o qual não apenas proporciona uma análise mais detalhada das causas subjacentes das discriminações estruturais, mas também traz visibilidade a esses problemas muitas vezes negligenciados nas demais esferas do Poder Público.

Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, valendo-se da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, em que se parte da análise das decisões envolvendo grupos vulneráveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o intuito de identificar como o mais alto tribunal brasileiro, a partir do julgamento de casos envolvendo os direitos de igualdade e de não-discriminação de grupos vulneráveis, vem construindo um direito da antidiscriminação no Brasil.

Como método de procedimento, empregou-se o método analítico – por meio da coleta de sentenças no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (http://www.stf.jus.br/) –, adotando os seguintes critérios de busca: Palavras-chave - "não-discriminação" e/ou "antidiscriminação"; Lapso temporal - 01 de janeiro de 2012 até 10 de outubro de 2022; Tipo de decisão - controle concentrado de constitucionalidade (ADI-ADO-ADC-ADPF).[3]

Considerando os resultados obtidos com a filtragem, as decisões analisadas envolvem os direitos dos seguintes grupos vulneráveis: mulheres, grupo LGBTQIA+, população negra e pessoas com deficiência. A partir disso foram levantadas 09 (nove) decisões, sendo elas: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF, ADI 4275/DF, ADI 6479/DF, ADI 3984/DF e ADI 5355, sendo excluídas da análise às últimas 03 (três) decisões em razão da falta de pertinência com o tema pesquisado. Portanto, um total de 06 (seis) decisões foram analisadas, sendo elas: ADO 30/DF, ADI 5617/DF, ADPF 291/DF, ADPF 186/DF, ADO 26/DF e ADI 4275/DF.

Riffo y niñas vs. Chile (2012). Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239; Serie C, No. 254, San Jose da Costa Rica, 2012a, 33.

[3] As siglas, respectivamente, se referem às seguintes ações do controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

1. Direito da antidiscriminação: origens, conceitos e espécies de discriminação

Dentro da estrutura jurídica constitucional, brasileira e internacional, de proteção aos direitos humanos, o direito fundamental à igualdade evoluiu seu conceito clássico – de uma concepção formal da igualdade, pressupondo o tratamento igual de todos perante a lei – passando a abarcar a concepção da igualdade enquanto proibição de discriminação.[4]

Essa dimensão da igualdade como dever de não-discriminação consiste em reconhecer que, em determinados contextos, a igualdade formal perante a lei não será suficiente para proteger grupos ou indivíduos sujeitos a situações de vulnerabilidade. Dessa feita, especialmente a partir da previsão do artigo 3°, inciso IV, da Constituição Federal, expressa-se essa dimensão do mandamento de igualdade – igualdade como não-discriminação – ao prever como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[5]

Essa atual leitura do direito à igualdade objetiva erradicar discriminações injustificadas, especialmente aquelas provenientes de situações de subordinação histórica e social sofridas por grupos estigmatizados, sobre os quais, recorrentemente, recaem os duros reflexos negativos da discriminação e do preconceito.[6]

Essa concepção do princípio da igualdade não apenas revela a sua dimensão material, mas igualmente reconhece a existência de discriminações estruturais que impedem a integração social de determinados grupos, relegando-os a situações de invisibilidade e subordinação. Dessa forma, adiciona-se às dimensões tradicionais do princípio da igualdade um viés emancipador, no qual a transformação social se compromete a eliminar práticas sociais que perpetuam a subordinação de grupos sociais. A partir dessas ideias, surge uma concepção de igualdade inclusiva, baseada na premissa de que as instituições estatais devem promover a integração social por meio de políticas suficientemente aptas a atender às necessidades de redistribuição e reconhecimento.[7]

Assim, pesquisadores como Saba[8] trabalham com o conceito de discriminação ou desigualdade estrutural, que revela que o princípio da igualdade implica não

---

[4] Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Gilberto Schäfer, "Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo", *Revista Direitos Fundamentais & Democracia 22*, n.º 1 (2017): 127.

[5] Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

[6] Roger Raupp Rios, "Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade", *Revista Direito e Práxis 11*, n.º 2 (2020): 1334.

[7] Adilson José Moreira, *O que é discriminação?* (Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017), 66-67.

[8] Roberto Saba, *Pobreza, derechos y desigualdad* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012), 26-27.

apenas na garantia do direito à igualdade como não-discriminação, mas também na esfera da igualdade como não-subordinação ou não-submissão desses grupos que historicamente enfrentam desvantagens sociais, econômicas e culturais. De maneira semelhante, Fraser e Honneth[9] afirmam que certas categorias ambivalentemente discriminadas por critérios econômicos e culturais, como gênero e raça, demandam por uma justiça social não apenas orientada pela redistribuição, mas também pela garantia do reconhecimento desses grupos dentro dos espaços políticos e sociais, com o intuito de superar por completo as raízes da discriminação estrutural.

A fim de corroborar com a construção do direito da antidiscriminação, e na pretensão de barrar eventuais situações de desequiparação injustificadas no âmbito do direito brasileiro, o suprarreferido artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 elenca uma lista exemplificativa de critérios proibidos de discriminação ou de categorias suspeitas de discriminação (*suspect classification*), evidenciando "certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados como *ratio* fundamentadora do discrímen".[10]

Esse rol permite constatar a incidência de situações discriminatórias quando há um tratamento desigual e injustificado fundamentado em critérios proibidos de discriminação ou nas categorias suspeitas (*suspect classification*), tais como a raça, sexo, origem, cor ou qualquer outro traço que diferencie o indivíduo das características dominantes.[11]

Critérios proibidos de discriminação são elementos intrínsecos ao processo de aferição e investigação de uma alegada prática discriminatória, uma vez que esse exercício consiste em comparar a condição "de la supuesta víctima y la de outra persona que no posee as características o se encuentra en la categoria prohibida. Para que se constituya la discriminación, es necesario determinar un vínculo de causalidad entre el tratamiento menos favorable y el criterio prohibido".[12]

Portanto, tais critérios proibidos de discriminação ou categorias suspeitas de discriminação (*suspect classification*) são elementos constitutivos do direito da antidiscriminação que criam um sinal de alerta para eventuais casos de discriminação. Isso porque, diante de uma norma de constitucionalidade duvidosa ou questionável que envolva uma "categoria suspeita", a análise de sua constitucionalidade ou

---

[9] Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political- Philosophical Exchange* (New York: Verso, 2003), 07-08.

[10] Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (São Paulo: Malheiros, 2021), 18.

[11] Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Marina de Almeida Rosa, "Together and equal? Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso Brown v. Board of Education", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM 15,* n.º 3 (2020): 06.

[12] Daniel Borrillo, "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Derecho PUCP*, n.º 71 (2013): 550.

convencionalidade poderá ser submetida a um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), visando averiguar se essa legislação viola a cláusula de igualdade.[13]

Em uma perspectiva histórica, o alicerce que sedimentou o surgimento do direito da antidiscriminação, a partir da reafirmação da doutrina do "*equal protection*", foi estabelecido pelas construções da Suprema Corte Norte-Americana, mais especificamente no caso "*Brown vs. Board of Education of Topeka*" (1954). Este caso serviu como parâmetro jurisprudencial de combate à discriminação racial nos Estados Unidos, sendo empregado como fundamento para a gradativa declaração da inconstitucionalidade das leis segregacionistas vigentes no país desde 1896 – provenientes do julgamento do caso "*Plessy vs. Ferguson*" (1896) –, assim, contribuindo sobremaneira para a superação da doutrina "*separate but equal*".[14]

Dentro do contexto jurídico norte-americano, junto à noção de categoria suspeita de discriminação e ao escrutínio estrito de proporcionalidade, o direito da antidiscriminação é compreendido a partir de dois modelos: o "*disparate treatment*" (tratamento discriminatório) e o "*disparate impact*" (impactos desproporcionais). No caso do primeiro ("*disparate treatment*"), a situação discriminatória existe quando há um tratamento diferencial em relação a um membro ou a um grupo especialmente protegido e esse tratamento adverso tem cerne em motivos preconceituosos,[15,16] A segunda situação ("*disparate impact*") caracteriza-se por práticas aparentemente neutras que resultam em impactos desproporcionais e prejudiciais a um grupo estigmatizado.[17, 18]

---

[13] Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, "A doutrina das "categorias suspeitas" e a noção de "escrutínio estrito" na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF (doação de sangue por homossexuais)", *Revista Direitos Fundamentais & Democracia 27*, n.º 1 (2022): 226.

[14] Lopes Sparemberger e Almeida Rosa, "Together and equal?", 13.

[15] George Marmelstein, *Discriminação por preconceito implícito* (Salvador: Editora JusPodivm, 2021), 85.

[16] Observa-se como exemplo de "disparate treatment" o caso "Guevara Díaz vs. Costa Rica" (2022), no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado pelo tratamento discriminatório imposto ao senhor Luis Fernando Guevara Díaz em razão de sua condição de pessoa com deficiência intelectual. O caso envolveu a demissão discriminatória do trabalhador do Ministério da Fazenda. Mesmo sendo elogiado por seu desempenho como "trabalhador miscelâneo". uma espécie de auxiliar de serviços gerais, e mesmo tendo conquistado o primeiro lugar nas provas, ele acabou sendo demitido posteriormente e preterido no concurso em favor de outro candidato. O motivo não declarado foi a discriminação com base em sua deficiência mental, que, recentemente, tem sido denominada de capacitismo. Corte IDH, Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, sentencia de 22 de junio de 2022, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 453, San José da Costa Rica, 2022.

[17] Marmelstein, *Discriminação…,* 89.

[18] Pode-se mencionar como exemplo de caso em que ocorreu uma situação de "*disparate impact*" o caso "Artavia Murillo e outros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica" (2012), onde a proibição geral da prática de fertilização *in vitro* imposta na Costa Rica desde os anos 2000 impunha um impacto desproporcional na vida das mulheres, interferindo de maneira arbitrária no direito à vida privada e no direito de formar uma família. Corte IDH, Caso Artavia

Embora não tão comuns e evidentes quanto o "*disparate treatment*" (tratamento discriminatório), situações discriminatórias decorrentes de um "*disparate impact*" (impactos desproporcionais) podem ocasionar uma repercussão social de elevado impacto discriminatório, justamente por serem revestidas de critérios aparentemente neutros, assim sendo mais facilmente dissimuladas e acobertadas.

O caso paradigmático que inaugura a construção do "*disparate impact*" (impactos desproporcionais) na Suprema Corte Norte-Americana é o caso "*Griggs vs. Duke Power Co.*" (1971). Neste caso, trabalhadores negros questionaram os critérios de contratação de funcionários utilizados pela empresa Duke Power Co., pois eram exigidos testes de inteligência e diploma de conclusão de ensino médio – exigências que dificultavam o acesso de pessoas negras, devido aos prejuízos educacionais decorrentes do período de segregação racial nos Estados Unidos. Isso impossibilitava, em grande medida, o acesso das pessoas negras a esses postos de trabalho.[19]

O caso "*Griggs vs. Duke Power Co.*" (1971) é um típico exemplo de como a discriminação estrutural opera como um ciclo que perpetua e agrava a condição de subordinação, exclusão e marginalização das pessoas expostas a uma situação de discriminação estrutural, impedindo que esse grupo rompa com a discriminação e logre condições igualitárias para que desenvolvam seus projetos de vida.

Embora as exigências não expressassem, de maneira deliberadamente explícita um viés discriminatório, essa aparente neutralidade dos critérios de seleção impactava desproporcionalmente as chances dos candidatos negros a vagas de trabalho. Assim, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a existência de um quadro discriminatório em relação a esse grupo, bem como declarou a insustentabilidade desse modelo de seleção por gerar a perpetuação de práticas empregatícias discriminatórias.[20]

Quanto ao tratamento processual exigido em casos de discriminação por "*disparate impact*" e por *"disparate treatment"*, destaca-se que o roteiro judicial será distinto em ambos os casos. Tratando-se de "*disparate treatment*", o processo divide-se em três fases:

> A *primeira etapa* consiste na demonstração de um prima facie case de discriminação. [...] a vítima da discriminação precisa demonstrar previamente que pertence a uma classe ou grupo protegido e que foi prejudicada por um ato arbitrário do agente discriminador. [...] *segunda etapa* do processo, em que o ônus da prova e da argumentação é transferido ao agente discriminador, que deve demonstrar que o tratamento prejudicial ao membro do grupo protegido não foi motivado por um fator preconceituoso. [...] Por fim, caso o réu

---

Murillo e outros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 257, San José da Costa Rica, 2012b.

[19] Suprema Corte dos Estados Unidos. Griggs vs. Duke Power Co., 401 U.S 424, 1971.

[20] Marmelstein, *Discriminação...*, 90-91.

> apresente justificativas não preconceituosas para o seu ato, passa-se à *terceira etapa*, em que o autor da ação poderá demonstrar que as razões declaradas pelo réu são meros pretextos para dissimular o preconceito, fornecendo elementos que atestem que o motivo apresentado é falso ou implausível.[21]

No que condiz ao rito dos casos do "*disparate impact*", a primeira etapa consiste na comprovação das condições para um *prima facie case* de discriminação[22] por "*disparate impact*", seguida de uma segunda etapa, na qual oportuniza que o réu possa

> demonstrar que o critério adotado não se baseia, nem mesmo indiretamente, em preconceito, mas na necessidade do negócio (*business necessity*). [...] Ultrapassada a fase em que o réu deve justificar sua prática, o ônus argumentativo e probatório retorna para o autor da ação, que poderá demonstrar que os motivos apresentados são meros pretextos para discriminar, ou então que existe uma solução alternativa menos discriminatória (*less discriminatory alternative*) que poderia ser adotada sem custos irrazoáveis [...] Após esse debate, se ficar comprovado que a prática adotada gera um efeito adverso a um grupo protegido, não é essencial para a atividade ou pode ser substituída por uma alternativa menos prejudicial, restaria caracterizada a responsabilidade do réu, mesmo que não houvesse uma prova cabal da intenção de discriminar.[23]

Na perspectiva do direito europeu, vale asseverar que práticas discriminatórias podem ser observadas em modalidades diversas, sendo categorizadas nas modalidades direta e indireta. Na modalidade de discriminação direta, o ato discriminatório é proposital, consciente e intencional, de modo que "existirá una discriminación directa cuando por algunos de los motivos prohibidos (raza, etnia, sexo, religión, ...) una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada outra en situación comparable".[24]

Ao contrário, no caso de discriminação indireta, o ato não é munido de intencionalidade, e a discriminação decorre de uma ação ou medida aparentemente neutra, mas que, na prática, impacta prejudicialmente certo grupo ou indivíduos.[25]

---

[21] Marmelstein, *Discriminação...,* 86-87.

[22] No procedimento do "*disparate impact*", a primeira etapa consiste em: "(a) identificar a prática específica objeto do litígio, causadora do efeito discriminatório, exceto na hipótese da impossibilidade de se decompor as atividades pertinentes, circunstância que permite a consideração dessas de um modo global; (b) demonstrar que o impacto diferenciado atinge um grupo específico, protegido pelo princípio da igualdade, por meio de dados estatísticos; (c) demonstra que a prática identificada efetivamente produz o impacto diferenciado sobre o grupo, também por meio de dados estatísticos". Marmelstein, *Discriminação...,* 91.

[23] Marmelstein, *Discriminação...,* 91-93.

[24] Daniel Borrillo, "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", 548.

[25] Roger Raupp Rios, "Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade", 1338.

No entanto, é possível traçar uma distinção entre a discriminação direta e indireta (proveniente do direito europeu) e as noções de *"disparate treatment"* e "*disparate impact"* (proveniente do direito estadunidense). Enquanto os dois primeiros conceitos enfatizam a intencionalidade e a consciência do agente na prática discriminatória,[26, 27] os segundos não requerem uma correlação direta e imprescindível entre "*disparate impact"* e discriminação inconsciente e não-intencional, assim como entre "*disparate treatment"* e a discriminação consciente e intencional. Vale ressaltar que, "em qualquer caso, o que importa é verificar se o prejuízo ao grupo protegido foi motivado por fatores preconceituosos, sejam eles conscientes ou inconscientes, intencionais ou não-intencionais".[28]

Em contraponto, mas sem prejuízo do que já foi exposto, é essencial destacar que autores como Sparemberger e Rosa correlacionam os conceitos ("*disparate impact" – "disparate treatment"* – discriminação direta – discriminação indireta), interligando-os, inclusive, com as noções de igualdade formal, material e de critérios proibidos de discriminação das categorias suspeitas.[29]

Complementarmente, ainda há a compreensão da discriminação na dimensão interseccional,[30] múltipla ou agravada, categoria que se relaciona mais diretamente com a complexidade do fenômeno discriminatório, já que essa espécie de discriminação se caracteriza pela concorrente incidência de dois ou mais critérios proibidos de discriminação.[31]

---

[26] "Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade", 1338.

[27] Thimotie Aragon Heemann, "Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis", *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12 (2018): 67.

[28] Marmelstein, *Discriminação...*, 97.

[29] Para Sparemberger e Rosa: "a proibição de discriminação direta é justificada pela igualdade formal, e a proibição de discriminação indireta (*disparate impact*) pela igualdade material, sendo aquela manifestada pela intencionalidade do tratamento desigual pelas categorias suspeitas, com o fim de anular ou prejudicar o reconhecimento, exercício e gozo de um direito, e essa pela ausência da intenção discriminatória, mas vislumbrada a partir de impactos prejudiciais que decorrem dos mesmos critérios proibitivos. As categorias suspeitas referem-se tanto à discriminação direta quanto à indireta, e relacionam-se a critérios que definem se uma pessoa faz parte de um grupo dominante". Lopes Sparemberger e Almeida Rosa, "Together and equal?", 7.

[30] Trazendo a origem histórica do surgimento do termo "interseccionalidade" dentro do direito antidiscriminatório, Akotirene salienta que a origem do termo remonta o ano de 1989, quando Kimberlé Crenshaw publicou, em inglês, o artigo "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". Carla Akotirene, *Interseccionalidade* (São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019), 35.

[31] Rodrigo da Silva, *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016), 24-25.

No sentido de exemplificar como se operacionaliza essa discriminação interseccional, Crenshaw,[32] metaforicamente, compara a intersecção de vulnerabilidades a avenidas, de modo que:

> Utilizando uma metáfora de intersecção, faremos inicialmente uma analogia em que os vários eixos de poder, isto é, raça, etnia, gênero e classe constituem as avenidas que estruturam os terrenos sociais, econômicos e políticos. É através delas que as dinâmicas do desempoderamento se movem. Essas vias são por vezes definidas como eixos de poder distintos e mutuamente excludentes; o racismo, por exemplo, é distinto do patriarcalismo, que por sua vez é diferente da opressão de classe. Na verdade, tais sistemas, frequentemente, se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam. As mulheres racializadas frequentemente estão posicionadas em um espaço onde o racismo ou a xenofobia, a classe e o gênero se encontram. Por consequência, estão sujeitas a serem atingidas pelo intenso fluxo de tráfego em todas essas vias. As mulheres racializadas e outros grupos marcados por múltiplas opressões, posicionados nessas intersecções em virtude de suas identidades específicas, devem negociar o "tráfego" que flui através dos cruzamentos. Esta se torna uma tarefa bastante perigosa quando o fluxo vem simultaneamente de várias direções. Por vezes, os danos são causados quando o impacto vindo de uma direção lança vítimas no caminho de outro fluxo contrário; em outras situações os danos resultam de colisões simultâneas. Esses são os contextos em que os danos interseccionais ocorrem - as desvantagens interagem com vulnerabilidades preexistentes, produzindo uma dimensão diferente do desempoderamento.

No contexto desigual da América Latina, é evidente a incorporação da concepção de discriminação interseccional nos posicionamentos jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Um exemplo significativo disso é o caso "*Trabalhadores da Fábrica de Fogos de Artifício de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*" (2020), em que o Estado brasileiro foi responsabilizado pela morte de sessenta trabalhadoras em decorrência da explosão de uma fábrica de fogos de artifício. A maioria das vítimas era composta por mulheres, afrodescendentes, analfabetas, pobres, crianças, algumas das quais também estavam gestando. Isso configura uma intersecção de fatores de vulnerabilidade que caracteriza a discriminação agravada.[33]

---

[32] Kimberlé Crenshaw, "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero", *Revista Estudos Feministas 7*, n.º 12 (2002): 177.

[33] "191. Isso posto, a interseção de fatores de discriminação neste caso aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por ser meninas, ou por ser meninas

No que se refere à construção de um direito da antidiscriminação no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que ainda há um longo caminho a percorrer. No entanto, ao desenvolver essa tarefa, considerar os padrões já consolidados na doutrina estrangeira e nas construções do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos pode servir como um ponto de apoio para orientar a elaboração de standards mínimos de salvaguarda adequados à realidade nacional.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel significativo na construção do direito da antidiscriminação. Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade de interpretá-la de modo a promover um constitucionalismo que mude a realidade social, aproximando-a do ideal preconizado nos ditames constitucionais, por meio do constitucionalismo transformador.[34]

Nesse contexto, ao realizar a leitura e interpretação da Constituição – respeitando os limites da sua competência –, o STF atua para garantir a efetividade das promessas constitucionais de uma sociedade igualitária e não discriminatória. As interpretações proferidas pelo STF não apenas promovem transformações, mas também estabelecem parâmetros essenciais para o direito antidiscriminatório.

Salienta-se que o constitucionalismo transformador na região é parte fundamental do projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, que busca a construção de padrões mínimos de proteção aos direitos humanos comuns para a região. Dentro desse objetivo, o ICCAL considera, tomando como base o princípio *pro persona*.[35] aqueles *standards* protetivos presentes no apanhado de normas e interpretações jurisprudenciais, tanto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (formado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), quanto aqueles advindos dos ordenamentos jurídicos e Cortes Constitucionais dos Estado-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.[36]

Com isso, os princípios jurídicos do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano podem emergir das contribuições nacionais ou regionais. Isso permite que as interpretações jurisprudenciais protetivas advindas das Cortes Constitucionais, como o STF, possam ser invocadas como um *standard* mínimo em direitos humanos,

---

e estar grávidas". Corte IDH, Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, Sentença de 15 de julho de 2020, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, No. 407, San Jose da Costa Rica, 2020, 55.

[34] Jorge Ernesto Roa Roa, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 46.

[35] Para uma análise focal da aplicação do princípio *pro persona* no contexto do ICCAL, recomenda-se: Flávia Piovesan, "Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios", *Revista Direito e Práxis 8*, n.º 2 (2017): 1356-1388.

[36] Ana Carolina Lopes Olsen e Melina Girardi Fachin, "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano", em *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, ed. por Itamar Luís Gelain e André Phillipe Pereira (Pelotas: NEPFIL Online, 2022), 166-187, 170.

desde que mais benéfico em relação aos demais.[37] Assim, as Cortes Nacionais são responsáveis por "provocar mudanças significativas por meio de suas sentenças, inclusive para o incentivo de processos democráticos como a criação de leis ou bloqueio de medidas inconstitucionais e inconvencionais".[38]

Vislumbrando a possibilidade de as Cortes Nacionais atuarem como indutoras de transformações sociais, promovendo um efeito "desbloqueador" em relação àquelas pautas impopulares ou invisibilizadas politicamente, nota-se que a postura jurisdicional fomentada pelo ICCAL pode colaborar, também, para a fixação das bases do direito da antidiscriminação, quando da judicialização desses litígios estruturais, como será exposto no terceiro estágio desse estudo.

Por ora, exposta a base doutrinária do direito de igualdade e não-discriminação, bem como a importância da atuação jurisdicional pautada no constitucionalismo transformador para a construção das bases do direito antidiscriminatório, passamos à análise das decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a proteção do direito de igualdade e à não-discriminação.

É justamente sob essa perspectiva que as decisões do STF analisadas a seguir podem ser compreendidas como potenciais mecanismos de consolidação de standards antidiscriminatórios.

2. A construção do direito da antidiscriminação a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A fixação de parâmetros protetivos no direito antidiscriminatório pode ocorrer não apenas por meio de propostas legislativas que busquem normatizar a matéria, mas também a partir dos entendimentos jurisprudenciais construídos com base no julgamento de casos concretos. Nesse sentido, um caso paradigmático pode funcionar como um instrumento que possibilita a definição de padrões mínimos de proteção, os quais devem ser readaptados e expandidos conforme as exigências e particularidades de cada circunstância específica. Diante disso, a seguir, serão analisados alguns dos *standards* jurisprudenciais cunhados pelo Supremo Tribunal Federal e que estabelecem alguns parâmetros para o direito da antidiscriminação no Brasil.

2.1. ADO 30/DF: isenção de IPI na aquisição de veículos por deficientes auditivos

A referida ação teve como objetivo declarar a inconstitucionalidade por omissão do art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, que, ao estipular a política pública de inclusão social

[37] Lopes Olsen e Girardi Fachin, "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano", 172.

[38] Lopes Olsen e Girardi Fachin, "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano", 180.

de pessoas com deficiência, através da concessão de isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI) para pessoas com deficiência, deixou de incluir no rol de beneficiários as pessoas com deficiência auditiva.[39]

Além do reconhecimento da omissão e a consequente extensão do benefício aos deficientes auditivos, o mais alto tribunal brasileiro, no exercício do controle jurisdicional dessa política pública, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse medidas capazes de sanar a referida omissão.[40]

Em relação à proteção contra a discriminação das pessoas com deficiência auditiva, o Ministro Relator Dias Toffoli afirmou que a não inclusão desse grupo no rol de isentos, bem como a mora na tramitação do Projeto de Lei n. 28/2017 – que atualmente tramita no Senado Federal[41] e visa estender o benefício fiscal aos deficientes auditivos –, ofende os princípios da isonomia e da não-discriminação. Essa conjuntura implica uma distinção desarrazoada entre pessoas que se encontram em uma mesma situação (serem pessoas com deficiência), justificando, assim, a imprescindibilidade da execução do controle jurisdicional para extinguir a afronta ao direito à igualdade e à não-discriminação, além de sanar a insuficiência da política pública de inclusão.[42]

Do teor da decisão, é possível extrair diversos elementos que corroboram a dimensão protetiva da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, observa-se o comprometimento com a noção de "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaβverbot*), que também se faz salutar no controle jurisdicional de políticas públicas, como é o caso da ADO analisada.[43] O tribunal reconheceu que o dispositivo deixava de proteger uma parcela de pessoas que igualmente integram o

---

[39] Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 24 de agosto de 2020, 01.

[40] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 01.

[41] Em 2020 o PL 28/2017 de origem do Senado Federal foi remetido à Câmara dos Deputados, tramitando naquela casa como PL 1586/2020 e apensado ao PL 5773/2009, sendo que até a conclusão desse estudo os projetos de lei permanecem pendentes de apreciação pelo Plenário do Senado Federal.

[42] STF, *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*, 30.

[43] A noção de "proibição de proteção insuficiente" (*Untermaβverbot*) serve ao controle jurisdicional de políticas públicas vez que esse é, ao lado da noção de "proibição de excesso" (*Übermaβverbot*), um balizador do "dever de proteção estatal" (*Schutzpflicht*). Nas palavras de Leal e Maas: "o conceito de 'dever de proteção estatal' (*Schutzpflicht*) poderia servir, também, como fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do 'dever' de agir do Estado e, consequentemente, para a indicação das possíveis 'omissões' ou 'desvirtuamentos' por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de 'proibição de proteção insuficiente' (*Untermaβverbot*) e de 'proibição de excesso' (*Übermaβverbot*)". Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas, *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 107-108.

grupo de pessoas com deficiência, evidenciando uma proteção insuficiente do direito à inclusão social na política pública imposta pela Lei nº 8.989/95.

Conforme asseveram Leal e Maas,[44] a aplicação dessa teoria pelo mais alto tribunal brasileiro não é novidade, pois a concepção de "proibição da proteção insuficiente" (*Untermaβverbot*) "tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para sua intervenção na defesa dos direitos fundamentais".

Da decisão, ainda pode-se extrair a presença de outra técnica decisória de origem germânica[45] aplicada a casos de omissão inconstitucional: a figura do "apelo ao legislador" (*Appellentscheidung*). Esta consiste em uma decisão por meio da qual é reconhecido um quadro de constitucionalidade imperfeita de determinada norma jurídica que, embora apresente incompatibilidades pontuais com os preceitos constitucionais, permanece sendo considerada "ainda constitucional". Com isso, a decisão notifica o legislador acerca dessa discordância constitucional e ressalta a emergente necessidade de alteração do texto normativo, a fim de afastar a declaração de inconstitucionalidade no caso de uma nova apreciação do tema, concedendo-lhe um prazo para que a discordância seja sanada.[46,47]

Nota-se que esse foi o caso da ADO 30, já que a decisão não invalida o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, mantendo o dispositivo no ordenamento jurídico com plena vigência. Em vez disso, aponta sua incompatibilidade com a Constituição e notifica o Poder Legislativo para que, dentro de 18 meses, providencie o ajuste normativo necessário para alcançar uma condição de constitucionalidade perfeita da legislação impugnada.

Para além disso, há indícios de que essa é uma decisão aditiva, considerando que essa tipologia decisória compreende aquelas decisões que buscam repreender o silêncio inconstitucional do legislador quando "a legislação estipule sacrifícios ou benefícios a uma dada categoria de destinatários, silenciando quanto à inclusão de outras categorias em idêntica situação fática".[48]

Nesse sentido, por meio da decisão, o Supremo Tribunal Federal agrega ao rol de beneficiários uma categoria de pessoas com deficiência esquecida pelo legislador,

---

[44] Henning Leal e Maas, *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente"*..., 110.

[45] Wiltraut Rupp-von Brünneck, juíza do Bundesverfassungsgericht, cunhou o conceito de "apelo ao legislador" (Appellentscheidung) em 1970, em seu artigo: Wiltraut Rupp-von Brünneck, "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren". En Theo Rittersprach/Willi Giger. Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburstag (Tübingen, 1970).

[46] Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário* (São Paulo: Saraiva, 2004), 461-462.

[47] Nesse sentido, igualmente importa destacar as contribuições feitas por Jörn Ipsen e Tzu-Hui Yang em suas respectivas obras: Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt* (Baden-Baden: Nomos, 1980); Yang, Tzu-Hui. *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Baden-Baden: Nomos, 2003).

[48] Newton Pereira Ramos Neto, "A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas", *Observatório da Jurisdição Constitucional 1*, n.º 3 (2009): 12.

caracterizando este como um típico caso de decisão aditiva. Com a decisão, percebe-se também uma significativa construção de entendimento em prol da promoção da inclusão social e do combate à discriminação, não apenas de maneira geral, mas especialmente em relação ao tratamento dispensado dentro do próprio grupo vulnerável, uma vez que os deficientes auditivos enfrentavam discriminação em comparação com as demais pessoas com deficiência, o que torna injustificável e desproporcional tal tratamento diferenciado.

Embora se possam traçar críticas direcionadas ao viés transformador da decisão, considerando que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui efeitos meramente declaratórios, que dependem da articulação do Poder Legislativo para que a decisão seja efetivada, e que, portanto, essa não seria uma decisão transformadora, vale lembrar que o viés transformador de uma decisão não está sempre atrelado a seus efeitos diretos e imediatos. Existem também efeitos simbólicos, que igualmente impactam na definição e percepção do problema enquanto uma violação de direitos humanos.[49]

Esses efeitos simbólicos podem, inclusive, representar ganhos até mesmo naqueles casos em que a decisão judicial vai de encontro as pretensões daqueles que demandam pretendendo uma mudança social. Nesses casos, o processo judicial ainda tem potencial de gerar efeitos transformadores devido a sua capacidade de conceder visibilidade ao problema ou de estabelecer laços duradouros entre organizações ativistas. Dessa interação, podem derivar ações políticas em prol da mesma causa, em diferentes contextos além dos tribunais, como no Congresso, nas ruas ou em instâncias internacionais de direitos humanos, impactando positivamente na salvaguarda dos direitos fundamentais.[50]

Nesse contexto, os impactos simbólicos da decisão são relevantes, pois podem angariar apoio da opinião pública ou de outros segmentos do governo, além de possibilitar uma maior coesão dentro do próprio grupo social demandante. Portanto, os efeitos simbólicos de uma determinada decisão legitimam sua importância, mesmo na ausência de resultados concretos imediatos.[51]

Apesar de esse não ser o caso da decisão em análise – uma vez que o posicionamento do STF atende às reivindicações dos demandantes –, é perceptível a influência do viés simbólico da decisão, uma vez que a judicialização do caso trouxe visibilidade a uma omissão que gerava efeitos discriminatórios. A decisão não visava, de pronto, instaurar uma correção da norma pela via jurisdicional, mas sim gerar a conscientização sobre o problema, a partir do conhecimento da causa pelo Poder

---

[49] César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010), 24.

[50] Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social…,* 24.

[51] Matheus Casimiro e George Marmelstein, "O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais?", *Revista Direito Público 19*, n.º 102 (2022): 425.

Legislativo, para que este tomasse as iniciativas cabíveis e inserisse o tema na pauta para ser regulamentado.

Sob essa perspectiva, a decisão judicial cumpriu com o papel de transformar a realidade discriminatória, já que o tema foi regulamentado legislativamente pelo Congresso Nacional em 31 de dezembro de 2021, com a sanção da Lei nº 14.287/2021, que estendeu às pessoas com deficiência auditiva o benefício de isenção do imposto sobre produtos industrializados na aquisição de automóveis.[52]

Conclui-se que, diante da análise da decisão e dos efeitos dela inerentes, apesar das possíveis alegações de inefetividade em razão da natureza declaratória da ADO, constata-se que, posteriormente ao proferimento da decisão, ocorreram efeitos simbólicos que impactaram a percepção do problema na esfera social e na instância legislativa, além de efeitos instrumentais que implicaram em mudanças materiais na situação de afronta aos direitos, através da inclusão, pelo Poder Legislativo, das pessoas com deficiência auditiva no rol de beneficiários. Assim, o caráter estratégico almejado com a propositura da ação – ou seja, corrigir a omissão inconstitucional do legislador – foi alcançado.

2.2. ADI 5617: distribuição de recursos do fundo partidário para o financiamento das campanhas de candidatas mulheres

Nesta ação, o STF reconheceu que o percentual de cotas de financiamento de campanhas femininas, disposto no artigo 9° da Lei n. 13.165/2015, afronta a ação afirmativa de cotas para candidatura política de mulheres, fixada no artigo 10, §3° da Lei n. 9504/1997. Essa situação assegurava proteção insuficiente ao direito à inclusão política desse grupo, uma vez que o percentual mínimo de destinação do fundo partidário (5%) permanecia aquém do percentual mínimo de cotas de representação feminina (30%).[53]

Conforme o voto do Ministro Relator Luiz Edson Fachin,[54] a insuficiência dessa ação afirmativa deu margem para a destinação de maior parte das verbas do Fundo Partidário às candidaturas masculinas, impactando negativamente as campanhas de mulheres que se candidataram e usufruíam da proteção ao seu direito de igualdade através da ação afirmativa das cotas para a realização de suas candidaturas.

---

[52] Brasil, *Lei nº 14.287*, de 31 de dezembro de 2021.

[53] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*, 16 de março de 2018, 05.

[54] "O estabelecimento de um piso de 5% significa, na prática, que, na distribuição dos recursos públicos que a agremiação partidária deve destinar às candidaturas, os homens poderão receber no máximo 95%. De outro lado, caso se opte por fixar a distribuição máxima às candidaturas de mulheres, poderão ser destinados do total de recursos do fundo 15%, hipótese em que os recursos destinados às candidaturas masculinas será de 85%. Inexistem justificativas razoáveis, nem racionais, para essa diferenciação". STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*, 27.

A decisão, além de promover o aprimoramento da ação afirmativa das cotas, prestigiou o direito ao pluralismo político e os mandamentos do direito à igualdade e não-discriminação, dando ênfase às substantivas contribuições e avanços decorrentes das ações afirmativas e do tratamento diferenciado com o condão de reduzir às desigualdades historicamente suportadas pelas mulheres e ampliar a sua inclusão.[55]

Ao corrigir "o quadro de proteção insuficiente decorrente do desconsoante percentual de financiamento para campanhas femininas, a decisão destaca a importância da abertura dos canais deliberativos democráticos para as mulheres, enquanto parte de uma "minoria insular", conforme a clássica construção de John Hart Ely56. Além disso, reconhece a necessidade de uma atuação protetiva contramajoritária em relação a esse grupo que, historicamente, permanece à margem de uma representação política adequada.

Para além da garantir de redistribuição equitativa dos recursos financeiros, outro ponto relevante abordado pela ação é a dimensão do reconhecimento, que se relaciona à importância de garantir a ocupação de espaços de deliberação política democrática por mulheres. A construção doutrinária traçada por Nancy Fraser[57] auxilia a compreender esse ponto, pois, conforme a autora, o gênero é uma categoria ambivalente que exige, para a correção de injustiças de gênero, uma abordagem que contemple, simultaneamente, políticas de redistribuição e de reconhecimento. Assim, além da redistribuição proporcional dos fundos partidários, a perspectiva do reconhecimento implica que o fomento à integração feminina nos espaços de poder político representa uma estratégia crucial para que as pautas de gênero superem a invisibilidade a que são submetidas em espaços de deliberação política que carecem de pluralidade. Dessa forma, o reconhecimento deve estar atrelado à redistribuição, e vice-versa.

No que diz respeito à participação paritária, Fraser[58] salienta que existem duas condições de possibilidade para que ela ocorra:

> Primeiro, *a distribuição de recursos materiais* tem de ser tal que garantia independência e "voz" aos participantes. A isso eu chamo de condição "objetiva" da participação paritária. Ela proíbe arranjos que institucionalizem privação, exploração e grosseiras disparidades de riqueza, renda, trabalho e tempo de

---

[55] Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, "O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais 22*, n.º 2 (2021): 100.

[56] John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010), 136-137.

[57] Nancy Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça", en *Igualdade, diferença e direitos humanos*, ed. por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008), 167-189, 175.

[58] Fraser, "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça", 181.

> lazer. Em contraste, eu chamo a segunda condição para a participação paritária de "intersubjetiva". Ela *requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social*. Essa condição proíbe padrões culturais que depreciam sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas, seja por sobrecarregá-las com uma excessiva "diferença" dos outros, seja por falhar em reconhecer sua distintividade.

No entanto, tomando como base essa noção doutrinária de Fraser, é possível constatar que a decisão do STF busca induzir o reconhecimento através do ajuste na redistribuição dos recursos financeiros destinados ao financiamento das campanhas femininas. Contudo, isso deixa de considerar outros fatores frontalmente ligados ao problema da baixa representação e ocupação dos espaços políticos por mulheres, com a inadequação da reserva de 30% do percentual de candidatura para mulheres, ao invés da reserva de um percentual de ocupação de vagas efetivas (já que a candidatura, por si só, não garante representação política efetiva), o expressivo número de candidaturas fictas de mulheres (denominadas de "candidaturas-laranjas") e o desvio das verbas investidas nessas candidaturas falsas.[59]

Como visto, a redistribuição sem reconhecimento não detém potencial transformador – e isso fica ainda mais evidente, pois, nos últimos pleitos eleitorais, mesmo após a decisão do STF, os percentuais de eleição de mulheres para ocupação efetiva de cadeiras políticas lograram avanços inexpressivos.[60] Isso demonstra a não superação dos problemas que historicamente dificultam que as candidaturas femininas sejam levadas a sério e se convertam em efetivas eleições e ocupação de espaços políticos, permitindo a perpetuação de um contexto social e eleitoral discriminatório.

Por mais que a decisão tenha assegurado o padrão proporcional de recursos financeiros para as campanhas femininas, é notável que não houve uma atuação estrutural e transformadora por parte do STF – no sentido do que pressupõe as bases do ICCAL, como visto anteriormente –, diante da ausência de medidas estruturantes direcionadas ao enfrentamento da discriminação estrutural suportada pelas mulheres dentro do contexto político.

Portanto, por mais que se possa defender que a propositura da ação foi estratégica no sentido de chamar atenção para o problema da baixa representação política feminina, é questionável que a decisão tenha construído padrões úteis ao direito antidiscriminatório no Brasil no que diz respeito à proteção das mulheres. O objetivo direto da demanda foi atendido (equiparação dos percentuais e financiamento e cotas de candidaturas); no entanto, a causa fonte da baixa representatividade

---

[59] Para uma visão detalhada do tema, recomenda-se: Paloma Kauany dos Santos Sousa, "À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira" (monografia de graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2024).

[60] Kauany dos Santos Sousa, "À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira", 45-48.

política feminina permanece inalterada (discriminação estrutural histórica contra a mulher), assim como a pauta da dimensão da igualdade enquanto reconhecimento permanece inalterada.

2.3. ADPF 291/DF: não recepção do crime de pederastia

Protegendo não só o direito à liberdade sexual, mas também os direitos de igualdade e não-discriminação das pessoas homossexuais em espaços militares, a ADPF 291/DF fixou a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos termos "pederastia ou outro" e "homossexual ou não" contidos no artigo 235 do Código Penal Militar, sendo mantido o teor do artigo, sem os termos mencionados.[61]

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso emprega preceitos do direito da antidiscriminação, considerando a orientação sexual como critério que "deve ser considerado 'suspeito' e somente poderá ser adotado se passar por um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), isto é, por uma rigorosíssima avaliação de sua compatibilidade com a Constituição".[62] No entanto, por mais que o Ministro Relator tenha expressamente reconhecido o *status* de categoria suspeita em relação às minorias sexuais e tenha entendido ser cabível a noção de escrutínio estrito em relação à análise da proporcionalidade do dispositivo em questão, não o aplicou.

O Ministro ainda explicitou em seu voto as teorias da discriminação indireta e do impacto desproporcional (*disparate impact*),[63] inclusive citando como exemplo, na nota de rodapé n. 8, o paradigmático caso "*Griggs v. Duke Power Co.*" (1971).

Em vista disso, extrai-se do entendimento jurisprudencial construído no caso da ADPF 291/DF que há indícios de abertura à incorporação dos precedentes estrangeiros em matéria de direito da antidiscriminação em âmbito nacional, uma vez que os Ministros já têm inserido parâmetros doutrinários e jurisprudenciais para fundamentar a construção de seus votos e assegurar a proteção dos direitos de igualdade e não-discriminação, especialmente em relação às ações que envolvam a proteção dos direitos de grupos vulneráveis.

A ADPF 291/DF integra uma série de decisões proferidas pelo STF após 2011 –impulsionadas pelo julgamento das ADPF 132 e ADI 4277, que equipararam as uniões

---

[61] STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 28 de outubro de 2015, 01.

[62] STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 35.

[63] "60. Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade". STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*, 39.

estáveis entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, e pelo caso Atala Riffo, no qual a Corte IDH condena o Estado chileno por trato discriminatório por orientação sexual no ano de 2012 –, e que tiveram o intuito de reafirmar a proteção em relação as minorias sexuais no Brasil.[64]

Assim, embora não tenha um viés estrutural, no sentido de traçar plano de combate às situações de discriminação contra esse grupo, este caso faz parte de uma onda de decisões que contribuem para a conscientização e educação social acerca da necessidade de respeito à pluralidade sexual, de gênero e de distintas conformações familiares. Ou seja, a decisão influi na esfera simbólica além do mero impacto prático da solução da lide, abrindo caminhos não só na esfera da conscientização popular, como também servindo de precedente para o julgamento posterior de novos prismas do problema da discriminação estrutural das minorias sexuais. Logo, a ação cumpre o papel estratégico de criar um precedente protetivo em relação às pessoas historicamente discriminadas, sendo utilizada como um argumento de reforço para o avanço na proteção desse grupo pelo STF nas suas decisões futuras, como se verá a seguir no caso da ADO 26, agregando ao arcabouço jurisprudencial mais um parâmetro em matéria de direitos antidiscriminatórios.

2.4. ADPF 186/DF: ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas

No ano de 2012, o mais alto tribunal brasileiro declarou a constitucionalidade de uma das mais significativas ações afirmativas de promoção à igualdade de pessoas negras no Brasil, buscando romper as barreiras impostas pela discriminação experienciada historicamente pela população afrodescendente.

O grande ponto de contribuição estratégica dessa decisão para o direito à antidiscriminação no Brasil é a valorização da dimensão do reconhecimento presente no direito à igualdade, tomando como base teórica as construções de Fraser e Honneth. A decisão ressalta que a luta por justiça social compreende tanto políticas de redistribuição de riquezas quanto de reconhecimento e empoderamento de grupos

[64] Considerando a linha do tempo da garantia de direitos as minorias sexuais, presente no Caderno de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos das pessoas LGBTQIAP+, após o reconhecimento ao direito à união estável homoafetiva em 2011 (ADPF 132 + ADI 4277), em 2015 ocorreu a descriminalização da homossexualidade em âmbito militar (ADPF291), em 2017 foram reconhecidos os direitos sucessórios (RE 646721), em 2018 o direito à alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil (ADI 4275 + RE 670422), em 2019 a criminalização dos atos de homofobia (MI 4733 + ADO 26), e, em 2020, dois grandes temas foram julgados, a garantia ao direito de homossexuais serem doadores de sangue (ADI 5543) e a declaração da inconstitucionalidade da vedação da divulgação de pautas de gênero e orientação sexual nas escolas (ADPF 457 + ADPF 461). Conselho Nacional de Justiça, *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos. Direito das pessoas LGBTQIAP+* (Brasília: STF; CNJ, 2022), 14.

étnicos, dimensões essas que podem ser fomentadas e incorporadas através de ações afirmativas.[65]

Diante dessa realidade de discriminação estrutural racial, o viés do reconhecimento inerente às ações afirmativas contribui para romper com a perpetuação da consciência de inferioridade e falta de perspectiva dentro do próprio grupo discriminado. As ações afirmativas desempenham um papel simbólico significativo, pois uma criança negra, ao ver um negro ocupar uma posição de destaque na sociedade, identifica-se com essa liderança e amplia suas próprias perspectivas de vida. Este aspecto psicológico é crucial para multiplicar a inclusão social através dessas políticas.[66]

Naquela ocasião, o direito comparado também teve especial espaço no voto dos Ministros, sendo mencionados, inclusive, os históricos casos *"Regents of the University of California vs. Bakke"* (1978), *"Gratz vs. Bollinger"* (2003) e "*Grutter vs. Bollinger*" (2003), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a compatibilidade das ações afirmativas para admissão de grupos minoritários e sub-representados às instituições de ensino superior com a Cláusula da Igual Proteção.[67]

É interessante analisar como essa atenção ao direito comparado e, principalmente, aos precedentes da Suprema Corte Norte-Americana relacionados ao direito da antidiscriminação, serviu como base para a construção do entendimento favorável a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.

Nesse sentido, nota-se que esse olhar direcionado às experiências internacionais – principalmente a Norte-Americana, diante do seu pioneirismo no que tange à proteção de grupos vulneráveis através do direito da antidiscriminação – pode contribuir para a construção de parâmetros protetivos no Brasil. Sendo assim, embora a realidade da discriminação vivenciada pela população negra norte-americana e brasileira sejam, em certa medida, distintas (tendo em vista que no Brasil não contamos com um histórico de leis segregacionistas como nos Estados Unidos), o cerne do problema é idêntico, a discriminação.

No entanto, é importante observar que, embora a Corte IDH disponha de importantes precedentes regionais sobre o tema e, na perspectiva do constitucionalismo transformador interamericano, o STF esteja vinculado aos precedentes regionais do *corpus iuris*, o mais alto tribunal brasileiro opta por fundamentar sua decisão mencionando os precedentes da Suprema Corte Norte-Americana, ao invés de dialogar com os padrões de proteção preexistentes na América Latina, que afirmam a obrigação do Estado de adotar medidas positivas para superar situações discriminatórias.[68]

---

[65] STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 26 de abril de 2012, 73.

[66] STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 74.

[67] STF, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*, 78.

[68] Pode-se mencionar como exemplo o parágrafo 80 da decisão da Corte IDH no caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012) e parágrafo 292 do caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) vs. Costa Rica (2012).

Isso evidencia a persistência da falta de diálogo com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e representa um dos grandes desafios para o desenvolvimento do *Ius Constitutionale Commune* na região.

2.5. ADO 26/DF: a criminalização da homofobia e da transfobia

Por ocasião do julgamento do supramencionado caso, o STF declarou estado de mora legislativa no cumprimento dos mandados de incriminação dispostos no artigo 5°, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal e asseverou que, até que sobrevenha legislação nesse sentido, editada pela Congresso Nacional, os casos de homofobia e transfobia serão qualificados como espécie do gênero racismo (na dimensão do racismo social), aplicando-se a esses casos os dispositivos da Lei n. 7.718/1989.[69]

No que toca aos conceitos do direito da antidiscriminação anteriormente estudados, se percebe que na decisão foram realizadas menções à doutrina das categorias suspeitas e ao "escrutínio estrito de proporcionalidade", principalmente através da nota de rodapé n. 31[70] do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Em trecho, o Ministro ainda menciona a construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia na sentença C798/2008, que, ao julgar caso que igualmente envolvia o direito de minorias sexuais, reconheceu a orientação sexual como categoria suspeita de discriminação, a qual necessita da aplicação de um escrutínio estrito de proporcionalidade em relação a normativos que as envolva.

Contudo, apesar dessa referência, novamente constatou-se uma inaplicação, em termos teóricos, da doutrina das categorias suspeitas e da noção de escrutínio estrito na sentença, o que não retira o prestígio das menções realizadas, já que elas podem indicar para uma implementação efetiva no futuro.

Ainda, a decisão da ADO 26 reforçou o compromisso do Estado com a proteção das minorias sexuais, com base nos precedentes jurisprudenciais já estabelecidos

---

[69] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*, 13 de junho de 2019, 05.

[70] "[31] "Na experiência comparada, pode-se citar a sentença C798/2008, em que a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou dificuldades semelhantes às do caso sob análise. O julgamento envolvia a obrigação de prestar alimentos pelo companheiro homossexual, já que na Colômbia o descumprimento dessa obrigação é crime previsto no art. 233 do Código Penal ('desassistência alimentar'). O tipo penal, entretanto, faz referência expressa a ser aplicável somente a casais formados por homem e mulher, de forma que a sua aplicação a um casal homoafetivo resultaria analogia in malam partem. A Corte, por maioria, concluiu que o dispositivo resultava em proteção deficiente, devendo ser entendido como aplicável também a casais homossexuais, a partir do entendimento de que estes seriam equiparáveis às uniões maritais de fato no tocante às obrigações patrimoniais, formulada na C-075/2007, e da *necessidade de aplicação do teste estrito de proporcionalidade para discriminações em razão da orientação sexual ser um critério suspeito*, de acordo com a jurisprudência da Corte". Daniel Carvalho Cardinali, *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências* (Belo Horizonte, 2018), 167-168; STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*, 307-308, grifo nosso.

pelo STF sobre a assunto, assinalando casos significativos como a ADPF 291, ADI 4277, ADPF 132 e a ADPF 4275. Isso evidencia a importância da atuação transformadora do STF ao realizar um reconhecimento progressivo dos novos contornos dos direitos das minorias sexuais.

Ademais, percebe-se que a construção jurisprudencial do STF se apoiou também nos ditames regionais exarados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 24/2017, que tratou de interpretar os alcances da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação as obrigações estatais de proteção à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo, entre outros direitos das minorias sexuais.[71] Dessa postura desponta a incorporação em âmbito nacional dos padrões de proteção estabelecidos pelo *corpus iuris* interamericano, apoiando, assim, a efetiva incorporação dos ICCAL.

Quanto às construções jurisprudenciais do direito estrangeiro, foi mencionado o emblemático caso "*Brown vs. Board of Education*" como exemplo de caso em que a Corte Constitucional adotou uma postura ativa, "(mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico".[72]

Com a decisão, uma vez mais foi possível observar a influência dos casos paradigmáticos e da doutrina do direito da antidiscriminação – no que diz respeito às construções doutrinárias e jurisprudenciais norte-americanas –, como impulsionadores da construção de um entendimento jurisprudencial mais protetivo às minorias sexuais pelo Supremo Tribunal Federal. Além da influência do direito norte-americano, a decisão do STF também incorpora padrões regionais de proteção aos direitos humanos, tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Constitucional da Colômbia, indicando um fortalecimento da abordagem dialógica e construtiva promovida pela perspectiva do constitucionalismo transformador na América Latina, a qual contribui para a construção latino-americana de padrões de proteção em direito da antidiscriminação.

2.6. ADI 4275/DF: reconhecimento do direito à retificação do prenome e gênero no assento de Registro Civil por pessoas transexuais

Tomando a máxima de que o direito à igualdade sem discriminação engloba a expressão da identidade de gênero, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à retificação do prenome e gênero das pessoas transgênero que assim desejarem, sendo possível realizar a alteração diretamente no Cartório de Registro Civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial autorizativa.

---

[71] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF,* 20.

[72] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF,* 541-542.

Na ação, o tribunal reconheceu que a dissonância entre o prenome e a identidade de gênero autoidentificada pela pessoa transsexual e aquela impressa no seu assento de registro civil ensejava em uma direta afronta ao direito de igualdade e muitas vezes gerava situações de discriminação. A decisão tomou como base os precedentes regionais sobre a matéria, especialmente a anteriormente referida Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata dos direitos à igualdade e à não-discriminação das minorias sexuais.[73]

Com a decisão, mais uma vez permanece evidenciado o reconhecimento pela jurisprudência do STF daqueles padrões regionais de proteção que buscam lançar as bases do direito da antidiscriminação para a região. Além disso, isso também contribui para fortalecer a ideia de construção de um direito comum para a região, que não se limite ao direito antidiscriminatório, mas que estabeleça padrões abrangentes de proteção aos direitos humanos.

3. Construção do direito antidiscriminatório no Brasil: litigar estrategicamente em prol da superação do problema estrutural da discriminação

Para que seja possível pensar em alternativas para a construção do direito da antidiscriminação dentro da realidade vivenciada pelos grupos vulneráveis no Brasil, é fundamental ter em mente que o problema da discriminação tem um caráter estrutural. Isso quer dizer que esse tipo de discriminação "adquire sua legitimação por meio de ideologias sociais que podem atuar para afirmar a inferioridade de um grupo, a harmonia entre a exclusão social e as normas legais ou também para manter a invisibilidade social dessa prática".[74]

Essa desigualdade estrutural surge da subordinação e exclusão social de grupos vulneráveis, resultante de dinâmicas sociais complexas e excludentes. Isso torna as normas de igualdade formal e não-discriminação insuficientes para enfrentar as desigualdades concretas.[75] É perceptível que a exposição de determinados grupos a situações de subordinação e de vulnerabilidade social exige do direito uma reformulação das métricas de proteção aos direitos fundamentais, visando uma proteção mais atenta em casos envolvendo os direitos desses grupos.[76]

---

[73] STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF*, 1º de março de 2018, 25.

[74] Moreira, *O que é discriminação?*, 137.

[75] Saba, *Pobreza, derechos y desigualdad*, 166-167.

[76] María Sofía Sagües, "Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos", em *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos.* Colección Constitución y Derechos, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi e Rogelio Flores Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 129-178, 129.

Essa dinâmica de discriminação estrutural requer não só uma adequação normativa – no sentido de normatizar *standards* em direito da antidiscriminação – que garanta aos grupos vulnerabilizados pela discriminação estrutural o pleno gozo de seus direitos e repele eventuais situações discriminatórias, mas também impõe o dever de que as medidas traçadas com a finalidade de reparar essas situações discriminatórias sejam integradas por uma dimensão transformadora.[77]

No âmbito da atuação jurisdicional, essa postura transformadora pode ser colocada em prática através de decisões de caráter estruturante, as quais pretendem a superação das situações de violações sistêmicas de direitos fundamentais. Corroborando essa linha de pensamento, Kozicki e Broocke[78] asseveram que esse viés "transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social".

Embora uma decisão estrutural possa estar atrelada a um litígio estratégico,[79] nem todo litígio estratégico pressupõe uma decisão estrutural.[80] Além disso, Vitorelli[81] explicita que não apenas processos estruturais e de interesse público podem ser estratégicos, assim como, processos individuais, quando conduzidos com um objetivo que vai além dos interesses das partes litigantes, podem cumprir com esse papel estratégico, como bem é possível observar no já mencionado Caso *Brown*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana.

Considerando esse cenário, uma vez mais percebe-se a justeza das sentenças estruturantes como mecanismo de combate à discriminação estrutural no Brasil. No entanto, para que se obtenha uma decisão estruturante, é necessário que a propositura do litígio seja estrategicamente pensada para acarretar mudanças sociais substanciais.

---

[77] Sagües, "Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos", 130.

[78] Katya Kozicki e Bianca M. Schneider van der Broocke, "A ADPF 347 e o 'Estado de Coisas Inconstitucional': ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil", *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 53 (2018): 158.

[79] É o caso da decisão da ADPF 709 e da ADPF 635, ações as quais foram estrategicamente propostas com a intenção de contestar a situação de afronta aos direitos dos povos indígenas e de combate à violência policial nas favelas e, concomitantemente, demandar correções estruturais dos padrões de violação sistêmicos que perpetuam a discriminação estrutural em relação a esses grupos. Essas duas decisões, atualmente, estão em fase de cumprimento dos seus respectivos planos de ação, passando por monitoramento constante do Núcleo de Processos Estruturais Complexos do Supremo Tribunal Federal.

[80] No caso da ADO 30 podemos observar que o litígio é estrategicamente proposto para correção da omissão inconstitucional que excluía as pessoas com deficiência auditiva do rol de pessoas com deficiência isentas do pagamento do IPI. No entanto, esse litígio estratégico não demandou um procedimento estrutural, já que a reparação da afronta ao direito de igualdade requereu somente uma articulação do Poder Legislativo para sanar a omissão.

[81] Edilson Vitorelli, "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", *Revista de Processo 284*, (2018): 347.

Fachin e Schinemann[82] identificam que as decisões judiciais estruturantes provêm de casos em que o litígio transcende o interesse individual e privado, conformando uma litigância de interesse público. Dessa forma, por meio desse tipo de caso, pretende-se alterar a estrutura de funcionamento de determinadas organizações social ou políticas públicas, promovendo a concretização de direitos fundamentais e a efetivação de interesses coletivos.

No entanto, embora as decisões estruturais contribuam significativamente para a resolução dessa tipologia de litígio, não constituem seu único objetivo final. Segundo Nóbrega e França,[83] o aspecto que caracteriza o litígio como "estratégico" decorre justamente do fato de que a judicialização de um caso emblemático nem sempre visa exclusivamente à obtenção integral do pedido diante do Poder Judiciário. Nessas circunstâncias, o sucesso da ação pode ser obtido quando sua propositura gera algum impacto na sociedade, independentemente da decisão final do judiciário. Em outras palavras, é estratégico porque seu propósito primordial é fomentar o debate sobre o tema controverso e, eventualmente, influenciar uma nova interpretação do direito.

Litigar estrategicamente representa valer-se do campo judicial como espaço de deliberação política, trazendo para esse ambiente assuntos relacionados à proteção dos direitos fundamentais que não logram espaço na pauta de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, os litígios estratégicos podem buscar, através da atuação jurisdicional, tanto a desobstrução dos canais de atenção a determinadas reivindicações sociais, promover a tomada de conhecimento sobre novas pautas ou a respeito de temas desconhecidos ou, até mesmo, servir como mecanismo de diálogo e abertura dos canais de debate democrático.[84]

Pretendendo complementar a conceituação desse instrumento de concretização de direitos pela via jurisdicional, Osório[85] atesta que os litígios estratégicos vêm sendo utilizados por agentes de organizações não governamentais, pelo sistema de justiça e pelas mobilizações sociais com o intuito de "empoderar comunidades e indivíduos, defender o estado de direito, promover os direitos humanos e buscar reparações a violações".

A partir disso, percebe-se o potencial transformador dos litígios estratégicos como catalisadores de mudanças sociais, uma vez que, por meio dessa renovada forma

---

[82] Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann, "Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais", *REI - Revista Estudos Institucionais 4*, n.º 1 (2018): 214.

[83] Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Eduarda Peixoto da Cunha França, "Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?", *Revista Pensar 27*, n.º 1 (2022): 104.

[84] Renata de Marins Jaber Maneiro e Eliana Pulcinelli, "Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional", *Revista de Investigações Constitucionais 4*, n.º 2 (2017): 194-195.

[85] Leticia Marques Osório, "Litígio estratégico em direitos humanos: desafios e oportunidades para organizações litigantes", *Revista Direito e Práxis 10*, n.º 1 (2019): 573.

de litigar, dá-se um novo significado aos tradicionais espaços de litigância. Ou seja, acrescenta-se a esses o viés estratégico, no qual o processo é direcionado a provocar impactos que vão além do benefício exclusivo das partes envolvidas diretamente no litígio; os efeitos da ação expandem para além da esfera de proteção exclusiva das vítimas, fornecendo contribuições à árdua tarefa de concretização dos direitos humanos e da justiça social.[86]

É nessa transcendência do caso individual para uma seara coletiva que, segundo Mattos e Peixoto,[87] reside a distinção entre o modelo tradicional de advocacia e o litígio estratégico. Nesse último, para além da pretensão de alcançar a "reparação da vítima (justiça individual), a escolha e a resolução do caso passam por lutas e pautas de interesse público e a busca por avanços jurídicos em determinado tema ou para determinado grupo".

A fim de elucidar a operacionalização desses litígios estratégicos, é possível afirmar que o estopim desse processo ocorre quando a organização que demanda em prol do interesse público coletivo desenvolve a tarefa de analisar e selecionar o caso paradigmático que detenha o potencial de ocasionar um impacto social em relação a determinado problema social. A partir da seleção, são considerados fatores adicionais, como: o custo-benefício da ação, o envolvimento e empenho dos demandantes, os possíveis impactos decorrentes da propositura da ação e os precedentes, positivos e negativos, já obtidos em litígios anteriores, que podem influenciar na decisão do caso litigado.[88]

Um exemplo clássico de litígio estratégico em direitos humanos é o Caso Maria da Penha Maia Fernandes. Valendo-se da violação dos direitos individuais da vítima e do potencial de, a partir dessa demanda estratégica, obter resultados coletivos para melhorar as respostas ao problema da violência doméstica em uma dimensão coletiva, as organizações demandantes – Centro para a Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) – denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essas organizações estavam empenhadas em utilizar o litígio estratégico como uma ferramenta eficaz para promover transformações legais e sociais. Seus objetivos foram alcançados com base no relatório de mérito da Comissão IDH, que recomendou ao Estado a implementação de avanços significativos em termos de proteção das mulheres contra a violência doméstica.[89]

---

[86] Juliana Cesario Alvim Gomes, "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social", *Revista Direito e Práxis 10*, n.º 1 (2019): 393.

[87] Karina Denari Gones de Mattos e Fabio Vieira Pereira Cendão Peixoto, "Legal design aplicado à litigância estratégica em direitos humanos", em *Novos métodos disruptivos no direito*, ed. por Fábio da Silva Veiga, Luiz Gustavo Levate e Marcelo Kokke Gomes (Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020), 46-55, 49.

[88] Osório, "Litígio estratégico em direitos humanos", 582.

[89] Amanda Caroline Claudia de Souza Machado, Lucas Henrique Brandão Teixeira e Pricilla Lechinewski Gouveia Zardo, "Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria

Da ação, para além da indenização da vítima pelo Estado, resultou na criação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). A lei é considerada como um marco normativo na luta contra as violações dos direitos humanos das mulheres, oferecendo meios para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, alcançando o objetivo inicialmente vislumbrado ao levar o litígio estratégico à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, fica evidenciada a importância do litígio estratégico em direitos humanos no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, culminando na promulgação dessa lei e em campanhas contra a violência doméstica.[90]

Face ao elevado grau de impacto social, a ação que exsurge de um litígio estratégico é extremamente complexa e requer a articulação e participação de diversos atores para o desenvolvimento do processo. Portanto, esse tipo de ação exige não só a participação das partes envolvidas diretamente no caso concreto, mas, igualmente, a integração de terceiros interessados (usualmente *amici curiae* e atores da sociedade civil), universidades, ONG's, movimentos sociais mobilizados pela causa, entre outros.[91]

Além da pluralidade de agentes que integram esses litígios, importa destacar que os destinatários que se busca impactar ou chamar atenção com a decisão em litígios estratégicos também são diversos. De acordo com Cardoso,[92] não obstante o fato de que o litígio estratégico se desenvolve no âmbito das Cortes, esse tipo de ação não se restringe ao seu trâmite judicial, o caso é igualmente direcionado a influenciar tanto os responsáveis pela tomada de decisões (*decisions makers*), formuladores de políticas públicas (*policy makers*), assim como, igualmente, impactar a sociedade civil como um todo.

Já em relação aos seus objetivos, a litigância estratégica pode ser utilizada como o intuito de: a) criar ou questionar os alcances e interpretações de uma legislação (assim como fez a ADO 29, ao dar efetividade ao mandado de criminalização da homofobia e da transfobia e a ADPF 5617, ao questionar o percentual de recursos financeiros destinados às cotas de gênero na política); b) implementar ou revisar uma política pública (como é o caso da ADPF 787, que promoveu a readequação das políticas públicas de saúde em relação as pessoas transsexuais); c) alterar a lógica de operacionalização de instrumentos jurídicos (como foi o caso da ADPF 291, que concedeu uma leitura não discriminatória ao Código Penal Militar a respeito das pessoas homossexuais); d) criar pressão sobre determinadas pautas

---

da Penha", em *Direitos humanos na contemporaneidade: problemas e experiências de pesquisa*, ed. por Daniel Luciano Gevehr e Aleteia Hummes Thaines (Guarujá, SP: Científica Digital, 2021), 193-208, 203.

[90] De Souza Machado, Brandão Teixeira e Lechinewski Gouveia Zardo, "Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria da Penha", 205.

[91] De Mattos e Peixoto, "Legal Design aplicado à Litigância Estratégica em Direitos Humanos", 49.

[92] Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 56.

invisibilizadas e documentar injustiças (como foi o caso da ADO 30, que pretendia a correção da omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo); e) promover a conscientização popular sobre determinado tema, assim como incentivar a educação em direitos humanos (sem deixar de reconhecer o seu papel estratégico em outras esferas, a ADPF 186, que ao reafirmar a constitucionalidade das cotas étnicas e raciais nas universidades públicas cumpriu um primoroso papel social educativo e conscientizador em relação ao tema da discriminação estrutural étnica e racial).[93]

Diante desse rol exemplificativo de objetivos que podem ser atingidos pela litigância estratégica, percebe-se o potencial que esse instrumento jurídico oferece ao processo de estandardização de um direito da antidiscriminação no Brasil. Esse potencial é especialmente relevante no que diz respeito à sua capacidade de atuar como indutor da elaboração de uma legislação que trate especificamente sobre o assunto. Uma vez que esse tipo de ação, proposta no âmbito do Poder Judiciário, lança luz sobre temas invisibilizados ou ignorados, poderá influenciar o agendamento do assunto na pauta de atuação dos demais Poderes Públicos.

Compactuando com Cardoso,[94] mesmo diante de uma decisão judicial malsucedida ou de teor diverso do inicialmente pretendido com a propositura da ação, isso não representa, necessariamente, que a litigância foi infrutífera, pois uma "resposta judicial negativa pode gerar debate suficiente a ponto de provocar ações futuras do próprio judiciário, mudando a sua interpretação em outros casos, ou de outras instituições, como criação de uma lei e mudança de uma política pública".

No entanto, para que tais avanços sejam passíveis, é necessário que o Poder Judiciário, além de ser acessível, independente e criativo, profira decisões que tenham um potencial transformador e, ao mesmo tempo, dialoguem "com políticas públicas existentes ou que provoque a sua gestão pelo Executivo, que dialogue com o processo legislativo, por vezes sobrepondo-se a ele ou provocando a promulgação de normas".[95]

Vale ainda asseverar que o instituto da litigância estratégica complementa, pela via da articulação da sociedade civil e do interesse compartilhado em advogar o interesse público e coletivo, outras formas pelas quais se desenvolve a promoção da proteção dos direitos fundamentais de grupos vulnerabilizados, tais como a prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados, o papel desempenhado por instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como a atuação contramajoritária desempenhada pela jurisdição constitucional nesse cenário.

Em vista do exposto, conclui-se que, ao litigar estrategicamente situações de discriminação estrutural envolvendo grupos vulneráveis, a atuação jurisdicional do STF apresenta um considerável potencial construtivo. Os precedentes jurisprudenciais podem estabelecer padrões protetivos que servem não apenas como uma

---

93 Cesario Alvim Gomes, "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social", 398-399.

94 Cardoso, *Litígio estratégico...*, 60.

95 Cardoso, *Litígio estratégico...*, 57.

referência para a interpretação normativa em casos futuros, mas também para o próprio Poder Legislativo. Este, ao cumprir seu dever de criar normas que tutelam o direito antidiscriminatório, pode basear-se nos precedentes jurisprudenciais para elaborar legislações protetivas. Além disso, a litigância estratégica proporciona um aumento na visibilidade do problema da discriminação estrutural, mobilizando tanto a sociedade quanto o legislador para a necessidade de proteção legal do direito à antidiscriminação.

Considerações finais

A análise da litigância estratégica em casos de proteção ao direito à igualdade e à não-discriminação de grupos vulneráveis revela que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) são instrumentos de crucial importância para a construção de padrões protetivos em matéria de direito à antidiscriminação no Brasil. Por meio da investigação das origens e desdobramentos do direito da antidiscriminação, foi possível compreender a intrínseca ligação entre este direito e o princípio da igualdade, bem como o papel protetivo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do constitucionalismo transformador, além da importância da consideração dos padrões regionais para a construção local de um direito à antidiscriminação.

Ao analisar o teor das decisões exaradas pelo STF, nota-se que, embora as demandas frequentemente derivem de problemas complexos que exigem um tratamento estrutural, o STF, ao tratar essas questões, não tem lançado mão de medidas estruturais de correção. Em vez disso, na maioria das vezes, tem concedido apenas medidas paliativas, sem atacar a causa raiz do problema e sem promover uma transformação efetiva da situação de discriminação estrutural que esses grupos enfrentam. Ademais, há uma baixa utilização e reconhecimento dos padrões de proteção já estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em relação à matéria, os quais poderiam ser utilizados para expandir a proteção antidiscriminatória a partir da atuação protetiva do STF, e que, concomitantemente, contribuiria para a o fortalecimento do constitucionalismo transformador e a consolidação da *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

No entanto, apesar da ausência de remédios estruturais e da falta de diálogo das decisões do STF com os padrões interamericanos, isso não invalida as contribuições que os julgados ainda podem fornecer para a construção de parâmetros ao direito à antidiscriminação no Brasil. As decisões têm avançado no reconhecimento de direitos e desempenhado um papel simbólico educativo, dando maior visibilidade a situações de discriminação frequentemente ignoradas pela sociedade civil e por órgãos do Poder Público. Além disso, trazem para as arenas de debate temas e problemas que permaneciam à margem de serem reconhecidos como questões públicas e sociais relevantes.

Portanto, a propositura de demandas estratégicas, de maneira a induzir a construção de uma jurisprudência protetiva por parte do STF, se mostra essencial para o fortalecimento e construção do direito da antidiscriminação no Brasil, promovendo o reconhecimento de novas esferas desse direito, as quais podem servir como ponto de partida para a construção normativa de uma futura legislação antidiscriminatória pelo Poder Legislativo.

Bibliografia

Doutrina

Akotirene, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

Ávila, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Basset, Úrsula C. "Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)". *Revista Código Civil e Comercial VIII*, n.º 6 (2022).

Basset, Úrsula C. "Las fisuras del nuevo derecho antidiscriminatorio: las inquietantes sugerencias del fallo Dobbs para el jurista de hoy". En *El caso Dobbs. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto*, editado por Eugenio Luis Palazzo, 14-18. Buenos Aires: El Derecho, 2022.

Borrillo, Daniel. "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo". *Derecho PUCP*, n.º 71 (2013): 543-556.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*.

Brasil. *Lei nº 14.287*, de 31 de dezembro de 2021.

Brünneck, Wiltraut Rupp-v. "Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren". Em Theo Rittersprach/Willi Giger. *Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburstag*. Tübingen, 1970.

Cardoso, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Casimiro, Matheus e George Marmelstein. "O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais?". *Revista Direito Público 19*, n.º 102 (2022): 412-440.

Conselho Nacional de Justiça. *Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos. Direito das pessoas LGBTQIAP+*. Brasília: STF; CNJ, 2022.

Crenshaw, Kimberlé. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero". *Revista Estudos Feministas 7*, n.º 12 (2002): 171-188.

Ely, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Fachin, Melina Girardi e Caio Cesar Bueno Schinemann. "Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais". *REI - Revista Estudos Institucionais 4*, n.º 1 (2018): 211-246.

Figueiredo, Maria Vitória Silva e Emily Solon Marquinho Nobre. "Cotas legislativas de gênero: impactos nas eleições de 2022 e desafios remanescentes à democracia Paritária". *Revista Jurídica Direito & Realidade 12*, (2024): 85-114.

Fraser, Nancy. "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça". Em *Igualdade, diferença e direitos humanos*, editado por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan, 167-189. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

Fraser, Nancy e Axel Honneth. *Redistribution or Rocognition? A Political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

Gomes, Juliana Cesario Alvim. "Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social". *Revista Direito e Práxis 10*, n.º 1 (2019): 389-423.

Heemann, Thimotie Aragon. "Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis". *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12 (2018): 63-87.

Ipsen, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden: Nomos, 1980.

Kozicki, Katya e Bianca M. Schneider van der Broocke. "A ADPF 347 e o 'Estado de Coisas Inconstitucional': ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil". *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 53 (2018): 147-181.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Rosana Helena Maas. *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane Fardin de Vargas. "A doutrina das 'categorias suspeitas' e a noção de 'escrutínio estrito' na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF (doação de sangue por homossexuais)". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia 27*, n.º 1 (2022): 216-239.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane Fardin de Vargas. "O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas". *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais 22*, n.º 2 (2021): 85-114.

Machado, Amanda Caroline Claudia de Souza, Lucas Henrique Brandão Teixeira e Pricilla Lechinewski Gouveia Zardo. "Litígio estratégico em direitos humanos e o caso Maria da Penha". Em *Direitos humanos na contemporaneidade: problemas e experiências de pesquisa*, editado por Daniel Luciano Gevehr e Aleteia Hummes Thaines, 193-208. Guarujá, SP: Científica Digital, 2021.

Maneiro, Renata de Marins Jaber e Eliana Pulcinelli. "Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional". *Revista de Investigações Constitucionais 4*, n.º 2 (2017): 193-219.

Marmelstein, George. *Discriminação por preconceito implícito*. Salvador: Editora JusPodvm, 2021.

Mattos, Karina Denari Gones de e Fabio Vieira Pereira Cendão Peixoto. "Legal design aplicado à litigância estratégica em direitos humanos". Em *Novos métodos disruptivos no direito*, editado por Fábio da Silva Veiga, Luiz Gustavo Levate e Marcelo Kokke Gomes, 46-55. Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

Moreira, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

Nóbrega, Flavianne Fernanda Bitencourt e Eduarda Peixoto da Cunha França. "Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?". *Revista Pensar 27*, n.º 1 (2022): 01-12.

Olsen, Ana Carolina Lopes e Melina Girardi Fachin. "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano". Em *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, editado por Itamar Luís Gelain e André Phillipe Pereira, 166-187. Pelotas: NEPFIL Online, 2022.

Osório, Leticia Marques. "Litígio estratégico em direitos humanos: desafios e oportunidades para organizações litigantes". *Revista Direito e Práxis 10*, n.º 1 (2019): 571-592.

Piovesan, Flávia. "Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios". *Revista Direito e Práxis 8*, n.º 2 (2017): 1356-1388.

Ramos Neto, Newton Pereira. "A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas". *Observatório da Jurisdição Constitucional 1*, n.º 3 (2009): 01-31.

Rios, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Rios, Roger Raupp. "Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade". *Revista Direito e Práxis 11*, n.º 2 (2020): 1332-1357.

Rios, Roger Raupp, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Gilberto Schäfer. "Direito da antidiscriminação e direitos de minoriais: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia 22*, n.º 1 (2017): 126-148.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano". *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 35-58.

Rodríguez Garavito, César e Diana Rodríguez Franco. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

Saba, Roberto. *Pobreza, derechos y desigualdad*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012.

Sagües, María Sofía. "Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos". En *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección Constitución y Derechos*, editado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja, 129-178. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Silva, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Sousa, Paloma Kauany dos Santos. "À sombra da cassação: candidaturas fictícias femininas e os desafios legais na política brasileira". Monografia de graduação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2024. https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/79498

Sparemberger, Raquel Fabiana Lopes e Marina de Almeida Rosa. "Together and equal? Da necessária fundamentação do direito à igualdade para além do caso Brown v. Board of Education". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM 15*, n.º 3 (2020): 01-28.

Vitorelli, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças". *Revista de Processo 284*, (2018): 333-369.

Yang, Tzu-Hui. *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

Normativa e Jurisprudência

Suprema Corte dos Estados Unidos. *Griggs vs. Duke Power Co.*, 401 U.S 424, 1971.

Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n. 30/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2020. Acesso em: 19 set. 2024. https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4732377

STF. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5617/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de março de 2018. Acesso em: 02 set. 2024. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Acesso em: 02 set. 2024. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Acesso em: 02 set. 2024. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Acesso em: 19 set. 2024. https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Acesso em: 19 set. 2024. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545. Acesso em: 19 set. 2024.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San Jose da Costa Rica, 2020. Acesso em: 13 set. 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf

Corte IDH. Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Sentença de 22 de junho de 2022. Fundo, reparações e custas. San Jose da Costa Rica, 2022. Acesso em: 05 set. 2024. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Corte IDH. Caso Artavia Murillo e outros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. San Jose da Costa Rica, 2012b. Acesso em: 05 set. 2024. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte IDH. Caso Atala Riffo e niñas vs. Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Fondo, Reparaciones e Costas. San Jose da Costa Rica, 2012a. Acesso em: 05 set. 2024. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 337-357, ISSN 2346-0849

Roselis Díaz de Freitas* **(Venezuela)**
Anselmo Coelho Hernández** **(Venezuela)**

La elección popular de jueces: un análisis sobre su incompatibilidad con la independencia judicial***

RESUMEN

Este ensayo analiza el rol de la independencia judicial como elemento esencial para la vigencia del Estado de derecho y la consolidación de la democracia, así como las distintas dimensiones que integran este derecho. Se exploran los argumentos utilizados por algunos países de la región, a fin de justificar la adopción del método de elección popular para la conformación del poder judicial. En ese sentido, se presentan los riesgos de las elecciones populares de juezas y jueces para la plena vigencia y eficacia de la independencia, imparcialidad y autonomía del poder judicial. Finalmente, se concluye que este mecanismo representa una amenaza directa a la integridad de la función judicial y a la vigencia del Estado de derecho, por lo que resulta incompatible con los principios de una democracia constitucional.

Palabras clave: independencia judicial; elección popular de jueces; democracia.

* Abogada mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); candidata a LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, University of Notre Dame. rdiazdef@nd.edu / https://orcid.org/0009-0000-1061-8769

** Abogado mención *Cum Laude,* Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); candidato a la maestría en Derecho Constitucional, UCAB. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB. acoelhoh@ucab.edu.ve / https://orcid.org/0000-0002-2014-6432

*** Con el fin de facilitar la lectura, en este ensayo hemos optado por utilizar algunos sustantivos masculinos en su versión genérica, con lo cual debe entenderse, salvo que de su contexto se desprenda lo contrario, que los mismos hacen referencia por igual a cualquier género, sin distinción alguna.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The Popular Election of Judges:
An Analysis of its Incompatibility with Judicial Independence

ABSTRACT

This essay analyzes the role of judicial independence as an essential element for the validity of the rule of law and the consolidation of democracy, as well as the different dimensions comprising this right. It explores the reasoning used by some countries in the region to justify the adoption of popular elections for the conformation of the judicial branch. In this sense, the article sets out the risks of the popular election of judges to the full validity and effectiveness of the independence, impartiality, and autonomy of the judiciary. It concludes that this mechanism represents a direct threat to the integrity of the judicial function and the validity of the rule of law, rendering it incompatible with the principles of a constitutional democracy.

Key words: Judicial independence; popular election of judges; democracy.

Zur Direktwahl von Richtern: eine Analyse ihrer Unvereinbarkeit mit der richterlichen Unabhängigkeit

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert sowohl die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit als wesentliches Element für den Bestand des Rechtsstaats und die Konsolidierung der Demokratie als auch die unterschiedlichen Rechtsdimensionen. Dabei wird auf die Argumente eingegangen, mit denen einige Länder die Einführung der Direktwahl von Richtern für die Zusammensetzung der Gerichte begründen; zugleich werden die Risiken dargelegt, die mit einer solchen Direktwahl für die umfassende Geltung und Wirksamkeit der richterlichen Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Autonomie verbunden sind. Abschließend wird festgestellt, dass der Mechanismus eine direkte Bedrohung für die Integrität der richterlichen Tätigkeit und die Geltung des Rechtsstaats darstellt und deshalb mit den Grundsätzen der konstitutionellen Demokratie unvereinbar ist.

Schlüsselwörter: Richterliche Unabhängigkeit; Direktwahl von Richtern; Demokratie.

Introducción

La independencia judicial desempeña un rol fundamental para el mantenimiento del orden constitucional y la preservación de la institucionalidad democrática. Precisamente, al configurar un pilar esencial para la verdadera existencia de un sistema democrático, su alcance abarca no solo a los jueces –que tienen el derecho a ejercer sus funciones con autonomía– y a los ciudadanos –quienes tienen derecho a acceder a un sistema de justicia independiente–, sino también a la sociedad, mediante la dimensión institucional de este derecho, de cara a la conservación de algunos aspectos esenciales para la vigencia del Estado de derecho.

A la luz de esta perspectiva, este trabajo desarrolla las debilidades de la objeción contramayoritaria propuesta por algunos sectores políticos para justificar la implementación de la elección popular de los jueces como mecanismo para su designación. En ese sentido, con una visión crítica, se exponen algunos elementos que, a la luz de dicha propuesta, ponen en riesgo la conservación de la institucionalidad democrática de los Estados y anulan –o al menos cuestionan razonablemente– la autonomía que debe caracterizar al poder judicial, quizá incluso de manera automática.

1. El rol de la independencia judicial en sociedades democráticas

Para la vigencia del Estado de derecho y de un verdadero orden democrático resulta imprescindible la independencia del sistema de justicia. Tanto es así que a través de la misma Carta Democrática Interamericana –en claro reflejo de la voluntad de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos (OEA)– se consagró "la separación e independencia de los poderes públicos" como un elemento esencial para la existencia de la democracia representativa.[1]

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que uno de los objetivos principales de la separación de poderes es garantizar la independencia de la justicia y, en consecuencia, la independencia de los jueces, toda vez que, además de ser uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso,[2] sin ella no existe Estado de derecho ni es posible la democracia. Lo anterior, ya que los jueces deben contar "con las garantías adecuadas y suficientes para ejercer su función",[3] dado que la falta de independencia constituye un sinónimo de arbitrariedad.

Por consiguiente, en primer lugar, es claro que la independencia judicial juega un papel fundamental para garantizar la institucionalidad democrática. La noción de *independencia institucional* es desarrollada en los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, de los cuales se desprende que el poder judicial "debe ser independiente de los demás poderes […] al igual que las demás instituciones del Estado, tienen el deber de respetar y cumplir las sentencias y decisiones

---

[1] OEA, *Carta Democrática Interamericana*, Lima, 11 de septiembre de 2001, artículo 3.

[2] Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 28, párr. 73; Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 197, párr. 68; Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras, Sentencia de 29 de noviembre de 2023, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 514, párr. 102.

[3] Corte IDH, Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, Sentencia de 30 de enero de 2023, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 483, párr. 68.

del poder judicial", a fin de que los juzgadores que integran el poder judicial no se encuentren subordinados a otros poderes públicos.[4]

Al respecto, Ayala Corao ha sostenido que la independencia judicial trasciende "la dimensión individual de la persona del juez, para proyectarse en toda la sociedad y en su dimensión institucional",[5] lo cual se ha visto también reflejado en la jurisprudencia de la Corte IDH:

> … el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión institucional se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión institucional trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad.[6]

Consecuentemente, la dimensión institucional del derecho a la independencia judicial desempeña un rol fundamental en la estructura y el funcionamiento de los Estados, toda vez que de ella se desprende una relación intrínseca con los elementos constitutivos requeridos para la existencia de un orden democrático.

Por su parte, existe una relación directa entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones de igualdad que aseguren el ejercicio independiente de sus funciones.[7] Precisamente por ello, la independencia judicial también es un derecho de los jueces integrantes del sistema de justicia. Esta dimensión individual tiene como objetivo evitar que quienes integran el sistema de justicia se vean sometidos a restricciones o presiones indebidas en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de órganos ajenos al poder judicial o por jueces de mayor jerarquía.[8]

---

[4] José Zeitune, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales. Guía para profesionales No. 1* (Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2007), 21-22.

[5] Carlos Ayala Corao, *La triple dimensión del derecho a la independencia judicial* (documento inédito, 2025), 6.

[6] Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 302, párr. 194; Caso Cordero Bernal vs. Perú, Sentencia de 16 de febrero de 2021, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C, No. 421, párr. 71.

[7] Corte IDH, Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares y Fondo, Serie C, No. 509, párr. 89.

[8] Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182, párr. 55. En similar sentido, Caso Chocrón Chocrón

Dado lo anterior, se han desarrollado ciertas garantías que derivan del derecho de los jueces a la independencia judicial: i) un adecuado proceso de nombramiento, ii) la estabilidad e inamovilidad en el cargo, y iii) protección contra presiones externas.[9] Dichas garantías permiten no solo preservar la dignidad en el cargo y mantener la integridad judicial, sino que también configuran una especie de "piedra angular de los sistemas judiciales y un requisito necesario para la vigencia del Estado de derecho".[10]

Respecto a la primera garantía, se han identificado como elementos preponderantes para el nombramiento y selección de los jueces criterios objetivos basados en el mérito personal, la calificación y formación jurídica, la integridad, capacidad y eficiencia,[11] en el marco de un procedimiento de nombramiento que sea objetivo, razonable y no discrecional, que permita la implementación de un régimen independiente. Así, la Corte IDH ha determinado:

> … *se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección* y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar.
>
> […] cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. *Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas.*[12] (Énfasis agregado)

La segunda garantía es que los jueces cuenten con salvaguardas que aseguren su inamovilidad y permanencia en el cargo durante el periodo para el que han sido nombrados. De hecho, la inamovilidad de los jueces ha sido catalogada como uno de los pilares fundamentales de la independencia del poder judicial.[13] En ese sentido, se ha entendido que solo podrán ser removidos de su cargo –conforme

---

vs. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 227, párr. 97.

[9] Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, cit., párr. 75; Caso Casa Nina vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 433, párr. 79; Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú, cit., párr. 89.

[10] Corte IDH, Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú, cit., párr. 95.

[11] ONU, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985, principio 10.

[12] Corte IDH, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, cit., párrs. 72-74.

[13] ONU, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Resolución A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 57.

al procedimiento adecuado que garantice la objetividad y la imparcialidad– por faltas disciplinarias graves o incompetencia; de lo contrario, se fomentaría la duda objetiva respecto de la posibilidad que tienen los jueces de decidir controversias sin temor a represalias.[14] A tales fines, la garantía de estabilidad en el cargo de los jueces implicaría que

> (i) su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) los jueces y juezas solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) todo proceso disciplinario de jueces o juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley.[15]

Ahora bien, la garantía de inamovilidad de los jueces está estrechamente vinculada a la protección requerida frente a presiones externas, toda vez que si los jueces no tienen la "seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos".[16] Esta garantía demanda que los Estados se abstengan de realizar injerencias en el sistema de justicia y que los jueces puedan resolver los asuntos que conozcan sin restricciones, influencias, presiones, amenazas o intromisiones, ya sean directas o indirectas.[17]

De esta manera, es claro que los jueces cuentan con varias garantías cuyo fin es hacer efectivo su derecho de ejercer sus funciones judiciales con plena independencia, sin estar sujetos a restricciones indebidas o injerencias políticas dentro de un sistema judicial objetivo y transparente, que genere confianza y seguridad para los ciudadanos. Por ello, de las obligaciones estatales para garantizar la independencia judicial surge el derecho a la independencia del juez, pero también, el derecho de los administrados de acceder a un sistema de justicia independiente.

La tercera dimensión de este derecho comprende la posibilidad de ser oído con las debidas garantías del debido proceso por un juez independiente, la cual ha sido

---

[14] Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, cit., párr. 99; Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 268, párr. 189.

[15] Corte IDH, Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador, Sentencia de 29 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 327, párr. 105. En similar sentido, Caso López Lone y otros vs. Honduras, cit., párr. 200; Caso Rico vs. Argentina, Sentencia de 2 de septiembre de 2019, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C, No. 383, párr. 55.

[16] Corte IDH, Caso Chocrón Chocrónvs. Venezuela, cit., párr. 106.

[17] Corte IDH, Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, cit., párr. 66; Caso López Lone y otros, cit., párr. 197. Ver también ONU, *Principios básicos...*, principio 2.

expresamente consagrada en esferas domésticas e internacionales.[18] Este derecho se enmarca dentro de las garantías del debido proceso que deben observarse durante el acceso a la protección judicial. En consecuencia, quien acude al sistema de justicia tiene el derecho a que la determinación de sus derechos u obligaciones sea ante un tribunal que decida conforme a la ley y esté libre de cualquier influencia o interferencia externa.

De esta manera, es evidente que la independencia judicial abarca tres dimensiones que se complementan entre sí,[19] y que, a su vez, desempeñan un rol fundamental para el debido funcionamiento de una sociedad democrática, toda vez que la garantía de la independencia judicial es uno de los objetivos principales de la separación de poderes, y su deformación implicaría necesariamente el quebrantamiento de la esencia democrática. Tanto es así, que se ha considerado imprescindible que los mecanismos de selección y destitución de los jueces sean coherentes "con el sistema político democrático en su conjunto", porque la ausencia de independencia judicial y la "cooptación de los órganos judiciales por otros poderes públicos afecta transversalmente a toda la institucionalidad democrática", pone en riesgo el control político y menoscaba las garantías institucionales que permiten combatir el ejercicio arbitrario del poder.[20]

2. Riesgos y consecuencias adversas de la elección popular de jueces para la institucionalidad democrática

La merma en la confianza hacia las instituciones en toda la región ha afectado gravemente al poder judicial. En ese contexto, actores políticos, con base en la objeción contramayoritaria, han promovido la incorporación de elecciones judiciales para solventarla. Sin embargo, estos mismos actores han pasado por alto los efectos perniciosos que dichas elecciones pueden tener sobre la independencia y autonomía de los jueces, sin la cual el Estado de derecho corre severos riesgos de ser desmantelado.

---

[18] Ver, por ejemplo, OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969, artículo 8.1; OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, 1948, artículo XVIII; ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 1966, artículo 14; ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 1948, artículo 10; Consejo de Europa, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Roma, 1953, artículo 6.1.

[19] Ayala Corao, *La triple dimensión…*, 1-3.

[20] Corte IDH, Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras, cit., párr. 103. En similar sentido, Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, cit., párr. 71.

2.1. La pretendida justificación de la elección popular de jueces

El constitucionalismo democrático está signado por una *tensión* entre sus dos componentes, la democracia y la constitución.[21] La resolución de esa tensión recae, ante todo, en el diseño de la carta fundamental y, dentro de ese marco, corresponde primordialmente a los órganos del poder público establecer el balance práctico entre ambos conceptos.

Esta tarea es compleja, y en ella están involucrados todos los órganos del poder público, tanto los denominados *políticos* –el ejecutivo y el legislativo– como el poder judicial, cuya naturaleza es *apolítica*, incluso cuando su labor reviste cierta *politicidad*. En nuestro entorno jurídico-filosófico, moldeado por el *tiempo de los derechos*,[22] un campo de juego crucial es, precisamente, la determinación del alcance de los derechos fundamentales y sus obligaciones correlativas.[23]

Y si bien el diseño constitucional suele privilegiar a los órganos políticos como cauce de dichas cuestiones, no es menos cierto que, ante su deficiencia, el poder judicial –especialmente los jueces constitucionales– se convierte en protagonista de la determinación, colmando de *significado* al texto constitucional, y acabando con la disputa sobre este.[24] En ese caso, los jueces, al ejercer su labor originaria –la adjudicación conforme a derecho de disputas–, terminan por influenciar las circunstancias generales de la vida social.

La composición del poder judicial, que no responde a la lógica electoral de la democracia, se plantea como un obstáculo para que los jueces participen, en igualdad de condiciones con los órganos políticos, en la resolución de las controversias de naturaleza política. El sector de la doctrina más crítico con dicha intervención de los jueces es el denominado *constitucionalismo popular*, el cual, según la síntesis que ofrece Niembro,

> … se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales [que la ciudadanía … en este modelo] El punto clave es la limitación de la supremacía

---

[21] Roberto Gargarella, "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile", *Nueva Sociedad,* n.° 285 (2020): 19.

[22] Término del maestro Norberto Bobbio para referirse a nuestra época, en la que se ha dado una creciente y cada vez más central importancia al problema del reconocimiento de los derechos humanos. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Editorial Sistema, 1991), 97-98.

[23] Especialmente en las ocasiones en las que no están explícitas en la norma, en cuyo caso deberá colmarse la laguna normativa brindando garantías al derecho subjetivo. Ver Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* vol. 1 (Madrid: Trotta, 2013), 632-636.

[24] Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo aspiracional", *Araucaría* 15, n.° 29 (2013): 87.

> judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo.[25]

La propuesta teórica del constitucionalismo popular reposa, en gran medida, en la *objeción contramayoritaria*, la cual pretende discutir el rol y, sobre todo, la actuación de los jueces en la adjudicación de controversias constitucionales. Desde esa óptica, argumenta Gargarella, el constitucionalismo adolece de una *desconfianza democrática*,[26] que se manifestó en una serie de instituciones y prácticas, llamadas contramayoritarias, cuyo propósito es socavar el peso de la regla mayoritaria y que, hoy en día, son parte sustancial de su identidad.[27]

Waldron, por otro lado, apunta a la incompatibilidad del control de constitucionalidad con el sistema democrático, cuanto menos, en las sociedades tipo, que son aquellas que: i) cuentan con instituciones democráticas que funcionan razonablemente, incluido un órgano legislativo representativo; ii) tienen un conjunto de instituciones judiciales funcionales, organizadas sin atención a criterios representativos; iii) la mayor parte de sus ciudadanos y funcionarios están comprometidos con la idea de derechos individuales y de las minorías, y iv) existen desacuerdos persistentes, sustanciales y de buena fe entre los miembros de la sociedad con respecto a esos derechos.[28]

En esa sociedad tipo, argumenta Waldron, la mejor vía para solucionar los desacuerdos que puedan surgir con relación a los derechos y su alcance es la vía del debate político en sede legislativa, manteniendo, además, que las posibles defensas para el control de constitucionalidad en dichos casos son débiles y poco convincentes, puesto que no alcanzan a satisfacer los criterios de legitimidad política necesarios en un sistema democrático.[29]

En definitiva, lo que plantea la objeción contramayoritaria es que el papel del poder judicial como intérprete constitucional privilegiado, dado que es insensible (*unresponsive*) a la regla de las mayorías –que constituye lo que a su juicio es el núcleo esencial del modelo democrático–, resulta antagónico con el desarrollo de un sistema en el que los ciudadanos se apropien de su condición de intérpretes de la norma fundamental. Así, la constitución deja de pertenecer al pueblo, pierde su legitimidad y se convierte en un instrumento elitista de entumecimiento social.

Apalancados en esas preocupaciones, y utilizando sus argumentos como andamiaje, algunos países han promovido reformas al poder judicial, transmutando

---

[25] Roberto Niembro, "Una mirada al constitucionalismo popular", *Isonomía*, n.° 38 (2013): 195-196.

[26] Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2021), 63.

[27] Gargarella, *El derecho…*, 52-54.

[28] Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal* 155, n.° 6 (2006): 1360-1406.

[29] Waldron, "The core of the case against judicial review".

su tradicional forma, ajena a la dimensión electoral de la democracia, en una en la que los ciudadanos tienen un protagonismo directo en su conformación, a través de elecciones populares de los titulares de los cargos judiciales.

Es el caso de dos países latinoamericanos: Bolivia, que en 2009 adoptó el sistema de elección popular para la conformación de sus altas cortes –el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental y el Tribunal Constitucional Plurinacional–,[30] y México, cuya reforma judicial, adoptada a finales de 2024, implicó la instauración de la elección popular para todos los cargos judiciales del Poder Federal.[31]

En ambas ocasiones, parte importante de los argumentos desplegados para apoyar las reformas incluyó la crítica a los poderes judiciales que, como instituciones contramayoritarias, pueden frustrar a la ciudadanía en sus esfuerzos constitucionales.[32] La alternativa, se plantea, es que los titulares de tribunales y cortes sean elegidos directamente por la ciudadanía a través del voto, con lo cual estarán alineados con el pueblo, en su carácter de soberano.

En Estados Unidos, que a nivel estatal cuenta con una prolongada tradición –única en el mundo[33]– de elección popular de los jueces, el debate sobre los mecanismos de selección del Poder Judicial y la idoneidad de las *elecciones judiciales* ha tomado protagonismo desde inicios de este siglo.[34] Aunque en este caso la presencia del *constitucionalismo popular* en la argumentación a favor de las elecciones judiciales aparece *ex post*, de forma modesta y sutil,[35] el origen *populista* de las elecciones democráticas de los miembros del poder judicial, enmarcado en el jacksonianismo

---

[30] Bolivia, Constitución Política del Estado, publicada el 7 de febrero de 2009, artículos 182, 188 y 198.

[31] Estados Unidos Mexicanos, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, artículo único (reforma del artículo 94 de la Constitución), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de septiembre de 2024.

[32] En el caso de Bolivia, ver José Antonio Rivera Santiváñez, "Análisis de la nueva Constitución Política del Estado", en *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas,* coord. por José María Serna de la Garza (México: IIJ UNAM, 2009), 142; en el caso de México, puede evidenciarse en Cámara de Diputados de México, Iniciativa del Ejecutivo federal con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, publicado en *Gaceta Parlamentaria*, n.° 6457-15 de 5 de febrero de 2024, 22-23.

[33] Hans A. Linde, "Elective judges: Some comparative comments", *Southern California Law Review* 61 (1988): 1996.

[34] James Gibson y Michael Nelson, "Judicial elections", en The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior, ed. por Lee Epstein y Stefanie Lindquist (Oxford: Oxford University Press, 2017), 48; Chris Bonneau y Melinda Gann Hall, *Judicial elections in the 21st century* (New York: Routledge, 2017), 3-4.

[35] David Pozen, "Judicial elections as popular constitutionalism", *Columbia Law Review* 110, n.° 8 (2010): 2064-2066.

de principios del siglo XIX, reposa en las mismas suspicacias contra el elitismo que podemos encontrar detrás de las ideas del constitucionalismo popular.[36]

La objeción contramayoritaria, que sirve de base para la defensa de las elecciones judiciales en nuestro continente, postula que las sociedades democráticas exigen la selección popular de las personas juzgadoras, puesto que sus decisiones han de reflejar la voluntad mayoritaria. Dicha postura, al menos en el modo en el que ha sido utilizada en los casos señalados, ignora la dimensión jurídico-constitucional de la democracia, es decir, el contenido *sustancial*,[37] que distingue al modelo de gobierno democrático que regenta a una parte del mundo –y que ha sido estimado como el más deseable para garantizar los derechos humanos y alcanzar las decisiones públicas con concurso de todos los afectados–, de una mera tiranía de las mayorías.

2.2. Riesgos y consecuencias de la elección popular de jueces

En sociedades democráticas, el sistema judicial persigue el fin de administrar justicia con autonomía, imparcialidad e independencia. En ese sentido, es claro que la función judicial no se debe a las opiniones mayoritarias ni al origen democrático de la designación de quienes lo conforman. Por el contrario, en palabras de Brewer-Carías, la esencia de la función judicial radica en que los fallos sobre los casos que conocen "deben estar exentos de presiones, de manera de poder decidir los casos sólo sometidos a la ley";[38] por lo que la *legitimidad democrática* disfrazada de un falso ejercicio de soberanía solo desnaturaliza su objeto.

La postura que pretende proponer la elección popular de los jueces ignora que la mayoría política está sometida a límites –establecidos ya sea mediante la constitución o normas y obligaciones internacionales– que no pueden ser opacados por posiciones políticas externas, sean o no mayoritarias. Precisamente, el debido control, la garantía y la observancia de dichos límites por parte de un órgano jurisdiccional autónomo e independiente resulta un elemento fundamental para la existencia de un orden democrático, que termina no solo siendo sano para el mantenimiento del propio sistema, sino también absolutamente necesario.[39] Al respecto, se ha entendido que:

> En el concepto democracia constitucional, el complemento "constitucional" […] *establece ni más ni menos que los límites del principio democrático;*

---

[36] John F. Kowal, *Judicial selection for the 21st century* (New York: Brennan Center for Justice, 2016), 5-6.

[37] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* 4ª ed. (Madrid: Editorial Trotta, 2004), 23-25.

[38] Allan Brewer-Carías, "La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las cortes supremas" (conferencia, *The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts*, Berlín, noviembre de 2005), 2.

[39] Jesús María Casal, "Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia", en *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho,* ed. por Winfried Hassemer, Norbert Loesing y Jesús María Casal (Caracas: UCAB-KAS, 2009), 123.

> *pone de relevancia, que la rectitud de las decisiones de la mayoría se encuentra ahora sometida a una reserva fundamental, es decir, a la condición de la correspondencia de dichas decisiones con la constitución.*[40] (Énfasis agregado)

En un Estado constitucional de derecho, la función de los jueces exige que ellos tengan la posibilidad de actuar de manera autónoma, no solo para decidir conforme a derecho, sino también para proteger el "límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas", garantizando así que de ninguna forma se afecte la tutela de los derechos fundamentales y la debida sujeción de los poderes públicos a la ley.[41]

Por tanto, la legitimidad de los jueces no debe recaer en una especie de validación democrática que necesariamente condicionaría su imparcialidad e independencia, sino en la garantía de su autonomía, entre otras, a través de la existencia de un sistema para su designación basado en la evaluación objetiva de sus méritos e idoneidad para el ejercicio del cargo, que asegure que en el nombramiento de estos no exista "*influencia externa y en particular, la influencia política*".[42]

La elección popular de los jueces no es solo inconveniente para el mantenimiento de un sistema democrático, sino contraria a la preservación de un sistema de justicia independiente y autónomo, toda vez que –entre otras razones–, quienes apoyen la candidatura de un juez, esperarán de él decisiones favorables, y quienes manifiesten su disidencia, difícilmente podrán esperar justicia. De esta forma, la imparcialidad del tribunal se vería comprometida desde un punto de vista objetivo[43] y se generaría una crisis de confianza hacia el poder judicial que no solo afectaría la vigencia del Estado de derecho, sino que también, paradójicamente, terminaría cuestionando la legitimidad de los órganos que integran el poder público.

Al respecto, ha sido reconocido que los Estados deben proteger a los jueces de cualquier forma de influencia política al momento de emitir alguna decisión.[44] No obstante, la elección popular de los jueces incentivaría la preeminencia de opiniones populares y la ejecución de aquellas propuestas de campaña de cara a la elección,

---

[40] Winfried Hassemer, "Jurisdicción constitucional en una democracia", en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho,* ed. por Winfried Hassemer, Norbert Loesing y Jesús María Casal (Caracas: UCAB-KAS, 2009), 34.

[41] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párr. 239.

[42] Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos* (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005), 77.

[43] TEDH, Caso Morice vs. Francia, Sentencia de 23 de abril de 2015, párr. 78; Caso Pabla Ky vs. Finlandia, Sentencia de 22 de junio de 2004, párr. 27.

[44] ONU - CDH, Observación General No. 32, artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, Resolución CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 19.

por encima de la emisión de decisiones imparciales que se atengan únicamente a la ley de manera objetiva.

De esta forma, la campaña electoral atentaría directamente contra la autonomía de la función judicial toda vez que la designación de los jueces i) se realizaría conforme a su popularidad y no necesariamente con base en sus méritos, y ii) respondería a voluntades políticas e influencias mayoritarias, que pueden no corresponderse con la aplicación objetiva de la ley.

En otras palabras, la elección popular de los jueces incentivaría que las decisiones que tomen les aseguren el apoyo necesario para acceder al cargo y mantenerse en él, satisfaciendo las voluntades políticas que apoyaron sus candidaturas, lejos de garantizar la resolución imparcial e independiente de los casos y la adopción de decisiones objetivas que puedan ser catalogadas como contrarias a los intereses o ideales de la mayoría. Por ello es que, de ninguna manera, la administración de justicia debe depender de concursos de popularidad que impidan la existencia de jueces autónomos "para defender la ley de forma imparcial, independientemente de su popularidad entre los votantes".[45]

Precisamente, la falta de implementación de un sistema independiente y objetivo para la selección de jueces los expondría a presiones externas en búsqueda de respaldo y apoyo para lograr el acceso a la función judicial. Incluso, también derivaría en la búsqueda de financiamiento de partidos políticos –o privados– de cara a las campañas electorales, lo cual no solo implicaría la automática politización y la abierta falta de independencia de los jueces respecto de sus financistas, sino que atentaría directamente contra la dinámica de frenos y contrapesos entre los distintos órganos que integren el poder público y que se encuentren representados por dichos partidos políticos.

En tal sentido, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos ha indicado que la elección de jueces "supone que los candidatos hagan campaña, se dediquen a la política y puedan ser tentados a comprar o a repartir sus favores".[46] Así, se abrirían infinitas oportunidades de financiamiento que además de opacar la independencia e imparcialidad del sistema de justicia, comprometerían la integridad de la función judicial y generarían un grave contexto de corrupción,[47] anulando la posibilidad real

---

[45] Diálogo Interamericano, *Una amenaza a la independencia judicial. Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en México* (México: Diálogo Interamericano-Stanford Law School-Barra Mexicana de Abogados, 2024), 18.

[46] Consejo Consultivo de Jueces Europeos, *Informe n.° 1 sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces* (Estrasburgo, 2001), párr. 33.

[47] Corrupción entendida como el abuso de un cargo en el sector público o privado para beneficio personal. Se trata de un abuso de poder encomendado en aras de obtener un beneficio, pudiendo manifestarse en sobornos, malversaciones, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito y obstrucción de justicia. Ver OCDE, *Corruption: A glossary of international criminal standards* (Ginebra: OCDE, 2008), 19; ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2004, artículos 15 al 25.

de acceder a la justicia. En dicho escenario, las consecuencias perjudiciales repercutirían no solo en el funcionamiento de las instituciones estatales y la administración de justicia, sino también en la disminución de la capacidad de los sistemas judiciales de garantizar la protección judicial y combatir la impunidad,[48] generando una grave crisis de confianza por parte de la población en el Estado y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de derecho.[49]

En otras palabras, la elección popular de jueces conlleva un riesgo significativo de que la administración de justicia se torne ilusoria y las decisiones reflejen los intereses de aquellos grupos que les permitieron el acceso a la función judicial a través de su apoyo financiero o electoral. Esta dinámica anula automáticamente la imparcialidad e independencia que debe caracterizar al sistema de justicia, neutralizando la credibilidad, integridad y legitimidad del poder judicial.

Además, debe destacarse que las elecciones judiciales también tienen impacto concreto en las decisiones que toman los jueces en casos particulares. La dinámica electoral, en la que los jueces están obligados a enfocarse en la popularidad de determinadas posiciones jurídicas, implica que, a la hora de decidir sobre ciertos casos, los mismos tomen en cuenta el posible impacto que podría tener la decisión sobre su posibilidad de retener el cargo, apartándose de lo que la Corte IDH ha reconocido como una garantía esencial del debido proceso: "el juez debe aparecer como actuando […] única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho".[50]

Lo anterior es especialmente preocupante en materia de justicia penal, en donde está en juego, entre otros, el derecho a la libertad personal. Distintos estudios realizados en Estados Unidos han demostrado el efecto pernicioso de las elecciones judiciales en las determinaciones alcanzadas por los jueces, en especial las relacionadas con crímenes violentos y otros similares, cuya decisión puede convertirse en un problema de imagen pública para los jueces en una campaña electoral.

Una investigación realizada por el Brennan Center encontró que, en varios Estados, los jueces de juicio dictan penas de prisión significativamente más largas conforme la decisión del caso ocurre más cerca de un ciclo electoral en el

---

[48] Diego García Sayán, "Corrupción, derechos humanos e independencia judicial", Declaración del Relator Especial de la ONU sobre la independencia de jueces y abogados, 2017, https://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html

[49] Corte IDH, Caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 510, párr. 81; ONU, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, Resolución A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015, párr. 20.c.

[50] Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, cit., párr. 56; Caso Petro Urrego vs. Colombia, Sentencia de 8 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 406, párr. 124; Caso Hulcamán Paillama y otros vs. Chile, Sentencia de 18 de junio de 2024, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 527, párr. 121.

que estos participan.[51] Esto es, en definitiva, una vulneración del derecho a igual protección por parte de la ley de los sentenciados, en tanto son sujetos a penas de mayor entidad por hechos que, en otro momento, les habrían valido penas menores.

En el mismo sentido, análisis del estado de Nueva York arrojaron que cuando los jueces de un caso están en medio de campañas para la reelección, las sentencias condenatorias que dictan, en caso de ser apeladas, son revocadas en mayor medida que cuando los mismos jueces no están en actividades electorales.[52] De ello pueden derivarse dos presunciones: o bien las campañas merman las capacidades cognitivas de los jueces, lo cual conduce a una mayor cantidad de errores en la valoración de hechos, o bien en el marco de las elecciones, los jueces quieren ser percibidos como más "duros contra el crimen", dado que lo contrario puede verse como una vulnerabilidad electoral, inclinando sus decisiones hacia la convicción criminal en mayor medida.

En síntesis, existen evidencias de que los ciclos electorales tienen efectos en casos penales –y probablemente en otras materias–,[53] a través del aumento de las determinaciones de culpabilidad y de la magnitud de las penas dictadas. Así, quienes entran en contacto con el sistema de justicia ven vulnerados sus derechos, con lo cual –especialmente en la aplicación del derecho penal, que la Corte IDH ha reconocido como el medio más severo y restrictivo para establecer responsabilidades–[54] la justicia se torna arbitraria y mediatizada por intereses electorales desapegados de la administración de justicia.

Conclusiones

Las repercusiones de la crisis generalizada que atraviesa el sistema democrático en el mundo y en la región no se agotan en la esfera política. Por el contrario, todas las dimensiones de la sociedad sufren las consecuencias del descrédito que azota al modelo de la democracia. La vigencia del Estado de derecho, en particular, se ve amenazada por quienes rechazan la mera noción de frenos y contrapesos.

El poder judicial, como custodio infranqueable del ordenamiento jurídico, cumple un rol central en la definición de los límites del poder, bajo el amparo de la

---

[51] Kate Berry, *How Judicial Elections Impact Criminal Cases* (New York: Brennan Center for Justice, 2015), 7-8.

[52] Gregory DeAngelo y Bryan McCannon, "Judicial elections and criminal case outcomes", *Journal of Legal Studies* 49 (2020): 236.

[53] Herbert Kritzker, "Impact of judicial elections on judicial decisions", *Annual Review of Law and Social Science*, n.° 12 (2016): 5.1-5.19.

[54] Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111, párr. 104; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 207, párr. 73.

Constitución. Los jueces, llamados a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos frente a posibles y efectivos excesos de los detentadores del poder, deben poder cumplir con sus funciones en un entorno de plena autonomía e independencia, que les permita adjudicar los casos que se les presenten con imparcialidad y apego a las normas jurídicas.

Los cuestionamientos bienintencionados a los métodos tradicionales de selección de jueces, y el rol de estos en la construcción de la *constitución viva*, han servido como fundamento para que actores con intereses menos encomiables afecten fundamentalmente el modelo de justicia, alterando el método de selección de sus titulares.

El uso vacuo y parcializado de la *objeción contramayoritaria*, que ignora la existencia de una dimensión sustancial de la democracia, y que pretende equipararla a la mera regla de las mayorías, ha servido para instalar en países de la región el voto popular como mecanismo para el ingreso al servicio judicial, en medio de avances autoritarios y desmantelamiento de la institucionalidad.

Esa comprensión interesada también deja de lado el aporte más valioso del constitucionalismo popular, ello es, la creación de un *corpus* constitucional como agencia colectiva, tal como se ha destacado antes. Ese núcleo filosófico, que no deja de ser poderoso e importante, podría desembocar en propuestas con carácter dialógico y crítico a través de las cuales los ciudadanos, los poderes políticos y el poder judicial trabajen sinérgicamente en la resolución de controversias constitucionales. La elección popular de jueces, lamentablemente, no es un aporte en esa dirección.

Las elecciones judiciales no solo carecen de justificación objetiva en un sistema de democracia constitucional, sino que además presentan riesgos verificables para los derechos humanos, particularmente los vinculados con el acceso a la justicia. En primer lugar, se desdibujan las líneas que mantienen separados los poderes políticos del poder judicial, convirtiendo a este último, en la práctica, en otro estadio de deliberación y decisión ideológico.

Luego, la actividad política desplegada por los jueces, y el interés de terceros en verse favorecidos por las decisiones judiciales se presentan como incentivos para mermar la imparcialidad judicial, fundamental en una sociedad democrática. Concretamente, este riesgo se materializa en casos como la justicia penal, pues, a la hora de tomar una decisión, en el campo de pensamiento del juez ingresa el impacto positivo o negativo que esta puede tener sobre su campaña en las siguientes elecciones, lo que afecta de manera desproporcionada a quienes se ven envueltos en dilemas jurisdiccionales en tiempos cercanos a los procesos electorales.

Sin lugar a dudas, conforme a las razones previamente expuestas, la elección popular de los jueces representa severos riesgos, no solo para la garantía de la autonomía del poder judicial, sino también para la preservación misma de un orden democrático. Así podría afirmarse que, de forma casi automática, la elección popular como mecanismo para la selección y designación de jueces desnaturaliza el objeto de la función judicial y anula la independencia e imparcialidad de quienes la ejercen.

En consecuencia, este mecanismo es incompatible con las tres dimensiones del derecho a la independencia judicial como pilar fundamental de las garantías del debido proceso, lo que supone altas probabilidades –e incluso certezas– respecto al ejercicio arbitrario de la administración de justicia. Por tanto, debemos tener presente que, al evaluar la viabilidad de la elección popular de jueces, es necesario considerar que este mecanismo implicaría: i) un golpe a la institucionalidad del poder judicial y una grave afectación a la separación de poderes, lo cual lleva a una desconexión absoluta con el rol que desempeña el ejercicio de la función judicial de manera independiente dentro de sociedades democráticas. En otras palabras, la ausencia de autonomía dentro del poder judicial implicaría la omisión de uno de los elementos imprescindibles para la vigencia del Estado de derecho y la existencia de un orden democrático, lo cual generaría un impacto negativo con un alcance colectivo, más allá de ii) la negación particular del derecho que tiene cada ciudadano de acceder a un sistema de justicia independiente, en el marco del respeto por las *garantías mínimas* del debido proceso.

Asimismo, de manera directa, la elección popular de los jueces también implicaría iii) la denegación de la dimensión individual del derecho a la independencia judicial. Los riesgos y las consecuencias inherentes de una campaña y concurso de popularidad para determinar quiénes integrarían el poder judicial, derivarían en que quienes accedan a la función judicial se vean expuestos a presiones indebidas, favorecimientos, corrupción y a la emisión de decisiones subjetivas de conformidad con las banderas políticas o ideas preconcebidas sobre temas sensibles o controversiales expuestas durante la campaña.

En ese sentido, este mecanismo amenaza la integridad judicial y las garantías que los jueces requieren para el adecuado ejercicio de sus funciones, al no garantizar los extremos requeridos para un adecuado proceso de nombramiento y al ponerlos en una situación de fragilidad frente a presiones externas. De esta manera, la elección popular de jueces, lejos de preservar la dignidad del cargo, generaría reproches y dudas razonables respecto al ejercicio objetivo de la función judicial, erosionando la institucionalidad democrática y menoscabando las garantías existentes para combatir el ejercicio arbitrario del poder.

Bibliografía

Doctrina

Ayala Corao, Carlos. *La triple dimensión del derecho a la independencia judicial*. Documento inédito, 2025.

Berry, Kate. *How Judicial Elections Impact Criminal Cases*. New York: Brennan Center for Justice, 2015.

Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

Bolivia. *Constitución Política del Estado*, publicada el 7 de febrero de 2009.

Bonneau, Chris y Melinda Gann Hall. *Judicial elections in the 21st century*. New York: Routledge, 2017.

Brewer-Carías, Allan. "La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las cortes supremas". Conferencia, The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts, Berlín, noviembre de 2005.

Cámara de Diputados de México. Iniciativa del Ejecutivo federal con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial. Publicado en *Gaceta Parlamentaria*, n.° 6457-15 de 5 de febrero de 2024.

Casal, Jesús María. "Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia". En *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, 2.ª edición, editado por Winifried Hassemer, Norbert Loesing y Jesús María Casal. Caracas: UCAB-KAS, 2009.

Consejo Consultivo de Jueces Europeos. *Informe n.° 1 sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces*. Estrasburgo, 2001.

De Angelo, Gregory y Bryan McCannon. "Judicial elections and criminal case outcomes". *Journal of Legal Studies* 49 (2020).

Diálogo Interamericano. *Una amenaza a la independencia judicial. Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en México*. México: Diálogo Interamericano-Stanford Law School-Barra Mexicana de Abogados, 2024.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª edición. Madrid: Trotta, 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. Madrid: Trotta, 2013.

García Sayán, Diego. "Corrupción, derechos humanos e independencia judicial". Declaración del Relator Especial de la ONU sobre la independencia de jueces y abogados, 2017. https://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html

García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo aspiracional". *Araucaría* 15, n.° 29 (2013).

Gargarella, Roberto. "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile". *Nueva Sociedad*, n.° 285 (2020).

Gargarella, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.

Gibson, James y Michael Nelson. "Judicial elections". En *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, editado por Lee Epstein y Stefanie Lindquist. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Hassemer, Winfried. "Jurisdicción constitucional en una democracia". En *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, 2.ª ed., editado por Winfried Hassemer, Norbert Loesing y Jesús María Casal. Caracas: UCAB-KAS, 2009.

Kowal, John F. *Judicial selection for the 21st century*. Nueva York: Brennan Center for Justice, 2016.

Kritzker, Herbert. "Impact of judicial elections on judicial decisions". *Annual Review of Law and Social Science*, n.° 12 (2016).

Linde, Hans A. "Elective judges: Some comparative comments", *Southern California Law Review* 61 (1988).

Niembro, Roberto. "Una mirada al constitucionalismo popular". *Isonomía*, n.° 38 (2013).

OCDE. *Corruption: A glossary of international criminal standards*. Ginebra: OCDE, 2008.

Pozen, David. "Judicial elections as popular constitutionalism". *Columbia Law Review* 110, n.° 8 (2010).

Rivera Santiváñez, José Antonio. "Análisis de la nueva Constitución Política del Estado". En *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, coordinado por José María Serna de la Garza. México: IIJ UNAM, 2009.

Roos, Stefanie Ricarda y Jan Woischnik. *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Waldron, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal* 155, n.° 6 (2006).

Zeitune, José. *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales. Guía para profesionales No. 1*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2007.

Normativa y jurisprudencia

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma, 1953.

Corte Interamericana de Derechos Humanas (Corte IDH). Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, Sentencia de 30 de enero de 2023, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 483.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 182.

Corte IDH. Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares y Fondo, Serie C, No. 509.

Corte IDH. Caso Casa Nina vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 433.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 227.

Corte IDH. Caso Cordero Bernal vs. Perú, Sentencia de 16 de febrero de 2021, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C, No. 421.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 268.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 28.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221.

Corte IDH. Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras, Sentencia de 29 de noviembre de 2023, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 514.

Corte IDH. Caso Hulcamán Paillama y otros vs. Chile, Sentencia de 18 de junio de 2024, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 527.

Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 302.

Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia, Sentencia de 8 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 406.

Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 197.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111.

Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 207.

Corte IDH. Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador, Sentencia de 29 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 327.

Corte IDH. Caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 510.

Estados Unidos Mexicanos. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, artículo único (reforma del artículo 94 de la Constitución). Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de septiembre de 2024.

Organización de Estados Americanos (OEA). Carta Democrática Interamericana. Lima, 11 de septiembre de 2001.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1969.

OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, 1948.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York, 2004.

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 1948.

ONU. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Resolución A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009.

ONU. Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos. Resolución A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 1966.

ONU. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

ONU - CDH. Observación General No. 32. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Resolución CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso Morice vs. Francia. Sentencia de 23 de abril de 2015.

TEDH. Caso Pabla Ky vs. Finlandia. Sentencia de 22 de junio de 2004.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 359-385, ISSN 2346-0849

Bruno A. Fidelin Bresciani* **(Uruguay)**
Manuela Castellanos Leguisamo** **(Uruguay)**

Reforma de la jurisdicción contencioso-anulatoria y consolidación del Estado de derecho en Uruguay: una aproximación en clave constitucional

RESUMEN

El artículo aborda la reforma de la jurisdicción contencioso-anulatoria en Uruguay desde una perspectiva constitucional. A partir del reconocimiento de la justicia administrativa como límite al poder público y garantía de los derechos fundamentales en todo sistema democrático, se analiza el aporte del nuevo Código de lo Contencioso- Administrativo (Ley 20.333) en la consolidación del Estado de derecho. El trabajo concluye que esta reforma representa un punto de inflexión hacia un modelo de justicia administrativa más garantista, en línea con los principios constitucionales e internacionales, aunque se identifican desafíos persistentes que deberán ser atendidos en el futuro.

Palabras clave: contencioso anulatorio; Estado de derecho; justicia administrativa.

The Reform of the Jurisdiction for Annulment of Administrative Acts and the Consolidation of the Rule of Law in Uruguay: A Constitutional Approach

ABSTRACT

This article addresses the reform of the jurisdiction for annulment of administrative acts in Uruguay from a constitutional perspective. Recognizing the administration of justice as a constraint on public power and a guarantee of fundamental rights in any democratic system, it analyzes the contribution of the new Administrative Litigation Code (Law No. 20.333) to the consolidation of the rule of law. It concludes that this

* Abogado, Universidad de la República (Uruguay). brunoafidelin@gmail.com / https://orcid.org/0009-0001-6238-4543

** Abogada, Universidad de la República (Uruguay). manucaste30@gmail.com / https://orcid.org/0009-0002-2980-3408

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

reform represents a turning point towards a more protective model of administrative justice, in line with constitutional and international principles, while also identifying persisting challenges that must be addressed in the future.

Key words: Contentious jurisdiction for annulment; rule of law; administrative justice.

Reform des verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsverfahrens und Konsolidierung des Rechtsstaats in Uruguay: eine Betrachtung aus verfassungsrechtlicher Perspektive

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive mit der Reform des verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsverfahrens in Uruguay. Ausgehend von der Anerkennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Begrenzung der öffentlichen Gewalt und Grundrechtsgarantie im gesamten demokratischen System wird der Beitrag des neuen Verwaltungsgesetzbuchs (Gesetz 20.333) zur Konsolidierung des Rechtsstaats untersucht. Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass die Reform einen Wendepunkt auf dem Weg zu einem Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit verbesserten Garantien darstellt, die im Einklang mit internationalen Verfassungsgrundsätzen steht; weiterhin bestehende Herausforderungen müssen allerdings noch bearbeitet werden.

Schlüsselwörter: Verwaltungsrechtliches Nichtigkeitsverfahren; Rechtsstaat; Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Introducción

La vigencia del Estado de derecho deriva, entre otros aspectos, de un efectivo control jurisdiccional de legalidad de la actividad administrativa, a efectos de evitar los desbordes o las arbitrariedades que pudieran cometer los gobernantes en el ejercicio de sus funciones y cometidos.

Uruguay, que al margen de los periodos de declive institucional autoritario, funciona como un verdadero Estado de derecho, tiene sin embargo una deuda histórica desde hace décadas: el diseño de una jurisdicción contencioso-administrativa de anulación ágil, eficaz y garantista.

De un tiempo a esta parte se han identificado diversas problemáticas que aquejan al proceso contencioso anulatorio: demora excesiva del proceso, falta de flexibilidad procesal y un diseño institucional que no ha evolucionado a la par de las nuevas demandas ciudadanas ni de los estándares modernos de tutela jurisdiccional efectiva. Ello afecta no solo el acceso a la justicia administrativa, sino que también debilita la función de control del poder público, vaciando de contenido uno de los mecanismos fundamentales de equilibrio institucional.

En este contexto, la necesidad de una reforma se impuso con meridiana claridad, a partir de la constatación de que solo a través de una transformación integral del sistema sería posible asegurar su rol esencial en el marco del Estado de derecho.

Así pues, luego de un extenso proceso de reforma, Uruguay aprobó el Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 20.333), que supone un hito legislativo y una novedad para el derecho público uruguayo. A poco tiempo de su aprobación, su estudio resulta esencial desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos.

A través del presente trabajo nos proponemos analizar la trascendencia de la jurisdicción contencioso-anulatoria como garantía del Estado de derecho, con énfasis en los logros y desafíos que trae consigo el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo en Uruguay.

1. Aproximación al concepto de Estado de derecho

Con base en los objetivos trazados, se vuelve imperativo abordar en primer lugar el concepto de Estado de derecho, pues no todo Estado es un Estado de derecho. Por ello, comenzaremos por analizar los elementos que componen esta peculiar noción –esto es, qué característica o características convierten a un Estado en un Estado de derecho.

Aunque modernamente la doctrina ha asimilado el Estado de derecho a la idea de funcionamiento democrático de un país,[1] cierto es que la delimitación de este concepto es una tarea desafiante, en tanto las distintas definiciones que se han esbozado responden al abordaje metodológico de cada autor y al conjunto de valores que, según su consideración, integran el concepto. Ello trae como consecuencia una sorprendente variedad de aproximaciones doctrinales al concepto de Estado de derecho.

A continuación, se realizará una breve aproximación a los elementos en común que presentan las distintas definiciones de Estado de derecho. Como se verá, la generalidad de los abordajes enfatiza como su nota distintiva la denominada *sujeción al derecho*. Sin embargo, hay posiciones que recogen además otra serie de valores que deben estar presentes para considerar que uno se encuentra frente a un verdadero Estado de derecho.

1.1. Sujeción del Estado al derecho

Como aspecto central, la doctrina es conteste en reconocer la sujeción al derecho –esto es, el ajuste de la actividad estatal al orden jurídico que el Estado ha

[1] José Korzeniak, *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional* (Montevideo: FCU, 2008), 318.

dictado– como el núcleo central del concepto bajo análisis, la condición necesaria para que se configure su existencia.

Para Jellinek, Estado de derecho es aquel que "se pone a sí mismo, no sobre el Derecho sino en el Derecho, y es entonces libre solamente dentro de los límites del Derecho que él mismo crea".[2]

Esta noción de autolimitación impone la idea de que el derecho tiene una autoridad normativa que no solamente vincula a los ciudadanos, sino al Estado mismo.[3] En opinión de Jiménez de Aréchaga, la característica distintiva del Estado de derecho es

> … la idea de que el Estado es limitado en cuanto a sus fines; la idea de que el Estado está limitado por el derecho; la idea de que el derecho está limitado por la razón; la idea de que el gobierno es limitado, en cuanto lo es el Estado mismo; es limitado, en cuanto lo es el derecho que él produce y es limitado también en cuanto su actuación está subordinada al derecho.[4]

Para este autor, la autolimitación surge no solo de la afirmación del principio de libertad individual, sino también del principio de que el derecho que el propio Estado crea constituye una limitación de su campo de acción y de sus modos de actuación, es decir, no solo respecto a lo que puede o no hacer, sino también a cómo debe hacer lo que le está permitido.[5]

En virtud de ello, Jiménez de Aréchaga concluye: "Decir Estado de Derecho es decir Estado que actúa por el Derecho, que se manifiesta por el Derecho, que está él mismo subordinado al Derecho".[6] En la misma línea, Korzeniak señala que "Estado de Derecho es aquel Estado que actúa conforme al orden jurídico que él mismo ha dictado".[7]

Como sostiene Risso Ferrand,[8] este elemento se manifiesta a través de una serie de principios, como el principio de legalidad, que constituye una garantía frente al obrar de la administración: "La actividad administrativa debe ser en un todo conforme a la ley. De esta forma, la ley, sin mengua de su valor normativo, se convierte también en un poderoso medio de contención y control del obrar de la Administración".

En el mismo sentido, también es importante destacar el rol del principio de la jerarquía de las normas como expresión de la sujeción del Estado al derecho: en tanto las normas jurídicas se encuentran jerarquizadas entre sí, necesariamente la voluntad de un órgano debe ajustarse a las normas jurídicas superiores que ordenan su actividad.

---

2 Justino Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno* (Montevideo: FCU, 2016), 86.

3 Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno.*

4 Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, 90.

5 Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, 92.

6 Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, 88.

7 Korzeniak, *Primer curso…*, 318.

8 Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional*, tomo I (Montevideo: FCU, 2005), 384.

1.2. Protección de los derechos fundamentales

Además de su núcleo central, el concepto de Estado de derecho se ha ido nutriendo de elementos valorativos. La doctrina ha entendido que la noción de autolimitación o sujeción no es suficiente para comprender por completo la noción de Estado de derecho.

El Estado de derecho, en tanto modelo de organización política orientado hacia la consecución de determinados fines impuestos por el derecho, debe reconocer ciertos principios básicos que conforman la democracia moderna. De ahí que un elemento central debe ser la protección de los derechos humanos, que constituyen la expresión de valores jurídicos esenciales para la dignidad humana. Por tanto, el Estado de derecho no puede verse reducido a la subordinación del poder público a la ley, sino que debe además reconocer, promover y garantizar los derechos fundamentales.

En la doctrina vernácula, múltiples autores entienden que el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y sus garantías es uno de los caracteres del Estado de derecho. En este sentido, Correa Freitas destaca que el Estado de derecho es aquel en el que "se reconocen, se respetan y se amparan los derechos humanos", y en el que existe "la más amplia libertad de expresión del pensamiento; […] los partidos políticos tienen la más amplia libertad; […] funcionan libremente los sindicatos gremiales y se reconoce el derecho de huelga; […] el Estado y los gobernantes son responsables por sus actos".[9]

Otros autores, como Korzeniak,[10] sostienen que existen además otros principios que forman parte del concepto de Estado de derecho, como la soberanía del pueblo o de la nación –en definitiva, los valores que configuran los caracteres de la democracia moderna. Esto lleva al distinguido profesor a señalar que el "Estado de Derecho deviene así, en el lenguaje actual, en el modelo de organización política que institucionaliza la democracia".[11]

1.3. Consagración de mecanismos de control efectivos

En virtud de lo antedicho, todo Estado de derecho debe contar con herramientas efectivas que aseguren la primacía de las reglas de derecho por sobre los desajustes o las arbitrariedades que pudieran operar en el plano de la realidad.

Dicho de otro modo, en todo Estado de derecho se deben consagrar mecanismos adecuados de control de la actividad estatal, que permitan la supervisión, el escrutinio y la eventual corrección de todos los excesos derivados del ejercicio del poder público.

---

[9] Rubén Correa Freitas, *Los derechos humanos en la Constitución uruguaya*, tomo I (Montevideo: FCU, 2017), 15.

[10] Korzeniak, *Primer curso…*, 318.

[11] Korzeniak, *Primer curso.*

Para que se configure un Estado de derecho deben establecerse procedimientos que aseguren la razonable aplicación y la efectividad práctica de la regla.[12] Como explica Korzeniak, el Estado de derecho existe cuando la discordancia entre el funcionamiento real del Estado y las previsiones de su orden jurídico es "razonablemente acatada, cuando los gobernantes actúan sobre la base de que el Derecho debe ser cumplido y cuando en el sentir colectivo medio de los gobernados se acepta que el orden jurídico básico es respetado".[13]

El Estado de derecho, entonces, supone la existencia de mecanismos idóneos para que los apartamientos esporádicos del ordenamiento jurídico sean debidamente corregidos, restableciendo la armonía entre la realidad y la norma.

2. El contencioso anulatorio como garantía del Estado de derecho

La primacía del derecho requiere instrumentos concretos que aseguren la limitación del poder público y la tutela de derechos fundamentales. Es en ese marco, donde la jurisdicción contencioso-anulatoria sobresale como mecanismo destinado a corregir los desajustes entre el orden normativo y el accionar estatal.

En la doctrina vernácula, Real reconoce la importancia del contencioso anulatorio en el proceso de consolidación del Estado de derecho. Al enumerar cuáles son los elementos característicos del Estado de derecho uruguayo, el profesor destaca, entre otros: i) el principio de que los órganos del Estado solo tienen poderes expresos y limitados; ii) el régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de la autoridad en detrimento de la esfera de la libertad; iii) la jurisdicción administrativa, constitucionalmente independiente; y iv) la expresa admisión constitucional de la desviación de poder como motivo de anulación de un acto administrativo.[14]

A partir de la caracterización de los tres pilares básicos del Estado de derecho que hemos reseñado –sujeción del Estado al derecho, protección de los derechos fundamentales y consagración de mecanismos de control efectivos–, es posible abordar el rol de la justicia contencioso-administrativa en la consolidación del Estado de derecho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer término, porque el control de juridicidad de los actos administrativos es una notoria manifestación de la sumisión del Estado al derecho, a través del principio de legalidad, es decir, el principio de que la administración debe obrar en todo conforme a la ley.

El Estado de derecho debe consagrar mecanismos que tiendan a asegurar la jerarquía de las normas: del mismo modo en que se prevé la declaración de

---

[12] Horacio Cassinelli Muñoz, Derecho público, vol. I (Montevideo: FCU, 1985), 36.

[13] Korzeniak, Primer curso…, 319.

[14] Correa Freitas, *Los derechos humanos…*, 19.

inconstitucionalidad de las leyes, "para impedir que el acto administrativo vulnere el principio contenido en la ley, existe el instituto de la declaración de ilegalidad del acto administrativo", organizado de modos distintos según los regímenes particulares.[15]

En segundo lugar, porque, como consecuencia de lo antedicho, el contencioso administrativo de anulación se erige como un instrumento de protección institucional de los derechos humanos; en particular, cumple la función esencial de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, esto es, la posibilidad de cuestionar actos administrativos lesivos de los derechos humanos.

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, además de estar comprendido en el artículo 72 de la Constitución uruguaya.

Como recoge la doctrina, la efectividad de este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: i) en el acceso a la justicia, ii) una vez en ella, en que sea posible la defensa y obtención de la solución en un plazo razonable, y iii) una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos.[16]

Por ello, es fundamental que el referido proceso opere verdaderamente como un recurso sencillo, accesible y eficaz para la protección de los derechos humanos. El contencioso anulatorio debe conducirse necesariamente de acuerdo con las directrices del debido proceso legal y respetar otras garantías jurisdiccionales relacionadas, como surge de los artículos 8 y 25 de la CADH y las normas constitucionales.[17]

En tercer lugar, por cuanto el control jurisdiccional de legalidad de la actividad administrativa constituye un instrumento de racionalización del poder público, evitando apartamientos de la norma y reforzando la idea de que la administración está sujeta a control. La justicia administrativa es, en sí misma, un mecanismo eficaz de control jurisdiccional de la actividad del Estado, que asegura que el poder público sea ejercido en forma racional. Por consiguiente, también materializa el complejo equilibrio de controles recíprocos que debe existir entre los distintos órganos del Estado: el obrar ilegítimo de la administración no debe quedar exento de revisión jurisdiccional por un sistema orgánico independiente.

Sin perjuicio de que el dictado esporádico de una ley inconstitucional o un acto administrativo ilegal generen la inexistencia del Estado de derecho, en tanto ello no se transforme en una práctica sistemática, cierto es que, para la real vigencia del Estado de derecho las desarmonías deben poder ser corregidas a través de acciones o recursos dotados de idoneidad, por lo que debe consagrarse un sistema efectivo para controlar la inconstitucionalidad de las leyes o la juridicidad de los actos administrativos.

---

[15] Jiménez de Aréchaga, *Teoría del Gobierno*, 99.

[16] Augusto Durán Martínez, "El agotamiento de la vía administrativa", en *Procesos constitucionales,* ed. por Instituto de Derecho Procesal (Montevideo: FCU, 2018), 645.

[17] En este sentido, es posible identificar el derecho a una defensa o a recurrir a un tribunal superior, en línea con lo dispuesto por los artículos 8 y 25 de la CADH y la Constitución.

En ese contexto, el control de legalidad de la actividad administrativa es presupuesto para la verdadera vigencia del principio de legalidad y de jerarquía de las normas, y por tanto para la sumisión del Estado al derecho que él mismo crea, además de constituir una garantía para la protección de los derechos humanos.

No obstante, a efectos de que el Estado de derecho no lo sea solo en apariencia y no funcione en forma desnaturalizada, es importante que actúe en la práctica como un mecanismo idóneo, adecuado y efectivo para el cumplimiento de sus fines.

3. Bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-anulatoria en Uruguay

3.1. Historia constitucional de la jurisdicción contencioso-anulatoria en Uruguay

La historia constitucional uruguaya ha estado marcada en forma persistente por el rezago y la insuficiencia en cuanto la regulación de un sistema de justicia administrativa ágil, eficaz y garantista.

Cabe destacar que ni en el periodo preconstitucional ni con las constituciones uruguayas de 1830 y 1918 se introdujeron disposiciones en materia del control jurisdiccional de los actos administrativos o se regularon en modo alguno órganos especializados. Como sostiene Giorgi,[18] en esta etapa

> … no existió […] un contencioso anulatorio. El administrado podía promover únicamente un contencioso de reparación patrimonial o de indemnización […]. En este período, el acto administrativo goza de una absoluta impunidad en razón de que la declaración judicial de su ilegalidad no lo eliminaba del orden jurídico, no lo afectaba en lo más mínimo en su vigencia.

No obstante, la carta de 1934 avanzó en el reconocimiento de derechos fundamentales y en la consolidación del control de la actividad del Estado, a través de la creación o previsión de sistemas de contralores jurídicos, que constituyen uno de sus rasgos fundamentales.[19] En este sentido, además de constitucionalizar la regulación de la Corte Electoral –creada una década antes por vía legal–, atribuyéndole facultades relacionadas con el control y juzgamiento de los procedimientos electorales, y sin perjuicio de instituir el Tribunal de Cuentas con funciones de contralor de la gestión financiera, el constituyente patrio previó la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), "con el cometido de controlar la regularidad

[18] Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación* (Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, 1958), 36.

[19] Héctor Gros Espiell, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay,* 2ª. ed. (Montevideo: FCU, 1971), 117.

jurídica de los actos administrativos y al cual se le asignaba la competencia de anular las resoluciones ilegales de la Administración".[20]

A diferencia de los demás órganos mencionados, la Constitución no dispuso la creación efectiva del TCA, sino que se limitó a encomendar a la ley su institucionalización,[21] regulando algunos lineamientos básicos sobre su eventual funcionamiento, tales como los requisitos, la designación, dotación y duración de los miembros del Tribunal y la competencia del órgano.

No obstante, en los años subsiguientes, el legislador no concretó el mandato constitucional. Tampoco la carta de 1942 avanzó en este sentido, manteniéndose la previsión constitucional del órgano.

Finalmente, el TCA fue efectivamente creado –"de una buena vez", como expresa Korzeniak–[22] por la Constitución de 1952, que contribuyó a reforzar los mecanismos de control de la actividad del Estado en Uruguay, asignándole el control jurisdiccional de los actos administrativos. Así, este texto constitucional dictó las normas básicas que regulan los aspectos orgánicos, la competencia y las facultades del órgano principal o necesario de la jurisdicción contencioso-anulatoria.

Al respecto, Gros Espiell[23] –uno de los más prestigiosos estudiosos de la historia constitucional uruguaya– afirma que la creación del TCA revestía de una importancia especial en nuestro país:

> … desde el punto de vista jurídico significaba la conquista y el progreso más significativo logrado en 1952, al dotar a nuestro sistema institucional de un órgano capaz de asegurar la regularidad jurídica de la Administración y, en consecuencia, la protección de los individuos frente a toda posible arbitrariedad proveniente de actos administrativos.

Desde 1952, el diseño constitucional de la jurisdicción contencioso-anulatoria ha permanecido inalterado en términos generales, sin perjuicio de algunas modificaciones puntuales por el texto de la Constitución de 1967[24] y la reforma constitucional de 1997.[25]

---

[20] Gros Espiell, *Esquema de la evolución…*, 118.

[21] El artículo 271 de la Constitución uruguaya de 1934 disponía: "Se establecerá por Ley, un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, compuesto de tres miembros".

[22] Korzeniak, *Primer curso…*, 224.

[23] Gros Espiell, *Esquema de la evolución…*, 146.

[24] La Constitución de 1967 amplió la competencia del Tribunal, que empezó a comprender los actos emanados de los poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y el propio TCA.

[25] La reforma constitucional de 1997 incorpora cambios relativos a la relación entre la acción de nulidad y la reparatoria patrimonial.

3.2. Regulación constitucional de la justicia administrativa en Uruguay

Una vez sintetizada la evolución de la regulación del contencioso anulatorio por vía constitucional, conviene analizar las principales disposiciones del marco constitucional actual. Nos centraremos únicamente en los aspectos más relevantes de acuerdo con los objetivos trazados para el presente trabajo.

La Constitución uruguaya es minuciosa en la regulación del contencioso administrativo, incorporando en forma detallada aspectos sustanciales y procesales, lo cual supone una particularidad del derecho positivo uruguayo a la luz del derecho comparado.[26]

Los preceptos constitucionales que regulan la jurisdicción contencioso-anulatoria forman parte de la Sección XVII de la Constitución uruguaya, titulada "De lo contencioso administrativo". Dentro de dicha sección, la carta organiza en cinco capítulos la composición e integración del TCA (arts. 307 y 308), su competencia privativa para anular los actos administrativos "contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder" (arts. 309 y ss.), las relaciones entre la acción anulatoria y la reparatoria (art. 312), la existencia y actuación del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (arts. 314 y ss.), el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos (arts. 317 y ss.), y la posibilidad de crear por ley "órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa" (art. 320).[27]

Esta regulación rigurosa deriva de que la creación efectiva del TCA a partir de la Constitución de 1952 tuvo como objetivo adoptar soluciones que pudieran poner en funcionamiento en forma inmediata esa jurisdicción. La consecuencia es una suerte de "congelamiento normativo" del sistema de justicia administrativa.[28] El anclaje de la regulación del contencioso anulatorio en normas constitucionales ha impedido resolver efectivamente muchas de las dificultades del sistema, puesto que la actualización de las normas requiere un pronunciamiento del cuerpo electoral, lo que suele ocurrir con cuestiones que suscitan un mayor interés político.[29]

---

[26] Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", *Revista de Derecho Público* 67 (2005): 346-348.

[27] Carlos E. Delpiazzo, *Sobre el Código de lo Contencioso Administrativo* (Montevideo: FCU, 2024), 9-10.

[28] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 140.

[29] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya".

3.2.1. Aspecto orgánico: Tribunal de lo Contencioso Administrativo y órganos inferiores

Antes del proceso de reforma que culminó con el Código de lo Contencioso Administrativo, la jurisdicción contencioso-anulatoria en Uruguay estaba a cargo exclusivamente del TCA, órgano que presenta ciertas peculiaridades en cuanto a su regulación constitucional.

El TCA se encuentra por fuera del Poder Judicial y también de la administración; en cambio, pertenece al grupo de los denominados órganos de creación constitucional u órganos constitucionales de contralor.[30]

La naturaleza jurídica de esta clase de órganos no ha sido definida expresamente por ninguna norma constitucional o legal, circunstancia que ha dado lugar a extensas discusiones doctrinarias. Como señala Korzeniak,[31] si bien ha sido aceptado el hecho de que estos órganos no integran los clásicos poderes, se ha llegado a afirmar que cada uno de ellos constituye un poder o que se trata de "entes autónomos". No obstante, en el estado actual de la doctrina existe consenso respecto a que se trata de órganos distintos a los clásicos poderes, que no constituyen en sí mismos poderes, pero integran junto con estos la persona jurídica pública mayor, esto es es, el Estado en sentido estricto.[32]

En cuanto a los motivos para esta ubicación institucional, Artecona Gulla[33] señala que

> … el constituyente patrio entendió conveniente crear un órgano (o sistema orgánico) dentro de la persona jurídica Estado con la misma jerarquía institucional, pero fuera del poder administrador por excelencia (Poder Ejecutivo) y del poder juzgador por excelencia (Poder Judicial), de modo de dotar al órgano de independencia total respecto de aquel y, por otro lado, no desbalancear el equilibrio de poderes dejando en manos del Poder Judicial un atributo tan poderoso como el de extinguir actos de otros poderes y organismos.

La posición de un órgano en el complejo entramado institucional es uno de los factores en los que puede apreciarse su independencia, grado de autonomía y capacidad de control. Por ello, considerando que el diseño de una *jurisdicción administrativa, constitucionalmente independiente* es uno de los rasgos característicos del Estado de derecho uruguayo, la ubicación del TCA en la arquitectura estatal uruguaya debe ser analizada en sí misma como una garantía del control de la actividad estatal.

---

[30] Junto a la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas.

[31] Korzeniak, *Primer curso…,* 644.

[32] Korzeniak, *Primer curso…*, 643-644.

[33] Daniel Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", en *Contenciosos de derecho público: reforma de la justicia administrativa,* ed. por Instituto de Derecho Administrativo (Montevideo: FCU, 2024), 22.

Con relación a su integración, el TCA está compuesto por cinco miembros designados por la Asamblea General por dos tercios de votos de sus componentes, por lo que está estructurado "a imagen y semejanza"[34] de la Suprema Corte de Justicia, órgano jerarca del Poder Judicial en Uruguay. Para los miembros del órgano jerarca del contencioso anulatorio, la Constitución dispone de un estatuto jurídico análogo al de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, que incluye requisitos tales como integrar el órgano, prohibiciones, incompatibilidades, dotación y duración en el cargo,[35] entre otros.[36]

Como se dijo, durante décadas el TCA fue el único órgano competente para dirimir todas las acciones de nulidad de actos administrativos. No obstante, el artículo 320[37] de la Constitución vigente prevé la posibilidad de creación, junto al TCA, de órganos de inferior jerarquía dentro del sistema orgánico contencioso anulatorio, que quedarán sometidos a la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica del TCA, que entonces actuará como jerarca del sistema orgánico del mismo nombre.

Durante setenta años, el legislador no ejerció esta facultad. Desde el punto de vista orgánico, el sistema contencioso anulatorio se mantuvo sin modificaciones desde su creación con la Constitución de 1952. Sin embargo, la Ley 20.212 de 6 de noviembre de 2023 –una de las normas clave en el proceso de reforma del contencioso anulatorio en Uruguay– aprobó la creación de dos Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo, previendo, además, que cuando el número de asuntos lo justifique, se crearía el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anulatorio.[38] Como se desarrollará en la sección correspondiente, el Código de lo Contencioso

---

[34] Horacio Cassinelli Muñoz, *Derecho público* (Montevideo: FCU, 2002), 391.

[35] Constitución de Uruguay, artículo 308: "Las calidades necesarias para ser miembro de este Tribunal, la forma de su designación, las prohibiciones e incompatibilidades, la dotación y duración del cargo, serán las determinadas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia".

[36] Además de lo dispuesto por el artículo 308, la igualdad en el estatuto jurídico se evidencia también en la prohibición de actuación en política (art. 77, num. 4), carencia de fueros similares a los de los legisladores y, simultáneamente, la posibilidad de ser sometidos a juicio político (art. 93), la integración de un órgano que puede ser destinatario de pedidos de datos e informes, salvo en materia jurisdiccional (art. 118) y el respaldo para su designación por la Asamblea General, entre otras.

[37] Constitución de Uruguay, artículo 320: "La ley podrá, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estos órganos serán designados por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica".

[38] Ley 20.212, artículo 453: "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa será ejercida por el sistema orgánico de lo contencioso administrativo encabezado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 307 y siguientes de la Constitución) e integrado por los órganos jurisdiccionales inferiores (artículo 320 de la Constitución)".

Administrativo confirmó esta dirección, ratificando la ampliación del sistema orgánico encargado del control jurisdiccional de los actos administrativos.[39]

La creación de órganos inferiores en la jurisdicción contencioso-anulatoria constituye una novedad para el derecho público uruguayo. Además de garantizar el derecho de recurrir ante un tribunal superior,[40] es esperable que la creación de órganos inferiores contribuya a un avance en términos de acceso a la justicia y agilidad del proceso; en definitiva, se trata de un salto cualitativo fundamental hacia el fortalecimiento del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos.

3.2.2. Control jurisdiccional y sobre la juridicidad

El TCA ejerce una función predominantemente jurisdiccional –esto es, sin perjuicio de lo relativo a su organización interna, sus funcionarios y la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica de sus órganos inferiores, que implican el ejercicio de función administrativa–. Esta competencia jurisdiccional es una excepción a la regla de que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial, que solo admite excepciones constitucionalmente establecidas.

Según el artículo 309 de la Constitución, el TCA "conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder".

Si bien esta norma presenta una "portentosa oscuridad gramatical",[41] la doctrina y jurisprudencia han contribuido a dar claridad a este texto, interpretando sus expresiones y analizando sus implicancias prácticas.

Como se extrae del texto constitucional, las causales de anulación de los actos administrativos en Uruguay son razones de juridicidad, ya sea por vulnerar una "regla de derecho" o por haber sido dictado con "desviación de poder" –es decir, con una finalidad distinta al fin debido, al buen cumplimiento del servicio–. La doctrina ha señalado que, en rigor, la referencia a la desviación de poder no es estrictamente necesaria, porque es también un vicio de antijuridicidad y, por tanto, todo acto administrativo dictado con desviación de poder es, en sí mismo, un acto administrativo contrario a una regla de derecho, empleando la expresión constitucional.[42]

En consecuencia, el examen de las cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia está excluido de la competencia de la jurisdicción contencioso-anulatoria. En el delicado equilibrio que debe perseguir el diseño de la arquitectura estatal y sus estructuras de control recíproco, es razonable que los órganos dedicados al control

---

[39] Código de lo Contencioso Administrativo, artículo 1.

[40] En opinión de diversos autores, es un derecho fundamental de todo justiciable.

[41] Korzeniak, *Primer curso…*, 630.

[42] Para la doctrina, asiste razón al constituyente a la hora de autonomizar esta causal debido a los peculiares caracteres de esta clase de ilegalidad.

de juridicidad de los actos administrativos se enfoquen exclusivamente en la legalidad de la actividad administrativa.[43]

3.2.3. Legitimación activa

Con relación a la legitimación activa, el artículo 309, inc. 2, de la Constitución uruguaya prevé que "la acción de nulidad solo podrá ser ejercida por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo", contrario a una regla de derecho o dictado con desviación de poder.

Por ende, el proceso contencioso anulatorio en nuestro país es subjetivo y no objetivo, esto significa que se trata de un medio de protección de concretas situaciones jurídicas subjetivas. No está prevista la acción popular, no hay un control de oficio de la legitimidad de los actos administrativos en vía jurisdiccional, ni se reconoce legitimación a los gremios o sindicatos por asuntos que conciernen directamente a sus afiliados.[44]

A raíz de esta restricción constitucional, se ha debatido de manera extensa en doctrina y jurisprudencia la admisión de los intereses difusos a efectos de la anulación de actos administrativos. Tradicionalmente, la doctrina sostenía que no era admisible considerar que las entidades colectivas accionaran en representación de titulares de intereses colectivos o difusos. No obstante, la exigencia de legitimación especial ha sido flexibilizada en las últimas décadas en aplicación del principio *pro actione* y a la luz de la integración analógica del artículo 24 del Código General del Proceso, que prevé formas de representación de los intereses difusos de grupos indeterminados de personas –especialmente relacionados con cuestiones como la defensa del medio ambiente y valores culturales o históricos.[45] Por consiguiente, en época reciente se ha admitido que en materia de intereses difusos o colectivos puede entenderse configurado el interés personal "cuando hay un grupo indeterminado de personas potencialmente agraviadas por un acto administrativo que refiera específicamente al interés para la protección del cual esas personas jurídicas definieron su objeto y fueron reconocidas como tales", como afirma Artecona Gulla.[46]

En opinión de los autores, la flexibilización de la legitimación activa –en aras de admitir el accionamiento en defensa de intereses colectivos o difusos– es una garantía de los derechos humanos, en tanto i) fortalece el acceso a la justicia, con énfasis en la protección de bienes jurídicos colectivos; ii) refuerza el control democrático y ciudadano sobre la actividad estatal, pues permite la participación de la sociedad

---

[43] Ver Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 27.

[44] Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 29.

[45] Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional"; por Sentencia 41/2006 de fecha 8 de febrero, el TCA admitió expresamente la legitimación del Ministerio Público para actuar en representación de los intereses difusos, alegando afectaciones al medio ambiente, con fundamento en el artículo 42 del Código General del Proceso.

[46] Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 30.

civil en la defensa del régimen jurídico; y iii) promueve una vía de tutela efectiva de los derechos colectivos o de tercera generación, cuya vulneración suele quedar al margen del control jurisdiccional si se restringe la legitimación activa.

En virtud de ello, la ampliación de la legitimación activa alinearía al Estado uruguayo con los estándares internacionales, en particular, con la tutela jurisdiccional efectiva y la exigencia del recurso sencillo, rápido y efectivo ante las violaciones de derechos humanos reconocidas en el artículo 25 de la CADH.

3.2.4. El agotamiento de la vía administrativa como requisito previo

Según el artículo 319 de la carta, la acción de nulidad "no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes" –de revocación, jerárquico o anulación, según el caso–.

En otras palabras, no se puede demandar la nulidad de un acto administrativo hasta tanto no se hayan dado a la administración todas las oportunidades previstas por la Constitución para corregirse por sí misma, a través de los recursos administrativos que correspondan.

Ello supone que quienes pretenden la anulación de un acto administrativo ilegítimo no suelen lograr sus objetivos con celeridad, máxime considerando que habitualmente la administración no resuelve los recursos administrativos de forma expresa, por lo que se debe esperar a la configuración de la denegatoria ficta del o los recursos en un plazo de ciento cincuenta, doscientos o doscientos cincuenta días, según la cantidad de recursos interpuestos. De todos modos, en opinión de algunos autores, parece lógico incorporar este requisito.

Para Artecona Gulla,[47] la exigencia del agotamiento de la vía administrativa tiene como fundamento la promoción de la autocomposición del litigio, aunque "la finalidad perseguida […] rara vez se logra; por ello, el agotamiento es visto como un requisito formal sin demasiado aporte sustantivo en relación con la protección de derechos e intereses subjetivos".

En virtud de ello, desde la doctrina especializada han surgido voces argumentando la conveniencia de reformar las disposiciones constitucionales sobre el agotamiento de la vía administrativa, ya sea para eliminar este requisito o para modificarlo sustancialmente, volviéndolo una etapa opcional o reduciendo sensiblemente los plazos para la configuración de la denegatoria ficta.

Empero, Durán Martínez[48] aduce que el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa resulta incompatible con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –de raigambre convencional y constitucional–, por cuanto impone cargas excesivas para el administrado, desnaturalizando la jurisdicción contencioso-administrativa. Por esta razón, basado en la directriz de preferencia de las normas,

---

47 Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 31.

48 Durán Martínez, "El agotamiento de la vía administrativa", 646-647.

el referido autor sostiene la tesis de que el artículo 319 de la Constitución consagra una norma inconvencional, por lo que directamente debe ser desaplicada por los operadores jurídicos.

3.2.5. Doble jurisdicción del contencioso administrativo

En el diseño constitucional uruguayo, la acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos ilegítimos no es competencia del TCA, sino de los órganos del Poder Judicial. Por ello, la doctrina vernácula se refiere a un sistema de "doble jurisdicción" del contencioso administrativo.

Actualmente, el administrado que pretende anular un acto administrativo y obtener una reparación integral de los daños sufridos debe, por un lado, promover un proceso contencioso anulatorio ante el TCA –o los Juzgados Letrados en lo Contencioso Anulatorio creados por la reforma bajo análisis, según el caso– y en una segunda etapa entablar la acción de reparación patrimonial ante el Poder Judicial.

De todos modos, es necesario hacer algunas precisiones. Conforme al artículo 312, inciso 2, de la Constitución, el "actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por este causado". Según el inciso 3 del mismo artículo, si el actor optara por la vía anulatoria, podrá luego reclamar la indemnización en la jurisdicción correspondiente; no obstante, si hubiese optado por solicitar la reparación en primer lugar, no podrá luego demandar la anulación.

Por consiguiente, la norma confiere a aquellos sujetos que han sido dañados por un acto administrativo la posibilidad de reclamar la reparación sin necesidad de agotar la vía administrativa y, posteriormente, la acción de nulidad, aliviando su carga procesal. Esto tiene especial justificación en los casos en que los efectos del acto se agotaron en el pasado y son irreversibles, por lo que la única alternativa es su reparación patrimonial, o directamente, en aquellos casos en que los administrados solo aspiran a una indemnización.[49]

Cabe destacar que, antes de la la reforma constitucional de 1996, se exigía que, previo al planteo del reparatorio patrimonial, se hubiese incoado el juicio anulatorio, con resultado favorable a la pretensión del actor,[50] todo lo cual suponía un obstáculo para el adecuado ejercicio de los derechos de los administrados y un régimen por demás beneficioso para los órganos públicos.

Empero, aunque la reforma de 1996 constituyó un avance significativo, aún persiste cierta vinculación entre las acciones anulatoria y reparatoria. Desde la doctrina, algunas posiciones entienden que el sistema de doble jurisdicción no tiene justificación técnica y contradice el principio de economía procesal,[51] por lo que defienden

---

[49] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 137.

[50] Korzeniak, *Primer curso…*, 637.

[51] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 141.

la conveniencia de adoptar un régimen de concentración de ambos procesos que "permitiría al justiciable concentrar argumentos y prueba en un solo proceso, con ahorro de tiempo, esfuerzo procesal y recursos económicos".[52]

4. Reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa

4.1. Necesidad de una reforma integral del contencioso anulatorio

La consideración de Uruguay como Estado de derecho no excluye la existencia de desafíos estructurales o aspectos cuestionables en su desarrollo práctico.

De hecho, el sistema contencioso anulatorio uruguayo se enfrenta a cuestionamientos por parte de los operadores jurídicos desde hace décadas, principalmente en torno a la tutela jurisdiccional efectiva, el acceso a la justicia, el debido proceso y las demás garantías judiciales, todo lo cual supone una vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Durante décadas, el TCA fue el único órgano competente para dirimir todas las acciones de nulidad de actos administrativos. Esta circunstancia suponía un claro desborde de su actividad, por cuanto debía resolver "causas de muy distinta trascendencia, desde meras observaciones a funcionarios públicos hasta asuntos de significativa importancia institucional o económica".[53]

En este sentido, la necesidad de una reforma ha sido desarrollada en nuestro medio por la doctrina especializada.[54] Para Cajarville Peluffo:

> El contencioso administrativo uruguayo padece una profunda crisis. En particular en lo que refiere al anulatorio, puede afirmarse que al día de hoy ha colapsado; no porque se haya paralizado o destruido, sino porque ha llegado a un extremo de postración como garantía de los derechos e intereses de los habitantes.[55]

---

[52] Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 21.

[53] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 125.

[54] Carlos E. Delpiazzo, "Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo", *Revista de Derecho* 12 (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2007), 123. De hecho, los miembros de la Comisión redactora del anteproyecto de Código de lo Contencioso Administrativo afirmaron en su exposición de motivos que "al elaborar el anteproyecto, tuvieron en cuenta la realidad impuesta por la necesidad de prevenir un colapso del sistema de control del poder confiado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo […] este tribunal, creado en la Constitución de 1952, se enfrenta en la actualidad a una realidad que difiere significativamente de la considerada por los constituyentes hace más de 70 años".

[55] Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre derecho administrativo* (Montevideo: FCU, 2007), 591-592.

Por su parte, Delpiazzo[56] identificó una serie de causas que explican, en parte, la crisis del sistema: i) el desborde de asuntos, ii) la falta de especialización de los magistrados, iii) los condicionamientos de la acción anulatoria, iv) la insuficiencia de las medidas cautelares, y v) las dificultades para la ejecución de las sentencias.

Valentín[57] ha abordado esta cuestión a través de preguntas que permiten definir indicadores sobre el estado de los sistemas de justicia, especialmente dirigido a la justicia administrativa. En esta línea, se pregunta, en primer lugar: ¿las personas pueden acceder al sistema de justicia administrativa?

> No existen estadísticas oficiales al respecto, pero sí podemos afirmar que existen obstáculos inherentes al propio sistema: centralización en Montevideo, hasta ahora un único órgano jurisdiccional, con una Defensoría débil y también centralizada en la capital, con costos tributarios relevantes para acceder al proceso y luego llevarlo adelante, exigencias severas y no imprescindibles para el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad, la prescindencia total en el uso de las TIC como herramientas para el acceso.

Asimismo, se cuestiona si la respuesta del sistema de justicia administrativa se logra en tiempos razonables. Sobre este aspecto, responde:

> Los números son elocuentes: al tiempo correspondiente al previo agotamiento de la vía, que puede ser de varios meses, se suma el del proceso anulatorio, de aproximadamente dos años y siete meses […], y luego un eventual intento de lograr la efectividad práctica, a lo que debe añadirse, en su caso, el tiempo de un proceso reparatorio patrimonial, con dos instancias plenas y eventual instancia de casación, cuya duración total promedio es de unos tres años, y luego el periplo de la ejecución.

A raíz de lo anterior, conviene preguntarse de qué manera pueden entablarse acciones para reforzar la tutela de los derechos fundamentales y consolidar el Estado de derecho.

En el caso uruguayo, desde hace años la doctrina y los demás operadores se encontraban abocados a diseñar una reforma de la justicia administrativa a efectos de superar sus dificultades históricas, en línea con lo dispuesto por la Constitución y a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Entre las posibles virtudes de una reforma con esas características, podrían encontrarse: i) consolidación del principio de legalidad y la racionalización del ejercicio del poder público, garantizando que esté siempre sujeto al derecho; ii) mayor efectividad en la protección de derechos fundamentales vulnerados frente al accionar

---

[56] Delpiazzo, "Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo", 124.

[57] Gabriel Valentín, *El sistema de justicia administrativa* (Montevideo: FCU, 2025), 13-14.

estatal, robusteciendo el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva; y iii) fortalecimiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

4.2. El proceso legislativo de reforma de la justicia administrativa

Hasta la entrada en vigencia del mentado Código, el funcionamiento del TCA se regía por lo establecido en el Decreto Ley 15.524 de 9 de enero de 1984 y sucesivas leyes que fueron introduciendo modificaciones, destacándose entre ellas la Ley 20.010 de 10 de diciembre de 2021, que además incorporó como norma de integración al Código General del Proceso (CGP).

La necesidad de una reforma integral del sistema se materializó a partir de la creación de la Comisión para la Reforma del Sistema Contencioso Anulatorio, en cumplimiento del artículo 14 de la Ley 20.010. Sin embargo, los primeros frutos se gestaron a partir de lo dispuesto por los artículos 453 y ss. de la Ley 20.212,[58] que introdujo la reforma orgánica.

Luego de un proceso deliberativo entre los miembros de la Comisión –entre los que se encontraban académicos administrativistas y procesalistas, además de representantes del TCA y de los demás operadores jurídicos–, se proyectó el Código de lo Contencioso Administrativo, que fue remitido a la Asamblea General con fecha 30 de octubre de 2023. Con leves modificaciones, el Código fue aprobado por unanimidad de ambas cámaras del Poder Legislativo, promulgado por el Poder Ejecutivo el 11 de septiembre de 2024 y publicado en el *Diario Oficial* el 25 de septiembre del mismo año.

Así, es dable reconocer que, décadas después de su creación, el sistema de justicia administrativa tiene, finalmente, un único cuerpo normativo que reúne las disposiciones que lo regulan.

A continuación, se expondrán los principales cambios incorporados en nuestro sistema por el Código de lo Contencioso Administrativo, con especial énfasis en aquellos que tienden a la consolidación del Estado de derecho y la protección de derechos fundamentales en nuestro país.

4.3. Aproximación a los principales cambios incorporados por la reforma

Por las razones expuestas, el Código de lo Contencioso Administrativo representa un verdadero punto de inflexión para el derecho público uruguayo. En lo que sigue, se analizarán sus principales innovaciones.

---

[58] Creación de los juzgados letrados, configurando de esta manera un sistema orgánico encabezado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y ss. de la Constitución) e integrado por los órganos jurisdiccionales inferiores (art. 320 de la Constitución).

4.3.1. Creación de órganos inferiores

El artículo 1º del Código de lo Contencioso Administrativo, aprobado por la Ley 20.333, establece: "La Jurisdicción Contencioso Administrativa será ejercida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 307 y siguientes de la Constitución) y los tribunales inferiores que la ley determine (artículo 320 de la Constitución)".

En virtud de ello, el Libro II del Código consagró las normas de organización del sistema orgánico contencioso anulatorio, dividiéndose en cuatro Títulos que comprenden siete capítulos, a saber:

a) Título I "De la jurisdicción contencioso administrativa". Regula la organización y funcionamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Capítulo 1), de los tribunales inferiores (Capítulo 2) y de la Defensoría Pública en lo Contencioso Anulatorio (Capítulo 3).
b) Título II "De la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa".
c) Título III "Del estatuto de los magistrados y del personal".
d) Título IV "De la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo".

Así pues, con la finalidad de descomprimir el volumen de asuntos para resolución del sistema orgánico contencioso anulatorio, se estableció la creación de órganos inferiores, lo cual correspondía a un reclamo de larga data por parte de los especialistas en la materia a la luz de la demora en la tramitación de las acciones de nulidad de actos administrativos.

En definitiva, el Código consagra un régimen que, en términos generales, se manifiesta de la siguiente forma:

En primer término, funcionará el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que conocerá en instancia única: i) de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos que produzcan efectos jurídicos generales, cualquiera sea la denominación que se les atribuya, y de aquellas que no correspondan a los tribunales inferiores; ii) en las contiendas y diferencias interadministrativas e intraadministrativas (art. 313 de la Constitución).[59]

Además, mientras no se instale en el futuro el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Anulatorio, el TCA conocerá en segunda instancia de los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias de los Juzgados Letrados de lo Contencioso Anulatorio.

En segundo término, existirán los Juzgados Letrados de lo Contencioso Anulatorio, que conocerán en primera instancia de las demandas de nulidad de actos

[59] Delpiazzo, *Sobre el código…*, 33-34.

administrativos definitivos que produzcan efectos jurídicos particulares, cualquiera sea la denominación que se les atribuya.

Asimismo, dichos juzgados entenderán en instancia única de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos en los siguientes casos: i) calificaciones de funcionarios públicos o de sanciones disciplinarias de observación, apercibimiento o suspensión que no excedan de quince días; ii) clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que no superen el término de cinco días, y iii) fuera de los casos anteriores, cuando la cuantía del asunto no exceda de 70 unidades reajustables, para cuya determinación se estará a la expresada por el actor en su demanda, salvo que ella surja del acto cuya anulación se solicita.

En tercer término, se establece el alcance de la participación de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, un órgano técnico independiente en el ejercicio de sus funciones, que tiene a su cargo el cometido de dictaminar según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho. Se prevé que será oída en último término solo antes de las sentencias que pudieren poner fin a los procesos principales que se sustancien ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 315 de la Constitución), sea en instancia única o por vía de apelación, o ante los tribunales inferiores únicamente en los casos en que actúan en instancia única.

4.3.2. Principios generales

El Código de lo Contencioso Administrativo establece que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y las administraciones públicas sometidas a su control actuarán conforme a una serie de principios generales (arts. 3 y 4).

Como señala la doctrina especializada, los principios generales son reglas de derecho, en el sentido de que "no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que pueden explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y solo a través de ésta cognoscibles".[60] A este respecto, es fundamental hacer alusión a la importancia de los principios generales como fuente del derecho público.

Como explica Rotondo,[61] el TCA ha destacado la relevancia de los principios, muy especialmente para controlar la discrecionalidad de la administración, reconociendo que en el derecho público es corriente tener que acudir, para la decisión de casos no resueltos, a normas de pura racionalidad, adecuadas a la relación jurídica de que se trate y a las tendencias más profundas y permanentes de la conciencia jurídica colectiva, mejor expresadas a veces en los ideales supremos que el orden jurídico realiza que en las disposiciones concretas del ordenamiento jurídico.

---

[60] Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo,* tomo I (Navarra: Civitas, 2024), 85.

[61] Felipe Rotondo, *Manual de derecho administrativo* (Montevideo: FCU, 2021), 77.

Aun cuando no requieren su incorporación al derecho positivo, puesto que valen por sí mismos, el reconocimiento de los principios generales por normas positivas tiene un valor indudable en la aplicación práctica.[62]

En este sentido, conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Código, los órganos de la jurisdicción contencioso-anulatoria actuarán con ajuste a los principios allí enumerados, destacándose entre ellos la tutela jurisdiccional efectiva, la universalidad de acceso al proceso y la duración razonable.

Seguidamente, el artículo 4 del Código de lo Contencioso Administrativo establece: "Las Administraciones públicas procurarán en todos los casos servir con objetividad al interés general, con sometimiento pleno a la regla de Derecho y ajustando su actuación a los siguientes principios, sin que la enumeración tenga carácter taxativo". A estos efectos, el Código reconoce un listado de principios, entre los que se incluyen tutela administrativa efectiva, informalismo en favor del administrado, flexibilidad y ausencia de ritualismo, trascendencia, entre otros.

Finalmente, el artículo 5 del Código impone reglas de interpretación e integración, indicando que deberán hacerse conforme a las "disposiciones de la Constitución y de las leyes, los principios generales de Derecho y las reglas de Derecho análogas, teniendo en cuenta las doctrinas más recibidas y la jurisprudencia".

4.3.3. Modificaciones de carácter procesal

El Libro III contiene las normas procesales y consta de siete títulos que se distribuyen en veintitrés capítulos, como se describe a continuación:

a) Título I "De los presupuestos de la acción anulatoria".
b) Título II "Partes y los Terceros".
c) Título III "De la actividad procesal en general".
d) Título IV "De los procesos preliminares, cautelares y anticipativos".
e) Título V "De los procesos incidentales".
f) Título VI "Del proceso principal de anulación".
g) Título VII "Del proceso relativo a las contiendas de competencia y diferencias".

Seguidamente, se expondrán las normas que revisten mayor importancia a los efectos del presente artículo, en línea con los argumentos enunciados por Delpiazzo.[63]

En primer lugar, como aspecto relevante se destaca la eliminación de rémoras restrictivas al procesamiento de determinados actos, proclamando que son objeto de la acción de nulidad todos los actos administrativos definitivos, sin exclusiones históricamente admitidas (art. 39).

---

[62] Delpiazzo, *Sobre el código…*, 38-49.

[63] Delpiazzo, *Sobre el código…*, 35-36.

Dicha extensión de los actos procesables ante la jurisdicción contencioso-anulatoria constituye una limitación a la esfera de discrecionalidad estatal, en la medida en que se amplía el elenco de actos administrativos susceptibles de ser anulados, evitando que actos lesivos queden al margen del escrutinio jurisdiccional. Ello implica un fortalecimiento del principio de legalidad y refuerza el control del poder público.

En segundo lugar, se reglamenta el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos correspondientes. Como novedad, se establece un criterio diferente para el cómputo de los plazos: i) para la interposición de los recursos, el plazo de 10 días hábiles –en oposición a los 10 días corridos que se aplicaban en la práctica–; ii) en cambio, los plazos de que dispone la Administración para instruirlos y resolverlos se contarán por días corridos sin interrupción alguna.

En tercer lugar, el Código introduce modificaciones en cuanto a la caducidad de la acción anulatoria, flexibilizando el cómputo del plazo, el cual se eleva de 60 a 90 días.

La ampliación de los plazos –tanto en lo relativo a la interposición de recursos como a la caducidad de la acción anulatoria– flexibiliza ciertos obstáculos formales históricos del contencioso anulatorio uruguayo, fortaleciendo la efectividad del derecho de defensa, el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva.

En cuarto lugar, la reforma introduce como novedad el instituto del urgimiento, tanto para los recursos interpuestos contra actos administrativos como para las peticiones administrativas. Esta figura novedosa en el ordenamiento uruguayo pretende reafirmar el deber de la Administración de adoptar una resolución expresa,[64] buscando evitar su habitual silencio.

El urgimiento consiste en que, una vez vencidos los plazos respectivos –para resolver peticiones o recursos administrativos, según el caso–, se podrá *urgir* la resolución expresa de la administración y, si transcurren treinta días corridos desde la interposición de esta figura sin notificarse la resolución, se considerará que existe una ratificación de la denegatoria ficta. De utilizarse, podría ampliarse el plazo original de vencimiento para interponer la acción de nulidad.

En quinto lugar, se consagra un régimen específico de procesos preliminares, distinguiendo aquellos en que se requieran medidas cautelares o anticipativas del resto (arts. 125 y ss.). En cuanto a los procesos cautelares, se reconoce la universalidad del acceso a la tutela cautelar y se regulan sus presupuestos, potestades del tribunal, competencia, procedimiento e impugnación. Concretamente, se regula con mayor amplitud el régimen del proceso anticipatorio de suspensión de los efectos del acto, con sus presupuestos, procedimiento y efectos, y una remisión en lo pertinente al régimen de lo cautelar.

---

[64] Constitución de Uruguay, artículo 318: "Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones".

Las medidas preliminares en el contencioso de anulación persiguen el objetivo de la protección de los derechos de los administrados en forma anticipada a la sentencia definitiva anulatoria, evitando mayores daños. Es, por tanto, una herramienta fundamental para la tutela jurisdiccional efectiva, fundamentalmente en los casos en que están en juego derechos esenciales.

En sexto lugar, en lo que refiere al proceso principal de anulación se destaca la adopción de un régimen que combina las soluciones de la Ley 20.010 y del Código General del Proceso (CGP). Como novedad, se establecen tres disposiciones sobre los efectos (materiales, subjetivos y temporales) de la sentencia y se regula la obligación de cumplirlas, así como un régimen concreto y específico de ejecución (arts. 174 y ss.).

Finalmente, un aspecto innovador por destacar se refiere a la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación en el proceso anulatorio (art. 77). En este sentido, se destaca la autorización de la realización de actos procesales escritos por medios electrónicos o telemáticos (art. 80) y se prevé la posibilidad de utilizar sistemas de videoconferencias o similares para los actos orales (art. 89).

En la actualidad, hablar de digitalización es, en cierta medida, sinónimo de democratización. En este sentido, modernizar el proceso a la luz de las innovaciones tecnológicas facilita el acceso a la justicia.

Conclusiones

A esta altura, resulta indiscutible que el diseño adecuado de la jurisdicción contencioso-administrativa de anulación no es meramente una cuestión técnica, sino que se trata de un presupuesto para la vigencia efectiva del Estado de derecho.

A través del control de juridicidad de los actos administrativos se expresa la sujeción del poder público a las reglas de derecho, se garantizan los derechos de los ciudadanos y se fortalece el control democrático del poder público.

La aprobación del Código de lo Contencioso Administrativo en Uruguay representa un avance innegable y significativo en esa dirección. La creación de órganos inferiores, la supresión o restricción de obstáculos formales, así como la cristalización de principios rectores, sumadas a las múltiples modificaciones de carácter procedimental, constituyen medidas necesarias para acercar el sistema uruguayo a los estándares internacionales y constitucionales, afianzando el rol de la jurisdicción contencioso-anulatoria como garante de la legalidad y la tutela efectiva de los derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, la consolidación del contencioso anulatorio como pilar del Estado de derecho permanece como una tarea en construcción. Así pues, el Código de reciente aprobación debe ser analizado como un punto de partida, por cuanto es posible identificar algunas omisiones, tensiones o desafíos que persisten en el sistema de justicia administrativa uruguayo desde una perspectiva crítica del Estado de derecho.

En primer lugar, debe partirse de la constatación de que muchas dificultades surgen como consecuencia de la rigurosa regulación del contencioso anulatorio en disposiciones constitucionales. Como señala en la doctrina vernácula Cajarville Peluffo, la carta "debería limitarse a reconocer expresamente el derecho a impugnar jurisdiccionalmente todos los actos de la Administración, y dejar lo demás a la regulación legal".[65]

Por tanto, en atención al principio de jerarquía de las normas y supremacía constitucional, para realizar un verdadero salto cualitativo deberá promoverse una reforma constitucional que aborde estas cuestiones, lo que implica necesariamente un pronunciamiento favorable del cuerpo electoral.

En segundo lugar, debería revisarse la conveniencia del requisito de agotamiento de la vía administrativa previo a la iniciación de la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-anulatoria.

Tal como explica Cajarville Peluffo, más allá de que el agotamiento de la vía administrativa "no está impuesto por la naturaleza de la jurisdicción anulatoria ni por reales necesidades de buena administración",[66] el sistema uruguayo es excesivamente favorable para la Administración, puesto que se le conceden plazos extensos para la configuración de la denegatoria ficta de los recursos, además de que la interposición de recursos no tiene naturaleza opcional, como en otros sistemas de derecho comparado. Por consiguiente, aun admitiendo su procedencia, sería adecuado introducir modificaciones sustanciales en favor de los administrados.

En tercer lugar, con respecto a la consagración del sistema de doble jurisdicción, esto es, la separación de la pretensión anulatoria y la pretensión reparatorio-patrimonial en dos procesos sucesivos distintos, puede ser considerada una dificultad adicional. En este sentido, la doctrina especializada ha afirmado que la escisión de ambas acciones no encuentra ninguna justificación técnica y resulta incompatible con el principio de economía procesal. Una reforma constitucional permitiría a los accionantes "concentrar argumentos y prueba en un solo proceso, con ahorro de tiempo, esfuerzo procesal y recursos económicos".[67]

En cuarto y último lugar, puede concluirse que es deseable la ampliación de la legitimación activa para entablar una acción anulatoria. Al respecto, considerando la importancia de la tutela de derechos de tercera generación, los autores consideran que la flexibilización del régimen se torna imperativa.

Resulta oportuno citar en este punto a Delpiazzo:

> Lamentablemente, el legislador no se animó a hacer suya la iniciativa de la Comisión del art. 14 de la ley Nº 20.010, que en un inc. 2º de esta disposición,

---

[65] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 140.

[66] Cajarville Peluffo, "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", 137.

[67] Artecona Gulla, "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional", 21.

> en línea con reclamaciones doctrinarias y reconocimiento por una incipiente renovación jurisprudencial, daba entrada a los intereses difusos o colectivos.[68]

Desde luego, es muy pronto para realizar una valoración crítica sobre la puesta en funcionamiento del nuevo sistema de justicia administrativa en Uruguay, considerando que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2024.

Pero lo cierto es que, a más de siete décadas de la creación del TCA, por primera vez la jurisdicción contencioso-anulatoria cuenta con una regulación robusta y sistemática que contribuye a una mejor justicia administrativa y, por tanto, a la consolidación del Estado de derecho en Uruguay. Enhorabuena.

Bibliografía

Doctrina

Artecona Gulla, Daniel. "El contencioso anulatorio desde una perspectiva constitucional". En *Contenciosos de derecho público: reforma de la justicia administrativa,* editado por Instituto de Derecho Administrativo, 19-36. Montevideo: FCU, 2024.

Cajarville Peluffo, Juan Pablo. "Breve presentación de la jurisdicción contencioso-administrativa uruguaya", *Revista de Derecho Público* 67 (2005): 346-368.

Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Sobre derecho administrativo*. Montevideo: FCU, 2007.

Cassinelli Muñoz, Horacio. *Derecho público*. Montevideo: FCU, 2002.

Correa Freitas, Rubén. *Los derechos humanos en la Constitución uruguaya.* Tomo I. Montevideo: FCU, 2017.

Delpiazzo, Carlos E. "Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo". *Revista de Derecho* 12 (2007): 123-128.

Delpiazzo, Carlos E. *Sobre el Código de lo Contencioso Administrativo*. Montevideo: FCU, 2024.

Durán Martínez, Augusto. *Contencioso administrativo.* Montevideo: FCU, 2007.

Durán Martínez, Augusto. "El agotamiento de la vía administrativa". En *Procesos constitucionales,* editado por Instituto de Derecho Procesal, 633-650. Montevideo: FCU, 2018.

García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo.* Tomo I. Navarra: Civitas, 2024.

Gros Espiell, Héctor. *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay.* Montevideo: FCU, 1971.

Jiménez de Aréchaga, Justino. *Teoría del Gobierno*. Montevideo: FCU, 2016.

[68] Delpiazzo, *Sobre el código…*, 121.

Korzeniak, José. *Primer curso de derecho público. Derecho constitucional.* Montevideo: FCU, 2008.
Risso Ferrand, Martín. *Derecho constitucional.* Tomo I. Montevideo: FCU, 2005.
Rotondo, Felipe. *Manual de derecho administrativo.* Montevideo: FCU, 2021.
Valentín, Gabriel. *El sistema de justicia administrativa.* Montevideo: FCU, 2025.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 387-402, ISSN 2346-0849

Pablo David Portilla Obando* **(Ecuador)**

Juicios políticos y muerte cruzada en Ecuador: ¿amenazas o mecanismos legítimos para la democracia? Una comparación con Colombia**

RESUMEN

El artículo examina los juicios políticos y la muerte cruzada en Ecuador, comparándolos con los mecanismos de control político en Colombia. En Ecuador, los juicios políticos permiten a la Asamblea Nacional censurar y destituir a altos funcionarios, mientras que la muerte cruzada permite al presidente disolver la Asamblea y convocar elecciones anticipadas. En Colombia, los juicios políticos son posibles, pero más complejos, y no existe un mecanismo similar a la muerte cruzada. Este análisis comparado explora las similitudes y diferencias entre ambos sistemas, así como los retos para su aplicación efectiva. Los hallazgos identifican áreas de mejora, como la necesidad de claridad normativa y la promoción de prácticas responsables en el manejo de crisis políticas; asimismo, se proponen recomendaciones para fortalecer la coherencia y eficacia en la protección de la democracia en ambos países.

Palabras clave: democracia; muerte cruzada; juicios políticos.

* Abogado, mediador, magíster en Derecho Constitucional, magíster en Derecho Penal y magíster en Derecho Ambiental con mención en Sostenibilidad, con experiencia en investigación académica, liderazgo social y participación internacional. pabloportilla70@gmail.com / https://orcid.org/0000-0002-4550-5198

** Este artículo fue elaborado en el marco de mis estudios de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana (Colombia). Como ecuatoriano residiendo en Colombia, agradezco a la Fundación Konrad Adenauer y al Programa Estado de Derecho por brindarme la oportunidad de participar en este Anuario.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Impeachment Proceedings and the "Cross Death" Mechanism in Ecuador: Threats or Legitimate Mechanisms for Democracy? A Comparison with Colombia

ABSTRACT

This study examines impeachment proceedings and "cross death" in Ecuador, comparing them with the political control mechanisms in Colombia. In Ecuador, impeachment proceedings allow the National Assembly to censure and remove high-ranking public officials, while the cross death mechanism allows the president to dissolve the Assembly and convene early elections. Although political trials are possible in Colombia, they are more complex and there is no mechanism comparable with cross death. This comparative analysis explores the similarities and differences between both systems, as well as the challenges in their effective application. The findings identify areas for improvement, such as the need for normative clarity and for promotion of responsible practices in managing political crises, proposing recommendations to strengthen coherence and effectiveness in protecting democracy in both countries.

Key words: Democracy; cross death; impeachments proceedings.

Amtsenthebungsverfahren und „gegenseitiger Tod" (span. muerte cruzada) in Ecuador: Bedrohung der Demokratie oder legitimer Mechanismus? Ein Vergleich mit Kolumbien

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung befasst sich mit den Mechanismen des Amtsenthebungsverfahrens und des "gegenseitigen Todes" (span. muerte cruzada) in Ecuador und vergleicht sie mit den politischen Kontrollmechanismen Kolumbiens. In Ecuador bietet das Amtsenthebungsverfahren der Nationalversammlung die Möglichkeit, hohen Amtsträgern das Misstrauen auszusprechen und sie abzusetzen, während die muerte cruzada es dem Präsidenten erlaubt, die Nationalversammlung aufzulösen und vorgezogene Neuwahlen anzuberaumen. In Kolumbien sind Amtsenthebungsverfahren zwar möglich, aber komplexer, während kein vergleichbarer Mechanismus zur muerte cruzada besteht. Diese vergleichende Untersuchung befasst sich mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen beiden Systemen sowie mit den Herausforderungen bei ihrer effektiven Anwendung. Als Ergebnis werden Bereiche mit Verbesserungsbedarf identifiziert, wie zum Beispiel die Notwendigkeit von klaren normativen Bestimmungen und die Förderung eines verantwortungsbewussten Vorgehens im Umgang mit politischen Krisen, ergänzt durch Empfehlungen für die Stärkung der Koheränz und Wirksamkeit des Demokratieschutzes in beiden Ländern.

Schlüsselwörter: Demokratie; gegenseitiger Tod (muerte cruzada); Amtsenthebungsverfahren

Introducción

"La democracia no es la ley de la mayoría, sino la protección de la minoría". Esta reflexión es atribuida a Albert Camus, quien subraya la importancia de proteger los derechos de todos los ciudadanos, especialmente de aquellos en minoría, dentro de un sistema democrático. En el contexto político de América Latina, los mecanismos de control y supervisión de los poderes del Estado son esenciales para mantener la estabilidad democrática. En Ecuador, dos herramientas destacadas en este ámbito son los juicios políticos y la muerte cruzada. Los juicios políticos permiten a la Asamblea Nacional censurar y destituir a altos funcionarios que incumplan sus deberes o cometan actos de corrupción. Este proceso está regulado por la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, y ha sido utilizado en diversas ocasiones para mantener la integridad del Gobierno.

Por otro lado, la muerte cruzada es un mecanismo constitucional que permite al presidente disolver la Asamblea Nacional y convocar elecciones anticipadas tanto para el Ejecutivo como para el Legislativo. Este mecanismo busca resolver crisis políticas y evitar la parálisis gubernamental, ofreciendo una salida rápida en situaciones de conflicto interno. La muerte cruzada fue aplicada por el presidente Guillermo Lasso en 2023, marcando un hito en la política ecuatoriana.

En contraste, Colombia cuenta con procesos de juicio político más complejos y no dispone de un mecanismo similar a la muerte cruzada. Los juicios políticos en Colombia requieren mayorías cualificadas en la Cámara de Representantes y el Senado, y, hasta la fecha, ningún presidente colombiano ha sido sometido exitosamente a este proceso. La ausencia de un mecanismo como la muerte cruzada limita las opciones del presidente para disolver el Congreso en situaciones de crisis política, lo que puede llevar a soluciones más prolongadas y complejas.

A través de un enfoque cualitativo, se examinan las similitudes y diferencias entre ambos mecanismos, así como los retos en su aplicación efectiva. Los hallazgos permiten identificar áreas de mejora, tales como la necesidad de claridad normativa y la promoción de prácticas responsables en el manejo de crisis políticas, proponiendo recomendaciones para fortalecer la protección de la democracia en Ecuador y Colombia.

1. Juicios políticos en Ecuador: ¿mecanismos de justicia o herramientas de poder?

1.1. Definición y marco legal

El juicio político es un proceso excepcionalísimo, que tiene raigambre en la Constitución de los Estados Unidos, conocido allí como *impeachment*. En la Constitución ecuatoriana, en los artículos 129, 130 y 131 se describe la naturaleza y causa que pone

en funcionamiento el instituto de juicio político, cuya finalidad ulterior es la remoción del titular del Poder Ejecutivo.[1]

El juicio político es un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, político-penal, para el enjuiciamiento de violación de la Constitución u otros delitos graves, en el que la Cámara de Representantes acusa ante la Cámara de Senadores a miembros de ambas cámaras, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consejeros de la Judicatura Federal, secretarios de despacho, entre otros.[2]

Pareciera ser que la naturaleza del juicio político no es otra que terminar con las funciones de un presidente por alguna causa "justificada". Sin embargo, la figura de un juicio político no es tan simple como se cree. Este juicio se parece mucho más a un sistema penal, puesto que, aparte de poder ser uno de los tipos penalmente relevantes descritos en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador o el país que tenga este mecanismo, funciona de la misma forma al restringir un derecho importante del máximo mandatario. Solo que hay una particularidad: en un juicio penal existen diferentes estándares que hay que cumplir para demostrar la responsabilidad de la persona imputada. Además, se pasa por diferentes fases o etapas del proceso (instrucción, evaluación y preparación, y etapa de juicio). En las diferentes etapas existe un juez independiente, imparcial y conocedor del derecho que es quien juzga, o un tribunal con las mismas características. En cambio, en el juicio político, quien juzga es un cuerpo colegiado de asambleístas o congresistas, por lo que su independencia recae en un partido político y su conocimiento de causa no está netamente comprobado. Por tanto, el juicio político es un juicio como tal, pero sin la mayoría de las garantías básicas del proceso penal convencional.

Cuando se habla de un proceso para juzgar a una persona, se debe respetar cada uno de los principios básicos para garantizar el debido proceso. En el caso de Ecuador, es bastante interesante cómo la figura del juicio político parte de un proceso muy amplio anunciado en la Constitución de la República, pero no especificado en ningún código. Claro está que si un presidente incurre en un delito, se abrirá un expediente contra él en la Fiscalía General del Estado. Sin embargo, en la Constitución de la República del Ecuador, para la censura y destitución de este mandatario, se señala: "Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, *pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo*".[3] Esto quiere decir que el juicio político es una vía más eficaz para restringir los derechos de un sujeto calificado (en este caso, el presidente o primer mandatario). Por ende, censurar o destituir al presidente significaría también hacer caso omiso a las

---

[1] Mariano Heller y Mara Pegoraro, "El juicio político: definición general, naturaleza jurídica y antecedentes", en *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* (Buenos Aires: Jusbaires, 2016). https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4497/83.pdf

[2] Real Academia Española, Juicio político, *Diccionario panhispánico del español jurídico,* recuperado de https://dpej.rae.es/lema/juicio-pol%C3%ADtico

[3] Constitución de la República del Ecuador, artículo 129, inciso segundo, https://derechoecuador.com/constitucion-de-la-republica-del-ecuador-2008/

personas que votaron por él en las elecciones. Entonces, cabe la pregunta: ¿el enjuiciamiento político con garantías tan básicas y vagas contenidas en la Constitución de Ecuador es un mecanismo eficaz de control contra decisiones arbitrarias, delitos o abusos del poder, o es una vía sencilla, rápida y vulneratoria de derechos para un alto mandatario y, por ende, para la ciudadanía?

1.2. Casos recientes

En los últimos años, Ecuador ha experimentado varios juicios políticos que han captado la atención nacional e internacional. Estos procesos han sido fundamentales para mantener la transparencia y la rendición de cuentas en el Gobierno, aunque también han generado debates sobre su eficacia y justicia. En la página siguiente, se presenta una tabla con algunos de los casos más recientes de juicios políticos en Ecuador, destacando a los funcionarios involucrados y las razones detrás de cada proceso

2. Muerte cruzada en Ecuador

La muerte cruzada en Ecuador es un mecanismo constitucional que permite al Poder Ejecutivo (presidente) disolver el órgano colegiado (Asamblea Nacional) y, a su vez, cesar sus propias funciones. Incluso su nombre tiene un matiz pintoresco y, en cierto modo, poético, ya que implica "morir" políticamente mientras se provoca la "muerte" del otro poder del Estado. La analogía con los duelos del viejo oeste resulta interesante: si dos vaqueros se disparaban al mismo tiempo y ambos morían, no había mayor conflicto. Sin embargo, cuando se trata de un país que ha elegido a sus mandatarios mediante el voto popular –y más aún en un sistema donde el sufragio es obligatorio–, resulta inquietante que el presidente, mediante un decreto, pueda anular la voluntad popular y convocar nuevamente a elecciones. En este sentido, la figura de la muerte cruzada merece un análisis profundo, ya que podría implicar una vulneración de los derechos políticos. Esto cobra especial relevancia en el marco de un régimen electoral diseñado bajo una Constitución que contempla este mecanismo como una herramienta de equilibrio entre poderes, pero que, al mismo tiempo, plantea interrogantes sobre la estabilidad democrática y la soberanía del electorado.

La muerte cruzada, regulada en la Constitución de 2008, surge como respuesta a la crisis política que vivió Ecuador, donde los presidentes no lograban completar sus mandatos y existían enfrentamientos entre facciones políticas. Según Stalin Freire, este mecanismo se crea en un contexto de inestabilidad para equilibrar el poder entre las funciones del Estado.[4]

[4] Stalin Freire, "La muerte cruzada en relación al principio de pesos y contrapesos en el Ecuador" (Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2023), https://repositorio.puce.edu.ec/items/b54944ee-644e-41af-a022-9e4b7b0e4f6b

Funcionario/año	Cargo	Motivo del juicio político	
1. Gabriela Sommerfeld **(2024)**	Canciller	Incursión policial en la Embajada de México para detener a Jorge Glas. Sommerfeld fue acusada de permitir la operación sin las debidas autorizaciones diplomáticas.[1]	
2. Mónica Palencia **(2024)**	Ministra del Interior	Incursión policial en la Embajada de México. Palencia fue acusada de coordinar la operación que violó la soberanía de la embajada.[2]	
3. Fernando Santos Alvite **(2024)**	Exministro de Energía	Crisis energética. Santos Alvite fue señalado como responsable de la falta de planificación y gestión en el sector energético, lo que llevó a apagones y escasez de energía.[3]	
4. Juan Zapata **(2024)**	Exministro del Interior	Diversas acusaciones de corrupción. Zapata enfrentó acusaciones de malversación de fondos y abuso de poder durante su mandato.[4]	
5. Diana Salazar **(2024)**	Fiscal General del Estado	Acusaciones de mal manejo en la Fiscalía. Salazar fue acusada de negligencia y corrupción en la administración de justicia.[5]	
6. Wilman Terán, Maribel Barreno, Xavier Muñoz **(2024)**	Exintegrantes del Consejo de la Judicatura	Diversas acusaciones de corrupción. Los exintegrantes fueron acusados de manipular procesos judiciales y recibir sobornos.[6]	
7. Sebastián Corral **(2025)**	Exsecretario de la administración	Diversas acusaciones de corrupción. Corral fue acusado de participar en redes de corrupción y tráfico de influencias.[7]	

2.1. Aplicaciones históricas

La figura de la muerte cruzada fue incorporada por primera vez en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, aprobada en Montecristi, y no existía en textos constitucionales anteriores. Por tanto, resulta jurídicamente inoficioso buscar antecedentes previos que permitan identificar casos similares o comparables. Se trata de una figura *sui generis*, exclusiva del constitucionalismo ecuatoriano, aunque claramente influenciada por mecanismos propios de los regímenes parlamentarios, como la posibilidad de disolver el parlamento anticipadamente en determinadas circunstancias críticas, incluyendo el bloqueo institucional o la pérdida de legitimidad política.

En el caso ecuatoriano, el artículo 148 de la Constitución faculta al presidente de la República a disolver la Asamblea Nacional por tres causales específicas: cuando esta se arrogue funciones que no le competen, cuando de forma reiterada

	Aprobación o rechazo / Cantidad de votos	Periodo presidencial
	Archivado – 76 votos afirmativos (Pleno).	Daniel Noboa (mandato transitorio 2023-2025)
	Rechazado / Archivado – 77 sí, 40 no, 16 abstenciones (Pleno).	Daniel Noboa (mandato transitorio 2023-2025)
	Aprobado (censura) – 95 votos afirmativos (Pleno).	Guillermo Lasso (2021-2023)
	Aprobado (censura) – 118 votos afirmativos (Pleno).	Guillermo Lasso (2021-2023)
	Archivado (preclusión) – 76 votos afirmativos (Pleno).	Daniel Noboa (mandato transitorio 2023-2025)
	- Xavier Muñoz: Aprobado (censura) – 128 votos afirmativos (Pleno). - Wilman Terán y Maribel Barreno: Rechazado (no censura) – 88 sí; 47 abstenciones (92 requeridos).	Daniel Noboa (mandato transitorio 2023-2025)
	Archivado en Comisión – 5 votos afirmativos (Comisión de Fiscalización).	Guillermo Lasso (2021-2023)

1 "Juicio político a Gabriela Sommerfeld se tratará este martes en la Comisión de Fiscalización", *El Universo* - Redacción, 1 de julio de 2024, acceso 2 de julio de 2024, https://www.eluniverso.com/noticias/politica/juicio-politico-gabriela-sommerfeld-canciller-comision-de-fiscalizacion-ministra-relaciones-exteriores-nota/

2 "Juicio político contra ministra del Interior de Ecuador pasa a fase final en el Parlamento", *Infobae*, s. f., acceso 17 de octubre de 2024, https://www.infobae.com/america/agencias/2024/10/17/juicio-politico-contra-ministra-del-interior-de-ecuador-pasa-a-fase-final-en-el-parlamento/

3 "Fernando Santos Alvite, exministro de Energía, fue censurado por la Asamblea Nacional", E*cuavisa,* 30 de abril de 2024, acceso 30 de abril de 2024. https://www.ecuavisa.com/noticias/politica/fernando-santos-alvite-ministerio-energia-censura-juicio-politico-asamblea-XC7253022

4 "Asamblea Nacional resuelve juicio político contra Juan Zapata", *El Comercio,* 29 de mayo de 2024, https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/juan-zapata-juicio-politico-asamblea-nacional.html

5 "Fiscalización decidió sobre el juicio político contra Diana Salazar y otros, en medio del caos", *El Comercio*, 9 de septiembre de 2024, https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/fiscalizacion-conocer-juicio-politico-contra-diana-salazar-otros-caos.html

6 "Asamblea Nacional entra a resolver sobre el juicio político a Wilman Terán, alias 'Diablo', sin certezas de que haya los votos para su censura", *El Universo*, s. f., acceso 15 de julio de 2024, https://www.eluniverso.com/noticias/politica/asamblea-nacional-entra-a-resolver-sobre-el-juicio-politico-a-wilman-teran-alias-diablo-sin-certezas-de-que-haya-los-votos-para-su-censura-nota/

7 "CAL calificó el juicio político contra el exsecretario de la Administración Pública, Sebastián Corral", *El Universo,* s. f., acceso 23 de octubre de 2024, https://www.eluniverso.com/noticias/politica/cal-califico-el-juicio-politico-contra-el-exsecretario-de-la-administracion-publica-sebastian-corral-nota/

e injustificada obstruya la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o en caso de grave crisis política y conmoción interna. Tras la disolución, el Consejo Nacional Electoral debe convocar a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para completar el periodo en curso.[5]

Lo verdaderamente significativo en el uso de esta herramienta se evidenció durante el mandato de Guillermo Lasso Mendoza, presidente electo en 2021 tras vencer en segunda vuelta a Andrés Arauz, candidato del correísmo. A menos de dos años de haber asumido funciones, su administración fue sacudida por el escándalo conocido como "El gran padrino", una investigación iniciada por la Asamblea Nacional, en la que se lo vinculaba indirectamente con presuntas redes de corrupción en empresas públicas, a través de allegados y funcionarios cercanos a su entorno.

5 Constitución de la República del Ecuador, artículo 148, https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Frente al avance del proceso de juicio político en su contra, y aduciendo una grave crisis política y conmoción interna –sin que mediara una decisión judicial previa o un dictamen vinculante de la Corte Constitucional–, Lasso firmó el Decreto Ejecutivo 741 de 17 de mayo de 2023, disolviendo la Asamblea Nacional y activando la muerte cruzada. Esta decisión produjo un efecto político e institucional inédito: se interrumpieron simultáneamente las funciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo, al convocarse elecciones anticipadas para renovar ambos órganos.[6]

Este ha sido, hasta ahora, el único caso en la historia constitucional ecuatoriana en el que se ha aplicado efectivamente la muerte cruzada. El episodio no solo abrió debates sobre la interpretación de la causal de "grave crisis política", sino también sobre los límites del poder presidencial y la necesidad de controles jurisdiccionales más sólidos para evitar su uso discrecional. Asimismo, reconfiguró temporalmente el equilibrio de poderes en el país y representó una prueba institucional para la estabilidad democrática en un contexto de polarización política y descontento ciudadano.

2.2. Consecuencias políticas y sociales

2.2.1. Acerca del juicio político a Guillermo Lasso y su decisión de disolver la Asamblea

Mediante Resolución RL-2021-2023-133 del 18 de enero de 2023, el Pleno de la Asamblea Nacional constituyó la "Comisión especializada ocasional por la verdad, justicia y la lucha contra la corrupción" (Comisión de Investigación "El Gran Padrino"). Según la Resolución, la Comisión se creó con la finalidad de realizar un "proceso de fiscalización y control político en un plazo máximo de treinta días".

El 1 de marzo de 2023, la Comisión aprobó el documento denominado "Informe del Gran Padrino: Delitos contra la Administración Pública y la Seguridad del Estado" (Informe). El 4 de marzo de 2023, en la sesión 851, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó el Informe con 104 votos, solicitando: "2. Enjuiciar políticamente al Presidente de la República, Guillermo Lasso Mendoza, pues dentro de las conductas analizadas se adecuan al cometimiento de delitos contra la seguridad del Estado, invocando el artículo 129 numeral 1 de la Constitución".

Para denotar diversas posiciones acerca de este juicio político se presentó un *amicus curiae* por parte de la Universidad de La Sabana, donde se menciona lo siguiente:

> Desde ya puede observarse que el juicio en contra del Presidente Lasso, y a diferencia de lo que sostiene la Asamblea, tiene la naturaleza de un juicio penal en la que se imputan (de forma indeterminada) la eventual comisión

[6] "Presidente de Ecuador, Guillermo Lasso, disuelve el Parlamento", *Radio Nacional*, 17 de mayo de 2023, https://www.radionacional.co/actualidad/mundo/presidente-de-ecuador-guillermo-lasso-disuelve-el-parlamento

> de un delito. La argumentación (las premisas son normas jurídicas penales), la clase de acciones que se deben probar en el proceso, y el tipo de decisiones (destitución por comisión de delitos), son propias de un juicio de responsabilidad penal y no de un juicio político. La naturaleza de juicio de responsabilidad penal en contra del Presidente Lasso es razón suficiente para que se apliquen todas las garantías procesales y se asegure la vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de Ecuador y los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos.[7]

Como se mencionó al inicio de este artículo, los juicios políticos presentan un problema estructural en cuanto a la forma en que se juzga a las personas involucradas. En muchos casos, se incorporan figuras propias del derecho penal –como la imputación o la responsabilidad por infracción– sin respetar los principios esenciales que lo rigen, tales como la presunción de inocencia, el debido proceso y el principio de legalidad. Esto equivale a aplicar lo más severo del derecho penal, pero prescindiendo de sus garantías fundamentales.

En ese contexto, la persona sometida a juicio político queda expuesta a una situación de alta vulnerabilidad, ya que el resultado no depende de una valoración técnica ni judicial, sino del voto de un cuerpo colegiado –la Asamblea Nacional–, cuyos miembros pueden actuar motivados más por intereses partidistas o ideológicos que por criterios objetivos. Esta incertidumbre convierte al proceso en una especie de encrucijada política, donde el afectado se ve entre la espada y la pared, sin un marco claro de protección.

Ante esta realidad, Guillermo Lasso recurrió a la denominada "muerte cruzada" como su última carta política, una herramienta constitucional que, más allá de sus implicaciones institucionales, reveló también los límites del juicio político como mecanismo de control y la necesidad de repensar sus garantías mínimas dentro de un Estado de derecho.

2.2.2. ¿Cómo vivió Ecuador durante el proceso de transición?

Durante el proceso de la muerte cruzada, Ecuador enfrentó diversos problemas. Para empezar, era la primera vez que un presidente decidía disolver el órgano legislativo, renunciar a su cargo y, simultáneamente, convocar a elecciones anticipadas. A continuación, se describen tanto los problemas palpables que ocurrieron en el país

---

[7] Fabio Enrique Pulido Ortiz, María Verónica Hernández, Madelin Ramos y Julio Monroy, "*Amicus Curiae* al Informe del Gran Padrino: delitos contra la administración pública y la seguridad", presentado ante la Asamblea Nacional de Ecuador, 18 de mayo de 2023, https://www.teoriajuridicayconstitucion.com/post/amicus-curiae-al-informe-del-gran-padrino-delitos-contra-la-administración-pública-y-la-seguridad

como aquellos problemas indirectos que, aunque no se materializaron, abrieron el debate sobre sus posibles consecuencias.

En primer lugar, la conmoción política interna fue uno de los aspectos más evidentes. La Asamblea Nacional del Ecuador quedó sin asambleístas y, paradójicamente, fue resguardada por fuerzas policiales como si se tratara de una cárcel de máxima seguridad, en lugar del espacio histórico donde se han debatido las principales leyes del país. Más de cien legisladores cesaron en sus funciones de manera abrupta, y muchos de ellos tuvieron que iniciar nuevas campañas con la esperanza de recuperar su curul en los comicios anticipados.

En segundo lugar, de forma intrínseca a lo anterior, la activación del mecanismo de la muerte cruzada evidenció la crisis profunda de un país cuyas instituciones mostraban claras falencias y desacuerdos estructurales entre los poderes del Estado. Esta figura constitucional se concibe como una última medida, cuando los canales de diálogo político están completamente agotados y el conflicto institucional alcanza un punto de no retorno.

En tercer lugar, Ecuador experimentó un grave debilitamiento institucional. La legitimidad tanto del Ejecutivo como del Legislativo se vio fuertemente erosionada. ¿Cómo se explica que, apenas dos años después de que los ciudadanos depositaran su confianza mediante el voto en distintos representantes, estos fueran obligados a abandonar sus cargos por decisión presidencial? Esta decisión se ampara en un artículo de la Constitución que menciona como causal una «grave crisis política y conmoción interna», una expresión deliberadamente amplia y ambigua.

En cuarto lugar, el país enfrentó una evidente fatiga electoral y una creciente polarización. La convocatoria a elecciones anticipadas implicó no solo el desgaste ciudadano, sino también una importante carga económica. Cabe preguntarse: ¿cuánto cuesta organizar unas elecciones en un país como Ecuador? El acto de votar no se reduce a marcar una papeleta; implica una compleja estructura logística y administrativa previa y posterior al día de la votación. En total, el proceso electoral anticipado de 2023 costó USD 79.940.920,22. Este presupuesto fue aprobado por el Consejo Nacional Electoral (CNE) el 23 de mayo de 2023, distribuyéndose en USD 48.317.814,79 para la primera vuelta y USD 31.623.105,43 para una eventual segunda vuelta.[8]

3. Comparación con Colombia

La Constitución colombiana de 1991 no contempla un mecanismo equivalente a la "muerte cruzada" (disolución legislativa con convocatoria electoral inmediata) como salida institucional al bloqueo Ejecutivo-Legislativo. En su lugar, Colombia

[8] "CNE estableció en USD 79 millones el presupuesto para las elecciones anticipadas", *El Comercio*, 23 de mayo de 2023, acceso 24 de mayo de 2023, https://www.elcomercio.com/actualidad/cne-establecio-presupuesto-elecciones-presidenciales-anticipadas.html

estructura la respuesta frente a tensiones interorgánicas mediante i) controles políticos parlamentarios, ii) responsabilidad de aforados (acusación y juzgamiento político-constitucional) y iii) un control constitucional concentrado y de amplio acceso ciudadano, acompañado por mecanismos judiciales de protección de derechos y control de legalidad administrativa.[9] Esta arquitectura no "reinicia" el sistema político a través de elecciones anticipadas, sino que privilegia la corrección institucional a través de controles y responsabilidades internas.

3.1. Control político del Congreso: citaciones, debates y moción de censura

El Congreso de la República ejerce control político sobre el Gobierno mediante citaciones y debates, y cuenta con la moción de censura como instrumento específico frente a ministros y altos funcionarios del Ejecutivo.[10] La Constitución prevé el deber de los ministros de concurrir cuando sean citados y regula la moción de censura como mecanismo de reproche político cuyo efecto es la separación del cargo.[11] La Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso) desarrolla el concepto, la procedencia, la convocatoria, el debate y la votación de la moción, exigiendo que la iniciativa se sustente en asuntos relacionados con las funciones del cargo y que se tramite con garantías mínimas de contradicción y publicidad.[12]

Desde una perspectiva comparada, este control político colombiano se diferencia de la muerte cruzada porque no conduce a la terminación anticipada del Congreso ni del mandato presidencial; su función principal es reforzar la responsabilidad política del gabinete y producir consecuencias institucionales focalizadas (por ejemplo, la salida de un ministro) sin alterar el calendario electoral.[13]

3.2. Responsabilidad de aforados: acusación en Cámara y juzgamiento en Senado

En Colombia existe un esquema de "aforados constitucionales" que canaliza la responsabilidad política y jurídico-constitucional de altos dignatarios. La Cámara de Representantes ejerce funciones de investigación y acusación respecto de determinados funcionarios, y el Senado conoce de las acusaciones bajo las reglas constitucionales aplicables.[14] Este diseño, aunque suele compararse con un "juicio político", responde a una lógica distinta a la ecuatoriana: no es un mecanismo de disolución o de salida electoral, sino un procedimiento de responsabilidad que separa etapas

[9] Constitución Política de Colombia, artículos 113-115.
[10] Constitución Política de Colombia, artículo 135.
[11] Constitución Política de Colombia, artículo 135.
[12] Colombia, Ley 5 de 1992, artículos 29-32.
[13] Constitución Política de Colombia, artículo 135; Ley 5 de 1992, artículos 29-32.
[14] Constitución Política de Colombia, artículos 174-175, 178.

(acusación/juzgamiento) y preserva la continuidad institucional mientras se define la responsabilidad del aforado.[15]

3.3. El elemento decisivo: control constitucional concentrado y acción ciudadana

La diferencia estructural más relevante –y la que exige mayor desarrollo para una comparación rigurosa– es el rol del control constitucional en Colombia. La Corte Constitucional es guardiana de la supremacía de la Constitución y ejerce control sobre normas y actuaciones conforme a competencias taxativas.[16] En particular, la acción pública de inconstitucionalidad permite a cualquier ciudadano demandar leyes por vicios de forma o de fondo, lo que incorpora una dimensión participativa del control constitucional.[17]

Este mecanismo no es meramente formal: la Corte ha precisado que, aun cuando la acción es pública, el demandante debe formular razones mínimas que permitan un debate constitucional (claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia), so pena de decisiones inhibitorias.[18] Parte de la literatura reciente discute críticamente cómo el incremento de cargas argumentativas puede tensionar el carácter popular de la acción pública, desplazándola hacia un litigio más técnico.[19]

En términos comparativos, mientras la muerte cruzada opera como válvula político-electoral para destrabar conflictos, el sistema colombiano "desbloquea" o corrige excesos mediante decisiones jurisdiccionales de constitucionalidad o mediante responsabilidades políticas y jurídicas, lo que tiende a mantener la continuidad institucional, aunque a veces prolongue el conflicto en el tiempo.

3.4. Estados de excepción: control político y control judicial constitucional automático

Otra pieza central del control en Colombia es el régimen de estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica), que está constitucionalmente reglado y sometido a controles políticos y judiciales.[20] En lo judicial, la Corte Constitucional ejerce control automático sobre los decretos legislativos expedidos durante estados de excepción, de modo que el Ejecutivo no

---

[15] Constitución Política de Colombia, artículos 174-175, 178.

[16] Constitución Política de Colombia, artículo 241.

[17] Constitución Política de Colombia, artículos 241-242; Decreto 2067 de 1991.

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[19] Kevin Hartmann-Cortés, Juan Felipe Herrera y Gabriel Hernando Angarita, "La 'privatización' de la acción pública de inconstitucionalidad: ¿de la acción pública a la acción técnica?", *Derecho del Estado* 50, n.° 203 (2021).

[20] Constitución Política de Colombia, artículos 212-215.

dispone de un margen ilimitado para gobernar por decreto.[21] La Ley Estatutaria de Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) complementa este marco fijando límites y criterios para el ejercicio de potestades extraordinarias.[22] En su jurisprudencia, la Corte ha reiterado que el control de constitucionalidad de decretos legislativos en emergencia exige un escrutinio formal y material (finalidad, conexidad, motivación suficiente, necesidad y proporcionalidad, entre otros), con el fin de evitar que la excepcionalidad sustituya la normalidad constitucional.[23]

3.5. Tutela, revisión eventual y control de constitucionalidad en casos concretos

En el plano de protección judicial de derechos, la acción de tutela constituye un pilar del Estado constitucional colombiano, al permitir la protección inmediata de derechos fundamentales ante amenazas o vulneraciones.[24] Este mecanismo se complementa con la facultad de revisión eventual por parte de la Corte Constitucional, que selecciona casos para unificar jurisprudencia y fijar precedentes vinculantes en materia de derechos.[25] En contraste con mecanismos de salida político-electoral, la tutela opera como correctivo jurisdiccional de actos u omisiones concretas, y su revisión eventual refuerza la coherencia del orden constitucional a través de precedentes.

3.6. Control contencioso-administrativo y control de legalidad

Además del control constitucional concentrado, el orden colombiano prevé control de legalidad de los actos administrativos por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, con un rol destacado del Consejo de Estado. La propia Constitución asigna al Consejo de Estado competencias específicas, incluyendo la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto de ciertos decretos del Gobierno cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional. Este control judicial complementa el sistema de frenos y contrapesos, al permitir la depuración de actos administrativos contrarios al orden jurídico.

3.7. Nota comparativa sobre sanción disciplinaria y estándar interamericano

Finalmente, el control disciplinario –en particular sobre funcionarios elegidos por voto popular– ha sido un punto de discusión relevante en Colombia. El estándar

[21] Constitución Política de Colombia, artículo 241(7).

[22] Ley 137 de 1994.

[23] Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 2020, M. P. Carlos Bernal Pulido.

[24] Constitución Política de Colombia, artículo 86; Decreto 2591 de 1991.

[25] Constitución Política de Colombia, artículo 241(9); Corte Constitucional, Auto A-027 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

interamericano ha enfatizado límites a la posibilidad de restringir derechos políticos mediante sanciones administrativas, lo que ha incidido en el debate interno sobre competencias y garantías.[26] Este elemento, aunque no sustituye el control constitucional, ilustra cómo el sistema colombiano incorpora controles multinivel (constitucional e internacional) que inciden sobre el ejercicio del poder y sobre la protección de la representación democrática.

En suma, Colombia carece de un mecanismo de "disolución recíproca" como la muerte cruzada, pero compensa esa ausencia con un entramado de control político y, sobre todo, con un control constitucional robusto (abstracto y concreto), control automático en estados de excepción y acciones judiciales de protección de derechos, que buscan canalizar conflictos institucionales sin recurrir a reinicios electorales.

Bibliografía

Doctrina

"Asamblea Nacional entra a resolver sobre el juicio político a Wilman Terán, alias 'Diablo', sin certezas de que haya los votos para su censura". *El Universo*, s. f. Acceso 15 de julio de 2024. https://www.eluniverso.com/noticias/politica/asamblea-nacional-entra-a-resolver-sobre-el-juicio-politico-a-wilman-teran-alias-diablo-sin-certezas-de-que-haya-los-votos-para-su-censura-nota/

"Asamblea Nacional resuelve juicio político contra Juan Zapata". *El Comercio*, 29 de mayo de 2024. Acceso 29 de mayo de 2024. https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/juan-zapata-juicio-politico-asamblea-nacional.html

"CAL calificó el juicio político contra el exsecretario de la Administración Pública, Sebastián Corral". *El Universo*, s. f. Acceso 23 de octubre de 2024. https://www.eluniverso.com/noticias/politica/cal-califico-el-juicio-politico-contra-el-exsecretario-de-la-administracion-publica-sebastian-corral-nota/

"CNE estableció en USD 79 millones el presupuesto para las elecciones anticipadas". *El Comercio*, 23 de mayo de 2023. Acceso 24 de mayo de 2023. https://www.elcomercio.com/actualidad/cne-establecio-presupuesto-elecciones-presidenciales-anticipadas.html

"Fernando Santos Alvite, exministro de Energía, fue censurado por la Asamblea Nacional". *Ecuavisa*, 30 de abril de 2024. Acceso 30 de abril de 2024. https://www.ecuavisa.com/noticias/politica/fernando-santos-alvite-ministerio-energia-censura-juicio-politico-asamblea-XC7253022

"Fiscalización decidió sobre el juicio político contra Diana Salazar y otros, en medio del caos". *El Comercio*, 9 de septiembre de 2024. https://

[26] Corte IDH, Petro Urrego v. Colombia, Sentencia del 8 de julio de 2020, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 406.

www.elcomercio.com/actualidad/politica/fiscalizacion-conocer-juicio-politico-contra-diana-salazar-otros-caos.html

Freire, Stalin. "La muerte cruzada en relación al principio de pesos y contrapesos en el Ecuador". Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2023. https://repositorio.puce.edu.ec/items/b54944ee-644e-41af-a022-9e4b7b0e4f6b

Hartmann-Cortés, Kevin, Juan Felipe Herrera y Gabriel Hernando Angarita. "La 'privatización' de la acción pública de inconstitucionalidad: ¿de la acción pública a la acción técnica?". *Revista Derecho del Estado*, n.° 50 (2021): 203.

Heller, Mariano y Mara Pegoraro. "El juicio político: definición general, naturaleza jurídica y antecedentes". En *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editado por Enzo L. Pagani y Alejandro G. Fernández. Buenos Aires: Jusbaires, 2016. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4497/83.pdf

"Juicio político a Gabriela Sommerfeld se tratará este martes en la Comisión de Fiscalización". *El Universo*, s. f. Acceso 2 de julio de 2024. https://www.eluniverso.com/noticias/politica/juicio-politico-gabriela-sommerfeld-canciller-comision-de-fiscalizacion-ministra-relaciones-exteriores-nota/

"Juicio político contra ministra del Interior de Ecuador pasa a fase final en el Parlamento". *Infobae,* s. f. Acceso 17 de octubre de 2024. https://www.infobae.com/america/agencias/2024/10/17/juicio-politico-contra-ministra-del-interior-de-ecuador-pasa-a-fase-final-en-el-parlamento/

"Presidente de Ecuador, Guillermo Lasso, disuelve el Parlamento". Radio Nacional. Acceso el 17 de mayo de 2023. https://www.radionacional.co/actualidad/mundo/presidente-de-ecuador-guillermo-lasso-disuelve-el-parlamento

Pulido Ortiz, Fabio Enrique *et al.* "*Amicus curiae* al Informe del Gran Padrino: delitos contra la administración pública y la seguridad". Presentado ante la Asamblea Nacional de Ecuador, 18 de mayo de 2023. https://www.teoriajuridicayconstitucion.com/post/amicus-curiae-al-informe-del-gran-padrino-delitos-contra-la-administración-pública-y-la-seguridad

Real Academia Española. Juicio político. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de https://dpej.rae.es/lema/juicio-pol%C3%ADtico

Normativa y jurisprudencia

Colombia. Constitución Política.

Colombia. Decreto 2067 de 1991.

Colombia. Decreto 2591 de 1991.

Colombia. Ley 5 de 1992.

Colombia. Ley 137 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Auto A-027 de 30 de junio de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 4 de octubre de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-247 de 15 de julio de 2020. M. P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 406.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador (2008). https://derechoecuador.com/constitucion-de-la-republica-del-ecuador-2008/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 403-422, ISSN 2346-0849

Diego Rafael Andrade* **(Ecuador)**

El doble conforme en materia penal según la Corte Constitucional del Ecuador. Un análisis jurisprudencial**

RESUMEN

En 2021, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la Sentencia 1965-18-EP/21, decisión que fundó la línea jurisprudencial del doble conforme en materia penal en el país. El doble conforme es una garantía de la persona procesada para solicitar la revisión integral de la sentencia condenatoria, a fin de que sea confirmada en dos instancias judiciales. Desde entonces, el tribunal ha emitido 37 sentencias en las que se evidencian problemas en la aplicación de esta garantía. El objetivo de este artículo es describir la aplicación del doble conforme en materia penal a través de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Los principales hallazgos se relacionan con 1) la regulación provisional del doble conforme mediante reglas jurisprudenciales y resoluciones administrativas ante la falta de una reforma penal, 2) las distintas situaciones procesales en las que debe garantizarse el doble conforme y 3) los efectos de las sentencias constitucionales sobre terceros cuyo derecho fue vulnerado en el proceso penal original.

Palabras clave: doble conforme; Sentencia 1965-18-EP/21; análisis jurisprudencial.

* Abogado con experiencia en el cumplimiento de sentencias y otras obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. diegoandrade97@yahoo.es / https://orcid.org/0009-0000-7517-6383

** El presente artículo sintetiza los resultados del proyecto de investigación Desarrollo Jurisprudencial del Derecho al Doble Conforme en las Acciones Extraordinarias de Protección Resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador, realizado por Diego Rafael Andrade como requisito para obtener el título de abogado en la Universidad Central del Ecuador.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The Right to a Review of the Conviction by a Higher Tribunal in Criminal Matters According to the Constitutional Court of Ecuador: An Analysis of Case Law

ABSTRACT

In 2021, the Constitutional Court of Ecuador issued ruling 1965-18-EP/21, a decision that created the jurisprudential line on the right to a review of the conviction by a higher tribunal in criminal matters. Double conformity guarantees that a prosecuted individual may request a comprehensive review of their conviction so that it may be confirmed in two judicial instances. Since then, the court has issued 37 rulings in which the application of this guarantee has evident problems. The objective of the article is to describe the application of double conformity in criminal matters through constitutional case law in Ecuador. The main findings relate to 1) the provisional regulation of the right to a review of criminal convictions by a higher tribunal through jurisprudential rules and administrative resolutions, in the absence of criminal law reform; 2) the different procedural situations in which double conformity must be guaranteed; and 3) the effects of the constitutional rulings on third parties whose rights were violated in the original criminal proceedings.

Key words: Right to a review of criminal convictions by a higher tribunal; Ruling 1965-18-EP/21; case law analysis.

Die Position des Verfassungsgerichtshofs von Ecuador zur doppelten Übereinstimmung im Strafrecht. Eine Analyse der Rechtsprechung

ZUSAMMENFASSUNG

Im Jahr 2021 verkündete der Verfassungsgerichtshof von Ecuador die Entscheidung 1965-18-EP/21 und begründete damit die Rechtsprechung der doppelten Übereinstimmung im Strafrecht. Mit der doppelten Übereinstimmung wird gewährleistet, dass eine verurteilte Person die vollständige Revision eines Schuldspruchs beantragen kann, um ihn in einem zweiten Verfahren bestätigen zu lassen. Bisher hat der Gerichtshof 37 Entscheidungen zu Fällen getroffen, in denen Probleme bei der Anwendung dieser Garantie festgestellt wurden. Im vorliegenden Beitrag soll die Anwendung der doppelten Übereinstimmung im Strafrecht durch die ecuadorianische Verfassungsrechtsprechung dargelegt werden. Seine wesentlichen Erkenntnisse beziehen sich auf: 1) die provisorische Regelung der doppelten Übereinstimmung mithilfe von Vorgaben zur Rechtsprechung und Verwaltungsentscheidungen angesichts des Fehlens einer Strafrechtsreform; 2) die unterschiedlichen Prozesssituationen, in denen die doppelte Übereinstimmung zu gewährleisten ist; und 3) die Folgen von verfassungsgerichtlichen Urteilen für Dritte, deren Rechte im ursprünglichen Strafprozess verletzt wurden.

Schlüsselwörter: Doppelte Übereinstimmung; Urteil 1965-18-EP/21; Analyse der Rechtsprechung.

Introducción

En materia penal, el *doble conforme* brinda a la persona que ha sido declarada culpable la posibilidad de analizar su condena en al menos dos instancias judiciales. La aplicación generalizada y estandarizada del doble conforme en materia penal en el Ecuador se produjo a raíz de la Sentencia 1965-18-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador en noviembre de 2021. A pesar de que han transcurrido casi cuatro años (hasta el envío de este artículo en mayo de 2025), las investigaciones existentes se limitan a realizar comentarios descriptivos sobre la Sentencia 1965-18-EP/21. En otras palabras, no existen investigaciones que analicen a fondo la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta institución jurídica.

Por lo tanto, el objetivo de este artículo es describir el desarrollo jurisprudencial del doble conforme en materia penal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Esta revisión jurisprudencial se realizó con base en el análisis de las 37 sentencias emitidas por la Corte de manera posterior a la Sentencia 1965-18-EP/21 y sus resultados sirven como guía orientativa para la aplicación e interpretación del doble conforme en materia penal, misma que es de alta utilidad para operadores de justicia, abogados defensores y estudiantes interesados en esta materia. La investigación se fundamenta en el método de análisis dinámico de precedentes jurisprudenciales propuesto por Diego López Medina.

1. Pasos previos al reconocimiento del derecho al doble conforme en materia penal en el Ecuador

La aplicación generalizada y estandarizada del doble conforme en materia penal en el país se produjo a raíz de la Sentencia 1965-18-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. Sin embargo, antes de esta sentencia existieron algunos pasos previos que allanaron el camino para el reconocimiento del doble conforme en materia penal.

1.1. Antes de la Sentencia 1965-18-EP/21 que inauguró la línea jurisprudencial sobre el doble conforme

La incorporación del doble conforme en la legislación ecuatoriana se realizó en virtud de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.[1] A lo largo de la Constitución ecuatoriana se indica de manera reiterada que los instrumentos internacionales son parte del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, el artículo

[1] Diego Rafael Andrade, "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme en las acciones extraordinarias de protección resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador" (tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2024), 49, https://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/c60f85d4-293d-463d-8d31-cfe4fb86d2d0

10 del texto constitucional señala que todas las personas serán titulares de los derechos reconocidos por dicho instrumento, así como de los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales. En esta misma línea de ideas, en los artículos 424 y 426 de la Constitución se establecen los principios *pro homine* y de aplicación directa de los derechos respectivamente. En dichos artículos se señala, además, que los servidores públicos, con especial énfasis en los jueces, deberán aplicar las disposiciones normativas más favorables en materia de derechos humanos.[2]

En este punto, es importante tener en cuenta que la Constitución no contiene un "derecho al doble conforme en materia penal" de manera propiamente dicha y, hasta antes de noviembre de 2021, el resto de normas infraconstitucionales tampoco desarrollaron ninguna institución jurídica con un nombre similar.[3] Sin embargo, vale mencionar que el derecho a recurrir sí está contemplado en la Constitución ecuatoriana, aunque de manera muy general.[4]

De igual manera, es importante considerar que la expresión "doble conforme" no se encuentra expresamente en tratados o convenios internacionales.[5] El principal sustento legal del doble conforme se desprende de la interpretación conjunta de varias disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[6]

El PIDCP establece que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley" (art. 14.5). Para Marshall, el derecho descrito en el artículo 14.5 contiene dos elementos: 1) una revisión amplia e integral de la sentencia condenatoria y 2) la obligación de los Estados de incorporar en su sistema procesal penal un mecanismo de impugnación que permita que la persona condenada pueda recurrir el fallo.[7]

Respecto a estos elementos, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó que los recursos que consistan en una mera revisión formal no

---

[2] Daniela Salazar Marín, "El camino hacia el reconocimiento del derecho al doble conforme penal en Ecuador: ¿control de convencionalidad o diálogo jurisprudencial?", en *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 369-372 (México: UNAM, 2023). https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7395/55.pdf

[3] Andrade, "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme ", 130-132.

[4] El artículo 76.7.m señala que el derecho a la defensa de las personas incluirá las siguientes garantías: "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".

[5] José Luis Campos, "El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente", *Revista Judicial*, n.° 118 (2016): 148.

[6] Lucas Crisafulli, "Las impugnaciones en el proceso contravencional cordobés y la garantía del doble conforme", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 13 (2023): 144.

[7] Peter D. Marshall, "A Comparative analysis of the right to appeal", *Duke Journal of Comparative & International Law*, n.° 22 (2011): 18.

cumplen con el texto del artículo 14.5 del PIDCP.[8] Marshall sostiene que incluso no basta con que el recurso o mecanismo de impugnación esté contemplado en la legislación procesal penal, sino que debe ser eficaz y accesible.[9] Acerca de la eficacia, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho énfasis en que el análisis de los mecanismos de impugnación debe realizarse en función de su aplicación y no solamente en cuanto a su denominación o existencia.[10]

Con base en estos antecedentes, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió en 2020 varios casos en los que se presentaron situaciones que vulneraban el derecho al doble conforme en materia penal. En los primeros casos, la Corte no reconoció la vulneración directa de este derecho, a pesar de que se presentaron votos salvados que ya exponían la necesidad de tratar esta problemática de acuerdo con los estándares interamericanos.[11] Progresivamente, la Corte resolvió estos problemas de manera individual.[12]

Debido a la gran cantidad de casos similares sobre el doble conforme, en noviembre de 2021 la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que un problema estructural requería una solución estructural.[13] Con base en este contexto, la Corte emitió la Sentencia 1965-18-EP/21.

1.2. La emisión de la Sentencia 1965-18-EP/21

A través de un *análisis de control de constitucionalidad por omisión normativa*,[14] efectuado en la Resolución de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) 1965-18-EP/21, la Corte Constitucional consideró que la función legislativa debía enmendar su error por no haber contemplado un recurso que garantizara el doble conforme

[8] Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, Vázquez vs. España, CCPR/C/69/D/701/1996, 11 de agosto de 2000, párrafo 11.1.

[9] Marshall, "A comparative analysis of the right to appeal", 21.

[10] Naciones Unidas, Vázquez vs. España, cit., párrafo 11.1.

[11] Corte Constitucional del Ecuador, 1486-14-EP/20. En el voto salvado de la exjueza Daniela Salazar Marín se expone la necesidad de que la Corte desarrolle jurisprudencia sobre el doble conforme.

[12] Corte Constitucional del Ecuador, 987-15-EP/20; 1989-17-EP; 1961-16-EP/21; 151-15-EP/21. Ver una detallada y valiosa descripción sobre cómo la posición de la Corte evolucionó respecto al doble conforme, en Marín, "El camino hacia el reconocimiento del derecho al doble conforme penal en el Ecuador: ¿control de convencionalidad o diálogo jurisprudencial?".

[13] Corte Constitucional del Ecuador, 1965-18-EP/21, párrafos 49-50.

[14] Para un análisis más detallado sobre los argumentos esgrimidos en la Sentencia 1965-18-EP/21 y sobre la aplicación del mecanismo de *control de constitucionalidad por omisión normativa*, ver Gissela Nicole Flores Calvopiña, *La adopción de los estándares interamericanos sobre el derecho al doble conforme en Ecuador: análisis de las sentencias 1965-18-EP/21 y 8-19-IN/21* (Salamanca: Universidad de Salamanca), https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/159264/TFM_FloCalGN_adopci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Andrade, "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme".

para aquellas personas que son declaradas culpables por primera vez en segunda instancia. En consecuencia, la Sentencia 1965-18-EP/21, decisión a la que se concedió efectos *erga omnes*, dispuso que la Asamblea Nacional debía reformar el Código Orgánico Integral Penal (COIP) e incorporar un nuevo recurso que garantizara el doble conforme para este tipo de casos.[15] Además, considerando el largo tiempo que se necesita para reformar o dictar una ley en el Ecuador, la Corte Constitucional ordenó que la Corte Nacional de Justicia emitiera de manera provisional una resolución con fuerza de ley que cumpliera con los parámetros ordenados por la sentencia con el propósito de garantizar el doble conforme hasta que el COIP sea reformado.[16]

En resumen, gracias a la Sentencia 1965-18-EP/21, el sistema de recursos en materia penal incorporó un recurso especial que garantiza el doble conforme en todas las instancias y que puede ser presentado de manera previa a la activación de mecanismos de impugnación extraordinarios, como la casación. Con base en lo dispuesto por esta sentencia constitucional, la Corte Nacional de Justicia incorporó este recurso a través de la Resolución 04-2022. En la figura de la página siguiente se exponen todas las circunstancias en las que se puede presentar el recurso especial que garantiza el doble conforme.

1.3. Sobre la regulación del doble conforme en materia penal a través de normas de naturaleza administrativa

En este punto, es importante exponer la siguiente reflexión respecto a que la Asamblea Nacional no ha reformado el COIP hasta el momento y, por ende, el recurso que garantiza el doble conforme se encuentra establecido únicamente en una resolución con fuerza de ley emitida por la Corte Nacional de Justicia. Es decir que un nuevo recurso (que incluso se puede considerar como una nueva instancia) está siendo regulado a través de un instrumento normativo de naturaleza administrativa.

Este particular resulta sumamente problemático puesto que, en resumidas cuentas, el ordenamiento jurídico ecuatoriano actualmente contiene un recurso penal que no está regulado por una ley en el sentido estricto establecido por la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

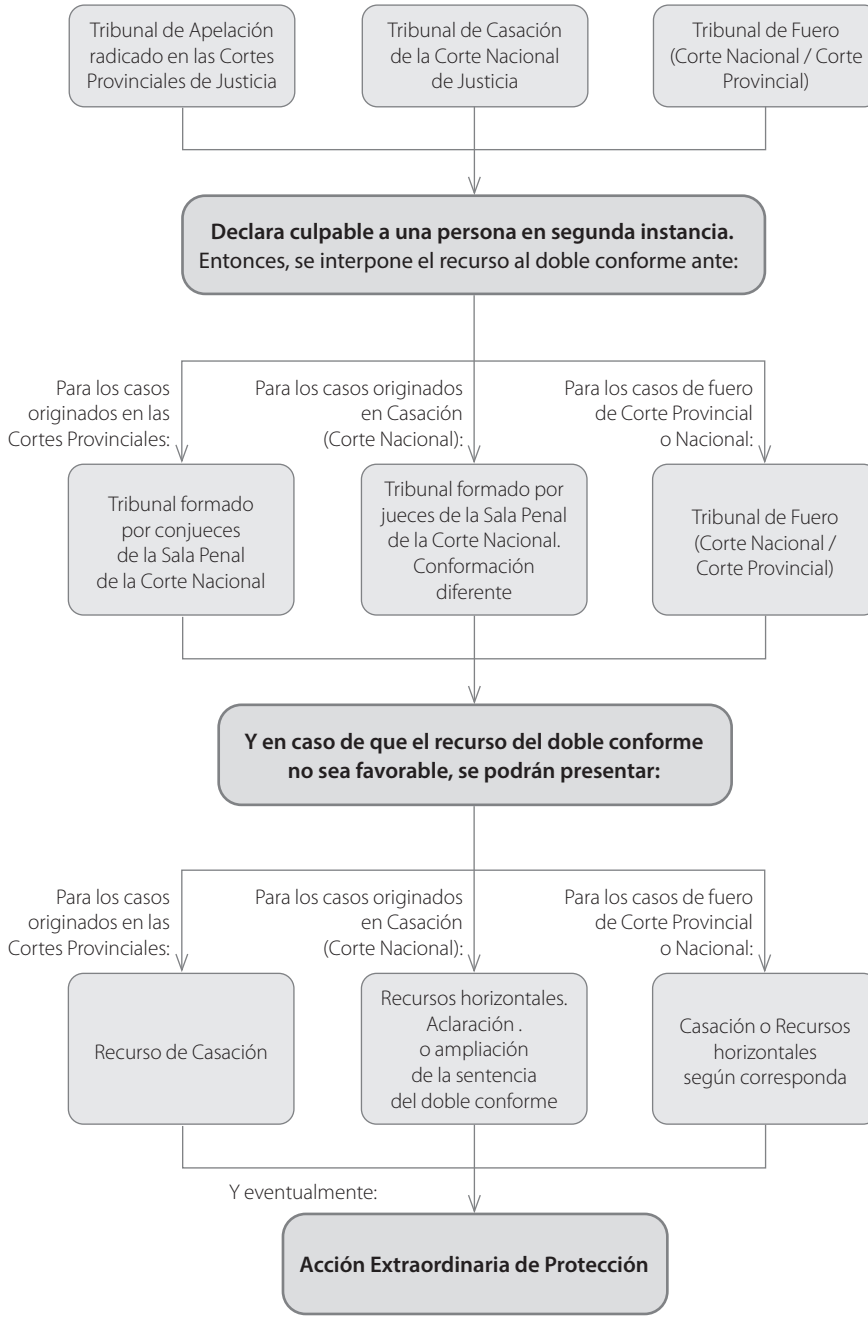
En casos similares, este alto tribunal ha considerado que, a pesar de la emisión de jurisprudencia vinculante u otro tipo de resoluciones normativas, la vía adecuada

---

[15] Hasta mayo de 2025 se presentaron dos proyectos de ley que reforman el COIP e incorporan el recurso que garantiza el doble conforme. El primero, presentado por la Corte Nacional de Justicia en septiembre de 2022, está listo para el segundo debate en el pleno de la Asamblea. El segundo, presentado por la expresidenta de la Asamblea Nacional Viviana Veloz en junio de 2024, se encuentra en la revisión de la comisión especializada, previa al primer debate en el pleno. Para una revisión del contenido y el estado de los proyectos de ley se recomienda visitar el buscador de proyectos de ley: https://leyes.asambleanacional.gob.ec/

[16] La Resolución 04-2022, "Recurso especial al doble conforme", emitida en marzo de 2022, regula actualmente el doble conforme en el Ecuador.

Recurso especial que garantiza el doble conforme
(Resolución 04-2022 CNJ y Sentencia 1965-18-EP/21 CC)



Fuente: Tomado de Andrade, "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme", 30.

para regular y garantizar el doble conforme en materia penal es la emisión o la reforma de una ley en el sentido estricto de la citada Opinión Consultiva.[17] Inclusive, se podría argumentar que regular el doble conforme a través de una resolución administrativa de la Corte Nacional iría en contra de los férreos requerimientos del principio de legalidad en materia penal.

A nivel internacional, existen casos similares en los que la Corte IDH ha determinado que la ley es el mecanismo adecuado para regular el recurso que garantice el doble conforme. Por citar un ejemplo, en el caso de Argentina, este tribunal declaró la responsabilidad internacional del Estado por no adecuar sus leyes penales con el propósito de incorporar el doble conforme.[18]

A mi criterio, cuanto más tiempo transcurra para la reforma de la legislación procesal penal ecuatoriana para que el doble conforme sea regulado por un instrumento legal, más posibilidades existen de que el Estado sea declarado responsable de no garantizar este recurso a la luz de lo dispuesto por los estándares interamericanos.

2. ¿Qué es el doble conforme en materia penal según la Corte Constitucional del Ecuador?

En materia penal, el doble conforme es una "garantía que tiene la persona condenada para que su sentencia condenatoria pueda ser confirmada en dos instancias judiciales".[19] Para construir esta definición, la Corte Constitucional recurrió a la jurisprudencia interamericana sobre el doble conforme.

Procesalmente, esta garantía implica la revisión íntegra del fallo condenatorio en sus aspectos fácticos, probatorios y normativos.[20] Además, el doble conforme obliga al sistema judicial a declarar la culpabilidad de una persona únicamente cuando existen dos sentencias en su contra.[21]

La Corte Constitucional del Ecuador considera que el doble conforme debe cumplir con los siguientes elementos:[22]

---

[17] Andrade, "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme", 22-24.

[18] Corte IDH, casos Mohamed vs. Argentina, y Mendoza y otros vs. Argentina. En este país, el doble conforme se garantizaba en virtud de un precedente judicial obligatorio de la Corte Suprema de la Nación, conocido como el Fallo Casal.

[19] Corte Constitucional del Ecuador, 987-15-EP/20, párrafo 48.

[20] Corte IDH, Liakat Ali Alibux v. Surinam, Sentencia de 3 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276, párr. 85; Caso Gorigoitía vs. Argentina, Sentencia de 2 de septiembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 382, párr. 48.

[21] Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 de noviembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255, párr. 92.

[22] Corte Constitucional del Ecuador, 1965-18-EP/21, párrafo 27.

- El recurso que garantice el doble conforme debe ser ordinario. En otras palabras, el doble conforme debe cumplir con los requisitos de oportunidad, eficacia y accesibilidad.
- El doble conforme debe analizar de manera integral todos los aspectos del primer fallo condenatorio. Es decir que el doble conforme no puede ser un mero control de legalidad por parte del tribunal revisor.
- La revisión otorgada en virtud del doble conforme debe ser realizada por un tribunal jerárquicamente superior y competente en la materia.

Como se mencionó, la necesidad de la Corte Constitucional para aplicar los estándares del doble conforme en materia penal se originó del análisis de aquellos casos en los que se declaró culpable a una persona por primera vez en segunda instancia, dejando como única vía de apelación los recursos extraordinarios de impugnación contemplados en la ley penal ecuatoriana, los cuales son respectivamente los de casación y revisión.

En específico, la Corte realizó el siguiente análisis, donde planteó si los recursos disponibles a la fecha de la resolución de la sentencia garantizaban lo exigido por el derecho al doble conforme:

> La *casación –analizada a la luz de los requisitos que exige el doble conforme– no es un recurso eficaz*, por cuanto en él no puede controvertirse la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada, valoración que difiere de –de hecho, es posterior a– la admisión y producción de la prueba; *y tampoco es accesible*, debido a las rigurosas formalidades exigidas para la admisibilidad del recurso. […] [Mientras que] la *revisión no es un recurso oportuno –según el estándar exigido por el doble conforme–*, dado que su interposición no impide la ejecutoria de la sentencia impugnada*; y tampoco es eficaz*, puesto que se circunscribe al examen exclusivo de las causales taxativamente fijadas en la ley, todas las que, además, exigen la presentación de prueba nueva.[23]

No obstante, tal y como se detallará en los siguientes apartados, el doble conforme también puede ser vulnerado en otros escenarios, incluso cuando se ha declarado la culpabilidad de una persona en primera instancia.

Con base en estas interpretaciones, el derecho al doble conforme en materia penal implica que una persona debe ser considerada definitivamente como culpable, siempre y cuando existan dos sentencias condenatorias en su contra, sin importar cuál sea la instancia en la que estas sean dictadas.[24]

---

[23] Corte Constitucional del Ecuador, 1965-18-EP/21, párrafos 38-39.

[24] La jurisprudencia interamericana tiene un desarrollo amplio sobre este tipo de casos: Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999), Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), Mohamed vs. Argentina (2012), Mendoza vs. Argentina (2013), Liakat Ali Alibux vs. Surinam (2014) y Gorigoitía vs. Argentina (2019).

3. Planteamiento del problema y método de análisis

¿Cómo la jurisprudencia constitucional ha ido desarrollando nuevos aspectos en la aplicación del doble conforme en materia penal? Para responder esta pregunta se seleccionaron las 37 sentencias de AEP,[25] resueltas por la Corte Constitucional, que desarrollaron el derecho al doble conforme en materia penal. Estas sentencias fueron descargadas del aplicativo "Buscador Jurisdiccional", disponible en la página web de la Corte Constitucional del Ecuador.[26]

Debido a la extensión de las sentencias, se procedió a sintetizarlas. Para ello, se tomaron en cuenta las consideraciones del *análisis dinámico de precedentes jurisprudenciales*.[27] Este método de análisis propone que las sentencias deben ser leídas en conjunto como parte de un mismo sistema.[28] En consecuencia, las sentencias deben ser analizadas con base en los siguientes elementos: 1) patrón fáctico común, 2) identificación de sentencias hito o iniciadoras de líneas jurisprudenciales y 3) construcción de líneas o reglas jurisprudenciales a partir de la sistematización de las sentencias encontradas que presenten rasgos comunes.

Con base en estas consideraciones metodológicas, las sentencias fueron agrupadas de acuerdo con el siguiente detalle: 1) datos de identificación de las sentencias, 2) síntesis de los hechos de la sentencia, especificando en qué instancia se declaró culpable por primera vez a los procesados, 3) problema jurídico por resolver, 4) la *ratio decidendi* y 5) parte resolutiva de la sentencia. A partir de estos parámetros se procedió a un análisis cualitativo con el propósito de encontrar patrones comunes que evidenciaran líneas o reglas jurisprudenciales comunes. A continuación, se exponen los principales hallazgos.

---

[25] La AEP es una garantía jurisdiccional que tiene como finalidad ejercer un control de naturaleza constitucional sobre posibles violaciones al debido proceso en casos que son conocidos por la justicia ordinaria. Francisco Guerrero del Pozo, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador* (Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 172. La AEP tiene requisitos estrictamente taxativos fijados tanto por la Constitución como por la ley y la jurisprudencia constitucional. Esta acción se presenta únicamente en contra de sentencias o resoluciones judiciales que pongan fin de manera definitiva al proceso conocido por los jueces ordinarios.

[26] Buscador Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador: https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

[27] Este método de análisis jurisprudencial es desarrollado en Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2006), 139.

[28] López Medina, *El derecho...*

4. Resultados

4.1. Instancias en las que se vulneró el doble conforme en materia penal

Como se mencionó, las AEP son garantías jurisdiccionales de naturaleza constitucional que se presentan en contra de sentencias o decisiones que ponen fin de manera definitiva a los procesos conocidos por la justicia ordinaria. En ese sentido, se encontró que la Corte Constitucional resolvió 37 AEP que se presentaron en varias circunstancias e instancias procesales. En los siguientes apartados se expone un recuento de las particularidades encontradas.

4.1.1. El derecho al doble conforme en materia penal se vulneró a través de la inadmisión del recurso de casación

En 16 sentencias, incluida la Sentencia 1965-18-EP/21 que fundó la línea jurisprudencial del doble conforme, se encontraron los siguientes patrones comunes:[29] 1) una o más personas fueron declaradas culpables en segunda instancia; 2) los procesados presentaron un recurso de casación que impugna la condena en segunda instancia; 3) la Corte Nacional de Justicia inadmitió el recurso de casación, a través de un auto de admisibilidad, argumentando la restricción legal que existía para ejecutar una revisión completa de la sentencia condenatoria; 4) los procesados presentaron una AEP ante la Corte Constitucional con el propósito de impugnar el auto de inadmisión que puso fin de manera definitiva al proceso penal original.

El problema jurídico planteado por la Corte Constitucional fue: ¿el derecho al doble conforme en materia penal fue vulnerado por no contar con un recurso ordinario que garantice un análisis completo de la primera sentencia condenatoria?

Como se mencionó en la descripción de lo acontecido en la emisión de la Sentencia 1965-18-EP/21, la Corte Constitucional determinó que el derecho al doble conforme en materia penal se vulnera en aquellas circunstancias en las que el sistema de recursos contempla únicamente mecanismos extraordinarios para la revisión de condenas dictadas por primera vez en segunda instancia. Por lo tanto, en estas 16 sentencias se ordenó que el proceso penal original retrocediera hasta la emisión de la condena en segunda instancia con el propósito de que los procesados pudieran presentar el nuevo recurso especial que garantiza el doble conforme.

---

[29] Las sentencias que presentan el mismo patrón común son las siguientes: 1965-18-EP/21, 2128-16-EP/21, 2251-19-EP/22, 2516-19-EP/22, 8-22-EP/22, 801-20-EP/22, 1396-21-EP/22, 1443-18-EP/22, 988-20-EP/22, 7-22-EP/22, 2167-18-EP/22, 1935-18-EP/22, 1811-18-EP/22, 371-21-EP/23, 2287-21-EP/23, 213-22-EP/23.

4.1.2. El derecho al doble conforme en materia penal se vulneró a través de la sentencia del recurso de casación

La *ratio decidendi* original planteada por la Sentencia 1965-18-EP/21 tiene su primera modulación en ocho sentencias posteriores.[30] Esta modulación, aunque ligera, se diferencia de la línea jurisprudencial original, puesto que se trata de casos en los que el recurso de casación fue aceptado y tramitado para posteriormente ser analizado por el tribunal, teniendo como resultado una sentencia en la que no se revisó de manera completa la sentencia emitida por primera vez en segunda instancia.

El patrón fáctico común fue el siguiente: 1) una o más personas fueron declaradas culpables en segunda instancia, 2) los procesados presentaron un recurso de casación que impugna la condena en segunda instancia, 3) la Corte Nacional de Justicia admitió el recurso de casación, 4) la Corte Nacional de Justicia analizó el recurso y emitió una sentencia en la que no revisó de manera completa la sentencia emitida por primera vez en segunda instancia, 5) los procesados presentaron una AEP ante la Corte Constitucional con el propósito de impugnar la sentencia de casación.

El problema jurídico planteado por la Corte fue el mismo que en el anterior grupo de sentencias: ¿el derecho al doble conforme en materia penal fue vulnerado por no contar con un recurso ordinario que garantizara un análisis completo de la primera sentencia condenatoria?

Como se mencionó en párrafos anteriores sobre la descripción de la Sentencia 1965-18-EP/21, la Corte Constitucional determinó que el derecho al doble conforme en materia penal se vulnera en aquellas circunstancias en las que el sistema de recursos contempla únicamente mecanismos extraordinarios para la revisión de condenas dictadas en segunda instancia. Por lo tanto, en estas ocho sentencias se ordenó que el proceso penal original retrocediera hasta la emisión de la condena en segunda instancia con el propósito de que los procesados pudieran presentar el nuevo recurso especial que garantiza el doble conforme.

4.1.3. El derecho al doble conforme en materia penal se vulneró debido a la declaración irregular de desistimiento de recurso en la fase de apelación (segunda instancia)

En este grupo de once sentencias, la Corte Constitucional del Ecuador moduló de manera más amplia el alcance del derecho al doble conforme.[31] El patrón fáctico

---

[30] Las sentencias que presentan el mismo patrón común son las siguientes: 2913-19-EP/22, 2422-17-EP/22, 1659-18-EP/22, 2710-19-EP/22, 950-22-EP/22, 648-17-EP/23, 260-18-EP/23, 2344-17-EP/23.

[31] Las sentencias que presentan el mismo patrón común son las siguientes: 1328-17-EP/21, 200-20-EP/22, 1165-19-EP/22, 1268-20-EP/22, 2611-19-EP/22, 591-21-EP/23, 2843-17-EP/23, 733-19-EP/23, 902-21-EP/23, 115-21-EP/23, 329-19-EP/23.

común presenta una variación con respecto a los comentados en los dos apartados anteriores. En estos once casos, la Corte determinó que el doble conforme puede ser vulnerado en situaciones en las que el tribunal de segunda instancia declare el desistimiento o abandono tácito por parte del procesado.

El patrón fáctico es el siguiente: 1) los procesados fueron declarados culpables por primera vez en primera instancia, 2) los procesados presentaron el recurso de apelación ante los jueces de segunda instancia, 3) los jueces de segunda instancia convocaron a audiencia de fundamentación del recurso de apelación en la que los abogados de los procesados presentaron sus argumentos, 4) el tribunal de apelación declaró erróneamente el desistimiento de la apelación por falta de fundamentación, 5) los procesados presentaron un recurso de casación y este fue rechazado por la Corte Nacional de Justicia, 6) los procesados presentaron una AEP ante la Corte Constitucional del Ecuador.

Este patrón fáctico es sumamente particular puesto que implica un error judicial en la interpretación de cómo se fundamenta el recurso de apelación. En el artículo 652.9 del COIP se menciona textualmente: "En caso de que el recurrente no fundamente el recurso, se entenderá su desistimiento". Sin embargo, la Corte Constitucional encontró que los tribunales de apelación equiparaban una *posible argumentación deficiente* con la *falta de argumentación* en el sentido dispuesto por la legislación penal.[32]

El problema jurídico planteado por la Corte fue: ¿el derecho al doble conforme en materia penal fue vulnerado por la declaración de desistimiento de la apelación que se fundamentó en una errónea interpretación judicial de la legislación procesal penal?

En estos once casos, la Corte Constitucional tuvo una decisión uniforme: determinó que todas las trabas u obstáculos irrazonables que impiden que los procesados accedan a la revisión completa de su primera condena constituyen una violación del derecho al doble conforme en materia penal.[33]

Este razonamiento de la Corte Constitucional debe ser resaltado de manera enfática, debido a que aplica de manera adecuada los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, así como del sistema universal de derechos humanos sobre el derecho a recurrir y el derecho al doble conforme, puesto que *más allá del nombre que tenga cada recurso*, *toda persona debe tener la facultad de acceder a una revisión completa de su primera sentencia condenatoria*.

---

[32] Cuando menos, resulta curioso que todas estas sentencias tengan como punto de origen las resoluciones del recurso de apelación de un mismo tribunal, tribunal que se encuentra radicado en la Corte Provincial del Azuay (Sala de lo Penal). Respecto a este particular, la Corte Constitucional llamó la atención de manera directa y reiterada a esta Corte Provincial. Por ejemplo, en la Sentencia 591-21-EP/23, párrafo 46, el alto tribunal plantó el llamado de atención en los siguientes términos: "Este organismo ya ha expresado en otras ocasiones que, si la Sala de la Corte Provincial consideraba que los fundamentos no eran suficientes para el recurso, lo que correspondía era que el mismo se pronuncie mediante sentencia y no auto".

[33] Sentencia 200-20-EP/22, párrafos 52-53.

De tal modo que, así como analizó la casación y el recurso de revisión a la luz de los estándares del doble conforme, la Corte Constitucional determinó si el recurso de apelación cumplía con lo requerido por la doble conformidad. En las sentencias 1165-19-EP/22 (párr. 23), 1268-20-EP/22, (párr. 40), 2611-19-EP/22 (párr. 28) y 733-19-EP/23 (párr. 34), la Corte encontró que el recurso de apelación garantiza el doble conforme, porque ofrece la posibilidad de una revisión fáctica, normativa y procesal de la primera sentencia condenatoria.

Como consecuencia de este análisis, la Corte Constitucional ordenó que el proceso penal original retrocediera hasta el momento procesal inmediatamente posterior a la emisión de la sentencia condenatoria de primera instancia. Esto, con el objetivo de que la persona procesada pudiera presentar el debido recurso de apelación.

4.2. Los efectos de las sentencias constitucionales sobre terceros que fueron declarados culpables en el proceso penal original, pero que no fueron legitimados activos en el proceso de revisión constitucional

De las sentencias analizadas, se encontraron cuatro casos en los que los procesados que fueron condenados en el proceso penal original no presentaron de manera conjunta la AEP ante la Corte Constitucional.[34]

El patrón fáctico fue el siguiente: 1) en un mismo proceso penal, dos o más personas fueron condenadas, 2) la Corte Constitucional determinó una vulneración al doble conforme en cualquiera de las instancias analizadas con anterioridad (casación o apelación), 3) al menos uno de los procesados presentó una AEP que dejó por fuera a uno o más del resto de condenados en el proceso penal original.

A pesar de la notable particularidad de estos casos, la Corte Constitucional se limitó a analizar únicamente la vulneración del doble conforme. En las partes resolutivas de sus sentencias, la Corte determinó que las disposiciones de sus sentencias surten efecto únicamente respecto a los legitimados activos en el proceso constitucional, dejando así por fuera a las personas que fueron condenadas en el proceso penal original, pero que no recurrieron a la jurisdicción constitucional.

Sobre este particular, es importante destacar los votos salvados de la exjueza constitucional Daniela Salazar Marín. Por ejemplo, en la Sentencia 950-22-EP/22, la exjueza planteó la posibilidad de hacer una excepción del principio dispositivo que regula la legitimación activa de la AEP. Los argumentos de la jueza fueron los siguientes:

> En este orden de ideas, mis preocupaciones se centran en tres posibilidades: i) que al quedar en firme una sentencia emitida por un tribunal de casación

[34] Las sentencias analizadas son las siguientes: 950-22-EP/22, 648-17-EP/23, 371-21-EP/23, 115-21-EP/2.

> con respecto al resto de personas procesadas, la eficacia del recurso especial de doble conforme de la accionante se vea limitada al punto de no permitir una revisión integral del caso; ii) que la sentencia que dicte el tribunal encargado de conocer el recurso de doble conforme sea contradictoria con la sentencia del tribunal de casación; y, iii) que se afecten garantías del debido proceso de otras personas procesadas, particularmente por una inobservancia del principio de favorabilidad.[35]

Un caso interesante que confirma las preocupaciones de la exjueza se encontró en la Sentencia 371-21-EP/23. El legitimado activo en dicha sentencia no compareció en la Sentencia 950-22-EP/22 (primera sentencia de este tipo en la que se emitió el voto salvado analizado en el párrafo anterior), a pesar de que fue parte del proceso penal original y presentó una nueva AEP que fue resuelta por la Corte Constitucional. En ambos casos, la Corte falló de la misma manera, es decir, declaró la vulneración del doble conforme y la sentencia tuvo los mismos efectos en ambos casos. Esto, aunque demuestra la coherencia de la Corte a la hora de construir y argumentar sus fallos sobre el doble conforme, produce preocupación sobre la posibilidad de tener personas condenadas en un mismo proceso penal con suertes y destinos diferentes en caso de que la Corte Constitucional en algún punto decida cambiar su interpretación del doble conforme. Estos tipos de casos en particular merecen un análisis más detallado, mismo que se expone a continuación.

En el artículo 97 del Código Orgánico General de Procesos se establece que las decisiones judiciales tienen efectos *inter partes*, es decir que afectan únicamente a las partes. Cuando terceros son beneficiados de las decisiones de la Corte Constitucional, comúnmente se ha alegado que la Corte se ha extralimitado en el uso de sus funciones.

Por otra parte, también es importante considerar las especificidades propias del proceso penal. El artículo 652.5 del COIP establece que "cuando en un proceso existan varias personas procesadas, el recurso interpuesto por una de ellas, beneficiará a las demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales". Además, el artículo 76 de la Constitución del Ecuador dispone: "En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora".

Con base en las reglas generales del derecho procesal, a primera vista podría considerarse válido pronunciarse únicamente sobre el estado del legitimado activo en el proceso constitucional, dejando por fuera al resto de condenados en el proceso penal original. Sin embargo, para evitar posibles efectos adversos tanto para la

---

[35] Sentencia 950-22-EP (voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín), párrafo 8.

coherencia esperada del poder judicial como para el resto de procesados que deberían ser juzgados de manera uniforme y gozar equitativamente de los recursos de impugnación derivados de un mismo proceso penal, y en plena concordancia con la exjueza Daniela Salazar Marín, los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional deberían tener en cuenta la naturaleza particular de los procesos penales así como la condición de los terceros interesados en lo que respecta al doble conforme.

Conclusiones

El derecho al doble conforme en materia penal es una institución jurídica novedosa. Este derecho faculta a los condenados por primera vez en un proceso penal a acceder a un recurso que les permite solicitar la revisión completa de su sentencia.

El doble conforme en materia penal es una institución jurídica que a nivel internacional y nacional ha sido desarrollada a través de la interpretación jurisprudencial de las altas cortes. Sin embargo, existen pocos estudios que analicen su aplicación más allá de la teoría.

La Corte Constitucional del Ecuador ha enfrentado varios casos que han superado las consideraciones teóricas previas sobre el doble conforme. En primer lugar, la Corte ha tenido que suplir un vacío en la legislación procesal penal, disponiendo que la Corte Nacional tenga tanto función judicial como legislativa para la creación de normativa que regule el derecho al doble conforme. No obstante, debido a la lentitud en la reforma de la legislación procesal penal, en el Ecuador el doble conforme se regula únicamente a través de una resolución administrativa de la Corte Nacional y, a su vez, de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional. Esto podría traer eventuales declaraciones de responsabilidad internacional por parte de la Corte IDH, debido a que se estaría regulando un proceso penal sin tener una disposición estrictamente legal que la ampare.

Adicionalmente, la Corte Constitucional enfrentó escenarios en los que tuvo que modular el alcance del derecho al doble conforme en materia penal. Así, la Corte ha definido en qué instancias procesales el doble conforme podría ser vulnerado. Vale destacar que, originalmente, tanto en el sistema interamericano como en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, el doble conforme había sido declarado transgredido en casos en los que una persona era hallada culpable por primera vez en segunda instancia. No obstante, la Corte ha encontrado que el doble conforme también puede ser vulnerado en los casos donde la apelación de segunda instancia ha sido denegada en virtud de trabas u obstáculos irrazonables establecidos por los tribunales de segunda instancia.

En su tarea de analizar otras posibles vulneraciones del doble conforme, la Corte Constitucional encontró que todas las AEP generadas por casos donde la apelación de segunda instancia se denegó de manera irregular fueron juzgados por un mismo tribunal. En estos casos en particular, la Corte decidió llamar la atención

directamente a este tribunal, debido a una errónea interpretación sistemática del derecho procesal penal. Esta posición de la Corte es destacable, debido a que una alta corte se hubiera limitado únicamente a dar trámite a sus procesos sin advertir sobre esta problemática o, mucho menos, extender un llamado de atención en este sentido.

La Corte Constitucional también ha tenido que definir cuál es el efecto de sus sentencias en aquellos casos en los que uno de los condenados en el proceso penal original ha presentado una AEP, dejando por fuera al resto de los procesados. En este caso, la Corte Constitucional ha decidido que sus sentencias tienen efectos únicamente sobre los peticionarios del proceso constitucional. Más allá de estas consideraciones, en este artículo se ha argumentado que, en estos casos, se debería contemplar una excepción a la forma en que se aplican los efectos de las sentencias constitucionales, especialmente teniendo en cuenta que se podrían afectar los intereses de personas que ven su libertad en juego en medio de un proceso penal.

Finalmente, aunque no es del todo perfecta, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador es sumamente valiosa a la hora de definir el alcance del doble conforme en materia penal.

Bibliografía

Doctrina

Andrade, Diego Rafael. "Desarrollo jurisprudencial del derecho al doble conforme en las acciones extraordinarias de protección resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador". Tesis de pregrado. Universidad Central del Ecuador, 2024. https://www.dspace.uce.edu.ec/entities/publication/c60f85d4-293d-463d-8d31-cfe4fb86d2d0

Campos, José Luis. "El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente". *Revista Judicial*, n.° 18 (2016): 148-172.

Crisafulli, Lucas. "Las impugnaciones en el proceso contravencional cordobés y la garantía del doble conforme". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 13 (2023): 142-151.

Flores Calvopiña, Gissela Nicole. *La adopción de los estándares interamericanos sobre el derecho al doble conforme en Ecuador: análisis de las sentencias 1965-18-EP/21 y 8-19-IN/21*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2024. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/159264/TFM_FloCalGN_adopci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guerrero del Pozo, Francisco. *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.

López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006.

Marshall, Peter D. "A comparative analysis of the right to appeal". *Duke Journal of Comparative & International Law*, n.° 22 (2011): 18-21.

Salazar Marín, Daniela. "El camino hacia el reconocimiento del derecho al doble conforme penal en Ecuador: ¿control de convencionalidad o diálogo jurisprudencial?". En *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: UNAM, 2023. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7395/55.pdf

Normativa y jurisprudencia

Código Orgánico General de Procesos (Ecuador). 2015.

Código Orgánico Integral Penal (Ecuador). 2014.

Constitución de la República del Ecuador. 2006.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021 (Caso Laguna estructural y doble conforme).

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2128-16-EP/21 de 1 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1328-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2251-19-EP/22 de 15 de junio de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2516-19-EP/22 de 15 de junio de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2913-19-EP/22 de 29 de junio de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 200-20-EP/22 de 6 de julio de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 8-22-EP/22 de 24 de agosto de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2422-17-EP/22 de 13 de octubre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 801-20-EP/22 de 2 de noviembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1165-19-EP/22 de 2 de noviembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1396-21-EP/22 de 16 de noviembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1268-20-EP/22 de 16 de noviembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1443-18-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 988-20-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1659-18-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 7-22-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2167-18-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2611-19-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2710-19-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1935-18-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1811-18-EP/22 de 19 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 950-22-EP/22 de 21 de diciembre de 2022.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 591-21-EP/23 de 11 de enero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 648-17-EP/23 de 18 de enero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 371-21-EP/23 de 18 de enero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2287-21-EP/23 de 18 de enero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 213-22-EP/23 de 1 de febrero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 649-18-EP/23 de 9 de febrero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 997-19-EP/23 de 9 de febrero de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 260-18-EP/23 de 1 de marzo de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2843-17-EP/23 de 8 de marzo de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 733-19-EP/23 de 15 de marzo de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2344-17-EP/23 de 15 de marzo de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 902-21-EP/23 de 19 de abril de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 115-21-EP/23 de 19 de abril de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 329-19-EP/23 de 30 de agosto de 2023.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1534-12-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1502-14-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1989-17-EP/21 de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 410-22-EP/23 de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1320-13-EP/20 de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 154-12-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 186-09-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 323-13-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1944-12-EP/19 de 2019.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 987-15-EP/20 de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1486-14-EP/20 de 2020.
Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 52.
Corte IDH. Caso Gorigoitía vs. Argentina, Sentencia de 2 de septiembre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 382.
Corte IDH. Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107.
Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 3 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276.
Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 26.
Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 de noviembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255.
Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6.
Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Fallo Casal.
Organización de las Naciones Unidas (ONU), Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de abril de 1966.
ONU. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, Peter Lumley v. Jamaica, CCPR/C/65/D/662/1995, 22 de marzo a 9 de abril de 1999.
ONU. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, Vázquez vs. España, CCPR/C/69/D/701/1996, 11 de agosto de 2000.
Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 423-441, ISSN 2346-0849

Danna Valentina Romero Garzón* **(Colombia)**
María José Ortiz** **(Colombia)**
María Fernanda Castillo*** **(Colombia)**

Evolución de la protección constitucional del medio ambiente: una construcción desde la jurisprudencia constitucional******

RESUMEN

El artículo analiza el desarrollo de la protección constitucional del medio ambiente en Colombia, a la luz de la influencia de las diferentes sentencias de las altas cortes del país. Esta construcción incluye también instrumentos internacionales acogidos por el ordenamiento jurídico, tales como los principios de precaución y prevención, que han sido esenciales para la consagración de la sostenibilidad ecológica y que buscan preservar los recursos naturales, no solo para las generaciones presentes, sino también para las futuras. La Corte Constitucional ha tenido un papel clave en el desarrollo jurisprudencial de estos principios, toda vez que ha sentado un precedente en la justicia ambiental y en los deberes que tienen el Estado y los particulares para proteger el medio ambiente, un ejemplo de esto es la Sentencia T-622 de 2016, que declara los afluentes como sujetos de derecho.

Palabras clave: medio ambiente; principio de precaución; principio de prevención.

---

* Estudiante de noveno semestre, Universidad de La Sabana. Miembro activo del Semillero de Investigación de Gobierno y Compra Pública, Universidad de La Sabana. dannaroga@unisabana.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre, Universidad de La Sabana. Miembro activo del Semillero de Investigación de Gobierno y Compra Pública, Universidad de La Sabana. mariaorpu@unisabana.edu.co

*** Estudiante de octavo semestre, Universidad de La Sabana. Miembro activo del Semillero de Investigación de Gobierno y Compra Pública, Universidad de La Sabana. mariacastvar@unisabana.edu.co

**** Agradecemos al Semillero de Investigación de Gobierno y Compra Pública de la Universidad de La Sabana por la oportunidad; al equipo de investigación, encabezado por

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The Evolution of the Constitutional Protection of the Environment: A Construct Based on Constitutional Case Law

ABSTRACT

This article analyses the development of constitutional protection of the environment in Colombia, considering the impact of the different rulings by the country's high courts. This construct also includes the international instruments adopted by the legal system, such as the principles of precaution and prevention, which have been essential for the consecration of ecological sustainability and aim to preserve natural resources, for both present and future generations. The Constitutional Court has played a key role in the case law evolution of these principles, setting a precedent in environmental justice and in the duties of the state and of individuals to protect the environment. An example of this is Ruling T-622 of 2016, which declares rivers are rights-holders.

Key words: Environment; principle of precaution; principle of prevention.

Entwicklung des verfassungsmäßigen Schutzes der Umwelt: eine Darstellung auf der Grundlage der Verfassungsrechtsprechung

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit dem verfassungsmäßigen Schutz der Umwelt in Kolumbien im Lichte des Einflusses der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Darüberhinaus bezieht die Darstellung die in die Rechtsordnung aufgenommenen internationalen Instrumente mit ein, darunter das Vorsorgeprinzip und das Präventionsprinzip, die für die Verankerung der ökologischen Nachhaltigkeit wesentlich sind und sich vornehmen, einen Beitrag zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen für die gegenwärtigen und künftigen Generationen zu leisten. Der Verfassungsgerichtshof hat jedes Mal, wenn er in der Umweltrechtsprechung und bezüglich der Aufgaben, für die der Staat und die privaten Akteure beim Umweltschutz verantwortlich sind, einen Präzedenzfall geschaffen hat, eine Schlüsselrolle gespielt. Dafür steht beispielhaft das Urteil T-622 von 2016, das Nebenflüsse zu Rechtssubjekten erklärt.

Schlüsselwörter: Umwelt; Vorsorgeprinzip; Präventionsprinzip.

Introducción

Ante la necesidad de asegurar un equilibrio entre el desarrollo sostenible y el bienestar de las generaciones futuras, la protección del medio ambiente se ha consolidado como un componente fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por ello, se hace necesario un nuevo marco regulatorio que reconozca el derecho a un

nuestro director Antonio Alejandro Barreto Moreno; a nuestra coordinadora María Paula Cáceres Hernández y a nuestras familias.

medio ambiente sano y defina claramente las obligaciones para detener la degradación ambiental. Este artículo examina las sentencias de la Corte Constitucional que en los últimos años han buscado crear un precedente en materia de justicia ambiental, a través de medidas como el reconocimiento del medio ambiente como sujeto de derechos y la adopción de enfoques ecocéntricos.

1. Reconocimiento de la protección desde la carta magna

La Constitución Política de Colombia de 1991 reconoce explícitamente el derecho a un ambiente sano (art. 79) y establece deberes estatales relacionados con la prevención del deterioro ambiental (art. 80). Dichos reconocimientos han sentado las bases para un vasto desarrollo jurisprudencial respecto de la protección constitucional del medio ambiente, vinculando principios importantes, como los de precaución y prevención, que posteriormente se explicarán a profundidad.

1.1. Reconocimiento del ambiente como sujeto de derechos

Actualmente, el medio ambiente ha sido reconocido como sujeto de derechos, a partir de un extenso desarrollo jurisprudencial. Entre las decisiones judiciales más relevantes se encuentra la Sentencia T-622 de 2016, en la cual la Corte Constitucional declaró al río Atrato como sujeto de derechos, estableciendo su protección, conservación, mantenimiento y restauración bajo la responsabilidad del Estado y las comunidades étnicas. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia STC 3872-2020, otorgó al Parque Isla de Salamanca el reconocimiento como sujeto de derechos. De igual manera, en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, mediante decisión del Tribunal Administrativo del Tolima en el 2011, reconoció a los ríos Coello, Combeima y Cocora, junto con sus cuencas y afluentes, como entidades individuales sujetas a derechos de protección, conservación, mantenimiento y restauración, a cargo del Estado y las comunidades. En los tres casos citados, las cortes sustentan la declaración del medio ambiente como sujeto de derechos para garantizar su protección y resaltan su importancia para la comunidad.

Es preciso mencionar que, en el ámbito de la justicia transicional, se ha priorizado el reconocimiento de la naturaleza y el territorio como víctimas del conflicto armado. Por ejemplo, el Auto SRVBIT 079 de 2019 de la JEP acredita como víctimas, en calidad de sujetos colectivos de derechos, al Katsa Su, gran territorio Awá. En este caso, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas argumentó que la degradación ambiental afecta directamente a las comunidades que habitan dicho territorio, hizo especial énfasis en la importancia de este dentro de la cosmovisión del pueblo Awá y reconoció así el territorio como sujeto colectivo de derechos en búsqueda de su reparación y protección. De igual manera, el Auto SRVR 226 de 2023 de la JEP reconoce al río

Cauca como víctima del conflicto armado, argumentando la grave afectación a su ecosistema y, por ende, a las comunidades que dependen de él. En este contexto, la protección del medio ambiente y su reconocimiento como sujeto de derechos se integran en un proceso de reparación integral.

1.2. Marco normativo actual frente a la protección del medio ambiente

Derecho internacional

Desde el derecho internacional público, se ha promovido un deber colectivo de proteger el medio ambiente, lo cual se ha reflejado en diversos instrumentos internacionales, que han sido ratificados e integrados al ordenamiento jurídico colombiano. Entre estos se encuentran la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1994),[1] la Convención sobre la Diversidad Biológica (1993),[2] el Acuerdo de París (2015)[3] y el Acuerdo de Escazú (2018).[4] Asimismo, uno de los documentos más relevantes para el caso en discusión es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,[5] que en su Principio 15 establece explícitamente el criterio de precaución. Estos instrumentos evidencian el interés de la comunidad internacional por proteger y restaurar el medio ambiente. Además, es pertinente resaltar el gran compromiso del Estado colombiano con la ratificación de estos instrumentos y la organización de eventos que promueven el tema, como la Cumbre de Biodiversidad, llevada a cabo en Cali entre el 21 de octubre y el 1 de noviembre del 2024.[6]

2. Los principios de precaución y prevención ambiental

2.1. Nociones generales

En este apartado precisaremos algunas nociones sobre los principios de precaución y prevención ambiental. El principio de precaución se enmarca en la actuación frente

---

1 Ratificada mediante la Ley 164 de 1994.

2 Ratificada mediante la Ley 165 de 1994.

3 Ratificado mediante la Ley 1844 de 2017.

4 Ratificado mediante la Ley 2273 de 2022.

5 Ratificada mediante la Ley 99 de 1993.

6 Su relevancia para Colombia radicó en que el país, considerado uno de los más megadiversos del mundo, asumió un rol protagónico en la implementación del Marco Global de Biodiversidad de Kunming (Montreal), impulsando compromisos para proteger el 30% de los ecosistemas terrestres y marinos al 2030, fortalecer la financiación ambiental y promover la participación de comunidades indígenas y locales. En esencia, la COP16 consolidó a Colombia como líder regional en conservación y trazó una hoja de ruta nacional e internacional para frenar la pérdida de biodiversidad y restaurar ecosistemas estratégicos.

a riesgos potenciales que pueden llegar a causar daños graves o irreversibles al medio ambiente, incluso cuando no exista certeza científica absoluta sobre dichos riesgos, es decir, actuar frente a riesgos que pueden ser inciertos, pero potencialmente graves. Este principio se encuentra consagrado en instrumentos internacionales como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) y ha sido incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 99 de 1993.

Por otra parte, el principio de prevención implica adoptar medidas para evitar daños ambientales antes de que ocurran, considerando información científica suficiente sobre los riesgos y las respectivas consecuencias para el medio ambiente que tiene la puesta en marca de determinado proyecto o actividad. Este principio también se encuentra consagrado en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) y se desprende del artículo 80 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional colombiana ha desempeñado un papel crucial en la consolidación y evolución de los principios de precaución y prevención ambiental, presentando una transformación significativa en el enfoque que se le ha dado a la interpretación sobre los mismos, en el ejercicio de integrarlos progresivamente al marco jurídico y adaptándolos a los desafíos ambientales contemporáneos, como se expondrá a continuación.

3. El principio de precaución a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Sentencia C-293 de 2002 marcó un hito al declarar exequible el principio de precaución, contenido en el artículo 1, numeral 6, de la Ley 99 de 1993. En esta decisión, la Corte reconoció que, para las autoridades ambientales, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces a fin de impedir la degradación del medio ambiente.[7] Este pronunciamiento define los primeros estándares en la aplicación de este principio, para cuya su aplicación es necesario i) que exista peligro de daño; ii) que el daño sea grave e irreversible; iii) que exista un principio de certeza científica, así esta no sea absoluta; iv) que la decisión adoptada por la autoridad esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente; y v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.[8]

En adición, la Corte estableció que las autoridades ambientales, a través de la expedición de actos administrativos –incluso de naturaleza sancionatoria–, son competentes para aplicar el principio de precaución de manera excepcional y motivada. Lo anterior, no excluye la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para conocer de los medios de control invocados frente a dichos

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, cit.

actos,[9] ya que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias o caprichosas.[10] Aunque no se exige certeza científica absoluta sobre el daño potencial, la discrecionalidad estatal sí está sujeta a un límite que, hasta la fecha, no cuenta con una definición precisa.

Por lo anterior, esta providencia sentó las bases para las interpretaciones jurisprudenciales sobre el principio de precaución, el cual es una herramienta jurídica clave para enfrentar riesgos ambientales, y subrayó el rango constitucional de dicho principio en lo relativo a la obligación del Estado de proteger y conservar la integridad del ambiente, que se manifiesta en la adopción de medidas eficaces para impedir su degradación.[11] También permitió comprender que el principio, pese a tener un rango constitucional, obliga a que las autoridades ambientales tomen decisiones en las que no se atente contra derechos fundamentales, como el trabajo o la propiedad privada, de manera que se equilibren los intereses económicos con la protección ambiental, mientras se considera la función ecológica de la propiedad.[12]

De igual manera, la Sentencia C-595 de 2010 estableció que el principio de precaución materializa los deberes de protección del medio ambiente, que les impone a las autoridades el deber de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente.[13] Por otro lado, presentó brevemente indicios del principio de prevención desde las nociones del derecho internacional público, indicando que su finalidad es evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas de forma anticipada.[14] Por último, introdujo la presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental, lo cual resulta constitucional en tanto el presunto infractor puede desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales.[15]

4. El principio de prevención a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el año 2015, la Corte Constitucional resaltó la transición de un modelo curativo a uno preventivo en materia ambiental, subrayando que no bastaba con simplemente reparar el daño, una vez ocurrido, sino que también era igual de importante prevenirlo.[16] Bajo esta premisa, se consolidó el principio de prevención como estructural

---

9 Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, cit.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, cit.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, cit.

12 Ley 99 de 1993, artículo 85.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004, cit.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

del derecho ambiental, indicando que este aplica cuando es posible conocer las consecuencias de la puesta en marcha de determinado proyecto o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el daño se produzca.[17]

Ahora bien, en el año 2016, la Corte reconoció al río Atrato como sujeto de derechos mediante la aplicación del principio de precaución,[18] para prohibir el vertimiento de sustancias químicas tóxicas, producto de actividades mineras ilegales, reforzando la construcción de una "política pública y del marco legal hacia un modelo que prepara y organiza las tareas necesarias para evitar que el daño se produzca, antes que, a un modelo curativo, pendiente de la sanción y la reparación".[19]

Del mismo modo, esta providencia, al igual que en las sentencias C-449 de 2015 y C-595 de 2010, presentó un abordaje de la protección ambiental desde una *perspectiva ecocéntrica,* enfoque que, en palabras de la Corte,

> ... implica que las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo e interrelación que existe entre cultura y naturaleza, extiendan la participación de las comunidades étnicas en la definición de políticas públicas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento.[20]

En ese sentido, este principio de prevención ha evolucionado de manera que orienta la acción estatal y social hacia la evitación temprana del daño ambiental, más allá de la simple reparación posterior, exigiendo la adopción de medidas anticipadas, siempre que exista certeza sobre los riesgos ambientales derivados de proyectos o actividades, permitiendo así la intervención oportuna de las autoridades para neutralizar o mitigar dichos riesgos antes de que se materialicen.

4.1. Los principios de prevención y precaución como complementarios y esenciales para la protección del medio ambiente

A través de la Sentencia C-644 de 2017, la Corte Constitucional reafirmó la idea de una Constitución ecológica, que exige la adopción de una protección integral del ambiente, fundamentándose en los principios de precaución y prevención.[21] De

---

[17] Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 2015, cit., de conformidad con las sentencias T-080 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-1077 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y C-595 de 2010, cit.

[18] Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, cit.

[19] Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, cit.

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, cit.

[21] Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera.

manera que, para el Estado, la naturaleza tiene un valor intrínseco, razón por la que deben implementarse medidas que garanticen su defensa de forma efectiva.[22]

En concordancia, se amplió la protección constitucional de la que goza el medio ambiente reconociendo que las actividades, las obras o los proyectos, aunque desarrollados en el marco de las autorizaciones ambientales, pueden causar un impacto ambiental negativo. Por ello, al momento de otorgar estas autorizaciones, la autoridad competente debe fijar obligaciones precisas que propendan a minimizar los impactos y efectos negativos en el sistema ambiental biótico y abiótico, o, de ser posible, evitarlos desde un enfoque de prevención.[23]

De igual manera, en este mismo año, la Corte Constitucional desarrolló el ámbito de aplicación del principio de precaución, puntualizando que este no equivale a una presunción *iuris tantum* de que la actividad es dañina para el medio ambiente y que, por tanto, debe prohibirse.[24] Por el contrario, este principio requiere la consideración de varios factores relacionados no solo con la existencia de un riesgo, sino con su grado de certidumbre, su magnitud, la confiabilidad de la evidencia científica asociada, la respuesta regulatoria adoptada por las autoridades, el cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional.[25]

Hasta el momento, solamente se había reconocido el riesgo cuando la actividad que se va a desarrollar es la que lo genera. No obstante, en esta providencia, la Corte Constitucional realizó una crítica a este principio por su inviabilidad en la práctica, ya que el riesgo es un elemento inescapable de la condición humana, de tal forma que una decisión regulatoria para mitigar o eliminarlo, puede a su vez generar nuevos riesgos.[26] En esta providencia, la Corte puntualizó que este principio

> ... no responde exclusivamente al *peligro*, noción que se refiere exclusivamente a una posibilidad de daño. Este responde más bien al *riesgo*, es decir, a un cierto grado de probabilidad de un daño, en las situaciones en que la magnitud de dicha probabilidad no se ha podido establecer con certeza.[27]

Adicionalmente, en el marco de la protección constitucional de la que goza el medio ambiente y la aplicación del principio de precaución, la Corte Constitucional[28]

---

[22] Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017, cit.

[23] Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017, cit.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, cit.

[26] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, M. P. cit. Retomando doctrinantes como Jonathan Wiener, "Precaution in a multirisk world", en *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, ed. por Dennis Paustenbach (New York: Wiley-Interscience, 2002), 1509-1531. Ver también Cass Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

[27] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, cit.

[28] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, cit.

ha contemplado una serie de deberes a cargo de las autoridades y los particulares, a saber:

- **El deber de controlar razonablemente el riesgo:** entendido como el hecho de que la regulación existente debe identificar el riesgo, establecer de forma ecuánime el nivel de riesgo aceptable y controlarlo razonablemente.
- **El deber de cumplir con la regulación existente:** considera la obligación de aplicar regulaciones existentes cuando estas no se han cumplido adecuadamente, incluso aquellas normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.
- **La obligación de no hacer:** aunque puede sonar contradictorio, la Corte Constitucional ha ordenado no realizar ciertas actividades hasta que se expida una regulación en los casos de riesgo, cuya apreciación es compleja y requiere experticia técnica.
- **El deber de regular:** corresponde principalmente a las autoridades competentes para regular y evaluar el riesgo, fijar el nivel de riesgo aceptado y determinar las medidas conducentes para controlarlo. Asimismo, la Corte establece que dentro de estas medidas puede estar incluso la decisión de no regular.[29]

Ahora bien, en el año 2019, a través de Sentencia C-257, la Corte Constitucional realizó otro ejercicio de ponderación abordando parcialmente el conflicto suscitado por la necesidad de armonizar la protección ambiental con otros derechos. Toda vez que, para esta corporación, derechos como la propiedad[30] y la libertad económica[31] deben cumplir con una función ecológica y ser limitados por razones del medio ambiente, como lo contempla la Constitución.

En el año 2020, a través de la Sentencia SU-455, la Corte Constitucional unificó y profundizó la relación entre los principios de precaución y prevención, destacando su complementariedad para abordar amenazas ambientales complejas:

> El principio de precaución es transversal al derecho ambiental. Este no solo cobija la fase de prevención y corrección del deterioro ambiental, sino que también orienta los instrumentos de reparación de los daños ambientales, en el sentido de que no es exigible tener certeza sobre el alcance del daño y el nexo de causalidad para ordenar las correspondientes medidas de protección y reparación a que haya lugar.[32]

De igual manera, se aplicó el principio de precaución en el marco de la tasación del daño y la responsabilidad civil por daño ambiental, incluso sin evidencia

---

[29] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017, cit.

[30] Constitución Política de Colombia, artículo 58.

[31] Constitución Política de Colombia, artículo 333.

[32] Corte Constitucional, Sentencia SU-455 de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

concluyente de daño inmediato. Se consideró que, para esta corporación, en materia ambiental, no se requiere certeza, ni ausencia de incertidumbre para actuar frente a una fuente de contaminación y que, en ese sentido, las pruebas deben valorarse de acuerdo con este principio.[33]

A partir de ese año, la Corte adoptó un enfoque cada vez más proactivo hacia los principios de precaución y prevención, en el que sus decisiones reflejan una creciente preocupación por garantizar un equilibrio entre desarrollo económico y sostenibilidad ambiental. Lo anterior, como una obligación del Estado colombiano de generar la capacidad de solventar las necesidades de todos los individuos en la actualidad, sin comprometer el entorno ambiental de las generaciones futuras.[34]

A su vez, la Sentencia C-300 de 2021 introdujo criterios estrictos para evaluar proyectos con impactos ambientales significativos, en virtud de una Constitución Ecológica, que tiene como un principio fundamental establecer disposiciones que regulen la relación entre la sociedad y la naturaleza. La Corte Constitucional reconoce que el Estado tiene cuatro deberes de jerarquía constitucional, respecto del medio ambiente:[35]

1. **El deber de prevenir los daños ambientales:** incluye evitar factores de deterioro ambiental (art. 80.2 de la Constitución Política), el fomento de la educación ambiental (arts. 67 y 79 superiores) y la garantía de la participación de la comunidad en decisiones que puedan afectar el medio ambiente (art. 79).
2. **El deber de mitigar los daños ambientales:** se manifiesta en el control de factores de deterioro ambiental (art. 80.2), e incluye intervenir en la explotación de recursos naturales y en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida (art. 334).
3. **El deber de indemnizar o reparar los daños ambientales:** encuentra su fundamento en la responsabilidad del Estado (art. 90) e incluye la facultad legal para definir casos de responsabilidad civil objetiva por daños a derechos colectivos (art. 88). Asimismo, dispone el deber del Estado de exigir la reparación de los daños causados al ambiente (art. 80.2).
4. **El deber de punición por los daños ambientales:** exige que el Estado imponga sanciones según la ley y que este deber se ejerza a través del derecho administrativo sancionador y del derecho punitivo del Estado.[36]

---

[33] Corte Constitucional, Sentencia SU-455 de 2020, cit.

[34] Corte Constitucional, Sentencia SU-455 de 2020, cit. En la determinación de los siete elementos generales de protección ambiental dispuestos por la Corte de conformidad con las tres normas supranacionales que establecen los principios de protección ambiental: la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

[35] Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2021, M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

[36] Corte Constitucional, Sentencia SU-455 de 2020, cit.

Adicionalmente, la protección ambiental presentada en dicha providencia comprende tres dimensiones en el ordenamiento jurídico, a saber:

- **Un principio que irradia todo el orden jurídico:** implica la obligación estatal de conservar y proteger el medio ambiente, asegurando que el desarrollo económico y social sea compatible con la salvaguarda de las riquezas naturales; encuentra su fuente en el artículo 80 de la Constitución Política. En lo relativo al aprovechamiento de recursos naturales, indica que este debe ser sostenible y garantizar su conservación, restauración o sustitución.
- **Un derecho fundamental y colectivo susceptible de protección mediante el ejercicio de acciones constitucionales:** indica que el ambiente sano es reconocido como un derecho individual ligado a la vida y la salud, protegible mediante la acción de tutela, en virtud del artículo 79 superior, mientras que también es un derecho colectivo, porque se encuentra amparado principalmente a través de la acción popular, cobijada por el artículo 88 de la Constitución.
- **Un deber a cargo del Estado y los particulares:** tiene un carácter prioritario y vincula tanto al Estado como a los particulares, quienes deben cumplir con obligaciones de prevención, protección ambiental y control de factores de deterioro, de conformidad con los artículos 58, 79, 80 y 95.8 de la Constitución Política.[37]

Posteriormente, en el año 2022, la Corte Constitucional amplió el alcance del principio de precaución, al incluir consideraciones sobre maltrato y bienestar animal. Esto permitió que en la Sentencia C-148 de 2022, relativa a la prohibición de la pesca deportiva, se estableciera que aun cuando no existiera certeza científica absoluta, el principio de precaución, con sus componentes esenciales, permite adoptar medidas frente a un riesgo de daño ambiental. Es decir que la falta de certeza no debería ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.[38]

En ese sentido, si bien se necesita de una certeza científica, esta no necesariamente debe ser absoluta, como en previas ocasiones se ha manifestado. Con todo, dicha manifestación no debe tender al otro extremo, donde cualquier actividad considerada un riesgo para el medio ambiente sea automáticamente descartada. Por ello, la Corte Constitucional ha desarrollado cinco elementos que se deben tener en cuenta para la aplicación del principio de precaución: i) el umbral de aplicación, ii) el grado de certidumbre, iii) el nivel de riesgo aceptado, iv) las medidas por adoptar y v) la temporalidad de la medida.[39]

---

[37] Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2021, cit. De conformidad con otras disposiciones.

[38] Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022, M. P. Diana Fajardo Rivera.

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022, cit.

En esta providencia, la Corte Constitucional analizó la pesca deportiva como un riesgo inminente para el medio ambiente, por lo cual, mediante la aplicación del principio de precaución y de un análisis de los cinco elementos anteriormente mencionados –incluyendo la proporcionalidad de obstaculizar actividades económicas legítimas–, concluyó que la prohibición de este tipo de pesca, aunque sin evidencia científica, se consideraba maltrato animal.[40]

En 2023, la Corte Constitucional amplió la interpretación que se le dio a estos principios en el ámbito empresarial y sus obligaciones legales. En lo relativo a la prevención de daños ambientales dispuso que, a la luz de las disposiciones del principio de prevención, si en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas.[41] De igual manera, la labor preventiva tiene que ver tanto con los riesgos o daños cuyo efecto no pueda ser conocido anticipadamente como con aquellos en los cuales resulta posible conocer el efecto antes de su producción.[42]

Esta misma providencia ahondó en la debida diligencia de las empresas, analizada a la luz de los "Principios Ruggie",[43] consagrados con la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que, aunque no sea vinculante, se considera un estándar internacional respetable. Al respecto, la Corte se pronunció indicando que las empresas deben proceder con la debida diligencia en esta materia, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades.[44]

Con relación a este último punto, la Corte Constitucional en el año 2024 enfatizó en otros recursos obligatorios para los distintos actores que intervienen en la materia; un ejemplo son los análisis climáticos en estudios ambientales en las sentencias SU-018-24 y C-280-24:

> ... las leyes 99 de 1993, 164 de 1994, 1715 de 2014, 1844 de 2017, 1931 de 2018 y 2169 de 2021 facultan a las autoridades ambientales a incluir en el proceso de licenciamiento ambiental consideraciones sobre adaptación y mitigación al cambio climático. En ese orden, la licencia ambiental es un instrumento técnico-jurídico dinámico, adaptativo y en constante evolución que, apoyado por la discrecionalidad técnica con que cuentan las autoridades ambientales,

---

[40] Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022, cit.

[41] Corte Constitucional, Sentencia SU-196 de 2023, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[42] Corte Constitucional, Sentencia SU-196 de 2023, cit.

[43] Organización de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011).

[44] Organización de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Principios rectores*...

> les permite exigir consideraciones sobre el impacto de proyectos en el cambio climático.[45]

Ahora bien, esta providencia planteó nuevas perspectivas sobre la construcción de los principios de precaución y prevención ambiental en el marco de su protección. Respecto al de prevención, que los daños sean de carácter futuro no implica que sean inciertos. En ese orden de ideas, la actividad del Estado y de sus autoridades ambientales debe orientarse a la adopción de decisiones que reduzcan las afectaciones ambientales o las eviten, ante el conocimiento de las consecuencias que va a tener el proyecto sobre el medio ambiente.[46]

Por otra parte, en lo relativo al principio de precaución, la Corte señaló que este opera cuando el daño que puede sobrevenir no es conocible de forma anticipada, porque no se tiene certeza de los efectos del proyecto a mediano o largo plazo.[47] A su vez, puntualiza que la falta de certeza científica del impacto del proyecto no impide la adopción de acciones para evitar una afectación que es cierta y grave para el medio ambiente y que reviste seriedad.[48]

Al respecto, aunque la Corte Constitucional en sentencias anteriores había manifestado que los actos administrativos deben estar motivados (Sentencia C-293 de 2002), a la fecha no ha desarrollado parámetros específicos para evaluar la suficiencia de dicha motivación. Esto implica que se tiene que dar el cumplimiento de preceptos constitucionales que garanticen que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder.[49] Por ejemplo, lo ocurrido en la Sentencia C-280 de 2024, donde se anularon medidas por falta de sustento técnico, alegando que

> ... el diseño y la ejecución del proyecto por parte de la compañía y el control y la evaluación por parte de las instancias ambientales, pudieron subestimar variables de análisis relevantes y estructurales en la determinación del impacto ambiental y eso generó una serie de incertidumbres sobre los efectos ambientales que tendría el proyecto.[50]

Respecto a dicha motivación, igualmente, vale la pena señalar lo planteado en la Sentencia SU-018 de 2024, en lo relativo a la imposición de medidas gravosas para particulares, en aplicación del principio de precaución, indicando que una autoridad

---

[45] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2024, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[46] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2024, cit. De conformidad con Sentencia SU-196 de 2023, cit.

[47] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2024, cit.

[48] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2024, cit.

[49] Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2024, cit.

ambiental puede imponer medidas como una suspensión de la obra/actividades o el cierre de las instalaciones:

> ... incluso si la autoridad no tiene certeza absoluta de que la actividad produzca graves daños en el ambiente y aunque los particulares tengan los permisos y hayan acreditado los requisitos para el desarrollo de sus actividades [y que] la adopción de esas medidas tiene lugar sin que para ello se deba demostrar una infracción ni establecer la responsabilidad del particular.[51]

En la Sentencia SU-018 de 2024, la Corte Constitucional amplió la aplicación del principio de precaución a escenarios donde el daño es *potencial*, mas no inminente, acercándose al ámbito tradicional del principio de prevención. Tal como se ha manifestado en la construcción de este principio, tradicionalmente se activaba ante la amenaza de un daño grave e irreversible y donde la falta de certeza científica absoluta no debía ser un impedimento para adoptar las medidas respectivas. A pesar de esto, ciertos aspectos se enfocan en la potencialidad del daño, incluso si su ocurrencia inmediata no es segura;[52] además, deben concurrir al menos indicios científicos (no absolutos) que permitan advertirla. En resumen, incluso en eventos de ausencia absoluta de información, no procede la aplicación del principio de precaución.[53]

Sin embargo, esta providencia omitió el reconocimiento del deber de llevar a cabo la consulta previa en aquellas eventualidades donde las medidas administrativas o legislativas, como en el caso objeto de discusión, sean "susceptibles de afectación directa al pueblo étnico", caso en el cual se debe adelantar el proceso consultivo "con el propósito genuino de llegar a un acuerdo",[54] para incorporar el conocimiento tradicional y la participación indígena en decisiones ambientales que afectan los territorios de sus comunidades. Lo anterior, considerando que, para la aplicación del principio de precaución, como fuente de toma de decisiones en materia ambiental, no se reconoció la necesidad de hacer efectivo el derecho a la consulta previa, en lo relativo al ejercicio de la jurisdicción especial indígena, constitucionalmente reconocida. La Corte Constitucional ha mencionado que dicha consulta representa un derecho subjetivo de los miembros de las comunidades indígenas:

> ... por sí mismo, se convierte en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.

---

51 Corte Constitucional, Sentencia SU-018 de 2024, M. P. Natalia Ángel Cabo.

52 Corte Constitucional, Sentencia SU-018 de 2024, cit.

53 Corte Constitucional, Sentencia SU-018 de 2024, cit., párrafo 155.

54 Corte Constitucional, Sentencia SU-121 de 2022, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

En ese sentido, de la presente línea jurisprudencial se puede evidenciar que la Corte ha difuminado la línea entre prevención (daño previsible) y precaución (riesgo incierto), pues llega a considerar el uso de este último principio incluso para sancionar daños ya ocurridos, entrando así en el terreno de la naturaleza del principio de prevención, lo que simboliza un fenómeno de superposición entre dichos principios en el ejercicio de interpretación de la Corte Constitucional. Este hecho puede dejar puertas abiertas a presuntas ambigüedades, las cuales toman relevancia considerando el rango constitucional de estos principios, al desprenderse de los artículos 79 y 80 superiores y que constituyen herramientas jurídicas esenciales para garantizar la protección efectiva del derecho a gozar de un ambiente sano, y de una justicia ambiental de cara al aseguramiento de una sostenibilidad ecológica para las generaciones presentes y futuras.

4.2. La amenaza de una superposición entre los principios de precaución y prevención a la luz de la jurisprudencia constitucional

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional ha realizado grandes esfuerzos para delimitar conceptualmente los principios de precaución y prevención. No obstante, vale la pena señalar que la aplicación e interpretación de estos principios ha sentado las bases para un riesgo de superposición entre ellos, que, como mencionamos, podría generar incertidumbre jurídica. Al respecto, algunas providencias –como la mencionada C-449 de 2015– han establecido que el *principio de precaución* aplica ante incertidumbre científica, aunque con daños potencialmente previsibles, mientras que el *de prevención* opera cuando existe evidencia científica suficiente sobre los riesgos ambientales. Sin embargo, en casos como el presentado en la Sentencia T-622 de 2016 (río Atrato), la Corte ordenó medidas basadas en ambos principios, de manera simultánea, que, por una parte, exigieron estudios de impacto ambiental (en virtud del principio de prevención) y, por la otra, aplicaron restricciones anticipatorias por posibles daños no confirmados (desde el principio de precaución).

Ahora bien, en la Sentencia C-644 de 2017, al evaluar las autorizaciones ambientales para proyectos extractivos, esta corporación intentó fusionar ambos principios, exigiendo medidas de mitigación *independientemente del grado de incertidumbre*. Esta aproximación podría diluir la especificidad de los principios de precaución y prevención, especialmente cuando las autoridades ambientales enfrentan presiones al tomar medidas, bajo argumentos de incertidumbre científica, en el marco de la aplicación de dichos principios, como ya se explicó. Situación similar ocurre en la Sentencia T-263 de 2017; de manera simultánea, en el marco de las medidas adoptadas, esta corporación plantea la necesidad de *prevenir daños futuros* y *actuar ante riesgos inciertos*.

En ese sentido, del presente análisis jurisprudencial se puede desprender que, en los últimos años, la Corte Constitucional ha ampliado conceptualmente el principio

de precaución, interpretándolo como aplicable no solo ante riesgos evidentes, sino también frente a indicios que sugieran posibles daños graves o irreversibles en el medio ambiente, reflejando un enfoque más preventivo y menos reactivo hacia estas amenazas medioambientales.

5. Retos en la protección constitucional del medio ambiente

Si bien es cierto que hoy se habla de una Constitución ecológica y de conceptos clave, como la justicia ambiental (desprendida de fuentes como la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional), aún persisten una serie de retos en la implementación efectiva de los principios de precaución y prevención, especialmente considerando la tendencia de esta corporación de reconocer ríos y ecosistemas como sujetos de derechos. Sin embargo, independientemente de si el medio ambiente es o no reconocido como sujeto de derechos, tanto el Estado como los particulares están en la obligación de protegerlo, como lo señala la Constitución Política. En ese sentido, no deben desconocerse los retos que surgen para materializar dicha protección en el marco de la coordinación interinstitucional para la implementación efectiva de estas providencias que sientan tan importantes precedentes. Por ejemplo, en la garantía de los derechos del río Atrato, no solamente se encuentran vinculadas entidades estatales, sino también comunidades indígenas y la misma población, en virtud de la obligación del Estado y de los particulares de proteger el medio ambiente, lo que representa un proceso complejo y que tiende al avance lento.

Ahora bien, otro de los aspectos que necesita considerarse es la tensión presente entre el desarrollo económico y la conservación del medio ambiente. En este sentido, es necesario un equilibrio entre los intereses de las empresas y las pretensiones de las comunidades relacionadas con la aplicación no solo de estándares preventivos, sino también con la consideración del principio de precaución ante riesgos no cuantificados, como ocurre en la Sentencia C-644 de 2017, en el marco del otorgamiento de licencias ambientales en sectores de hidrocarburos y minería.

Al respecto, también hay que destacar la complejidad que representa la transición del tradicional enfoque antropocéntrico, en lo relativo a la protección del medio ambiente, a un enfoque ecocéntrico, como el adoptado por la Corte Constitucional en su evolución jurisprudencial, pues aún persisten marcos normativos que priorizan el aprovechamiento económico de los recursos naturales, como el Código de Minas (Ley 685 de 2001) que, a pesar de reconocer zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales donde puedan excluirse o restringirse trabajos de obras de exploración y explotación mineras, requiere una serie de formalidades, por ejemplo, la motivación del acto que las declare y su acompañamiento a los respectivos estudios (art. 34).

Finalmente, otro de los puntos clave en la protección del medio ambiente es la participación comunitaria. que si bien tiene lugar para grupos específicos (como

las comunidades étnicas), a través de mecanismos constitucionalmente reconocidos, por ejemplo, la consulta previa, vale la pena estudiar su aplicación para otras comunidades. Así como los particulares cuentan con la obligación de proteger el medio ambiente, es válido pensar en vincular su opinión mediante mecanismos de participación, y no esperar a que ocurran los incidentes para que acudan a instrumentos, como las acciones populares. Lo anterior, en el marco de la adopción de medidas que impacten directa o indirectamente el medio ambiente y la protección de comunidades, no solo indígenas o campesinas, sino a la colectividad en general, de conformidad con el mandato constitucional y la obligación (no solo estatal) de proteger el medio ambiente y la garantía de que este se conserve sano para las generaciones presentes y futuras.

Conclusiones

En los últimos años, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado desde un enfoque primordialmente conceptual hacia unas providencias más concretas que imponen deberes específicos a las autoridades y particulares, evidenciando una interpretación cada vez más rigurosa, que prioriza la protección ambiental y la prevención de daños, y que incluso abarca situaciones de incertidumbre científica.

En este texto se constata un cambio notable en la comprensión y el enfoque de Colombia sobre la protección del medio ambiente, lo cual muestra un compromiso con el derecho consagrado en la carta magna, que ha conducido al reconocimiento de ríos y ecosistemas (p. ej., el río Atrato o el Parque Isla Salamanca) como sujetos de derechos. Este avance invita al Estado y a los particulares a ver la naturaleza no solo como un recurso, sino también como un componente esencial de identidad y bienestar.

Por otra parte, los principios de prevención y precaución en la jurisprudencia, tomados del derecho internacional, han sido adaptados al ordenamiento jurídico colombiano y reflejan un enfoque ecocéntrico, al tomar medidas antes de que se produzca un daño irreversible, e incluso cuando la ciencia todavía no puede ofrecer una certeza absoluta. La Corte Constitucional se ha encargado de construir sobre estos una base para determinar las actividades que pueden producir un daño al medio ambiente y las que pueden llegar a evitarlo, y aunque persistan vacíos sobre su aplicación a situaciones concretas, se considera que ha realizado un buen trabajo al ampliar su definición y los requisitos para su operación.

Finalmente, existen diversos desafíos como el equilibrio o la ponderación entre el desarrollo económico y la preservación del medio ambiente, la coordinación con múltiples entidades y la garantía de la participación activa de las comunidades impactadas. Sin embargo, el avance ha sido evidente y se han creado deberes para los distintos actores, como prevenir, mitigar, reparar daños, e incluso ser sancionados por el incumplimiento de medidas. Lo anterior se traduce en un compromiso

colectivo de salvaguardar la protección del medio ambiente como principio y como derecho colectivo.

Bibliografía

Doctrina

Wiener, Jonathan. "Precaution in a multirisk world". En *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, editado por D. Paustenbach, 1509-1531. New York: Wiley-Interscience, 2020.

Sunstein, Cass. *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Normativa y jurisprudencia

Congreso de la República. *Constitución Política de Colombia*, 1991. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14382

Congreso de la República. Ley 99 de 1993. https://www.minambiente.gov.co

Congreso de la República. Ley 685 de 2001. https://www.funcionpublica.gov.co

Corte Constitucional. Sentencia C-293/02 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-988/04 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-595/10 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-1077/12 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-204/12 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-449/15 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-080/15 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-622/16 de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-644/17 de 2017, M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional. Sentencia T-236/17 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional. Sentencia SU-455/20 de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional. Sentencia C-300/21 de 2021, M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Corte Constitucional. Sentencia C-148/22 de 2022, M. P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional. Sentencia SU-121/22 de 2022, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional. Sentencia SU-196/23 de 2023, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional. Sentencia C-280/24 de 2024, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, 9 de mayo de 1992. https://unfccc.int

ONU. Convención sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992. https://www.cbd.int

ONU. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992. https://www.un.org/spanish/ga/confRio1992/agenda21

ONU. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011. https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights

ONU. Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015. https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement

ONU. Cepal, Acuerdo de Escazú, 4 de marzo de 2018. https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 443-470, ISSN 2346-0849

Martín Canessa Zamora* **(Chile)**
Catalina Melgarejo Espina** **(Chile)**

La ilegitimidad de los límites legales a la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa: un análisis desde los derechos humanos a la igualdad y al trabajo

RESUMEN

El presente trabajo analiza la legitimidad del establecimiento de cuotas máximas a la contratación de trabajadores extranjeros en una empresa, bajo parámetros internacionales de derechos humanos. A partir de una sistematización de la regulación e interpretación del derecho humano al trabajo, a la igualdad y la no discriminación en materia laboral, concluye que no existe justificación legítima a la restricción de estos derechos a través de un sistema de cuotas por empresa.

Palabras clave: migración; derecho al trabajo; igualdad y no discriminación.

The Illegitimacy of Legal Limits to the Percentage of Foreign Workers in a Company: A Human Rights-Based Analysis of Equality and Labor

ABSTRACT

This paper analyzes the legitimacy of establishing maximum quotas for hiring foreign workers in a company, under international human rights parameters. Based on the systemization of the regulations and interpretation of the human rights to work and to equality and non-discrimination in the workplace, it concludes that there is no legitimate justification for restricting these rights through a per-company quota system.

Key words: Migration; right to work; equality and non-discrimination.

---

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LLM in Public Law, University College London (UCL); máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. mcanessaz@gmail.com

** Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile; Master Juris, University of Oxford (Merton College); máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. cimelgarejo@uc.cl

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Die Rechtswidrigkeit der gesetzlichen Begrenzung des ausländischen Arbeitnehmeranteils in Unternehmen: eine Analyse aus der Perspektive der Menschenrechte auf Gleichheit und Arbeit

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit analysiert die Rechtmäßigkeit der Festlegung von Höchstquoten für die Einstellung ausländischer Arbeitnehmer in Unternehmen unter Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsstandards. Ausgehend von einer Systematisierung der Regulierung und Auslegung des Menschenrechts auf Arbeit, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Bereich der Beschäftigung kommt sie zu dem Schluss, dass es keine legitime Rechtfertigung für die Einschränkung dieser Rechte durch ein Quotensystem für Unternehmen gibt.

Schlüsselwörter: Migration; Recht auf Arbeit; Gleichheit und Nichtdiskriminierung.

Introducción

En Latinoamérica, no es poco frecuente encontrarse con normas legales que ponen un límite al trabajo migrante, en la forma de cuotas máximas a la cantidad de trabajadores extranjeros que una empresa puede contratar. En efecto, diversos cuerpos normativos laborales y migratorios en la región contemplaron normas como esta y, en la actualidad, países como Chile, Perú y Bolivia conservan disposiciones en tal sentido. Sin perjuicio de las diferencias en la proporción concreta que se determine (10%, 15%, 20%) y en las normas específicas para su cálculo, lo cierto es que, en todos los casos, estas disposiciones conllevan una limitación a la libertad de trabajo de las personas migrantes, que ha sido establecida, además, con base en una categoría sospechosa de discriminación.

Por supuesto, ni el hecho de que sea una limitación, ni el que utilice una categoría sospechosa, la vuelven inmediatamente una restricción ilegítima de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores migrantes. Sería posible, hipotéticamente, hallar un motivo razonable para su aplicación. De hecho, es común encontrar en el discurso público justificaciones de medidas análogas, adoptadas en aras de la protección de los nacionales y sus puestos de trabajo.[1] Ante la creciente movilidad humana

[1] En Chile, con ocasión de la discusión del proyecto de ley que eventualmente se transformaría en la actual Ley 21.325 de Migración y Extranjería (por entonces, tramitado como Boletín 8970-03), se discutió modificar la actual norma sobre proporción de trabajadores extranjeros en la empresa (que exige a las empresas emplear un mínimo de 85% de nacionales) y sus reglas de cómputo. Inicialmente, la propuesta estuvo dirigida a eliminar la norma. Luego, el consenso recayó en reducir la proporción obligatoria de nacionales a 60%. Después, en mantener el 85%, pero modificar las normas especiales de cómputo (por ejemplo, excluyendo de la aplicación de la regla a los trabajadores estacionales). Finalmente, toda propuesta de modificación fue eliminada durante el paso del proyecto por el Senado y, como resultado,

en la región y las crisis de empleo formal en el mundo del trabajo, los argumentos proteccionistas han ganado cada vez más fuerza, incluso contra toda evidencia.[2]

Este artículo aborda precisamente dicha interrogante: ¿las cuotas máximas de trabajadores migrantes en una empresa son legítimas desde la perspectiva de los derechos humanos?

Este trabajo revisa la problemática haciendo un análisis comparado de algunas legislaciones de Latinoamérica y el modo en que han incorporado estas normas restrictivas del empleo de trabajadores migrantes, contrastándolo con estándares de derechos humanos en materia de libertad de trabajo, igualdad y no discriminación arbitraria, que se desarrollan a partir de normativa y jurisprudencia internacionales. Desde allí, cuestionamos la legitimidad de tal normativa y concluimos que constituye una limitación de los derechos de los trabajadores migrantes, en dos sentidos. En primer lugar, en tanto pone barreras para la contratación de personas migrantes que, en esencia, niegan la igual dignidad de los trabajadores. En ese sentido, *la protección del trabajo nacional* no constituye un fin normativamente legítimo para restringir los derechos de las personas. En segundo lugar –e incluso aunque se considerara que este es un fin válido–, el uso de la nacionalidad como categoría de distinción no satisface, en esta área, un escrutinio estricto de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto la limitación del trabajo migrante no es un medio idóneo para la consecución del objetivo perseguido. En efecto, como se revisará en las páginas siguientes,[3] diversos estudios demuestran que la mayor presencia de personas extranjeras en el mercado laboral no tiene una incidencia estadísticamente relevante en las cifras de desempleo de un país. Por otro lado, como sucede con otros intentos de restricción de la migración, la medida podría redundar en una mayor informalidad laboral, lo que resulta en una afectación desproporcionada de los derechos de los trabajadores migrantes. En otras palabras, la existencia de estas limitaciones a la proporción de los trabajadores migrantes en la empresa solo encuentra fundamento en una falsa sensación de seguridad y protección para los trabajadores nacionales, promesa que es incapaz de cumplir.[4]

---

la norma se mantiene inalterada hasta hoy. Todo lo anterior, acompañado de argumentos de "protección del empleo nacional". (Para profundizar, ver la historia de la Ley 21.325, en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7856/)

[2] En un libro que sintetiza décadas de investigación sociológica y económica sobre el fenómeno de la migración, Hein de Haas desmiente rigurosamente una serie de mitos ampliamente difundidos en el discurso público. Uno de ellos –que la migración masiva aumenta el desempleo y disminuye los salarios de los nacionales– es frecuentemente invocado por quienes abogan medidas proteccionistas. Es, también, una afirmación contraria a la mejor evidencia disponible. De Hein Haas, *How Migration Really Works. A factful guide to the most divisive issue in politics* (London: Penguin Random House, 2023), 129 y ss.

[3] Ver el apartado 4.4.

[4] Nuevamente, de Haas documenta extensamente esto en su investigación. De Haas, *How Migration…,* 129-144.

1. Caracterización del problema: presencia de cuotas en la legislación de diversos países latinoamericanos

Como adelantamos en los párrafos precedentes, la existencia de cuotas máximas de trabajadores extranjeros en una empresa es relativamente frecuente en Latinoamérica. En efecto, sin perjuicio de variaciones concretas en los porcentajes y las fórmulas de asimilación de ciertos trabajadores extranjeros a nacionales para efectos del cumplimiento de la norma, el hecho es que todas comparten una misma esencia: limitan el máximo de personas migrantes que un empleador puede contratar en relación con los trabajadores nacionales. Las revisaremos a continuación.

1.1. Bolivia

En el caso de Bolivia, la Ley General del Trabajo dispone, en su artículo 3°: "En ninguna empresa o establecimiento el número de trabajadores extranjeros podrá exceder del 15 por ciento del total y comprenderá exclusivamente a técnicos".[5]

En el mismo sentido, el Decreto Supremo de 2 de febrero de 1937, señala:

> Art.1º. El ochenta y cinco por ciento de los empleados que sirven a un mismo patrono, deberán ser de nacionalidad boliviana. Del total de sueldos pagados por el mismo patrono, se asignará el ochenta y cinco por ciento en favor de los empleados nacionales; los pagos hechos en moneda extranjera se reducirán al cambio bancario para restablecer dicho porcentaje.[6]

El Decreto Supremo 3653 de 25 de febrero de 1945, en relación con el porcentaje de artistas, dispone:

> Art. 1º Las emisoras comerciales de radio, deberán contratar necesariamente, un número de artistas suficiente para llevar un veinticinco por ciento de sus emisiones con números vivos. Entre esos artistas, por lo menos un 60% deberán ser nacionales. Art. 2º Los locales públicos autorizados a presentar números vivos, igualmente deberán contratar por lo menos un sesenta por ciento de artistas nacionales.[7]

1.2. Perú

Por su parte, Perú establece una limitación similar en la Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros, cuyo artículo 4° dispone: "Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20%

---

[5] Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia de 8 de diciembre de 1942, artículo 3°.

[6] Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia, artículo 3°.

[7] Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia, artículo 3°.

del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios".[8]

El 5 de julio de 2018, el mismo país adoptó una normativa para promover la contratación laboral de personas de nacionalidad venezolana, facilitando el cumplimiento de ciertos requisitos laborales. Sin embargo, la nueva legislación mantuvo los mismos límites de contratación ya señalados, explicitando: "La liberación de las restricciones laborales a que se refiere las normas emitidas por el Sector Interior, no comprenden los límites porcentuales que establece el artículo 4 y la contratación temporal prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros".[9]

1.3. México

En México se contempla un porcentaje de limitación mayor. Así, la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 7°, regula:

> En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. El patrón y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos. No es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores, administradores y gerentes generales.[10]

1.4. Colombia

El caso colombiano resulta especialmente interesante, por cuanto dicho Estado establecía una limitación en el mismo porcentaje que México, pero esta fue derogada en virtud de la Ley 1429, publicada el 29 de diciembre de 2010. Dicha ley tiene por objeto "la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse".[11]

---

[8] Decreto Legislativo 689 de 4 de noviembre de 1991, artículo 4°.

[9] Resolución Ministerial 176-2018-TR de 05 de julio de 2018, *El Peruano*, 6 de julio de 2018, artículo 4°.

[10] Ley Federal del Trabajo de 23 de abril de 2021, *Diario Oficial de la Federación*, 1º de abril de 1970, artículo 7°.

[11] Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010, *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 2010, n.° 47.937, artículo 1°.

El antiguo artículo 74.1 señalaba: "Todo [empleador] que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza".[12]

1.5. Chile

Finalmente, en el caso chileno encontramos una restricción que se dará incluso en las primeras legislaciones laborales. En la Ley sobre Contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares de 1924, en el artículo 6°, se regulaba:

> Cuando los patrones ocuparen más de diez empleados, el setenta y cinco por ciento (75%), a lo menos, de ellos, deberán ser chilenos, los cuales percibirán, a lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de los emolumentos que se paguen. En las industrias que estuvieren establecidas a la fecha de la promulgación de la presente lei (sic), la disposición del inciso anterior se aplicará cinco años después de dicha fecha; y en las que se establecieren con posterioridad a su promulgación, se aplicará desde cinco años después de su establecimiento.
>
> Para computar la proporción a que se refiere este artículo, no se considerará al personal ocupado en secciones de construcción o ensanche de instalaciones, siempre que así lo autorice, en cada caso, el Presidente de la República.
>
> Art. 7.° Para los efectos del artículo anterior, se computarán como chilenos los estranjeros (sic) cuyo cónyuge sea chileno y los que estuvieren domiciliados en Chile más de diez años.[13]

En 1931, se reduce el porcentaje de 25% a un 15%, porcentaje este último que se mantiene en la actualidad. En dicho cuerpo legal, en los artículos 115 y 116 se regula:

> Art. 115. El 85% a lo menos, del total de empleados que sirvan a un mismo empleador, será de nacionalidad chilena. Se exceptúan de esta disposición al empleador que ocupa cinco empleados o menos.
>
> Art. 116. Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:
>
> 1) Se tomará en cuenta el número total de empleados que un empleador ocupe dentro del territorio nacional, y no el de las distintas sucursales separadamente;
>
> 2) Se excluirá al personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por el personal nacional;

---

[12] Decreto Ley 2663, Código Sustantivo del Trabajo de 05 de agosto de 1950, *Diario Oficial*, 9 de septiembre de 1950, n.° 27.407. Antes de la reforma de 2010, artículo 74.1.

[13] Ley 4059, sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares de 08 de septiembre de 1924, Boletín, 27 de septiembre de 1924, artículos 6 y 7.

> 3) Se tendrá como chilenos a los extranjeros cuyo cónyuge sea chileno o que sean viudos de cónyuge con hijos chilenos; y
>
> 4) Se considerará, también, como chilenos, a los extranjeros residentes por más de diez años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.[14]

Esta norma, con características similares, se reproduce en el Código del Trabajo chileno vigente,[15] en sus artículos 19 y 20:

> El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena. Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.
>
> Art. 20. Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:
>
> 1. se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;
>
> 2. se excluirá al personal técnico especialista;
>
> 3. se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y
>
> 4. se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.[16]

Sin perjuicio de que las legislaciones citadas difieran en la proporción, en las reglas especiales de cálculo y otros requisitos (como limitaciones adicionales referentes al salario y al rubro), todas ellas comparten como núcleo esencial la existencia de cuotas de limitación para la participación de trabajadores extranjeros en el mercado laboral. Esto es, se trata de restricciones al derecho al trabajo o a la libertad del trabajo de las personas migrantes, basadas en un único criterio de distinción: la nacionalidad del trabajador.

---

[14] DFL 178, Código del Trabajo chileno de 13 de mayo de 1931, *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1931, artículos 115 y 116.

[15] En un reciente y detallado estudio de la aplicación de estas normas, Mayra Feddersen y Antonio Morales argumentan que la fiscalización efectiva de estas normas es relativamente baja, pero que su vigencia acarrea, de todos modos, problemas jurídico-políticos, especialmente para la gestión del trabajo migrante y la ejecución de una política migratoria estructurada y coordinada. En contraposición al suyo, sin embargo, nuestro análisis es eminentemente normativo, abocado a la pregunta por la legitimidad y juridicidad de la restricción. Mayra Feddersen y Antonio Morales, "¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?", *Revista Chilena de Derecho* 50, n.° 1 (2024): 159-194.

[16] DFL 1, Código del Trabajo de Chile de 31 de julio de 2002, *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003, artículos 19 y 20.

2. Justificaciones posibles a este tipo de legislación

De la normativa revisada pueden apreciarse dos elementos fundamentales para el desarrollo de este análisis. Por un lado, las normas constituyen una restricción al menos a dos derechos humanos de los trabajadores extranjeros: a la igualdad y no discriminación arbitraria y al derecho al trabajo. Por otro lado, su esencia es realizar una distinción entre trabajadores con base en su nacionalidad (nacionales vs. extranjeros), una categoría sospechosa de discriminación.

Por supuesto, como hemos dicho al inicio de este escrito, ni el hecho de que sea una restricción, ni el que utilice una categoría sospechosa, la vuelven inmediatamente una restricción ilegítima de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores migrantes. Por ello, al aproximarnos críticamente a esta suerte de normas, nos parece que lo mejor es buscar el fundamento más razonable posible, aquel que más pueda ajustarse a estándares de derechos humanos, y evaluarlas desde allí. Lo anterior, especialmente si dos de los estándares que se van a comparar serán la igualdad y la proscripción de la arbitrariedad, cuya consecuencia es la exigencia de razonabilidad.

En ese sentido, descartaremos justificaciones que, *prima facie*, aparecen como manifiestamente discriminatorias. En su lugar, nos centraremos en dos argumentos que normalmente se esgrimen en favor de esta normativa y que podrían, al menos en apariencia, hallar sustento en los derechos de soberanía del Estado o en la garantía de los derechos humanos de los nacionales de un país.

Así, por un lado, se ha argumentado[17] que este tipo de normas permiten una mejor garantía del derecho al trabajo de los nacionales de un Estado, protegiendo su empleo frente a flujos migratorios crecientes. Este argumento, como es obvio, supone que existe un cierto orden de prelación en la protección que el Estado debe brindar a los derechos humanos de sus nacionales, por sobre los derechos humanos de otros residentes (cuestión que no es pacífica). A su vez, trae implícita la asunción[18] de que el aumento de la migración (al menos por encima de cierto nivel) implicará también el aumento del desempleo.

---

[17] En Chile puede consultarse la argumentación en torno al Proyecto de ley, Boletín 4359-13, que "Modifica el Código del Trabajo asegurando la ocupación para sus nacionales". Fecha de ingreso: jueves 20 de julio de 2006, en el mismo sentido, la discusión durante la tramitación de la actual Ley 21.325 (Boletín 8970-03). En iniciativas aún más recientes, se ha argumentado que sería importante flexibilizar el requisito (aumentando la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa o excluyendo a ciertas categorías de trabajadores, como los estacionales), pero siempre reforzando la idea de que las limitaciones son necesarias para proteger el empleo de nacionales (ver Boletín 11125-13).

[18] Magdalena Olea y Álvaro Bellolio: "El Frente Amplio es la coalición de la migración sin restricciones", *El Libero*, 18 de agosto de 2020, acceso el 29 de noviembre de 2022, https://ellibero.cl/actualidad/alvaro-bellolio-el-frente-amplio-es-la-coalicion-de-la-migracion-sin-restricciones/

Por otro lado, se ha dicho que, allí donde no existen cuotas de ingreso al país (*visa caps*), las cuotas máximas de empleo permitirían trasladar la gestión de la migración a la empresa, manteniendo una mejor correlación entre las vacantes abiertas en el mercado laboral y el ingreso de trabajadores que las llenen.[19] Esta posición, aparentemente menos problemática, trae igualmente aparejada la idea de que el mercado laboral se comporta de un modo predecible y proporcional al empleo nacional. A su vez, parece obviar los efectos concretos que la normativa tiene en trabajadores extranjeros que, al postular a un puesto de trabajo para el que se hallan calificados, serán rechazados por razones ajenas a su idoneidad, y sobre las empresas, que en determinadas situaciones podrían verse obligadas a prescindir de trabajadores más calificados.

En los párrafos siguientes desarrollaremos algunos estándares de derechos humanos aplicables a la problemática expuesta, para luego medir la normativa analizada con dichos parámetros y determinar así su adecuación (o falta de ella) al respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

3. Estándares internacionales de derechos humanos: libertad de trabajo e igualdad

Para poder revisar si las cuotas máximas legales de trabajadores extranjeros en una empresa constituyen (o no) restricciones legítimas de los derechos humanos y fundamentales a la libertad de trabajo e igualdad (y no discriminación), debemos primeramente desarrollar su contenido y, en especial, las habilitaciones a su restricción. Una vez desarrollados estos parámetros de control, estaremos en condiciones de revisar si las cuotas máximas legales se ajustan o no a ellos.

3.1. Derecho al trabajo

En el desarrollo histórico de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el derecho al trabajo aparece como un pilar fundamental. En este desarrollo, el trabajo ha sido considerado como una herramienta para superar la pobreza y alcanzar condiciones de vida dignas que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de otros derechos. Adicionalmente, el trabajo se ha comprendido como un

[19] En un estudio de 2006, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) destacaba las dificultades que acarrea el uso de una política migratoria con base en cuotas numéricas de visas, especialmente en la medida en que la rigidez de los procesos para fijarlas impediría adecuarse "en tiempo real" a las necesidades del mercado laboral. El mismo estudio releva las ventajas de que el Estado delegue en los empleadores la selección de los trabajadores extranjeros que ingresarán, pudiendo obligárseles a preferir a trabajadores nacionales. (Para profundizar, ver OECD, "Managing Migration – Are Quotas and Numerical Limits the Solution?", en International Migration Outlook (2006), https://doi.org/10.1787/migr_outlook-2006-en

deber del ciudadano, en su contribución al desarrollo de la sociedad. Así las cosas, el derecho al trabajo se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana.

Esta doble dimensión del trabajo, como medio para obtener condiciones de vida dignas y como deber del ciudadano, queda manifiesta en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que en su artículo 45 dispone:

> Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:
>
> a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, *tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual*, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
>
> b) El trabajo es un derecho y *un deber social*, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.[20]

El derecho al trabajo está consagrado en distintos instrumentos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 23.1, señala: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".[21]

La declaración regula el derecho al trabajo, sin limitarlo a la mera prestación de servicios. Así las cosas, reconoce tres manifestaciones de este:

1. Derecho a obtener un trabajo. Justamente, esta arista es la que ha llevado a considerar este derecho como un principio y no una regla, entendiendo que en las sociedades neoliberales actuales es muy difícil lograr condiciones de *pleno empleo*. En ese sentido, algunos países han optado por utilizar una nomenclatura menos ambiciosa como *derecho del trabajo* o *libertad de trabajo* (este último, por ejemplo, en la constitución chilena).
2. Libertad de elegir el trabajo. Este punto también ha generado controversia en las sociedades actuales. El ideal de que cada uno es libre para elegir su empleo puede ser cierto formalmente, pero suele distar mucho de la realidad

---

[20] OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, n.° 1-C de 30 de abril de 1948. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993.

[21] ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), París, 10 diciembre de 1948.

material, pues se encuentra marcado por la necesidad y los escasos recursos económicos. Por lo demás, no todos los empleos son considerados *trabajo* para efectos del mercado, invisibilizando oficios, profesiones o servicios que quedan fuera del ámbito de protección.

3. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. La comunidad internacional y los distintos Estados no solo se han preocupado por la posibilidad de obtener un empleo, sino también por los estándares mínimos de calidad de estos.
4. Protección contra el desempleo. Esta cuestión se materializa de distintos modos en diferentes países (seguros de desempleo, causales de indemnizaciones por despido, etc.).

En el mismo sentido, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 6, consagra el derecho al trabajo: "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".[22] Así, el Protocolo vincula íntimamente el trabajo con la vida digna y la libertad de desarrollar la personalidad del individuo. El trabajo sería garantía necesaria para el ejercicio del resto de los derechos humanos.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), en su artículo 6.1, establece: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".[23]

Los Estados tienen un rol relevante y un deber de proteger este derecho, en especial "el derecho al trabajo de todas las personas, en particular de los grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación histórica, con particular relevancia cuando los empleadores son actores no estatales".[24]

El concepto de derecho al trabajo fue incluido en las constituciones europeas de posguerra, con el fin principal de evitar formas de libre despido. También fue utilizado para hacerle contrapeso al derecho de huelga. En España, por ejemplo, a pesar de estar consagrado en el artículo 35 de su Constitución, no logró el objetivo de garantizar el derecho a exigir y obtener un puesto de trabajo.[25] En Latinoamérica,

---

[22] OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988.

[23] ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966.

[24] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 331, 30 octubre de 2020, 21.

[25] Cfr. José Luis Ugarte Cataldo, "El trabajo en la Constitución chilena", en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. Derecho en democracia*, ed. por Juan Carlos

años antes, la Constitución mexicana de 1917 consagró en su articulado normas exhaustivas acerca el derecho al trabajo y la libertad del trabajo.[26] En Chile, recién se consagró el derecho a la *libertad de trabajo y su protección* en la Constitución de 1980. El texto constitucional chileno lo garantizó de la siguiente forma:

> Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:
> 16º. La libertad de trabajo y su protección.Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.
> Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.[27]

El Tribunal Constitucional de Chile ha interpretado la libertad del trabajo en el siguiente sentido:

> La garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. [...]. El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución.[28]

Las normas internacionales y de orden doméstico citadas son contestes en considerar el trabajo como un bien esencial, estableciendo una protección robusta, que no solo contempla los servicios prestados, sino también su protección como medio para el desarrollo de la persona, condiciones de vida adecuadas, estándares del empleo, entre otros. A la luz de las obligaciones y garantías asociadas al derecho estudiado, se desprende que la comunidad internacional y la legislación interna no hacen distinciones según la nacionalidad del trabajador. Así las cosas, todas aseguran derechos laborales al trabajador, independiente de su origen.

Ferrada Bórquez, Jaime Bassa Mercado y Christian Viera Álvarez (Santiago: Lom Ediciones, 2015), 121-122.

[26] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 31 de enero de 1917, artículos 4 y 123 y ss., https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_1917_Facsimilar

[27] Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100 de 17 de septiembre de 2005, *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.

[28] Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1413, considerando 21, 16 de noviembre de 2010. En el mismo sentido, STC 3330 c. 12, STC 3391 c.12, STC 7217 c. 11.

Lo anterior es concordante con la Opinión Consultiva OC-18/03, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que por unanimidad declaró:

> 9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, *independientemente de su condición de nacionales o extranjero*s, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.
>
> 10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. *Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo*, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.[29]

Esto no es un obstáculo para el ejercicio de políticas migratorias, esto es, de control fronterizo, naturalmente basadas en la distinción nacional-extranjero (los Estados mantienen su potestad soberana para determinar quién entra y quién sale de su territorio). Pero sí se opone al establecimiento de políticas laborales discriminatorias, es decir, a la determinación del goce del derecho al trabajo, el acceso al mercado laboral o la admisión a puestos de trabajo específicos, basados únicamente en la nacionalidad. En consecuencia, los derechos consagrados y las obligaciones de los Estados responden únicamente a la dignidad de los trabajadores, por el solo hecho de considerarse como tales y, por consiguiente, a primera vista dichas normas no habilitan a hacer distinciones según el país de origen del trabajador o su condición migratoria.

En el siguiente apartado revisaremos la legitimidad (o falta de ella) de que los Estados establezcan límites al acceso y ejercicio de estos derechos basados en la nacionalidad. Es decir, a establecer un límite máximo de contratación de trabajadores extranjeros, dejandolos fuera del *mercado laboral* y, por ende, fuera del estatuto protector del derecho al trabajo.

3.2. Igualdad y no discriminación: la nacionalidad como categoría sospechosa

La igualdad es un valor fundamental en el más puro sentido de la palabra: la igual dignidad de las personas es punto de partida y fundamento del orden internacional de los derechos humanos. Así, la DUDH comienza por afirmar que "todos

[29] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", párrafos 9 y 10.

los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos",[30] para luego, en su artículo 2°, proscribir la discriminación y establecer las que se han llamado *categorías sospechosas de discriminación*.[31] Similares declaraciones encontramos en el Pidesc, que en su artículo 2.2 obliga a los Estados a la igual garantía de los derechos que estatuye, "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[32]

Especialmente relevantes resultan, pues, las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que no solo comprometen a los Estados al igual respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas, sino que consagran la igualdad ante la ley como un derecho humano en sí mismo. Justamente, el PIDCP, en su artículo 26, establece:

> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[33]

Por su parte –y en análogo sentido– la CADH dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".[34]

La ubicuidad de la igualdad y la proscripción de la discriminación no es accidental. Esta opera a la vez como principio fundamental del orden de los derechos humanos, como derecho humano en sí mismo, y como metagarantía de los demás derechos

---

[30] ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), artículo 1°.

[31] El artículo en cuestión dispone: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía". ONU, Declaración Universal…, art. 2°.

[32] ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966, artículo 2.2.

[33] ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A/RES/2200 (XXI), 16 de diciembre de 1966, artículo 26.

[34] OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, artículo 24.

(en relación con las condiciones para su ejercicio y los requisitos de su restricción).[35] De hecho, ha sido precisamente en relación con la posibilidad de restringir los derechos de las personas migrantes (en específico, de aquellos en situación migratoria irregular), que la Corte IDH ha declarado que la igualdad constituye una norma de *ius cogens*. De este modo, ni aun invocando el derecho soberano a definir sus políticas migratorias (espacio en que tradicionalmente los Estados han gozado de especial holgura frente a controles de legitimidad), pueden vulnerar la igualdad esencial, ni realizar distinciones arbitrarias.[36]

Este rol esencial se refleja también en el derecho constitucional y, en particular, en el derecho constitucional latinoamericano. La igualdad es

> … una de las nociones más importantes del constitucionalismo occidental. Ella no sólo sirve de fundamento al régimen democrático de gobierno, sino que también se constituye en una de las bases del ordenamiento jurídico. Más aún, en la actualidad los más diversos conflictos jurídicos tienden a formularse, al menos parcialmente, en torno a exigencias de igualdad.[37]

De acuerdo con buena parte de la doctrina constitucionalista, este reconocimiento de la igualdad fundamental entre las personas y la proscripción de las distinciones arbitrarias configuran lo que se ha denominado la *presunción de igualdad*, en cuya virtud la regla general será el trato igualitario, y permiten tratos diferenciados solo en la medida que puedan ser justificados por una razón suficiente, suficiencia que además podrá ser controlada. En otras palabras, la carga de la prueba es de quien desea aplicar un tratamiento desigual, debiendo aquel –en este caso, el Estado– alcanzar

---

[35] En este sentido, y precisamente con ocasión de una consulta sobre derechos de trabajadores migrantes, la Corte IDH ha afirmado que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico". OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párrafo 101. En Chile, puede consultarse la opinión de los profesores José Manuel Díaz de Valdés, "Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 50, n.° 1 (2018): 189-218, y Fernando Muñoz, *Igualdad, inclusión y derecho* (Santiago: Lom Ediciones, 2013).

[36] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 173.4. La Corte IDH ha declarado que "los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos", de modo que "las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables". Así, "los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria a la consecución de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio", principio que además considera constituye una norma de *ius cogens*. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrs. 168, 172 y 173.4.

[37] José Manuel Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 31-32.

los estándares de justificación y razonabilidad exigidos.[38] El grado de convicción acerca de la razonabilidad que debe alcanzar quien ejerce el control (típicamente un juez) es, además, elevado, de modo que, si existiera duda acerca de la justificación de la medida, deberá preferirse el trato igualitario.

A este esquema se suma la proscripción de toda forma de discriminación arbitraria. La importancia de erradicar las distinciones arbitrarias yace en su profunda contradicción con la dignidad humana y en cómo estos actos suelen perpetuar el sometimiento de unas personas por otras. De ahí que una de las herramientas más importantes que emplea el derecho antidiscriminación sean las categorías sospechosas, entendidas como "aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre personas, y que el ordenamiento jurídico ha señalado expresamente como indiciarios de discriminación arbitraria".[39] Las categorías sospechosas lo son porque históricamente se las ha empleado para oprimir y perjudicar a ciertos grupos de personas.

La DUDH, en su artículo 2.1, incorpora un listado de categorías sospechosas de discriminación. En el sistema interamericano de derechos humanos se ha entendido que el artículo 1.1 de la CADH contempla aquel instituto jurídico, en la medida en que obliga a los Estados al pleno respeto y a la garantía del libre ejercicio de los derechos de "toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de *raza, color,* sexo, *idioma,* religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, *origen nacional* o social, posición económica, *nacimiento*, o cualquier otra condición social" (énfasis agregado).[40] Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dotado a las categorías sospechosas del particular efecto de aumentar el estándar de justificación exigido a los Estados, estableciendo una fuerte presunción de discriminación arbitraria en aquellos casos en que esta se utiliza.

> La Comisión ha sostenido que las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en la Convención Americana están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. En todo caso, la Comisión sostiene que cualquier distinción basada en uno de los supuestos mencionados en el

---

[38] Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

[39] Díaz de Valdés Juliá, "Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno", 214.

[40] OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1.

> artículo 1 de la Convención tiene una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado, incluida la relativa a la discriminación por razones del idioma.[41]

De este modo, distinciones basadas en la pertenencia a determinados grupos o a la adjudicación de ciertas condiciones sociales –como la nacionalidad– adolecen de una presunción de ilegitimidad fuerte, que obliga a su control estricto, bajo parámetros exigentes de suficiente justificación. Dichos parámetros resultan más o menos coincidentes con aquellos que tradicionalmente se han utilizado en el marco del test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Retomaremos esto en el siguiente apartado. Por ahora, basta reiterar que, bajo los estándares aplicables del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente del sistema interamericano, la nacionalidad *es* categoría sospechosa de discriminación, con todas las consecuencias que eso conlleva.

Así las cosas, las normas analizadas –cuotas máximas de trabajadores extranjeros en la empresa– evidentemente constituyen una distinción basada en una categoría sospechosa de discriminación, de modo que no es legítimo, en principio, que los Estados traten desigualmente a nacionales y extranjeros en cuanto al goce de los derechos humanos fundamentales, ni impongan a las personas migrantes restricciones a sus derechos más intensas que a sus nacionales. Esto es *en principio,* pues, como lo dice el mismo concepto, que una categoría sea sospechosa no la hace culpable de discriminación arbitraria. Eso sí, su uso requiere un escrutinio mucho más cuidadoso y bajo los estándares exigentes arriba sistematizados.

3.3. Las normas específicas que autorizan ciertas distinciones con base en la nacionalidad no las transforman en categorías protegidas de discriminación

Agreguemos un último nivel de complejidad al análisis. ¿Qué sucede cuando una distinción aparece autorizada por otra norma aplicable? Esto es lo que pareciera ocurrir en el presente caso, en razón de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CDTMF). Este instrumento es de un contenido fuertemente protector e igualitario, y contempla una serie de derechos en este sentido, incluidos la no discriminación en el reconocimiento de derechos (art. 7) y la igualdad de trato respecto de los nacionales (art. 25). Sin embargo, contiene algunas autorizaciones específicas para realizar distinciones entre nacionales y extranjeros (eventualmente privilegiando a los primeros). Por ejemplo,

---

[41] CIDH, Caso Alfredo López Álvarez vs. Honduras, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2003, párrafo 175. En el mismo sentido, ver CIDH, Caso Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka) vs. Chile, Informe de 29 de noviembre de 2016, No. 48/16, párrafo 71.

en lo pertinente a nuestra discusión, el artículo 52,3 letra b), permite limitar la libre contratación de los extranjeros en beneficio de los nacionales, del siguiente modo:

> Artículo 52.3 En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá:
>
> b) Limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales. Las limitaciones de este tipo no se aplicarán a un trabajador migratorio que haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a cinco años.[42]

A nuestro juicio, esta norma resulta extraña en el contexto de las demás disposiciones del orden internacional de los derechos humanos e, incluso, de las normas del propio tratado. Una suerte de reserva en favor del Estado para, so pretexto de garantizar los derechos de sus nacionales, restringir los derechos de los extranjeros. No existe ninguna diferencia relevante entre trabajadores nacionales y extranjeros que justifique este trato diferente. Creemos que este particular artículo colisiona con las demás disposiciones que hemos venido analizando (contenidas en la DUDH, el PIDCP, el PIDESC y la CADH, entre otras), así como con la normativa laboral relevante emanada de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como los Convenios 111 y 156 a los que nos referiremos en los siguientes párrafos. Con todo, nos parece que ni siquiera esta norma, correctamente interpretada, legitima las leyes de cuotas máximas de trabajadores por empresa.

Precisamente, lo que hay que preguntarse frente a una norma excepcional que autoriza esta diferenciación es: ¿quedan por ella exentos los Estados del escrutinio estricto del que veníamos hablando? ¿Les confiere la norma carta libre para utilizar la nacionalidad como categoría de distinción? ¿La convierte en "categoría protegida" en materia laboral? A nuestro juicio, una lectura armónica del conjunto de la normativa aplicable y, en concordancia, de los principios interpretativos que rigen en el orden de los derechos humanos (como el principio pro persona), lleva necesariamente a responder en forma negativa. Ello, en la medida en que i) la autorización no elimina la condición de categoría sospechosa a la nacionalidad, ii) tampoco altera el régimen de control ni los estándares aplicables a las distinciones en ella fundadas y iii) la propia norma establece una finalidad específica que se debe cumplir, excluyendo toda otra.

---

[42] ONU, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/RES/45/158, 18 de diciembre de 1990, artículo 53.3 letra b).

Respecto de lo primero, lo cierto es que el carácter excepcional de la autorización contenida en el artículo 52.3 letra b de la CDTMF, en contraste con el tenor general del resto del tratado, demanda una interpretación restrictiva de los efectos que la autorización pueda tener. No representa un levantamiento ni de la prohibición de la discriminación arbitraria, ni tampoco de la sospecha sobre el uso de la nacionalidad. La existencia de normas especiales y excepcionales no transforma la categoría en protegida, ni altera la regla general en su aplicación al ámbito laboral.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones de los Estados con personas migrantes tiende a reforzar estos criterios interpretativos. En efecto, en distintas sentencias y opiniones consultivas, la Corte enfatiza el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación,[43] así como la obligación que este impone a los Estados de dar un trato igualitario a los trabajadores extranjeros, incluso a pesar de que estuvieren en situación irregular.[44] Junto con ello, reafirma que la nacionalidad constituye una categoría sospechosa de discriminación, incluso invirtiendo la carga de la prueba (obligando al Estado a probar que no ha discriminado) cuando esta se utilice.[45] En la misma línea, la Corte aclara que las distinciones con base en la nacionalidad a las que se someta a los trabajadores extranjeros serán legítimas "siempre y cuando este trato diferencial sea *razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*",[46] sometiéndolas a un estándar de escrutinio mayor.

Lo anterior, además, es coherente con la comprensión de la igualdad promovida por la OIT. En efecto, el Convenio 111 de la OIT, por el cual los Estados ratificantes se comprometen a promover "la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto",[47] define la discriminación precisamente en función de categorías sospechosas, estableciendo que corresponde a "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, *ascendencia nacional* u origen social *que tenga por efecto anular o alterar la igualdad*

---

[43] Por ejemplo, OC-18/03, párrafo 101.

[44] OC-18/03. Ver especialmente su párrafo 134, donde resuelve que "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral".

[45] Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251. En el párrafo 229 de la sentencia, la Corte IDH resuelve explícitamente que "reconoce la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial por parte de quienes son objeto de discriminación, por lo que coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que, en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación, la carga de la prueba también recae en el Estado, quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio".

[46] Corte IDH, OC-18/03, párrafo 119.

[47] OIT, Convenio 111 de 25 de junio de 1958, "Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)", artículo 2.

de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (énfasis agregado).[48] Un Convenio posterior de la misma OIT (156, adoptado en 1981) confirma este criterio, proscribiendo el uso de la nacionalidad como categoría de distinción, esta vez respecto de los derechos de los trabajadores con obligaciones familiares.[49] Dicho de otro modo, *especialmente* en materia de acceso al trabajo, la nacionalidad *es* una categoría sospechosa de discriminación.

Asimismo, la interpretación de la norma debe circunscribirse al régimen aplicable a los derechos humanos. Especialmente importantes resultan el principio interpretativo armónico[50] –en cuya virtud las normas de estos tratados deben interpretarse del modo más respetuoso posible frente a otras normas de derechos humanos– y el principio pro persona (o *pro homine*)[51] –que obliga a la interpretación más amplia o extensiva de las normas que consagran derechos y la más restrictiva de las normas que los limiten o suspendan–. En adición, deben aplicarse las reglas que ya hemos revisado para el control de legitimidad de medidas que determinan la existencia de un trato diferente: la presunción de igualdad, la necesidad de escrutinio estricto, la existencia de categorías sospechosas (con sus consecuencias) y el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, tanto el tenor de la norma como la aplicación de los principios enunciados en los párrafos anteriores exigen darle un alcance especialmente restringido a la autorización de distinguir con base en la nacionalidad. Lo anterior, en la medida en que la propia norma determina cuál puede ser la *única* finalidad de la distinción: "darle prioridad" a los trabajadores nacionales. Una interpretación adecuada de dicha finalidad (armónica, pro persona, restrictiva) obliga a excluir la priorización por sí misma y, en su lugar, entenderla como una expresión excepcional de garantía preferente del derecho al trabajo en favor de los nacionales de un Estado, por su

---

[48] OIT, Convenio 111.

[49] OIT, Convenio 156 de 23 de junio de 1981, "Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares".

[50] Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas que obligan a interpretar sus propias disposiciones en un modo que resulte armónico con la garantía de los derechos y las libertades que ellos mismos consagran, por ejemplo, el artículo 30 de la DUDH, el artículo 5° del PIDCP, el artículo 5° del Pidesc, el artículo 29, letras a) y d), de la CADH y artículo 81.2 de la CDTMF. Asimismo, varios de estos tratados obligan a interpretar sus normas en armonía con la garantía de los derechos y las libertades que otros instrumentos de esta naturaleza reconocen (por ejemplo, art. 29, letras b) y c), de la CADH).

[51] La Corte IDH ha fundado la aplicación del principio pro persona en las normas interpretativas contenidas en el artículo 29 de la CADH, reconociendo que "se ha desarrollado el principio de la 'aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos' como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)". Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182, párrafo 217. Para un análisis en detalle, ver Ximena Medellín Urquiaga, "Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos", *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019).

especial vinculación. El fin legítimo (propuesto por la norma) sería la garantía de los derechos laborales de los nacionales.

En el apartado siguiente veremos que las cuotas máximas de trabajadores extranjeros en una empresa resultan no idóneas para conseguir esta finalidad y no resisten un análisis de razonabilidad ni proporcionalidad, especialmente si se realiza bajo los parámetros de control que hemos ido delineando (excepcionalidad y presunción de igualdad, necesidad de justificación razonable, escrutinio estricto, e interpretación restrictiva y armónica). Así, incluso si considerásemos que la protección prioritaria de los derechos de los trabajadores nacionales constituye un fin legítimo (cuestión que discutimos), la falta de aptitud de la norma para otorgar esta protección, por un lado, y la fuerte vulneración de los derechos de los trabajadores extranjeros que produce, por otro, la tornan ilegítima.

3.4. Razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones de los derechos enunciados

Un primer estándar con el que deben compararse estos argumentos consiste en la idoneidad de la medida. Al constituir restricciones al ejercicio de los derechos humanos (y fundamentales), el estándar de justificación al que deben sujetarse es el de escrutinio estricto y proporcionalidad. En otras palabras, solo en cuanto la restricción *efectivamente* sirva para garantizar otro derecho u otro valor jurídico de semejante entidad, resultará justificada.

Uno de los principales argumentos que se esgrimen en favor de estas medidas –la defensa del trabajo de los nacionales– no resiste la aplicación de este estándar inicial. La razón es que parte de un presupuesto fáctico equivocado: que el empleo de los extranjeros pone en riesgo el empleo de los nacionales. En otras palabras, que, a mayor migración, mayor desempleo. Como explicaremos en los siguientes párrafos, esta hipótesis ha sido estudiada en reiteradas oportunidades y, aunque no existe un acuerdo absoluto entre los expertos, la mayoría coincide en que los efectos serían estadísticamente no significativos o relativamente bajos.

En los años sesenta, por ejemplo, Richard F. Muth estudió el efecto de la migración en el mercado laboral de los Estados Unidos a lo largo de diez años de aumento del flujo migratorio. En su trabajo, concluye que i) el aumento en la migración normalmente corresponde al aumento de puestos de trabajo (por la necesidad del mercado laboral) y, no solo eso, sino que ii) la llegada de trabajadores migrantes típicamente tiene impactos positivos en el mercado laboral, generando incluso nuevas oportunidades (en la medida en que trae también crecimiento en el consumo).[52] Un estudio posterior, de Michael Greenwood y Gary Hunt, confirma las conclusiones de Muth. Los autores incorporan en su análisis, además, una dimensión intraestatal,

[52] Cfr. Richard F. Muth, "Migration: Chicken or Egg?", *Southern Economic Journal* 37, n.° 3 (1971): 295-306.

concluyendo, irónicamente, que el mayor problema se produciría por el déficit migratorio generado por el desplazamiento de migrantes desde el suroeste hacia el centro y noreste de los Estados Unidos.[53]

Similarmente, un estudio de Rachel Friedberg sobre el impacto de la inmigración a Israel entre 1990 y 1994 (lapso en que la migración, fruto de la caída de la URSS, implicó un aumento del 12% de la población de aquel Estado), concluyó que no existió ningún impacto estadísticamente relevante en las tasas de desempleo. Adicionalmente, a pesar de que un primer examen global sugeriría que se había producido un pequeño impacto negativo en los salarios (una reducción de alrededor del 3% en el salario ajustado), una revisión más detallada –ajustando por ocupación previa– revela que no existió tal impacto. Es más, al observar la situación individual de cada trabajador –ajustando por características individuales como educación y experiencia–, el estudio concluyó que el impacto incluso había sido positivo.[54] Ello, en la medida en que la tendencia mayoritaria habría sido a que cada trabajador individualmente considerado (tanto nacional como extranjero) experimentara un incremento en su salario ajustado. En términos sencillos, la mejor evidencia demuestra que las personas migrantes no llegan a quitarle el trabajo a los nacionales, sino a ocupar vacantes producidas por el crecimiento del mercado laboral.[55]

Esto último se encuentra respaldado por amplia evidencia empírica en cuanto a que la migración no solo no afecta al empleo, sino que, en términos generales, puede contribuir, aunque marginalmente, al crecimiento de la economía,[56] e incluso permite que los trabajadores nacionales puedan transitar hacia mejores empleos, dado que los migrantes llegan a ocupar aquellos que los nacionales ya no desean.[57]

En Chile, dos estudios publicados en 2019 (en medio del mayor flujo migratorio que el país recibiera, al menos en su historia reciente) llegaron a conclusiones similares.

Un primer estudio, realizado por Juan Bravo a partir de información del Instituto Nacional de Estadísticas chileno y del Banco Central de Chile, concluyó: i) que el aumento de la migración no había tenido un impacto negativo, ni en el empleo ni en los salarios de los nacionales, y ii) que el envejecimiento demográfico de Chile hace particularmente positiva la migración, toda vez que permite ampliar la población

---

[53] Cfr. Michael J. Greenwood y Gary L. Hunt, "Migration and interregional employment redistribution in the United States", *The American Economic Review* 74, n.° 5 (1984): 957-969.

[54] Cfr. Rachel M. Friedberg, "The impact of mass migration on the Israeli labor market", *The Quarterly Journal of Economics* 116, n.° 4 (2001), 1373-1408.

[55] De Haas, *How Migration*…, 131.

[56] Cfr. Ekrame Boubtane, Jean-Christophe Dumont y Christophe Rault, "Immigration and economic growth in the OECD countries 1986-2006", *Études et Documents*, n.° 1 (2016): 1-35.

[57] Cfr. Giovanni Peri, "The effect of immigration on productivity: Evidence from U.S. States", *The Review of Economics and Statistics* 94, n.° 1 (2012): 348-358.

económicamente activa y aliviar la carga que sobre ella ejerce (ejercerá) la población pasiva que crece exponencialmente.[58]

Un segundo trabajo, conducido por el Centro de Estudios Públicos, concluyó: i) que los flujos migratorios no han afectado negativamente el empleo nacional, ni tampoco los salarios, y ii) que, por el contrario, en los últimos años se ha observado un mayor castigo al salario de los trabajadores migrantes, que podría ser explicado por la reducción en su tiempo promedio de estadía, a la vez que por la existencia de barreras normativas para su integración al mercado laboral, como los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo chileno (que consagra las cuotas máximas de contratación).[59]

Complementariamente, se ha estudiado el impacto fiscal de la migración, concluyendo que tiene un impacto, cuando menos, neutro y a veces positivo (se recauda más de lo que se gasta).[60] Por ejemplo, en Chile, un estudio preliminar de 2019 arroja una contribución neta marginalmente positiva (del orden del +0,4%).[61]

En este sentido, en 2022, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) publicó un informe sobre las contribuciones de la migración al desarrollo de países como Chile. En dicho estudio destacó la importancia de la migración en el proceso de ralentización del envejecimiento de la población,[62] y su aporte al suplir el déficit laboral que resulta de la población chilena envejecida.[63]

Por último, el informe de la Cepal destaca el aporte de la población migrante en el crecimiento del producto interno bruto (PIB) entre los años 2009 y 2017, señalando que, "en 8 años, casi se cuadruplicó el valor del PIB generado por los inmigrantes".[64] Especial atención tienen estos resultados, si se toma en cuenta que, en el año 2017, la fuerza de trabajo migrante en Chile era solo del 3,5%, y, aun así, "contribuyeron con 11,5% del crecimiento económico entre 2009 y 2017".[65]

---

[58] Cfr. Juan Bravo, "Mitos y realidades sobre el empleo migrante en Chile", en *Migración en Chile*, ed. por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña (Santiago: Lom ediciones, 2019), 49-71.

[59] Cfr. Adolfo Fuentes y Rodrigo Vergara, "Los inmigrantes en el mercado laboral", en *Inmigración en Chile*, ed. por Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2019), 65-100.

[60] Cfr. OECD, *How immigrants contribute to developing countries' Economies* (Paris: OECD Publishing, 2018).

[61] Cfr. Bastién Maire y José Tessada, "Contribución fiscal neta de la inmigración en Chile", en *Migración en Chile*, ed. por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña (Santiago: Lom ediciones, 2019), 231-260.

[62] Cfr. María Verónica Cano Christiny y Jorge Martínez Pizarro, eds., "Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados", Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/195), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2022, 46.

[63] Cano Christiny y Martínez Pizarro, "Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados", 42 y 48.

[64] Cano Christiny y Martínez Pizarro, "Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados", 62.

[65] Cano Christiny y Martínez Pizarro, "Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados", 63.

Aun cuando hubiera dudas acerca de la posibilidad de extrapolar la evidencia empírica a diferentes países y sus contextos actuales, lo cierto es que la idea de que las cuotas de empleo migrante protegen, de alguna forma, al trabajador nacional, no alcanza el estándar de justificación suficiente que permita una restricción del derecho humano al trabajo, como hemos expuesto más arriba. Lo mismo puede decirse respecto del segundo argumento, toda vez que asume una elasticidad mínima del mercado laboral que bordea la falacia del empleo fijo, cuestión ampliamente desmentida en la literatura especializada.[66]

Por el contrario, estas normas implican un obstáculo al acceso al mercado formal del trabajo para las personas migrantes, de un modo no atribuible a su idoneidad. La no obtención de un puesto de trabajo no estará fundada en sus calificaciones o cualidades, sino más bien en su pertenencia a un grupo determinado (los extranjeros, en contraposición a los nacionales). Las consecuencias de esta exclusión del trabajo formal han sido advertidas en reiteradas ocasiones por la Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes como una situación que vulnera sus derechos.[67] Adicionalmente, la discriminación se erige como uno de los motivos principales de la explotación de los trabajadores migrantes,[68] lo que hace todavía más grave que sea el Estado el que establezca estas distinciones basadas únicamente en la nacionalidad.

Conclusiones

A lo largo de las páginas precedentes hemos analizado los límites de contratación a trabajadores extranjeros en las empresas, bajo su mejor luz. En ese ejercicio, buscamos la justificación más razonable que pudiese esgrimirse a su favor e incorporamos normativa internacional y legislación doméstica. Incluso, utilizamos cierta normativa internacional que, a nuestro juicio, es criticable desde el punto de vista de la garantía plena y eficaz de los derechos humanos de los trabajadores extranjeros, como parámetro de control.

Con todo, un análisis acabado, desde la perspectiva de los estándares protectores del derecho internacional de los derechos humanos, impide validar estas distinciones. Lo anterior, en la medida en que constituyen restricciones intensas y gravosas del derecho al trabajo de las personas, una discriminación arbitraria con base en

---

[66] Por el contrario, la mejor evidencia mostraría que la migración se adecua a las necesidades de los mercados laborales, esto es que, a diferencia del huevo o la gallina (parafraseando a Muth), aquí sí sabemos qué viene primero: la necesidad del mercado laboral antecede el flujo migratorio. De Haas, *How Migration …*

[67] Cfr. ONU, Relatoría Especial para los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, A/61/324, 11 de septiembre de 2006.

[68] Cfr. ONU, François Crépeau, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Labour exploitation of migrants, A/HRC/26/35, 3 de abril de 2014.

una categoría sospechosa que no satisface el requisito de justificación suficiente bajo escrutinio estricto y, por último, una medida que utiliza a las personas como un medio no idóneo para un fin ilegítimo.

En suma, la imposición estatal de cuotas máximas de contratación de trabajadores extranjeros en una empresa constituye una discriminación incompatible con el reconocimiento de la igual dignidad de las personas que fundamenta el orden internacional de los derechos humanos, el constitucionalismo moderno y el régimen democrático.

Bibliografía

Doctrina

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Boubtane, Ekrame, Jean-Christophe Dumont y Christophe Rault. "Immigration and Economic Growth in the OECD Countries 1986-2006". *Études et Documents*, n.° 1 (2016): 1-35.

Bravo, Juan. "Mitos y realidades sobre el empleo migrante en Chile". En *Migración en Chile*, editado por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña, 49-71. Santiago: Lom Ediciones, 2019.

Cano Christiny, María Verónica y Jorge Martínez Pizarro, eds. *Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/195), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2022.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos,* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 331, 30 de octubre de 2020.

De Haas, Hein. *How Migration Really Works. A factful guide to the most divisive issue in politics.* London: Penguin Random House, 2023.

Díaz de Valdés Juliá, José Manuel. *Igualdad constitucional y no discriminación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Díaz de Valdés Juliá, José Manuel. "Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 50, n.° 1, (2018): 189-218. doi: 10.4151/ISSN.07186851-Vol.50-Num.1-Fulltext.1140

Feddersen, Mayra y Antonio Morales. "¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?". *Revista Chilena de Derecho* 50, n°. 1 (2024), 159-194.

Fuentes, Adolfo y Rodrigo Vergara. "Los inmigrantes en el mercado laboral". En *Inmigración en Chile*, editado por Isabel Aninat y Rodrigo Vergara, 65-100. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2019.

Friedberg, Rachel M. "The impact of mass migration on the israeli labor market". *The Quarterly Journal of Economics* 116, n.° 4 (2001), 1373-1408. jstor.org/stable/2696462

Greenwood, Michael J. y Gary L. Hunt. "Migration and interregional employment redistribution in the United States". *The American Economic Review* 74, n.° 5 (1984), 957-969. jstor.com/stable/555

Maire, Bastién y José Tessada. "Contribución fiscal neta de la inmigración en Chile". En *Migración en Chile*, editado por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña, 231-260. Santiago, Lom Ediciones, 2019.

Medellín Urquiaga, Ximena. "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos". *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019).

Muñoz, Fernando. *Igualdad, inclusión y derecho.* Santiago: Lom Ediciones, 2013.

Muth, Richard F. "Migration: Chicken or egg?". *Southern Economic Journal* 37, n.° 3 (1971): 295-306, doi.org/10.2307/1056181

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). "Managing Migration – Are Quotas and Numerical Limits the Solution?", en *International Migration Outlook 2006*. Paris: OECD Publishing, 2006. https://doi.org/10.1787/migr_outlook-2006-en

OECD. *How immigrants contribute to developing countries' economies*. Paris: OECD Publishing, 2018. dx.doi.org/10.1787/9789264288737-en

Olea, Magdalena. Álvaro Bellolio: "El Frente Amplio es la coalición de la migración sin restricciones". *El Libero*, 18 de agosto de 2020. Acceso el 29 de noviembre de 2022. https://ellibero.cl/actualidad/alvaro-bellolio-el-frente-amplio-es-la-coalicion-de-la-migracion-sin-restricciones/

Peri, Giovanni. "The effect of immigration on productivity: evidence from U.S. States". *The Review of Economics and Statistics* 94, n.° 1 (2012): 348-358.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Relatoría Especial para los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, A/61/324, 11 de septiembre de 2006.

ONU. François Crépeau, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants: Labour exploitation of migrants, A/HRC/26/35, 03 de abril de 2014.

Ugarte Cataldo, José Luis. "El trabajo en la Constitución chilena". En *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. Derecho en democracia*, editado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, Jaime Bassa Mercado y Christian Viera Álvarez, 121-140. Santiago: 2015.

Normativa y jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso Alfredo López Álvarez vs. Honduras, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2003.

CIDH. Caso Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka) vs. Chile, Informe de 29 de noviembre de 2016, No. 48/16.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 31 de enero de 1917. https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_1917_Facsimilar

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados".

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182.

Decreto 100, Constitución Política de la República de Chile de 17 de septiembre de 2005. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.

Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de extranjeros, de 4 de noviembre de 1991. http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/descargar/DECRETO_LEGISLATIVO_689.pdf

Decreto Ley 2663, Código Sustantivo del Trabajo de 05 de agosto de 1950. *Diario Oficial*, n.o 27.407, 9 de septiembre de 1950. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

DFL 1. Código del Trabajo de Chile de 31 de julio de 2002. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003. Última versión de 3 de junio de 2021.

DFL 178. Código del Trabajo de Chile de 13 de mayo de 1931. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1931. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=4941

Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia, de 8 de diciembre de 1942. https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1432/Ley%20General%20del%20Trabajo.pdf

Ley Federal del Trabajo de México. *Diario Oficial de la Federación*, 1º de abril de 1970. Última versión de 23 de abril de 2021. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010. *Diario Oficial*, n.o 47.937, 29 de diciembre de 2010. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Ley_1429_2010.pdf

Ley 4059, sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares de 8 de septiembre de 1924. Boletín de 27 de septiembre de 1924. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=24436&f=1925-12-16

Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969.

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), n.º 1-C de 30 de abril de 1948. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), París, 10 de diciembre de 1948.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966.

ONU. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/RES/45/158, 18 de diciembre de 1990.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 111 de 25 de junio de 1958, "Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)".

OIT. Convenio 156 de 23 de junio de 1981, "Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares".

Proyecto de ley. Boletín 4359-13. Modifica el Código del Trabajo asegurando la ocupación para sus nacionales.

Resolución Ministerial 176-2018-TR, de 5 de julio de 2018. *El Peruano*, 6 de julio de 2018. https://busquedas.elperuano.pe/download/url/establecen-disposiciones-para-la-contratacion-laboral-de-per-resolucion-ministerial-n-176-2018-tr-1666953-1

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1413, 16 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1254, de 29 de julio de 2009.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 471-494, ISSN 2346-0849

Víctor Manuel Collí Ek* **(México)**

Esterilizaciones forzadas en Perú. La decisión del Cedaw: implicaciones jurisprudenciales y lecturas teóricas

RESUMEN

El estudio analiza el desarrollo argumentativo de la histórica decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU sobre las esterilizaciones forzadas en Perú. Entre 1996 y 2001, el régimen de Alberto Fujimori implementó un programa que esterilizó a más de 300.000 personas, mayoritariamente mujeres indígenas rurales y pobres, mediante engaños y coacción. La investigación examina las lecturas del dictamen de octubre 2024, que catalogó estas prácticas como posibles crímenes de lesa humanidad y ordenó a Perú implementar reparaciones integrales e investigar a los responsables. El análisis destaca que la decisión articula conceptos de biopolítica, interseccionalidad y derechos reproductivos, y establece un precedente significativo en el derecho internacional. Pese a la creación del Registro de Víctimas en 2015, las investigaciones han avanzado lentamente, lo que evidencia las barreras estructurales que han impedido la justicia efectiva durante casi tres décadas.

Palabras clave: esterilizaciones forzadas; interseccionalidad; crímenes de lesa humanidad.

Forced Sterilization in Peru. The CEDAW Committee Decision, its Jurisprudential Implications, and Theoretical Perspectives

ABSTRACT

This study analyzes the reasoning behind the historic decision of the United Nation's Committee on the Elimination of Discrimination against Women in relation

* Académico de la Universidad Autónoma de Campeche, líder del Cuerpo Académico "Derechos humanos y problemas constitucionales" y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación). vimcolli@uacam.mx / https://orcid.org/0000-0002-8524-6055

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

to forced sterilizations in Peru. Between 1996 and 2001, the Alberto Fujimori regime implemented a program that sterilized more than 300,000 people—primarily poor, rural indigenous women—through deception and coercion. The research examines interpretations of the October 2024 ruling, which categorized these practices as possible crimes against humanity and ordered Peru to make comprehensive reparations and investigate those responsible. The analysis highlights how the ruling articulates concepts of biopolitics, intersectionality, and reproductive rights, establishing an important precedent in international law. Despite the creation of the Victims' Registry in 2015, the investigations have made little progress, evidencing the structural barriers that have prevented the effective administration of justice for nearly three decades.

Key words: Forced sterilization; intersectionality; crimes against humanity.

Zwangssterilisierungen in Peru. Die Entscheidung des CEDAW-Ausschusses, ihr Einfluss auf die Rechtsprechung und ihre theoretische Einordnung

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung analysiert die Argumentationslinie der historischen Entscheidung des UN-Ausschusses für die Beseitigung der Diskriminierung von Frauen zu den Zwangssterilisierungen in Peru. Von 1996 bis 2001 setzte das Regime von Alberto Fujimori ein Programm durch, in dessen Rahmen über 300.000 Personen, vor allem indigene arme Frauen in ländlichen Gebieten, mithilfe von Täuschung und Zwang sterilisiert wurden. Die Untersuchung befasst sich mit den Feststellungen des Gutachtens vom Oktober 2024, in dem diese Praktiken als mögliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingestuft wurden und Peru aufgefordert wurde, umfassende Wiedergutmachungen zu leisten und Untersuchungen gegen die Verantwortlichen einzuleiten. Die Analyse arbeitet heraus, wie die Entscheidung Konzepte der Biopolitik, Intersektionalität und reproduktiven Rechte miteinander verknüpft und einen bedeutenden Präzedenzfall im Völkerrecht schafft. Trotz der Einrichtung eines Opferregisters im Jahr 2015 kommen die Ermittlungen nur langsam voran, was die strukturellen Hindernisse verdeutlicht, die seit fast drei Jahrzehnten eine wirksame Strafverfolgung verhindern.

Schlüsselwörter: Zwangssterilisierungen; Intersektionalität; Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Introducción

En octubre de 2024, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) emitió un dictamen histórico sobre las esterilizaciones forzadas ocurridas durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú. Este pronunciamiento marca un hito en la búsqueda de justicia para miles de mujeres peruanas sometidas a esta práctica sin su consentimiento informado. El dictamen reconoce estos hechos

como una violación sistemática de derechos humanos y potencialmente un crimen de lesa humanidad.

1. Contexto histórico

Entre 1996 y 2001, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se implementó en Perú un programa de planificación familiar que resultó en la esterilización forzada de aproximadamente 300.000 mujeres y 24.000 hombres.[1]

Las mujeres fueron sometidas a estos procedimientos mediante diversos métodos coercitivos:

- Algunas fueron engañadas sobre la naturaleza permanente del procedimiento.
- Otras fueron presionadas o amenazadas con perder beneficios sociales.
- Muchas no pudieron dar consentimiento informado debido a barreras lingüísticas (hablaban quechua y no español).
- Algunas fueron físicamente forzadas, incluso atadas durante el procedimiento.
- A otras les negaron documentos o servicios para sus hijos si no aceptaban la esterilización.

La implementación del programa derivó rápidamente en una práctica sistemática de esterilizaciones forzadas, cuyas víctimas fueron principalmente mujeres indígenas, campesinas y de escasos recursos.

Para incentivar estas operaciones, el Ministerio de Salud estableció cuotas y metas numéricas para el personal médico.[2] El cumplimiento de estas cuotas se promovía mediante incentivos para el personal médico y campañas intensivas conocidas como "festivales de salud" en comunidades rurales.

Numerosos testimonios documentados revelaron patrones similares: falta de consentimiento informado, coacción mediante amenazas o falsas promesas, condiciones sanitarias precarias durante las intervenciones, y ausencia de seguimiento posoperatorio. Como señala el informe de la Subcomisión Investigadora, las esterilizaciones se realizaron "sin el consentimiento de las pacientes, usando presión y violencia psicológica, o a cambio de alimentos o incentivos económicos".[3]

El caso emblemático que visibilizó internacionalmente esta práctica fue el de María Mamérita Mestanza Chávez, una mujer campesina de 33 años que falleció en 1998 como consecuencia de complicaciones tras una esterilización forzada. En 2003, el Estado peruano firmó un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión

[1] Agence France-Presse in Lima, "UN rules forcible sterilizations of women in perucrime against humanity", *The Guardian*, 30 de octubre de 2024, https://www.theguardian.com/world/2024/oct/30/un-peru-compensation-forced-sterilization

[2] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, 30 de octubre de 2024, párr. 2.1.

[3] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.4.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reconociendo su responsabilidad internacional y comprometiéndose a investigar y sancionar a los responsables.[4]

A pesar de este compromiso, las investigaciones avanzaron lentamente. Tras múltiples archivamientos y reaperturas, en 2016 la Fiscalía Penal Supraprovincial inició la investigación 14-2016 para esclarecer las esterilizaciones forzadas practicadas entre 1993 y 2000. Paralelamente, en noviembre de 2015, el Estado peruano creó el Registro de Víctimas de Esterilizaciones Forzadas mediante Resolución Ministerial 0319-2015-JUS, para brindar asistencia legal, psicológica y médica a las víctimas.[5]

En noviembre de 2022, la Corte Superior de Justicia de Lima reconoció el derecho constitucional a la reparación de las víctimas y ordenó al Ministerio de Justicia implementar una política de reparaciones integral. Sin embargo, en 2023, las investigaciones sufrieron un nuevo revés cuando el Juzgado Penal Supraprovincial devolvió al despacho fiscal el requerimiento de ampliación del caso, y la Sala de Derecho Constitucional declaró nulo el auto de apertura de instrucción de diciembre 2021.[6]

En junio de 2024, la Corte Suprema de Chile resolvió ampliar la solicitud de extradición del expresidente Alberto Fujimori, incluyendo las esterilizaciones forzadas como graves violaciones de los derechos humanos.[7] Este hecho reforzó la dimensión internacional del caso y su reconocimiento como violación sistemática de los derechos humanos.

2. La decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

El dictamen del Cedaw surge a partir de una comunicación presentada en 2020 por cinco mujeres peruanas: María Elena Carbajal Cepeda, Gloria Basilio Huamán, Florentina Loayza Cárdenas, Rosa Loarte Sobrado y Elena Rojas Caballero. Todas ellas fueron sometidas a esterilizaciones forzadas entre 1996 y 1997, y denunciaron ante el Comité la violación de sus derechos y la falta de investigación y reparación adecuada por parte del Estado peruano.

2.1. Hechos denunciados

Las autoras de la comunicación relataron experiencias similares que reflejan patrones sistemáticos en la práctica de esterilizaciones forzadas. María Elena Carbajal Cepeda, de 26 años en 1996, acudió al Hospital María Auxiliadora en Lima para dar a luz a su cuarto hijo. Tras el parto, el personal del hospital le negó ver a su bebé,

---

4 CIDH, Informe 71/03, Solución Amistosa María Mamérita Mestanza Chavez c. Perú, 10 de octubre de 2003, párr. 14.

5 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.6.

6 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.5.

7 Corte Suprema de Chile, Resolución, causa rol 71.850-2021, 24 de junio de 2024.

indicándole que "ya tenía cuatro hijos y que este debía ser el último". Días después, condicionaron la devolución de su hijo a que aceptara ser esterilizada. Bajo esta presión, finalmente cedió. La intervención le ocasionó graves secuelas físicas, incluyendo un prolapso de segundo grado y, posteriormente, una menopausia prematura que requirió tratamiento hormonal.[8]

Florentina Loayza Cárdenas tenía apenas 19 años cuando, en 1997, fue víctima de una esterilización forzada en Huancavelica. Según su testimonio, acudió a un centro de salud donde supuestamente se repartirían alimentos, pero al llegar fue retenida contra su voluntad. El personal médico le anunció que sería operada gratuitamente antes de recibir los víveres. Intentó escapar, pero fue retenida a la fuerza, mientras le decían: "De acá ya no salen porque están en la lista". No firmó ningún documento de consentimiento y cuando preguntó por el motivo de las esterilizaciones, le respondieron: "Es que ustedes como son de la altura, se van a llenar de hijos".[9]

Rosa Loarte Sobrado, de 35 años, fue interceptada por practicantes de medicina durante una campaña de salud en Pichgas, Huánuco, en octubre de 1996. Sin explicarle el propósito la llevaron, junto a otras mujeres, al centro médico La Unión, aproximadamente a dos horas de distancia de su pueblo. Dado que era analfabeta, no firmó ningún documento. Fue anestesiada y, al despertar, las enfermeras le dijeron: "Ahora sí ya no van a tener hijos, ya las curamos". A pesar de sentir fuertes dolores, fue enviada inmediatamente a su casa sin recibir cuidados posoperatorios.[10]

Elena Rojas Caballero, de 30 años, residente en el distrito Dos de Mayo de Huánuco, fue retenida junto a su hermana por enfermeras que le ordenaron subir a un camión "para que las liguen en La Unión, para que no aumenten, que no tengan muchos hijos". Le advirtieron que si no se operaba no recibiría beneficios sociales como "Vasos de leche" y "Juntos". En el centro médico fue forzada a firmar un documento "para medicinas" y, posteriormente, fue anestesiada. Al despertar, sentía fuertes dolores y debilidad. Seis meses después comenzó a sufrir dolores intensos y fue diagnosticada con cáncer de útero.[11]

Gloria Basilio Huamán, de 25 años en 1996, relata haber sido constantemente hostigada por enfermeras durante las campañas de salud en Huánuco. Le decían que su esposo, al ser agricultor, no iba a poder mantener a sus hijos, y que "en el campo las mujeres aumentan como conejo, como cuy, y no se cuidan". Pese a su negativa, en julio de 1996 fue recogida junto con otras mujeres, argumentando que era "una orden del presidente y del Ministerio de Salud". Describe que la intervención se realizó en condiciones precarias, con "médicos practicantes que afilaban los cuchillos

---

8 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.7.

9 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.8.

10 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.9.

11 Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.10.

y nos cortaban como animal, nos abrieron el vientre dejando que se derramara la sangre, como matadero de ovejas".[12]

Todas las mujeres experimentaron graves secuelas físicas y psicológicas tras las intervenciones. Varias fueron abandonadas por sus esposos al enterarse de la esterilización, lo que agravó su situación económica y social. A pesar de estar inscritas en el Registro de Víctimas de Esterilizaciones Forzadas desde 2017, ninguna había recibido una reparación integral por el daño sufrido.

2.2. Derechos violados

El Cedaw determinó que Perú violó los derechos de las autoras establecidos en varios artículos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

- El artículo 2 (obligación del Estado de eliminar la discriminación contra la mujer), en particular los incisos b), c), d) y f) que exigen adoptar medidas adecuadas para prohibir la discriminación, establecer protección jurídica y abolir prácticas discriminatorias.
- El artículo 3 (garantía del ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en igualdad de condiciones).
- El artículo 10 h) (acceso a información específica que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia).
- El artículo 12 (eliminación de la discriminación en la atención médica y servicios de planificación familiar).
- El artículo 14 (atención a los problemas específicos de la mujer rural).
- El artículo 24 (adopción de medidas necesarias para la plena realización de los derechos reconocidos en la Convención).

2.3. Análisis detallado de la determinación de violaciones de los derechos

A continuación hacemos una lectura interpretativa de la decisión y la argumentación usada por el Cedaw a fin de ofrecer una visión sistemática de esta que permita verla desde una perspectiva global y resaltar su importancia y avances.

2.3.1. Metodología analítica del Cedaw

El Cedaw utilizó un enfoque interpretativo integral para evaluar las presuntas violaciones. Su análisis no se limitó a examinar cada derecho de manera aislada, sino que consideró la interrelación entre los diferentes derechos protegidos por la Convención

[12] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.11.

y cómo estos se ven afectados por las desigualdades estructurales basadas en el género, la etnicidad, la clase social y la ubicación geográfica. Como señala el dictamen:

> El Comité considera que el cúmulo de hechos del presente caso, en particular, todo lo cual dejó secuelas físicas y psicológicas en las autoras, son una forma de violencia contra la mujer basada en género y de discriminación intersectorial basada *inter alia* en el sexo, género, origen rural y nivel socioeconómico de las autoras.[13]

Esta metodología permitió al Comité develar las capas de discriminación que subyacen a la política de esterilización forzada en Perú, superando visiones reduccionistas que se limitan al análisis formal de normas sin considerar su contexto social y cultural.

2.3.2. Discriminación basada en género (art. 2)

Para determinar la violación del artículo 2 de la Convención, el Cedaw aplicó un análisis multidimensional del concepto de discriminación. Evaluó si las esterilizaciones forzadas constituían un trato diferenciado basado en el sexo. El Comité observó que, aunque el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar estaba dirigido formalmente a toda la población, existía una desproporción significativa en su aplicación: el 93% de las esterilizaciones fueron realizadas en mujeres, frente al 7% en hombres.[14] Esta disparidad estadística fue considerada un indicio de discriminación directa.

El Cedaw también analizó la naturaleza de la intervención quirúrgica, señalando: "La esterilización femenina y masculina difieren sustancialmente en la naturaleza de la intervención y respecto de los riesgos quirúrgicos involucrados y que los riesgos asociados con la esterilización femenina son generalmente considerados más altos que los asociados con la esterilización masculina".[15]

Esta consideración se apoya en estándares internacionales, como los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que reconocen la ligadura de trompas como una intervención más invasiva y riesgosa, en comparación con la vasectomía.

En el caso de las autoras, estas intervenciones se realizaron en condiciones sanitarias deficientes, sin personal especializado y sin seguimiento posoperatorio adecuado. El Cedaw señaló específicamente "el contexto en el que las autoras fueron esterilizadas, a saber, por personal médico no especializado y en condiciones sanitarias inadecuadas, lo cual constituye una forma de discriminación por razón de sexo".[16]

---

[13] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.6.

[14] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.2.

[15] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.2.

[16] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.2.

El Cedaw examinó también el contexto social y cultural en el que se implementó el programa. Destacó que la esterilización forzada afecta de manera particular a las mujeres debido a los roles tradicionales de género que asocian la feminidad con la maternidad. En sociedades tradicionales, como las comunidades indígenas peruanas, el valor social de una mujer está estrechamente vinculado a su capacidad reproductiva. Por tanto, la esterilización no solo privó a las mujeres de su autonomía física, sino que también las expuso al rechazo y la estigmatización social.

El Cedaw concluyó que la práctica de esterilizaciones forzadas constituyó una forma de violencia basada en género, apoyándose en sus recomendaciones generales 19 y 35, que establecen que "las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como la esterilización forzada, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante".[17]

2.3.3. Interseccionalidad y discriminación múltiple

Un aspecto fundamental del dictamen es el reconocimiento explícito de la interseccionalidad como marco analítico. El Cedaw observó que las víctimas de esterilizaciones forzadas no fueron seleccionadas aleatoriamente, sino que pertenecían predominantemente a sectores vulnerables de la sociedad peruana: mujeres indígenas, rurales, de escasos recursos y con bajo nivel educativo. Esta convergencia de factores de vulnerabilidad no fue considerada una coincidencia, sino un patrón sistemático que revelaba un sesgo discriminatorio en la implementación del programa.

El Comité sostiene que

> … es consciente de que muchas mujeres pueden verse afectadas por formas interseccionales de discriminación (es decir, entre otras, mujeres afrodescendientes, seropositivas, indigentes, mujeres en detención y lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales). Tal es el caso de las mujeres indígenas con discapacidad, quienes comúnmente experimentan la negación de su capacidad jurídica, lo que conduce a más violaciones de derechos humanos, incluyendo en los ámbitos del acceso a la justicia, la violencia institucionalizada y la esterilización forzada.[18]

Para fundamentar esta conclusión, el Comité se apoyó en evidencia contextual, como documentos internos del Gobierno peruano que revelaban la intención de reducir la tasa de natalidad en poblaciones empobrecidas como estrategia para combatir la pobreza. El informe de la Subcomisión Investigadora del Congreso peruano

---

[17] Cedaw, Recomendación General n.° 35, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 18.

[18] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.3.

había constatado que las esterilizaciones se realizaron "utilizando presión y violencia psicológica, o a cambio de alimentos o incentivos económicos".[19]

En el caso específico de las autoras, el Comité destacó que su condición de mujeres indígenas o rurales las hizo particularmente vulnerables a la coerción estatal. Por ejemplo, varias de ellas no hablaban español de manera fluida, lo que les impidió comprender plenamente la naturaleza del procedimiento al que fueron sometidas. Otras fueron amenazadas con la pérdida de beneficios sociales si no aceptaban la esterilización, aprovechando su situación de dependencia económica.

Estos elementos fueron interpretados como una forma de explotación de vulnerabilidades preexistentes, lo que constituyó una violación del artículo 2 leído conjuntamente con los artículos 3 y 14 de la Convención.

2.3.4. Consentimiento informado y derecho a la información (arts. 10 h y 12)

El Cedaw dedicó especial atención al análisis del consentimiento informado, elemento central en casos de intervenciones médicas. Para determinar si hubo violación de los artículos 10 h) y 12 de la Convención, el Comité estableció primero los estándares que debe cumplir un consentimiento válido en el contexto de la salud reproductiva. Siguiendo su Recomendación General n.° 24, señaló: "Servicios de atención médica de calidad son aquellos que se prestan garantizando el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, en los que se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas".[20]

Al aplicar estos criterios a los casos concretos, el Comité encontró múltiples irregularidades. Ninguna de las autoras recibió información completa sobre la naturaleza irreversible del procedimiento, sus riesgos y consecuencias a largo plazo. A algunas ni siquiera se les informó que serían esterilizadas, mientras que otras fueron deliberadamente engañadas sobre la duración del efecto anticonceptivo. El Comité también valoró que la información no fue proporcionada en un formato accesible para mujeres con bajo nivel educativo o que no hablaban español como primera lengua.

El caso de Florentina Loayza Cárdenas es ilustrativo. Según su testimonio, cuando preguntó por el motivo de las esterilizaciones, le respondieron que "era un pequeño corte" y que la ligadura solo duraría cinco años.[21] Esta información errónea sobre la reversibilidad del procedimiento constituyó una violación directa de su derecho a recibir información adecuada y veraz.

Respecto a la libertad del consentimiento, el Cedaw analizó las diversas formas de presión ejercidas sobre las mujeres. En el caso de María Elena Carbajal, se utilizó la retención de su hijo recién nacido como mecanismo de coacción directa. En otros

[19] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.4.

[20] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.4.

[21] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.8.

casos, se emplearon amenazas relacionadas con la pérdida de beneficios sociales o se aprovechó la vulnerabilidad económica de las mujeres ofreciéndoles alimentos o servicios básicos a cambio de someterse a la esterilización. Estos métodos fueron considerados formas de coacción que invalidaban cualquier aparente consentimiento formal que pudiera haberse obtenido.

Un aspecto innovador del análisis del Comité fue la consideración del contexto cultural en la evaluación del consentimiento informado. Al reconocer las particularidades de las comunidades indígenas, el Comité señaló que un verdadero consentimiento informado debe tener en cuenta las concepciones culturales sobre la salud, la reproducción y el cuerpo. En este sentido, determinó que el Estado peruano falló en adaptar los procedimientos de consentimiento a las realidades culturales de las mujeres indígenas, violando así el artículo 12 en relación con el artículo 14 de la Convención.

2.3.5. Acceso a la justicia y obligación de debida diligencia

Una parte significativa del dictamen se centró en el análisis de la respuesta del Estado peruano tras conocerse las denuncias de esterilizaciones forzadas. El Comité aplicó el estándar de debida diligencia, desarrollado en su Recomendación General n.° 33, para evaluar si Perú cumplió con su obligación de investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas.

El Cedaw observó que, a pesar de que las primeras denuncias se presentaron hace más de 20 años, ninguna investigación había concluido con la identificación y sanción de los responsables. Las investigaciones habían sido archivadas y reabiertas en múltiples ocasiones, sin avances significativos. Este patrón de demoras injustificadas fue interpretado como una manifestación de falta de voluntad política para esclarecer los hechos y hacer justicia.

El Comité recordó: "En virtud del artículo 2 de la Convención un Estado puede ser responsable de actos privados si no adopta medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos, o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".[22]

Para evaluar la razonabilidad de estos retrasos, el Comité aplicó criterios desarrollados en su jurisprudencia previa, considerando: a) la complejidad del caso, b) la actividad procesal de los interesados, c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada por la situación jurídica de las personas involucradas. Si bien reconoció la complejidad del caso debido al número de víctimas y el tiempo transcurrido, el Cedaw consideró que esto no justificaba la falta de avances sustanciales durante más de dos décadas. Además, señaló que varias de las autoras habían participado activamente en las investigaciones, por lo que la dilación no podía atribuirse a su inacción.

[22] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.7.

El Comité también analizó la efectividad de los mecanismos administrativos establecidos por Perú, como el Registro de Víctimas de Esterilizaciones Forzadas. Aunque valoró positivamente su creación, señaló que la simple inscripción en el registro no constituía una reparación efectiva. Las autoras, a pesar de estar registradas oficialmente como víctimas desde 2017, no habían recibido ningún tipo de indemnización, rehabilitación o satisfacción. Esta situación fue considerada una violación continuada de sus derechos bajo el artículo 2, incisos c) y d) de la Convención.

2.3.6. Proporcionalidad

Aunque el Comité no aplicó explícitamente un test de proporcionalidad en el sentido estricto, nos atrevemos a afirmar que indirectamente sí realizó un análisis similar al evaluar la justificación del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar. Este análisis incluyó la evaluación de la legitimidad del objetivo perseguido, la idoneidad de los medios empleados, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto al objetivo, el Comité reconoció que la planificación familiar es un fin legítimo del Estado y que la reducción de la pobreza constituye una meta válida de política pública. Sin embargo, podemos ver que cuestionó la legitimidad de un enfoque que vincula directamente la reducción de la pobreza con el control de la natalidad de determinados grupos poblacionales, considerando que esta asociación refleja prejuicios discriminatorios.

El Comité observó que el programa de esterilizaciones surgió en un contexto donde los líderes políticos, incluido el presidente Fujimori, hacían referencia al "problema indígena", entendido como "tasas de natalidad más altas entre los pueblos indígenas que entre los peruanos de ascendencia europea".[23] Este lenguaje evidenciaba un sesgo discriminatorio en la conceptualización misma del programa.

En cuanto a la idoneidad y necesidad de las medidas, se observó que existían alternativas menos invasivas para promover la planificación familiar, como el acceso a métodos anticonceptivos reversibles y la educación sexual integral. La elección de métodos irreversibles como la esterilización, especialmente cuando se implementan de manera coercitiva, fue desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.

Finalmente, al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto, se ponderó el daño causado a las mujeres esterilizadas frente a los supuestos beneficios sociales de la política. Definitivamente, los severos daños físicos, psicológicos y sociales sufridos por las víctimas, junto con la violación de su autonomía reproductiva, superan ampliamente cualquier beneficio potencial en términos de política poblacional o reducción de la pobreza. Esta desproporcionalidad puede ser considerada evidencia adicional del carácter discriminatorio y violatorio de derechos humanos del programa.

---

[23] Ñusta Carranza Ko, "Forcibly sterilized during Fujimori dictatorship, thousand of peruvian women demand justice", The Conversacion, 3 de marzo de 2021, https://theconversation.com/forcibly-sterilized-during-fujimori-dictatorship-thousands-of-peruvian-women-demand-justice-155086

2.3.7. Calificación como posible crimen de lesa humanidad

Un aspecto particularmente significativo del dictamen es la referencia a la posible calificación de las esterilizaciones forzadas como crímenes de lesa humanidad. El Comité señaló que "la esterilización forzada, cuando es generalizada o sistemática, constituye un crimen de lesa humanidad según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".[24]

Para fundamentar lo anterior podemos observar que el Comité analizó los elementos que configuran un crimen de lesa humanidad según el derecho internacional: a) la existencia de un ataque generalizado o sistemático, b) dirigido contra una población civil, y c) con conocimiento de dicho ataque.

Respecto al primer elemento, la existencia de un ataque generalizado o sistemático, la valoración de la escala masiva de las esterilizaciones (más de 300.000 personas afectadas) y su implementación estructurada a través de una política estatal, sumado a la existencia de metas numéricas, cuotas asignadas al personal médico y campañas coordinadas fue interpretada como evidencia de sistematicidad. En cuanto al segundo elemento, que sea dirigido contra una población civil, se observa que las víctimas fueron predominantemente mujeres civiles, seleccionadas con base en características específicas (etnicidad, situación socioeconómica y ubicación geográfica). Finalmente, sobre el tercer elemento, que haya sido con conocimiento de dicho ataque, se considera que la estructura jerárquica del programa, que implicaba directivas desde los niveles más altos del gobierno hasta el personal médico local, sugería un conocimiento generalizado de la naturaleza de la política pública.

El Comité señaló que, si bien una conclusión definitiva sobre la calificación como crimen de lesa humanidad excedía sus competencias, los indicios eran suficientes para alertar sobre la posible aplicación de este marco jurídico. Esta advertencia cobra especial relevancia en el contexto de la reciente promulgación en Perú de la Ley 32107, que impediría la persecución de crímenes de lesa humanidad cometidos antes de 2002. El Comité expresó su preocupación por esta legislación, señalando que contraviene las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.[25]

2.3.8. Intersección entre derechos y violaciones

El dictamen del Cedaw destaca por su enfoque holístico, reconociendo la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Las violaciones identificadas no se presentan como episodios aislados, sino como manifestaciones interconectadas de patrones discriminatorios estructurales. En este sentido, el Comité estableció diversas conexiones entre los derechos violados:

---

[24] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.9.

[25] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.9.

- La violación del derecho a la información (art. 10 h) se encuentra directamente vinculada con la vulneración del derecho a la salud (art. 12), ya que la falta de información adecuada impidió que las mujeres pudieran tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva.
- La violación del derecho a la no discriminación (art. 2) se entrelaza con la vulneración de los derechos de las mujeres rurales (art. 14), pues las características geográficas y socioeconómicas de las víctimas fueron factores determinantes en su selección para el programa de esterilización.
- La falta de acceso a la justicia (art. 2 c) se relaciona con la ausencia de medidas para garantizar el pleno desarrollo de las mujeres (art. 3), ya que la impunidad perpetúa las condiciones de vulnerabilidad que facilitaron las violaciones originales.

Este análisis interconectado permitió al Comité visibilizar las dimensiones estructurales de la discriminación y formular recomendaciones que abordan no solo las consecuencias inmediatas de las violaciones, sino también sus causas profundas.

2.3.9. Estándares de reparación con enfoque de género

Un aspecto innovador del dictamen es el desarrollo de estándares de reparación con enfoque de género e interculturalidad. El Comité señaló que, para ser efectiva, la reparación debe considerar: "La discriminación de género e interseccional; la complejidad de los daños sufridos; el posible efecto estigmatizador de los delitos y las reparaciones; y el posible efecto transformador de determinadas medidas sobre la estructura de la exclusión de género".[26]

Con base en estos criterios, el Comité recomendó a Perú implementar un programa integral de reparaciones que incluya: indemnización financiera adecuada, asistencia psicológica para las víctimas y sus familiares, aceleración de las investigaciones penales, y medidas para prevenir la repetición de violaciones similares. Estas recomendaciones establecen un estándar valioso para la reparación de violaciones de los derechos humanos con una perspectiva de género en contextos interculturales.

3. Lecturas teóricas del caso

3.1. El caso peruano desde la perspectiva del biopoder de Foucault

El caso de las esterilizaciones forzadas en Perú constituye una manifestación paradigmática del biopoder foucaultiano. Michel Foucault conceptualizó el biopoder como aquella forma de poder que se ejerce, ya no sobre los cuerpos individuales,

[26] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 9.

sino sobre poblaciones enteras mediante tecnologías de control demográfico. Como señala Foucault: "El poder se situó y ejerció en el nivel de la vida, de la especie, de la raza y de los fenómenos masivos de población".[27] En el Perú de Fujimori, observamos claramente la implementación de una biopolítica estatal donde el cuerpo femenino, particularmente el indígena y rural, fue constituido como objeto de intervención gubernamental bajo la racionalidad del desarrollo económico y la reducción de la pobreza.

La política de esterilizaciones no fue simplemente una violación de derechos individuales, sino un dispositivo biopolítico que articuló discursos médicos, económicos y raciales para justificar el control reproductivo de poblaciones consideradas "problemáticas". Las referencias a un "problema indígena" caracterizado por "tasas de natalidad más altas entre los pueblos indígenas que entre los peruanos de ascendencia europea", documentadas en el dictamen, evidencian lo que Foucault denominaría una "racionalización biopolítica" que legitima la intervención estatal sobre determinados cuerpos.

El establecimiento de cuotas y metas numéricas para el personal médico representa otro elemento característico del biopoder: la cuantificación y gestión estadística de la población. Como explica Roberto Esposito, discípulo de Foucault: "La biopolítica moderna se caracteriza por una progresiva superposición entre los ámbitos en los cuales se toman decisiones políticas y aquellos en los cuales se interviene sobre la vida biológica".[28] El programa de planificación familiar peruano ejemplifica esta superposición al transformar una decisión íntima y personal (la reproducción) en objeto de gestión estatal mediante técnicas disciplinarias.

El dictamen Cedaw, al reconocer el carácter sistemático de las esterilizaciones y la discriminación interseccional, ilumina precisamente esa dimensión biopolítica donde las tecnologías de poder estatal se inscriben directamente sobre los cuerpos femeninos racializados. Los testimonios de las víctimas, cuando señalan que les dijeron que "en el campo las mujeres aumentan como conejo, como cuy",[29] revelan la animalización discursiva que Foucault identificaría como parte del racismo de Estado que justifica la intervención diferenciada sobre poblaciones según criterios biologizantes.

3.2. La esterilización forzada como violencia corporal extrema y negación de la autonomía individual

Más allá del análisis estructural de la discriminación y la biopolítica, es imperativo detenerse en la dimensión más brutal y atroz de las esterilizaciones forzadas: la

---

[27] Michel Foucault, *Historia de la sexualidad, Vol. 1*: *La voluntad de saber* (Madrid: Siglo XXI, 2007), 168.

[28] Roberto Esposito, *Bios: biopolítica y filosofía* (Buenos Aires: Amorrortu, 2006), 25.

[29] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.11.

violencia física directa ejercida sobre cuerpos individuales y la aniquilación de la autonomía personal. Los testimonios recogidos en el dictamen Cedaw revelan una crueldad sistemática que merece ser nombrada y analizada en toda su magnitud.

3.2.1. La brutalidad de la intervención: tortura médica y destrucción del cuerpo

Las esterilizaciones forzadas en Perú no fueron simples procedimientos médicos realizados sin consentimiento, fueron actos de violencia corporal extrema que dejaron marcas indelebles en los cuerpos y las psiquis de las víctimas. El testimonio de Gloria Basilio Huamán es particularmente desgarrador: describe cómo "médicos practicantes afilaban los cuchillos y nos cortaban como animal, nos abrieron el vientre dejando que se derramara la sangre, como matadero de ovejas".[30]

Esta descripción no es metafórica, es el relato de una realidad donde cuerpos humanos fueron tratados con la misma indiferencia que se reserva para animales de matadero. La filósofa Elaine Scarry, en su obra seminal sobre el dolor y la tortura, argumenta que el dolor físico intenso tiene la capacidad de destruir el lenguaje y el mundo del sujeto que lo padece.[31] El dolor físico no solo resiste el lenguaje, sino que lo destruye activamente, regresando al sujeto a un estado anterior al lenguaje, de gritos y gemidos.

Las mujeres peruanas fueron sometidas a intervenciones quirúrgicas invasivas en condiciones sanitarias deplorables. Muchas fueron operadas en centros de salud improvisados, sin equipamiento adecuado, por personal no especializado. Como documenta el dictamen del Comité, las intervenciones se realizaron "por personal médico no especializado y en condiciones sanitarias inadecuadas".[32] La ausencia de seguimiento posoperatorio agravó el sufrimiento: varias mujeres desarrollaron infecciones graves, prolapsos uterinos, dolores crónicos y otras complicaciones que han persistido durante décadas.

Rosa Loarte Sobrado relata que, tras la intervención, le dijeron: "Ahora sí ya no van a tener hijos, ya las curamos", y fue enviada inmediatamente a su casa, pese a los fuertes dolores.[33] Esta indiferencia ante el sufrimiento físico evidencia lo que Scarry identifica como la característica central de la tortura: la producción intencional de dolor para aniquilar la voluntad y el mundo del sujeto.[34] En el caso peruano, el dolor no fue un efecto secundario lamentable, fue parte integral de un sistema diseñado para someter y controlar cuerpos considerados prescindibles.

---

[30] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.11.

[31] Elaine Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World* (New York: Oxford University Press), 1985.

[32] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.6.

[33] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.8.

[34] Scarry, *The Body in Pain…*

3.2.2. La aniquilación de la autonomía reproductiva: una mutilación irreversible

Más allá del dolor físico inmediato, las esterilizaciones forzadas constituyeron la destrucción permanente e irreversible de una capacidad humana fundamental: la capacidad reproductiva. Esta no es una mera función biológica, es parte constitutiva de la autonomía personal y del derecho a decidir sobre el propio cuerpo y el propio futuro.

La autonomía reproductiva es un derecho humano reconocido internacionalmente, que se fundamenta en el principio de que cada persona tiene el derecho inalienable de decidir libremente sobre asuntos relacionados con su cuerpo, su sexualidad y su reproducción. Como afirma el Cedaw en su Recomendación General n.o 24, el derecho a la salud reproductiva implica "el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción o violencia".[35]

En el caso peruano, esta autonomía fue brutalmente aniquilada. Las mujeres no solo fueron privadas de su capacidad de decidir, sino que fueron sometidas a una mutilación permanente que cerró para siempre cualquier posibilidad de elección futura. Como documenta el dictamen, muchas de las víctimas fueron engañadas sobre la irreversibilidad del procedimiento. A Florentina Loayza Cárdenas le dijeron que "la ligadura solo duraría cinco años",[36] una mentira deliberada que amplifica la crueldad del acto al privar a la víctima incluso del conocimiento de lo que se le estaba haciendo.

Esta dimensión de irreversibilidad distingue a la esterilización forzada de otras formas de violencia reproductiva. No se trata de una restricción temporal de derechos, sino de la eliminación permanente de una capacidad humana. Es una forma de mutilación que marca el cuerpo para siempre, y que conlleva lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha denominado un "daño al proyecto de vida", la destrucción de las expectativas y los planes vitales de una persona debido a una violación grave de derechos humanos (Corte IDH, 1998).

El concepto de "proyecto de vida" desarrollado por la jurisprudencia interamericana es particularmente relevante aquí. Según la Corte IDH, este daño "atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas".[37] Para muchas de las mujeres esterilizadas, la maternidad era parte central de su identidad personal y comunitaria. Al ser privadas irreversiblemente de esta capacidad, su proyecto de vida fue truncado de manera violenta e irreparable.

---

[35] Cedaw, Recomendación General n.° 35, CEDAW/C/GC/35, párr. 18.

[36] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.8.

[37] Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 42, párr. 148.

3.2.3. El terror estatal y la impotencia absoluta

Los relatos de las víctimas revelan otro aspecto atroz de las esterilizaciones forzadas, el terror experimentado al enfrentarse al poder omnímodo del Estado. Varias mujeres describen haber intentado escapar, solo para ser retenidas físicamente. Florentina Loayza Cárdenas relata: "Intenté escapar", pero fue retenida a la fuerza, mientras le decían: "De acá ya no salen porque están en la lista".[38]

Esta experiencia de impotencia absoluta frente al poder estatal es devastadora psicológicamente. Las mujeres fueron arrancadas de sus comunidades, transportadas en camiones "como ganado", según múltiples testimonios, y sometidas a procedimientos médicos contra su voluntad explícita. Algunas fueron literalmente atadas a las camas durante las intervenciones.

La amenaza de perder beneficios sociales si no se sometían a la esterilización añade otra capa de crueldad. A Elena Rojas Caballero le advirtieron que si no se operaba no recibiría beneficios como "Vasos de leche" y "Juntos".[39] Esta forma de coacción explota la vulnerabilidad económica de las víctimas, obligándolas a elegir entre su autonomía corporal y la supervivencia de sus familias. No es una elección real, es una forma de violencia estructural que convierte la pobreza en instrumento de sometimiento.

Las secuelas psicológicas de esta experiencia han sido profundas y duraderas. Como señala María Esther Mogollón, activista que ha acompañado a las víctimas durante décadas: "La imagen más potente es la sangre en las batas, la sangre en el piso, el no poder hablar por efecto de la anestesia. Aún hoy les afecta mucho hablar de eso, por las experiencias tan dolorosas y ofensivas que vivieron".[40]

3.2.4. La doble victimización: violencia estatal y abandono social

La crueldad de las esterilizaciones forzadas no terminó con la intervención quirúrgica. Las víctimas enfrentaron una doble victimización: primero por parte del Estado, y, luego, por parte de sus propias comunidades y familias.

Múltiples testimonios documentan cómo mujeres fueron abandonadas por sus esposos al enterarse de la esterilización. En culturas donde la capacidad reproductiva de la mujer está íntimamente ligada a su valor social, la esterilización forzada funcionó como una marca de estigma que las excluyó de sus redes de apoyo. Esta

---

[38] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.8.

[39] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.10.

[40] María Esther Mogollón, "El fallo del Cedaw es histórico después de 27 años buscando justicia para víctimas de esterilizaciones forzadas en Perú", entrevista por Katy Sánchez, *La Mala Fe*, 5 de diciembre de 2024, https://lamalafe.lat/2024/12/05/maria-esther-mogollon-el-fallo-del-cedaw-es-historico-despues-de-27-anos-buscando-justicia-para-victimas-de-esterilizaciones-forzadas-en-peru/

exclusión social agravó dramáticamente su situación económica y emocional, dejándolas en condiciones de extrema vulnerabilidad.

Como señala la antropóloga Rita Segato en su análisis de la violencia contra las mujeres en América Latina, existe una "pedagogía de la crueldad" que "enseña, habitúa y programa a los sujetos a transmutar lo vivo y su vitalidad en cosas".[41] Las esterilizaciones forzadas en Perú ejemplifican esta pedagogía: los cuerpos de las mujeres indígenas fueron tratados como objetos que el Estado podía modificar, mutilar y descartar según sus cálculos de política poblacional.

Segato argumenta que la violencia contra las mujeres cumple una función expresiva y aleccionadora: "El poder escribe sobre el cuerpo de la mujer como un educador escribe sobre una pizarra".[42] En el caso peruano, el Estado escribió un mensaje claro sobre los cuerpos de más de 300.000 mujeres: que sus vidas, sus cuerpos y sus decisiones no les pertenecían, que podían ser violentadas impunemente; que no eran sujetos de derecho sino objetos de políticas estatales.

3.2.5. La crueldad específica hacia cuerpos femeninos indígenas

Finalmente, es crucial reconocer que la crueldad de las esterilizaciones forzadas fue particularmente atroz porque se dirigió sistemáticamente contra mujeres indígenas, rurales y empobrecidas. La intersección de género, etnicidad, clase y ubicación geográfica no solo determinó quiénes serían las víctimas, también la forma específica de crueldad a la que serían sometidas.

Los testimonios revelan un patrón de deshumanización racista. A Gloria Basilio Huamán le decían que "en el campo las mujeres aumentan como conejo, como cuy, y no se cuidan".[43] Esta animalización discursiva justificó el tratamiento brutal: si estas mujeres eran consideradas animales de reproducción descontrolada, entonces podían ser "curadas" (término usado repetidamente por el personal médico) como se castra al ganado.

El hecho de que muchas de las víctimas no hablaban español fluidamente fue explotado de manera deliberada. No se proporcionó información en quechua u otras lenguas indígenas, no se respetaron las concepciones culturales sobre el cuerpo, la salud y la reproducción. Esta imposición violenta del paradigma médico occidental sobre cuerpos indígenas constituye lo que algunos autores han denominado "violencia epistémica": la negación y destrucción de formas de conocimiento y comprensión del mundo no occidentales.

---

[41] Rita Laura Segato, *Contra-pedagogías de la crueldad* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018).

[42] Segato, *Contra-pedagogías…*

[43] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 2.11.

Como documenta el Comité Cedaw, "el Estado parte falló en adaptar los procedimientos de consentimiento a las realidades culturales de las mujeres indígenas".[44] Pero esto no fue una falla burocrática, fue una violencia deliberada que negó a estas mujeres incluso el lenguaje y el marco conceptual necesarios para comprender y resistir lo que se les estaba haciendo.

La antropóloga Rita Segato ha señalado que en contextos latinoamericanos, la violencia contra mujeres indígenas cumple una función colonial: "El cuerpo de la mujer indígena se convierte en el territorio donde se inscribe el mensaje del poder colonial".[45] Las esterilizaciones forzadas en Perú actualizaron esta lógica colonial, convirtiendo los cuerpos de mujeres indígenas en sitios donde el Estado escribió su poder absoluto de controlar, mutilar y destruir vidas consideradas prescindibles.

En conclusión, el análisis de las esterilizaciones forzadas en Perú debe ir más allá de los marcos abstractos de discriminación y biopolítica, para confrontar directamente la brutalidad física y la crueldad sistemática de lo ocurrido. Más de 300.000 mujeres fueron sometidas a violencia corporal extrema, mutilación irreversible, terror estatal y abandono social. Sus cuerpos fueron abiertos, cortados y modificados permanentemente contra su voluntad. Su autonomía fue aniquilada. Su dignidad fue pisoteada. Sus proyectos de vida fueron truncados.

Esta no fue simplemente una política discriminatoria, fue una campaña de violencia estatal masiva contra los cuerpos de mujeres consideradas desechables por su etnicidad, su clase y su ubicación geográfica. Reconocer la magnitud de esta crueldad es esencial no solo para hacer justicia a las víctimas, sino también para evitar que la historia se repita.

3.3. Interseccionalidad

El caso de las esterilizaciones forzadas en Perú demuestra la discriminación interseccional sufrida por las mujeres indígenas. Como señala Shreya Atrey, "la interseccionalidad ilumina la dinámica de igualdad y diferencia en patrones de desventaja grupal basados en múltiples identidades entendidas como un todo, y en su contexto completo y relevante, con el propósito de corregirlas y transformarlas".[46]

Las víctimas de esterilizaciones forzadas no sufrieron discriminación únicamente por ser mujeres o por ser indígenas, sino por la convergencia de estas identidades junto con su condición rural y su situación socioeconómica.

Esta perspectiva nos permite comprender que el cuerpo de la mujer indígena se convirtió en el sitio donde múltiples formas de desventaja y opresión se materializaron simultáneamente. Como destaca el dictamen Cedaw, "el cúmulo de hechos del presente caso […] que dejó secuelas físicas y psicológicas en las autoras, es una forma

---

[44] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.11.

[45] Rita Laura Segato, *La guerra contra las mujeres* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016).

[46] Shereya Atrey, *Intersectional Discrimination* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 37.

de violencia contra la mujer basada en género y de discriminación intersectorial basada *inter alia* en el sexo, género, origen rural y nivel socioeconómico de las autoras".[47]

La perspectiva interseccional revela cómo estas mujeres fueron sistemáticamente vulneradas no solo por el patriarcado (como todas las mujeres) o solo por el racismo (como todos los indígenas), sino por un sistema complejo donde ambas formas de opresión operaron de forma simultánea y se reforzaron mutuamente. Como afirma Kimberlé Crenshaw, creadora del término "interseccionalidad", "a través de una conciencia de la interseccionalidad, podemos reconocer y afrontar mejor las diferencias entre nosotros y negociar los medios por los cuales estas diferencias encontrarán expresión en la construcción de políticas grupales".[48]

Este análisis permite comprender la discriminación no como un fenómeno aislado, sino como sistemas entrecruzados de poder que producen formas específicas de vulnerabilidad y de violencia cuando convergen en determinados cuerpos y comunidades.

3.4. Perspectiva desde la teoría de la justicia transicional de Martha Minow

Este caso también puede analizarse desde la teoría de la justicia transicional de Martha Minow, quien propone que las sociedades posconflicto deben equilibrar múltiples dimensiones de justicia: retributiva, restaurativa y reparadora. Según Minow, "después de atrocidades masivas, la justicia parece simultáneamente más urgente y más inalcanzable".[49] El largo camino hacia el reconocimiento de las víctimas en Perú ilustra precisamente esta tensión.

La calificación de las esterilizaciones forzadas como posibles crímenes de lesa humanidad por parte del Comité Cedaw refleja lo que Minow identifica como la necesidad de nombrar adecuadamente las violaciones graves para evitar su trivialización. Como señala la autora: "Hay un poder en nombrar lo sucedido, un poder que puede facilitar la recuperación de las víctimas y marcar límites para la acción humana en el futuro".[50]

El dictamen del Cedaw, al establecer estándares de reparación con enfoque de género e interculturalidad, avanza en lo que Minow denominaría "reparaciones transformadoras", aquellas que no solo compensan el daño, sino que buscan transformar las condiciones estructurales que lo hicieron posible. Como indica el

---

[47] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 8.6.

[48] Kimberlé W. Crenshaw, "Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color", *Stanford Law Review* 43 (1991): 1299.

[49] Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998), 4.

[50] Martha Minow, *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair* (Princeton: Princeton University Press, 2002). 23.

propio dictamen, la reparación debe considerar: "la discriminación de género e interseccional; la complejidad de los daños sufridos; el posible efecto estigmatizador de los delitos y las reparaciones; y el posible efecto transformador de determinadas medidas sobre la estructura de la exclusión de género".[51]

La lentitud de los procesos judiciales en Perú, con múltiples archivamientos y reaperturas durante más de dos décadas, ejemplifica lo que Ruti Teitel denomina "justicia transicional retardada", aquella que se posterga por dinámicas políticas y obstáculos institucionales.[52] Este fenómeno plantea desafíos particulares para las víctimas, quienes, como las autoras de la comunicación ante el Comité Cedaw, ven prolongado su sufrimiento por la ausencia de reconocimiento y reparación oportunos.

Las recomendaciones del Comité Cedaw para implementar un programa integral de reparaciones reflejan la evolución del derecho internacional hacia una comprensión más compleja de la justicia, en línea con lo que Minow ha denominado "el dilema reparativo", cómo compensar lo inconmensurable. La combinación de medidas de indemnización financiera, asistencia psicológica, aceleración de investigaciones penales y garantías de no repetición responde a la necesidad de abordar las múltiples dimensiones del daño causado a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos.

4. Conclusiones

El dictamen del Comité Cedaw en el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú representa un avance significativo en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos de las mujeres. A través de un análisis detallado y contextualizado, el Comité estableció la responsabilidad del Estado peruano por violaciones sistemáticas de múltiples derechos protegidos por la Convención.

El enfoque interseccional adoptado por el Comité permitió visibilizar que el género, la etnicidad, la clase social y la ubicación geográfica interactúan para generar vulnerabilidades específicas y formas agravadas de discriminación. Este reconocimiento constituye un precedente valioso para la interpretación de la Convención en contextos de diversidad cultural y desigualdad estructural.

El dictamen consolida estándares robustos en materia de consentimiento informado para intervenciones de salud reproductiva, enfatizando la necesidad de adaptar los procedimientos a las realidades culturales y lingüísticas de las mujeres indígenas. Este aspecto es particularmente relevante en América Latina, región caracterizada por su diversidad étnica y cultural.

La referencia a la posible calificación de las esterilizaciones forzadas como crímenes de lesa humanidad refuerza la gravedad de las violaciones cometidas y establece

[51] Cedaw, Dictamen CEDAW/C/89/D/170/2021, párr. 9.

[52] Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 89.

un marco jurídico para su persecución a pesar del tiempo transcurrido. Esta consideración podría tener implicaciones significativas para procesos judiciales en curso y futuros en Perú y otros países con antecedentes similares.

Finalmente, las recomendaciones sobre reparación integral con enfoque de género e interculturalidad ofrecen orientaciones concretas para restaurar la dignidad de las víctimas y transformar las condiciones estructurales que propiciaron las violaciones. Su implementación efectiva no solo beneficiaría a las cinco autoras de la comunicación, sino potencialmente a miles de mujeres peruanas afectadas por políticas similares.

El cumplimiento de estas recomendaciones representa un desafío para el Estado peruano, pero también una oportunidad para demostrar su compromiso con los derechos humanos de las mujeres y avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria. La decisión del Comité Cedaw constituye un recordatorio poderoso de que la justicia, aunque tardía, sigue siendo una aspiración legítima y alcanzable para las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

Como señala la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, "la esterilización forzada y el aborto forzado constituyen delito y son sendas formas de violencia de género contra la mujer".[53] El caso de Perú demuestra la urgente necesidad de integrar perspectivas de género e interculturalidad en todas las políticas públicas, especialmente aquellas relacionadas con la salud sexual y reproductiva, para garantizar que nunca más el cuerpo de las mujeres sea instrumentalizado como objeto de control estatal.

Bibliografía

Doctrina

Atrey, Shreya. *Intersectional Discrimination*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Carranza Ko, Ñusta. "Forcibly sterilized during Fujimori dictatorship, thousands of Peruvian women demand justice". *The Conversation*, 3 de marzo de 2021. Acceso el 28 de abril de 2025. https://theconversation.com/forcibly-sterilized-during-fujimori-dictatorship-thousands-of-peruvian-women-demand-justice-155086

Comité Cedaw. Recomendación General n.° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General n.° 19. CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017. https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence

Comité Cedaw. Dictamen adoptado por el Comité en virtud del artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo, respecto de la Comunicación n.° 170/2021 (María Elena

[53] ONU, Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/74/137, 11 de julio de 2019, párr. 21.

Carbajal Cepeda y otras c. Perú). CEDAW/C/89/D/170/2021, 30 de octubre de 2024. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/322/89/pdf/n2432289.pdf

Crenshaw, Kimberlé W. "Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color". *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (1991): 1241-1299.

Esposito, Roberto. *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad, Vol. 1: La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI, 2007.

Minow, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press, 1998.

Minow, Martha. *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

Mogollón, María Esther. "El fallo del Cedaw es histórico después de 27 años buscando justicia para víctimas de esterilizaciones forzadas en Perú". Entrevista por Katy Sánchez. *La Mala Fe*, 5 de diciembre de 2024. Acceso el 15 de enero de 2025. https://lamalafe.lat/2024/12/05/maria-esther-mogollon-el-fallo-del-cedaw-es-historico-despues-de-27-anos-buscando-justicia-para-victimas-de-esterilizaciones-forzadas-en-peru/

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. A/74/137. Nueva York: Naciones Unidas, 2019. https://docs.un.org/es/a/74/137

Scarry, Elaine. *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*. New York: Oxford University Press, 1985.

Segato, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

Segato, Rita Laura. *Contra-pedagogías de la crueldad*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.

Teitel, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

"UN rules forcible sterilizations of women in Peru 'crime against humanity'". *The Guardian*. 30 de octubre de 2024. Acceso el 2 de noviembre de 2024. https://www.theguardian.com/world/2024/oct/30/un-peru-compensation-forced-sterilization

Normativa y jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe 71/03. Solución Amistosa María Mamérita Mestanza Chávez c. Perú. 10 de octubre de 2003. https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Peru.12191.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 42. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf

Corte Suprema de Chile. Resolución sobre solicitud de extradición. Causa rol 71.850-2021. Santiago, 24 de junio de 2024.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 495-522, ISSN 2346-0849

Mijhail Pavel Pardo Lafuente* **(Bolivia)**

Las características específicas de los entornos en línea pueden generar una falsa sensación de privacidad, intensificar las emociones negativas y aumentar la impulsividad, todo lo cual puede modificar la naturaleza del acoso en línea o intensificar sus consecuencias.
Sonia Livingstone y Alicia Blum-Ross, 2020

La privacidad nos protege de presiones no deseadas y abusos de poder. La necesitamos para ser individuos autónomos, y las democracias solo pueden funcionar bien cuando los ciudadanos gozamos de autonomía.
Carissa Véliz, 2024

¿Infancia bajo vigilancia? Sobre la protección del derecho a la autodeterminación informacional de las personas menores de edad en contextos digitales

RESUMEN

En un contexto de creciente digitalización y consolidación de arquitecturas algorítmicas de poder, este trabajo analiza, desde una perspectiva iusfilosófica y de derechos humanos, la reconfiguración del consentimiento infantil en entornos digitales como una categoría jurídica reforzada. A partir del estudio del *corpus iuris* internacional y de normas modelo con proyección regional, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) europeo, se sostiene que el consentimiento de niños, niñas y adolescentes no debe entenderse como una mera formalidad procedimental, sino como una garantía sustantiva. El artículo identifica un déficit normativo en diversos

* Abogado, Universidad Mayor de San Simón; magíster en Derechos Humanos de las Poblaciones Más Vulnerables, Universidad Andina Simón Bolívar; maestrando en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova. Profesor de Derecho Internacional y Argumentación Jurídica, Universidad del Valle. mpardol@univalle.edu / orcid: 0000-0003-4210-349X

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

países latinoamericanos, en particular Bolivia, donde el consentimiento infantil se ve debilitado por prácticas estatales y empresariales poco transparentes. Frente a ello, se propone una reconstrucción normativa que incorpore mecanismos de participación efectiva, responsabilidad algorítmica y evaluaciones de impacto en derechos humanos, basadas en principios del Comité de los Derechos del Niño, como la minimización de datos, la transparencia y la proporcionalidad.

Palabras clave: autodeterminación informativa; consentimiento; privacidad; ecosistemas digitales; niños, niñas y adolescentes.

Children Under Surveillance? Regarding Protection of Minors' Right to Informational Self-Determination in Digital Contexts

ABSTRACT

In the context of increasing digitalization and consolidation of algorithmic power architectures, this paper analyzes, from a legal-philosophical and human rights-based perspective, the reconfirmation of children's consent in digital environments as a reinforced legal category. Based on a study of the international *corpus iuris* and model norms with regional scope, such as the European General Data Protection Regulation (GDPR), it argues that the consent of children and adolescents should not be understood as a mere procedural formality, but rather as a substantive guarantee. The article identifies a regulatory deficit in different Latin American countries, especially Bolivia, where child consent is weakened by non-transparent state and corporate practices. In response, it proposes a regulatory overhaul that incorporates mechanisms for effective participation, algorithmic accountability, and human rights impact assessments, based on principles from the Committee on the Rights of the Child, such as data minimization, transparency, and proportionality.

Key words: Informational self-determination; consent; privacy; digital ecosystems; children and adolescents.

Kindheit unter Überwachung? Über den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung von Minderjährigen in digitalen Kontexten

ZUSAMMENFASSUNG

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Digitalisierung und Konsolidierung algorithmischer Machtstrukturen analysiert diese Arbeit aus rechtsphilosophischer und menschenrechtlicher Perspektive die Neudefinition der Einwilligung von Kindern in digitalen Umgebungen als verstärkte Rechtskategorie. Ausgehend von der Untersuchung des internationalen *Corpus iuris* und regionaler Modellnormen wie der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wird argumentiert, dass die Einwilligung von Kindern und Jugendlichen nicht als reine Verfahrensformalität, sondern als substanzielle Garantie verstanden werden sollte. Der Artikel stellt ein normatives Defizit in verschiedenen lateinamerikanischen Ländern fest, insbesonde-

re in Bolivien, wo die Einwilligung von Kindern durch intransparente staatliche und unternehmerische Praktiken geschwächt wird. Demgegenüber wird eine normative Neugestaltung vorgeschlagen, die Mechanismen der wirksamen Beteiligung, der algorithmischen Verantwortung und der Bewertung der Auswirkungen auf die Menschenrechte einbezieht, die auf den Grundsätzen des Ausschusses für die Rechte des Kindes basieren, wie z. B. Datenminimierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

Schlüsselwörter: Informationelle Selbstbestimmung; Einverständnis; Privatsphäre; digitale Ökosysteme; Kinder und Jugendliche.

Introducción

En el umbral del presente siglo, la revolución digital ha permeado toda actividad humana en una suerte de *continuum* tecnológico irrefrenable, cuyo advenimiento ha incorporado una serie de *commodities* informacionales a unas interacciones sociales cada vez más automatizadas. Si bien es cierto que estos avances han facilitado, *inter alia*, el acceso a la alfabetización educativa, la participación política y la libertad de expresión de diversos grupos poblacionales –en particular, de niños, niñas y adolescentes (NNA) a través de la denominada "inclusión digital"–[1] no es menos evidente que la utilización desregularizada de la cibertecnología ha traído aparejadas, a su vez, notables amenazas sobre su bienestar físico y mental, así como la exposición indebida a una serie de riesgos que se originan en el interior de los ecosistemas, como el ciberacoso, el *sexting*,[2] la *sextorsión*,[3] el *grooming*,[4] la pornografía extrema, la promoción del suicidio, entre otras formas de maltrato.

---

[1] Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación General No. 25 de 2 de marzo de 2021, Los derechos de los niños en relación a los entornos digitales, CRC/C/GC/25, párrafo 4, https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEG%2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kx0VqQk6dNAzTPSRNxomyCaUSrDC%2Fod3UDPTV4yo5%2B9GME0qMZvh9UPKTXcO12

[2] "El sexteo es el intercambio de imágenes o videos con contenido sexual (desnudos o casi desnudos sexualmente sugerentes) a través de teléfonos y/o Internet (mensajes, correos electrónicos, redes sociales). También puede considerarse una forma de acoso sexual en la que una niña, niño y adolescente puede ser presionado a enviar una foto a su novio/a o compañero, quien después la distribuye sin su consentimiento". Organización de los Estados Americanos (OEA), Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes, Informe regional: "Lineamientos para el empoderamiento y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Internet en Centroamérica y República Dominicana", OEA/Ser.D/XXVI.18, enero de 2018, 67, https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf

[3] "La sextorsión es el chantaje a niños, niñas, adolescentes, amenazándolos con difundir imágenes o videos sexuales autogenerados por estos, con la intención del extorsionador de mantener relaciones sexuales y/o continuar con la explotación sexual". Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes, Informe regional, cit., 66.

[4] "Estrategias que realiza un adulto para ganarse la confianza de un niño, niña y adolescente, a través de Internet, con el propósito de abusarlo o explotarlo sexualmente. Es importante

En ese sentido, este trabajo tiene por objetivo analizar, en primer lugar, la fundamentación y el alcance del concepto de autonomía (como resultado de la intersección de dos vectores: racionalidad e independencia) incardinado en el ejercicio del derecho a la privacidad que les asiste a las personas menores de edad en materia de protección de datos personales que, a menudo, los entornos de realidad virtual y las aplicaciones digitales mercantilizan bajo el influjo del denominado *capitalismo cognitivo*.[5] Seguidamente, esta investigación se enfocará en la centralidad que comporta la garantia del derecho a la privacidad de las personas menores de edad en materia de protección de datos personales, no solo para la "autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y el ejercicio de sus derechos",[6] sino también, y más importante aún, en el diseño, gestión y utilización de los dispositivos automatizados desarrollados por las *Big Tech*, que ejercen una soberanía *de facto* sobre la marea de información disponible en las plataformas digitales.[7]

Para cumplir con este propósito, propondré una serie de lineamientos rectores que los sistemas jurídicos estatales deben adoptar en la mitigación del impacto que estas actividades intrusivas generan sobre los derechos de la infancia, particularmente aquellas relacionadas con 1) la importancia del consentimiento informado para procesar los datos de NNA al amparo de los estándares internacionales desarrollados en este campo; 2) las transformaciones que la concepción de privacidad atraviesa al interior de los ecosistemas digitales estructurados por arquitecturas algorítmicas de control;[8] y 3) la falta de sujeción normativa del sector privado en materia de tratamiento de datos personales de la infancia conforme a los principios rectores desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN), tales como minimización de datos, transparencia, proporcionalidad y debida diligencia empresarial.[9] Finalmente, incidiré, a manera de colofón, sobre la dimensión ética que debe incorporar el desarrollo de las nuevas tecnologías, principalmente en lo que concierne a la recolección de datos masivos o residuales de las poblaciones infantiles.

---

expresar que siempre es un adulto quien ejerce el *grooming*". Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes, Informe regional, cit., 66.

5 José María Lassalle, *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital* (Barcelona: Arpa Editores, 2019), 22.

6 CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 67.

7 Lassalle, *Ciberleviatán*…, 91.

8 Lassalle sostiene que la sociedad contemporánea se encuentra inmersa en una c*ivilización artificial* donde "la racionalidad tecnodigital ha capturado los fundamentos de la autonomía" y "el algoritmo ha sustituido al juicio moral". José María Lassalle, *Civilización artificial* (Barcelona: Arpa Editores, 2024), cap. 3.

9 Toda arquitectura normativa que pretenda limitar la injerencia del sector privado en la esfera informacional infantil debe fundarse en una concepción robusta del interés superior, la lógica restrictiva de minimización de datos y un principio de diligencia ética y jurídica frente a las nuevas formas de vulnerabilidad digital.

1. Metodología

En esta investigación se emplea una metodología cualitativa de carácter analítico-interpretativo, orientada al examen de los distintos –aunque interrelacionados– marcos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que regulan el derecho a la privacidad y la protección de datos personales de NNA en contextos digitales. Este enfoque se sustenta en el uso de técnicas hermenéuticas propias del análisis jurídico, las cuales permiten desentrañar el contenido sustantivo de las normas internacionales de derechos humanos, en especial aquellas emanadas de los sistemas universal y regional de protección, así como su articulación con los desafíos tecnológicos contemporáneos derivados de la denominada "economía de datos".

2. Autonomía, soberanía informacional infantil y relectura constitucional de la privacidad en la era algorítmica

En la era del *big data*, la ubicuidad de las plataformas tecnológicas en las interacciones humanas ha transformado radicalmente los modos de recolección, almacenamiento y explotación de datos personales, particularmente entre poblaciones vulnerables, como NNA. Los códigos normativos de esta nueva cultura digital, vertebrada por arquitecturas algorítmicas, han cristalizado una suerte de *metademocracia virtual*,[10] caracterizada, entre otros elementos, por la disputa hegemónica del significado de la verdad en contextos de comunicación hipermediada. Es precisamente en este terreno semiótico de *posverdad* donde "toda racionalidad de la acción comunicativa pierde significado"[11] frente a la infoxicación de lo real, extinguiéndose de esa manera cualquier atisbo de deliberación crítica.[12]

En este escenario, el derecho a la privacidad no puede ser concebido como un reducto estrictamente individualista, sino como un "poder fundamental"[13] estructurante de la autonomía relacional, entendida no solo como libertad negativa frente a interferencias externas, sino como la capacidad moral y política para controlar activamente el flujo de información personal sin interferencias arbitrarias (i. e.,

[10] María del Pilar García Pachón, ed., *Información, participación y justicia ambiental: herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible en la democracia ambiental* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 171.

[11] García Pachón, *Información, participación*…, 171.

[12] José Ignacio Niño González, Mario Barquero Cabrero y Enrique García García, "Opinión pública e infoxicación en las redes: los fundamentos de la post-verdad", *Vivat Academia* 139 (2017): 83-94, https://www.redalyc.org/journal/5257/525754431007/html/

[13] Carissa Véliz, *Privacidad es poder: datos, vigilancia y libertad en la era digital* (Santiago de Chile: Ediciones Debate, 2021), 14.

libertad republicana).[14] Retomemos la formulación clásica de Nissenbaum sobre privacidad como "integridad contextual":

> Además de la relación causal o habilitante entre la privacidad y la autonomía, existe una conexión adicional, de carácter constitutivo, que rara vez es reconocida como tal y que desempeña un papel esencial en la definición más ampliamente aceptada del derecho a la privacidad: *el derecho a controlar la información relativa a uno mismo*. La plausibilidad de este derecho a controlar la información personal –incluso cuando se encuentra limitado y condicionado por otros derechos y obligaciones que compiten o contrapesan– descansa en la premisa de que la información sobre nosotros constituye un ámbito respecto del cual los individuos pueden ejercer autonomía. En este sentido, es comparable con los derechos *prima facie* de autodeterminación que poseemos sobre nuestros cuerpos y sobre el acceso a los mismos.[15]

Pero esta concepción se ha visto erosionada ante el "giro inferencial" (*inferential turn*) en el tratamiento de datos, donde el riesgo ya no reside exclusivamente en la divulgación voluntaria de información, sino en las capacidades predictivas que terceros –especialmente actores privados, como Meta, Google, Tik Tok, X– pueden ejercer a partir de trazas digitales aparentemente neutras.[16]

En el nuevo ecosistema digital, la construcción del consentimiento ha dejado de ser un acto volitivo aislado para convertirse en una decisión condicionada por estructuras algorítmicas de asimetría informativa, diseñadas para maximizar la

---

[14] El concepto de 'libertad republicana' entendida como "ausencia de dominación" ha sido defendido, a decir de Spector, por autores como Philip Pettit y Quentin Skinner, quienes abogan por una "independencia estructural" del individuo en el interior de una comunidad política dotada de instituciones "capaces de anular la capacidad de las personas de interferirse arbitrariamente entre sí". Ezequiel Spector, *La libertad entendida como cooperación social. Una teoría de la democracia liberal* (Barcelona: Marcial Pons, 2025), 27, 57-58.

[15] Helen Nissenbaum, "Privacy as Contextual Integrity", *Washington Law Review* 79 (2004): 149, https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol79/iss1/10. A este respecto, en el asunto Centre for Child Law and Others v Media 24 Limited and Others, la Corte Constitucional sudafricana determinó: "Siempre que una persona tenga la facultad de decidir qué desea divulgar al público y resulte razonable la expectativa de que dicha decisión será respetada, entra en juego el derecho a la privacidad" (traducción propia). Centre for Child Law and Others v Media 24 Limited and Others (CCT261/18) [2019] ZACC 46; 2020 (3) BCLR 245 (CC); 2020 (1) SACR 469 (CC); 2020 (4) SA 319 (CC) (4 de diciembre de 2019), https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2019/46.html.

[16] Nissenbaum, "Privacy as Contextual Integrity", 105. A este respecto, en su famosa obra, la socióloga estadounidense Shoshana Zuboff describe de qué manera las "behavioral surplus data" (excedente conductual) surgen de las trazas digitales como materia prima para el capitalismo de datos, esto es, bajo una lógica acumulativa dentro de un "behavioral futures markets" (mercado de futuros conductuales). Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (New York: PublicAffairs, 2019), edición en PDF, cap 3.

extracción desautorizada de datos antes que para preservar la agencia del sujeto. La privacidad infantil,[17] en ese contexto, se ve crecientemente amenazada por el fenómeno de la "economía del perfilado" (*profiling economy*),[18] donde la segmentación conductual reemplaza al reconocimiento jurídico, y los datos personales se convierten en insumos estratégicos ("materia prima") para un modelo de negocios basado esencialmente en la "violación masiva de derechos".[19]

Esta realidad no solo desborda las categorías normativas tradicionales de "consentimiento" y "vida privada", sino que exige una relectura constitucional donde el derecho a la privacidad se asuma como autodeterminación informacional, esto es, como el derecho de toda persona, indistintamente de su rango etario,[20] a tener control efectivo y comprensible sobre la circulación, tratamiento y uso de sus datos personales. Por ello, el desafío contemporáneo al que asistimos no radica únicamente en la revelación voluntaria de información, sino en los conocimientos que terceros –particularmente corporaciones– pueden inferir a partir de datos residuales aparentemente no sensibles (v. gr., metadatos de navegación, registros de ubicación, patrones de actividad en redes sociales, uso de aplicaciones bancarias, huellas de consumo digital, etc.), erosionando así la frontera entre lo público, lo íntimo y lo calculable.[21] El consentimiento, en ese marco, deja de ser garantía y se convierte en un frágil ritual –cuasificcional– frente al diseño opaco que comportan las plataformas digitales.[22]

Desde esta perspectiva, la niñez no puede ser tratada como un objeto pasivo de protección normativa *tout court,* sino como un sujeto (activo) de derechos informacionales, cuya incipiente autonomía exige salvaguardias reforzadas frente a estructuras tecnológicas que operan como dispositivos de poder sin control democrático. Este ámbito hiperconectado no solo cosifica al ser humano, sino que también reproduce y perpetúa una suerte de "paternalismo tecnológico" que socava la

---

[17] "La privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos". Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 25, cit., párrafo 69. En el mismo sentido, United Nations General Assembly (UNGA), Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age, A/RES/73/179, December 17, 2018, https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/179

[18] Eduard Fosch-Villaronga *et al.*, *The Chilling Effects of Algorithmic Profiling and Automated Decision-Making, eLaw Working Paper Series* (Leiden: Universiteit Leiden, 2020), 19, https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-metajuridica/elaw-working-paper-series/wps2020.001.fosch.the-chilling-effects-of-algorithmic.pdf

[19] Véliz, *Privacidad*…, 188.

[20] Ello no implica, como se demostrará *infra*, que aquellos grupos en situación de especial vulnerabilidad (v. gr., población infantil), no sean objeto de "medidas reforzadas" o de "atención prioritaria" por parte de las políticas estatales.

[21] Jens-Erik Mai, "Situating Personal Information: Privacy in the Algorithmic Age", en *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. por Rikke Frank Jørgensen (Cambridge, MA: MIT Press, 2019), 105.

[22] Mai, "Situating Personal Information: Privacy in the Algorithmic Age", 101.

autonomía individual y priva a las personas del derecho fundamental a la intimidad, esto es, de la "parte sensible que lo constituye".[23]

Autores como Byung-Chul Han han advertido, en línea con lo anterior, que esta transformación digital implica una "mutación identitaria" en el sujeto contemporáneo, cuya esfera individual se ve desarticulada bajo el influjo de un nuevo contrato social administrado por algoritmos, que predice y moldea conductas mediante lenguajes artificiales que no requieren violencia o legitimación para ser efectivos, tan solo estímulo.[24] Esta suplantación tecnopolítica de la agencia –mediada por arquitecturas persuasivas invisibles (v. gr., sistemas de recomendación en redes sociales, motores de búsqueda "personalizados", publicidad dirigida, etc.)– introduce riesgos sistémicos sobre la capacidad resolutiva del agente moral,[25] especialmente cuando se trata de sujetos en desarrollo, como NNA.

En este marco, las consecuencias sobre la infancia no solo replican los efectos disruptivos que estas dinámicas generan sobre los adultos, sino que los amplifican. Como se dijo anteriormente, si bien los entornos digitales han incrementado el acceso a bienes sociales fundamentales como la educación o la conectividad,[26] también han intensificado el rastreo y la explotación de la huella digital de NNA mediante el uso de técnicas corrosivas de seguimiento (*data tracking*), impactando de forma silenciosa su bienestar psicosocial.

---

[23] Lassalle, *Ciberleviatán*…, 21.

[24] Lassalle, *Ciberleviatán*…, 19-20.

[25] "Esta condición netamente kantiana en su formulación originaria, ha sido enriquecida por ulteriores desarrollos relativos a las posibilidades de la acción racional, en la medida en que va precedida de un proceso de *singularización de los deseos o preferencias, seguido de otro proceso de jerarquización de las mismas*. Esta compleja tarea que cada sujeto realiza comprometiendo su capacidad de reflexión comporta evaluar, calibrar, sopesar y finalmente asignar un orden de prioridades; orden que, a su vez, responderá a pautas que revelan la disposición moral y emocional del sujeto". Silvina Álvarez Medina, "Derechos humanos emergentes: fundamentación, contenido y sujetos desde una perspectiva de género", en *Repensar los derechos humanos*, ed. por Ángeles Ródenas (Lima: Palestra Editores, 2018), 336-337. Énfasis agregado. Por su parte, Carissa Véliz sostiene: "En las democracias liberales, con muy pocas excepciones, nadie –ni siquiera el Estado– puede decirte qué pensar, qué decir, qué hacer para ganarte la vida, con quien relacionarte, ni cómo pasar el tiempo. Tú decides todas esas cosas y más. Sin autonomía, no tienes libertad, porque tu vida está controlada por otros. *Tener autonomía significa tener poder sobre tu propia vida*". Véliz, *Privacidad*…, 87.

[26] Por ejemplo, el Plan de conectividad educativa de informática básica para el aprendizaje en línea (Plan Ceibal), implementado en el Uruguay a partir del año 2007, ha posibilitado –en términos de equidad– el desarrollo de *capacidades digitales* en favor de niños, niñas y adolescentes que, de otra manera, no podrían acceder a estos recursos debido a su "inserción social desfavorable". Ana Rivoir y Susana Lamschtein, "Plan Ceibal, un caso de usos de las tecnologías de información y de las comunicaciones en la educación para la inclusión social", en *Las tecnologías digitales frente a los desafíos de una educación inclusiva en América Latina: algunos casos de buenas prácticas*, ed. por Guillermo Sunkel y Daniela Trucco (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012), 170, https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/7be78858-1bdf-4c59-b7d2-785321989000b/content

Estos procesos –cuyos riesgos fueron detectados, *inter alia*, por las relatorías especiales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)–[27] se manifiestan en la inhibición del desarrollo de competencias digitales apropiadas para su edad y madurez, así como en la exposición a discursos discriminatorios (como aquellos propagados en la *manosfera*[28]), que configuran nuevas formas de violencia simbólica y estructural, donde el mayor número de víctimas son niñas y mujeres adolescentes.[29] A este respecto, el Informe temático de la Plataforma de Mecanismos de Expertos Independientes sobre la Discriminación y la Violencia contra la Mujer (EDVAW) de 2022 ha establecido:

> La dimensión digital de la violencia contra la mujer es alarmantemente frecuente. Según un estudio de 2015 realizado por la Comisión de Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, casi tres cuartas partes de las mujeres han experimentado algún tipo de violencia de género en línea, y casi dos tercios de los autores son hombres […]. En 2020, un estudio de la *Economist Intelligence Unit* que abarcó 45 países reveló que el 85% de las mujeres ha experimentado o presenciado violencia en línea y facilitada por

---

[27] "La injerencia indebida en la intimidad de las personas puede limitar en forma tanto directa como indirecta el libre intercambio y evolución de ideas. Las restricciones al anonimato de las comunicaciones, por ejemplo, tienen un efecto intimidatorio en las víctimas de todas las formas de violencia y abuso, que podrían ser renuentes a denunciarlas por temor a la doble victimización". Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, A/HRC/23/40, 17 de abril de 2013, párrafo 24.

[28] Un neologismo con el que se hace referencia "al conjunto de comunidades de hombres en Internet organizados en distintas subculturas como *MRA (Men Rights Activists); MTGOW (Men Going Their Own Way); o Incels (Involuntary Celibats)*". Para una comprensión más minuciosa en torno a esta "tribu digital" y sus repercusiones en términos sociológicos y jurídicos, ver European Commission, *Incels: A First Scan of the Phenomenon (in the EU) and its Relevance and Challenges for P/CVE* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021), https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2021-10/ran_incels_first_scan_of_phenomen_and_relevance_challenges_for_p-cve_202110_en.pdf. En el campo narrativo-audiovisual, una sugestiva radiografía sobre la temprana configuración del espectro identitario y los impactos negativos que el uso desregulado de las redes de interacción virtual trae consigo sobre el bienestar psicosocial de NNA, puede encontrarse en la serie *Adolescence*, distribuida por la plataforma Netflix.

[29] "Más allá del problema del acceso, la falta de alfabetización digital agrava las cuestiones relacionadas con la privacidad de los menores de edad. Dicha carencia dificulta su capacidad para desenvolverse eficazmente en las redes sociales, desarrollar y crear contenidos, acceder a información de valor, distinguir y denunciar contenidos perjudiciales ante las plataformas de redes sociales y los intermediarios de Internet, entre otras problemáticas" (traducción propia). Yohannes Eneyew, Valerie Verdoodt y Eva Lievens, "General Comment No. 25 on Children's Rights in Relation to the Digital Environment: Implications for Children's Right to Privacy and Data Protection in Africa", *Human Rights Law Review* 24, n.° 3 (2024): 65, https://doi.org/10.1093/hrlr/ngae018

> la tecnología, desde el 74% en Europa, el 91 % en América Latina y el Caribe y el 90% en África.[30]

Frente a esta acuciante realidad, las respuestas institucionales han surgido desde el sistema universal de protección de derechos humanos, particularmente de sus órganos de tratado. Así, el Comité DN ha emitido pronunciamientos clave que establecen deberes concretos para los Estados y para los actores privados con relación a la protección de los derechos de los niños. Por ejemplo, la Observación General No. 25 (2021) sobre los derechos de los niños en relación con los entornos digitales (OG-25) explicita –en línea con el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)– que "la privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos",[31] precisando además que "toda injerencia debe sujetarse a criterios de legalidad, proporcionalidad y finalidad legítima".[32]

Por su parte, la Observación General No. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño

---

[30] Consejo de Europa, "La dimensión digital de la violencia contra la mujer abordada por los siete mecanismos de la Plataforma EDVAW" (documento temático de la Plataforma de Mecanismos de Expertos Independientes sobre la Discriminación y la Violencia contra la Mujer, EDVAW, noviembre de 2022), 9, https://rm.coe.int/la-dimension-digital-de-la-violencia-contra-la-mujer-abordada-por-los-/1680a933ad. "Otras fuentes señalan que 23% de las mujeres han experimentado acoso en línea al menos una vez en su vida, y se estima que una de cada diez mujeres ya había sufrido alguna forma de ciberviolencia desde los 15 años de edad". Organización de los Estados Americanos (OEA), *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta,* OEA/Ser.D/XXV.25, https://www.oas.org/es/cim/docs/ViolenciaGeneroLineaGUIA-ES.pdf

[31] Al respecto, en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "la vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior". Corte IDH, Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 257, párrafo 143, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Por otro lado, en el Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, este tribunal resolvió que "el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas, así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación". Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 238, párrafo 49, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf

[32] En palabras del Comité, "la injerencia en la vida privada de un niño solo es admisible si no es arbitraria o ilegal. Por tanto, toda injerencia de este tipo debe estar prevista por la ley, tener una finalidad legítima, respetar el principio de *minimización de los datos, ser proporcionada, estar concebida en función del interés superior del niño* y no debe entrar en conflicto con las disposiciones, los fines o los objetivos de la Convención". CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 69.

(OG-16) consagra un estándar reforzado de "diligencia debida" que los Estados deben imponer al sector empresarial, a fin de que este "identifique, prevenga y mitigue el impacto de sus operaciones", especialmente aquellas que comporten carácter comercial.[33] Esta exigencia no puede diluirse dentro de los esquemas generales de derechos humanos, sino que debe preservar la especificidad normativa de la CDN y sus protocolos complementarios,[34] garantizando así una "consideración especial hacia los efectos diferenciados sobre los niños".[35]

Adicionalmente, la Observación General No. 7 del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y Bienestar del Niño (ACERW por sus siglas en inglés) ha propuesto un "enfoque sensible" (*sensitive approache*), capaz de armonizar "el derecho a la privacidad del menor y su capacidad evolutiva" con la "responsabilidad parental y el deber de guiar a los hijos en su comportamiento", bajo el criterio del interés superior del menor (*best interests*).[36] De acuerdo con este pronunciamiento, "los padres deberían estar capacitados para orientar y asesorar a sus hijos en materia de seguridad en línea, en lugar de bloquear por completo su acceso al entorno digital, dado que los dominios en línea y fuera de línea están cada vez más entrelazados y no pueden separarse con facilidad".[37] Una ilustración concreta de este balance puede identificarse en la OG-25 antes apuntada cuando establece lo siguiente:

> Los Estados partes deben tener en cuenta que el apoyo y la orientación que se presten a los padres y cuidadores deben basarse en la comprensión de la especificidad y singularidad de las relaciones entre padres e hijos. Esa orientación debe ayudar a los padres a mantener un equilibrio adecuado entre la protección del niño y su incipiente autonomía, basándose en la empatía y el respeto mutuos más que en la prohibición o el control. *Para ayudar a los padres y cuidadores a mantener un equilibrio entre las responsabilidades parentales y*

---

[33] CDN, Observación General No. 16 de 17 de abril de 2013, Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, párrafo 62, https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-16-obligaciones-estado-relacion-con-impacto-sector-empresarial-derechos-nino-2013-.pdf

[34] A saber: Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados (2000); Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000); y Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011).

[35] CDN, Observación General No. 16, cit., párrafo 63.

[36] African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child (ACERWC), General Comment No. 7 on Article 27 of the ACRWC: "Sexual Exploitation" de 21 de julio de 2022, párrafo 61, https://reporting.acerwc.africa/sites/default/files/2022-09/General-Comment-on-Article-27-of-the-ACRWC_English_0.pdf. En el mismo sentido, Eneyew e*t al*., "General Comment No. 25 on Children's Rights in Relation to the Digital Environment: Implications for Children's Right to Privacy and Data Protection in Africa", 12-13.

[37] ACERWC, General Comment No. 7, cit., 12-13. Traducción propia. Énfasis agregado.

> *los derechos del niño, los principios rectores deben ser el interés superior del niño, junto con la consideración de la evolución de sus facultades*.[38]

Así, a partir de estas nuevas directivas interpretativas de vocación regional y universal, la protección de la privacidad infantil –que integra, entre otros elementos, el respeto por la dignidad, la integridad personal y la autonomía individual–[39] debe entenderse como la piedra de toque para la formación de agentes libres, capaces de autodeterminar su biografía digital. Su exigibilidad no se agota, por tanto, en los dispositivos de control parental, sino que requiere una arquitectura institucional robusta que reconozca a los NNA la soberanía informacional como un elemento indispensable de su desarrollo, máxime en un escenario donde, como ocurre actualmente, el consentimiento es extremadamente difuso y el poder algorítmico es estructural.

3. Sobre la importancia del consentimiento: autodeterminación informativa y garantías institucionales para una infancia digital

En los actuales entornos de realidad virtual, el consentimiento ha dejado de ser una mera formalidad legal para devenir en una expresión compleja de autodeterminación personal, especialmente en el caso de NNA. En lugar de considerarse como un acto voluntario aislado, el consentimiento debe ser concebido como una construcción progresiva de autonomía en contextos mediados por infraestructuras tecnológicas opacas, diseñadas –como fue señalado *ut supra*– para la recopilación de datos y la extracción de valor informacional con fines lucrativos mediante procesos de predictibilidad algorítmica.

Esta evolución conceptual se encuentra anclada, además de los fundamentos teoréticos arriba expuestos, en los marcos regulatorios fundacionales de la protección de datos, particularmente en las *Fair Information Practices* (FIPs) desarrolladas en la década de los setenta,[40] cuando el consentimiento fue articulado inicialmente como

---

[38] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 86. Énfasis agregado.

[39] Constitutional Court of South Africa, Centre for Child Law and Others v Media 24 Limited and Others, Sentencia de 4 de diciembre de 2019, ZACC 46, párrafo 49, https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2019/46.html

[40] "Cada vez que una persona descarga una nueva aplicación en su teléfono, se le solicita que acepte sus términos del servicio. Ello obedece a una preocupación que se remonta a los primeros tiempos, cuando la comunidad internacional advirtió los riesgos derivados de la digitalización de los datos personales y elaboró, en 1973, los Principios de Información Justa (Fair Information Principles o Fair Information Practice Principles, comúnmente conocidos como FIPs) con el fin de hacerles frente. Con el paso del tiempo, los FIPs se han ido convirtiendo en sinónimo del derecho a la privacidad. Tal como su denominación lo indica, los FIPs tienen como objetivo garantizar la equidad en las prácticas relacionadas con la información

la "base legitimadora primaria" (*primary legitimizing basis*)[41] del tratamiento de datos personales, dotándolo de una función estructural dentro del emergente ecosistema normativo.[42] Este trasfondo exige, por tanto, una reconceptualización multinivel y descompartimentalizada[43] del consentimiento (esto es, donde los estándares universales y regionales puedan converger asociativamente) como derecho sustantivo y no meramente procedimental, cuyo ejercicio se halla actualmente amenazado por las lógicas totalizantes de los entornos de simulación y mediación digital.

Desde esta perspectiva, y en consonancia con el *principio de autonomía progresiva* consagrado en el artículo 5 de la CDN, el consentimiento infantil no puede interpretarse como un simple acto contractual;[44] requiere, asimismo, condiciones materiales e institucionales que garanticen su ejercicio libre, informado y evolutivamente adecuado. En esa línea, la OG-25 ha establecido que dicho consentimiento debe tener en cuenta el grado de madurez del niño, la inteligibilidad del entorno y la capacidad

---

personal de las personas" (traducción propia). Ignacio Cofone, *The Privacy Fallacy: Harm and Power in the Information Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2024), edición en PDF, 13.

[41] "La mayoría de las jurisdicciones a nivel mundial han incorporado los FIPs, y en particular su principio de tratamiento lícito, leal y transparente de los datos personales, mediante una disposición clave en sus legislaciones de protección de datos que exige el consentimiento individual para el tratamiento de dichos datos. Así, por ejemplo, el consentimiento constituye la principal base legitimadora para el tratamiento de datos en Andorra, Argentina, Brasil, Canadá, las Islas Feroe, Guernsey, Japón, Corea, México, Singapur y Uruguay. El consentimiento es un elemento central del derecho de protección de datos en todo el mundo, especialmente fuera de Europa" (traducción propia). Cofone, *The Privacy Fallacy*…, 89.

[42] Durante los últimos años, el paradigma sobre el que se asientan las FIPs ha sido calificado, sin perjuicio de lo expuesto supra, como "tradicionalista" e "insuficiente". A decir de Cofone, "Diseñados en una época anterior a que las personas dispusieran de ordenadores en sus hogares, y mucho menos de acceso a Internet, los FIPs tenían como finalidad proteger a las personas en un entorno radicalmente distinto del actual ecosistema informativo impulsado por la inteligencia artificial. Desde entonces, estos principios han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina especializada en materia de privacidad" (traducción propia). Por ello, el autor señala que la solución adecuada a este asunto "no es únicamente modificar los FIPs, sino de transformar los fundamentos estructurales que les sirven de soporte" (traducción propia). Cofone, *The Privacy Fallacy*…, 15.

[43] Laurence Burgorgue-Larsen, "Decompartmentalization: The key technique for interpreting regional human rights treaties", *International Journal of Constitutional Law* 16, n.º 1 (2018): 187-213, https://doi.org/10.1093/icon/moy010

[44] Organizaciones como 5Rights Foundation han señalado que los sistemas de verificación de consentimiento implementados por numerosas plataformas tecnológicas (v. gr., Google, Meta o TikTok) operan bajo un diseño legal estandarizado que simula una manifestación de voluntad, pero que en realidad no garantiza el control ni la comprensión efectiva de los menores sobre el uso de sus datos personales. 5Rights Foundation, "A High Level of Privacy, Safety and Security for Minors: A Best Practices Baseline for the Implementation of the Digital Services Act for Children", febrero de 2024, 12.

efectiva para comprender las implicancias que conlleva el tratamiento de datos.[45] De ahí que la protección infantil no puede limitarse a meras advertencias o a formularios de aceptación pasiva al momento de acceder, por caso, a los contenidos provistos por las aplicaciones digitales (i. e., Facebook, Instagram, WhatsApp, Telegram), sino que debe operar a través de estructuras comunicacionales asequibles y mecanismos de reversibilidad que devuelvan al menor el control sobre su identidad digital.[46]

A ello debe sumarse una aproximación normativa mucho más robusta. Siguiendo la teoría de la justicia como equidad de John Rawls, la autonomía –y, por extensión, el consentimiento– no puede constituir una ilusión sostenida por asimetrías informativas o coacciones estructurales. Por el contrario, debe reflejar condiciones de imparcialidad e igualdad deliberativa (esto es, tanto a nivel decisional como interactiva), donde el sujeto pueda aceptar libremente los principios que rigen su participación en el entorno social y, en este caso, digital.[47] Para ser válido constitucionalmente, el consentimiento infantil debe operar, entonces, dentro de un marco institucional que lo proteja de la lógica tecnocrática del mercado en arreglo a los principios de minimización de datos,[48] interés superior, transparencia, proporcionalidad, participación y autonomía progresiva.

Este conjunto de criterios guarda relación con los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo sustrato explicita:

> … los recopiladores y Encargados de Datos [deberán …] hacer un esfuerzo razonable para cerciorarse de que los Datos Personales que manejen correspondan al mínimo requerido para la finalidad expresa. En algunos sistemas

---

[45] En términos del propio Comité, "cuando se solicite el consentimiento para procesar los datos de un niño, los Estados partes deben cerciorarse de que el niño o, según su edad y el grado de evolución de sus facultades, el padre o el cuidador, den su consentimiento informado, libre y previo al procesamiento de esos datos", además de proporcionar informaciones sobre estas cuestiones "en un lenguaje adaptado a los niños y en formatos accesibles". CDN, Observación General No. 25, cit., párrafos 71 y 72; 5Rights Foundation, "A High Level of Privacy, Safety and Security for Minors: A Best Practices Baseline for the Implementation of the Digital Services Act for Children", 12.

[46] 5Rights Foundation, "A High Level of Privacy, Safety and Security for Minors: A Best Practices Baseline for the Implementation of the Digital Services Act for Children", 12.

[47] John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971), 266-273 (autonomía moral) y 118-130 (posición original y consentimiento).

[48] De acuerdo con las Recomendaciones de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (Francia) sobre los derechos digitales de los niños (2021), el principio de minimización implica que todo sistema de verificación de edad y consentimiento parental debe estar diseñado con la finalidad de "limitar la recopilación de datos personales a lo estrictamente necesario", de manera que no se conserven e instrumentalicen para otros fines, particularmente de carácter comercial. 5Rights Foundation, "A High Level of Privacy, Safety and Security for Minors: A Best Practices Baseline for the Implementation of the Digital Services Act for Children", 17.

> jurídicos se usa el concepto de "proporcionalidad" para hacer referencia al equilibrio de valores en pugna. La proporcionalidad requiere que las instancias decisorias determinen si una medida ha ido más allá de lo que se requiere para alcanzar una finalidad legítima y si los beneficios alegados excederán los costos previstos.[49]

Por consiguiente, los Estados tienen el deber de asegurar, por un lado, "que los proveedores de servicios digitales respeten las directrices, normas y códigos pertinentes"[50] –específicamente en lo atinente a los efectos negativos que la mercadotecnia y la publicidad puedan generar sobre los derechos de la niñez–[51] y de aplicar, por otro, "normas de moderación de contenidos lícitas, necesarias y proporcionadas",[52] procurando que "los controles de contenido, los sistemas de filtrado escolar y otras tecnologías orientadas a la seguridad, no se utilicen para restringir el acceso de los niños a la información en el entorno digital, sino únicamente para evitar que el material nocivo llegue a [ellos]".[53]

A este respecto, en el año 2021, el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, Joseph A. Cannataci reveló cómo durante la pandemia del covid-19, diversas plataformas educativas utilizaron a NNA como fuentes de datos masivos sin garantías adecuadas. En este contexto, el consentimiento infantil se mostró incapaz de resistir prácticas subrepticias como el rastreo por terceros o la comercialización de metadatos.[54] La consecuencia no solo ha sido una afectación a la privacidad infantil, sino también a las dimensiones fundamentales del desarrollo psicosocial de este grupo, incluyendo su autoestima, seguridad emocional

---

[49] Organización de los Estados Americanos (OEA), Comité Jurídico Interamericano (CJI), Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales, OEA/Ser.D/XIX.20, diciembre de 2021. https://www.oas.org/ext/DesktopModules/MVC/OASDnnModules/Views/Item/Download.aspx?type=1&id=1185&lang=2. Para una comprensión, *lato sensu*, de la aplicación del principio de proporcionalidad en contextos de injerencia al ejercicio del derecho a la intimidad y, por extensión, a la protección de datos personales, ver Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJE), Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others, Sentencia de 8 de abril de 2014, Asunto C-293/12, párrafos 45-69, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293. En cuanto a la "supresión" y el "almacenamiento" de datos por parte de las "plataformas comunicacionales" que operan dentro del comercio electrónico, ver TJE, Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited, Sentencia de 3 de octubre de 2019, Asunto C-18/18, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621

[50] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 56.

[51] CDN, Observación General No. 16, cit., párrafos 19 y 59.

[52] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 56.

[53] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 56.

[54] Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, Joseph A. Cannataci. Derecho a la privacidad, A/76/220, 23 de julio de 2021, párrafo 9, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/203/69/pdf/n2120369.pdf

y percepción de agencia personal,[55] donde los jóvenes pertenecientes al colectivo LGBTQI se han mostrado particularmente afectados.[56]

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el consentimiento, para ser jurídicamente válido, debe reunir condiciones de libertad, información suficiente, ausencia de coacción e inteligibilidad según la situación del titular del derecho, pudiendo ser revocado en cualquier momento.[57] Esto debido a que los grupos en situación de especial vulnerabilidad (v. gr., personas menores de edad) requieren medidas de protección reforzadas[58] para ejercer, por ejemplo, un consentimiento auténtico, que no solo compensen las asimetrías estructurales, sino que también habiliten el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales de

---

55 "Alrededor del 25 % de los adolescentes de entre 13 y 17 años han comunicado haber recibido imágenes explícitas sin su *consentimiento*. Un 29 % de las chicas y un 20 % de los chicos han comunicado haber recibido imágenes explícitas *no solicitadas*. La recepción y distribución no deseada de imágenes, incluso cuando no son objetivamente dañinas, ofensivas o vergonzosas, puede afectar al desarrollo de la autoestima, la autonomía y las relaciones del niño, así como a su desarrollo psicosocial". Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, cit., párrafo 89.

56 Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, cit., párrafo 9. "Con respecto a los niños, las niñas y adolescentes que son lesbianas, gay, bisexuales, trans o intersex (LGBTI), una revisión de evidencia de la UNESCO (2017) encontró que los NNA LGBTI son particularmente más susceptibles a la intimidación y la violencia que los adolescentes que no pertenecen a este colectivo. En la era de Internet, sigue siendo muy frecuente que estos adolescentes también sean víctimas de situaciones de acoso y ciberviolencia y que se enfrenten a la estigmatización y la discriminación en los espacios virtuales por su orientación sexual". Organización de los Estados Americanos (OEA), Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes, Informe regional, cit., 67.

57 "Bajo el entendido que el consentimiento deriva del concepto de autonomía y libertad, se entiende que puede ser revocado por cualquier motivo, sin que ello entrañe desventaja o perjuicio alguno, incluso sólo de manera verbal, ya que no es definitivo". Corte IDH, Caso I. V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 325, párr. 184, https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974476

58 "La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre". Corte IDH, Caso I. V. vs. Bolivia, cit., párrafo 206. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), señala que debe recibir "medidas especiales de protección". Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298, párrafo 268, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

modo que se garantice "su vida, supervivencia y desarrollo",[59] así como su facultad de autodeterminación informativa en sintonía con la CDN.[60]

Más significativamente, en el Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia (2023), la Corte IDH reconoció por vez primera el derecho a la autodeterminación informativa como categoría autónoma protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), definiendo su contenido esencial como "la facultad de acceder y controlar los datos de carácter personal en poder de todo órgano público y [...] de particulares",[61] pudiendo operar, a través del contenido tutelar de los artículos 11 y 13 de la Convención, "como garantía para el ejercicio de otros derechos como la privacidad, la honra, el acceso a la información [...] y en general, la dignidad de las personas".[62] Adicionalmente, la Corte IDH sostuvo que la protección de datos personales exige que la recolección, almacenamiento, tratamiento y difusión de información personal "se lleve a cabo solamente en virtud del consentimiento libre e informado del titular de los datos o de un marco normativo que lo autorice".[63]

Estos precedentes permiten amplificar, en suma, el *corpus iuris* interamericano en materia de privacidad hacia el concepto de soberanía informacional, esto es, el derecho a controlar el ciclo de vida de los datos personales –desde su recopilación hasta su supresión– en condiciones que no dependan del arbitrio de los adultos ni de cláusulas ininteligibles, sino de marcos normativos deliberativos y evolutivamente adecuados conforme al estándar universal de "adquisición gradual de competencias".[64]

---

[59] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, solicitada por las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Serie A, No. 21, párrafo 103, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

[60] En el mismo sentido, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, No. 17, párrafo 41, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

[61] Corte IDH, Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia, Sentencia de 18 de octubre de 2023, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 506, párrafo 585, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_506_esp.pdf

[62] Corte IDH, Caso Miembros de la Corporación de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia, cit., párrafo 588.

[63] Corte IDH, Caso Miembros de la Corporación de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia, cit., párrafo 573.

[64] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 19. A pesar de estas directivas, Cofone sostiene: "Las mejoras introducidas en las disposiciones relativas al consentimiento encuentran un límite, dado que los patrones oscuros (*dark patterns*) no constituyen sino una manifestación específica de un problema más amplio: el poder de manipulación. […] Sin embargo, el derecho vigente permanece ajeno a la manipulación, en la medida en que se sustenta en el mito de la racionalidad —esto es, la idea de que somos inmunes a ella— y en el mito de la apatía —la creencia de que, si "elegimos" reducir nuestra privacidad, ello implica

4. La debida diligencia empresarial y la dimensión ética en la arquitectura digital contemporánea: experiencias comparadas y el caso boliviano

En el marco de la progresiva digitalización de la vida social y la consolidación de nuevas formas de gobernanza algorítmica, surge la necesidad de adoptar una *ética pública digital* sustentada en estándares internacionales de derechos humanos. Este giro normativo –caracterizado por una ampliación sustantiva de las obligaciones positivas de los Estados y los deberes de debida diligencia empresarial– ha sido recogido en documentos paradigmáticos como la OG-16 del Comité DN, misma que exige, en consonancia con el principio de "*protection by design and by default*" consagrado en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) europeo (art. 25),[65] una transformación estructural en la forma en que se diseñan, implementan y evalúan las tecnologías digitales que afectan a NNA.

En esa misma línea, resulta de singular importancia la iniciativa del Instituto de Investigación de Datos y Sociedad (IIDS) del Uruguay, que en 2018 propuso la incorporación de criterios derivados del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos como parte integrante del ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial (SIA). El documento plantea que la cooperación estructurada entre actores empresariales, organizaciones de derechos civiles y académicos expertos debe institucionalizarse a través de mecanismos de evaluación de impacto en derechos humanos –equivalente funcional de las evaluaciones de impacto de protección de datos previstas por el RGPD (art. 35)[66] y, en el ámbito de la infancia, por la OG-16 arriba descrita–[67] como condición ineludible de legitimidad y responsabilidad democrática.[68]

Esta arquitectura regulatoria encuentra respaldo, asimismo, en la OG-25 del Comité DN, cuyo sustrato subraya el deber de los Estados de garantizar que los

---

necesariamente que estamos conformes con dicha decisión—. La manipulación provoca que incluso disposiciones reforzadas en materia de consentimiento, frecuentemente celebradas como mejores prácticas, tales como el consentimiento expreso (*opt-in*) y el consentimiento informado, resulten ineficaces para protegernos." (Traducción propia). Cofone, *The Privacy Fallacy*…, cap. 4 (*Manipulation by Design*).

[65] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), 27 de abril de 2016, *Diario Oficial de la Unión Europea* L119 (4 de mayo de 2016), artículo 25 (Protección de datos desde el diseño y por defecto), https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

[66] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679, cit., artículo 35 (Evaluación de impacto relativa a la protección de datos).

[67] CDN, Observación General No. 16, cit., párrafos 78-81.

[68] Karen Hao, "La falta de ética de la IA amenaza con destruir la justicia social", *MIT Technology Review* (2018), https://www.technologyreview.es//s/10623/la-falta-de-etica-de-la-ia-amenaza-con-destruir-la-justicia-social

proveedores de servicios digitales no solo apliquen salvaguardias idóneas, sino que lo hagan articulando mecanismos de participación efectiva de la infancia en el diseño mismo de sus entornos digitales.[69] Esta formulación converge con la exigencia contenida en el artículo 25 del RGPD europeo, al establecer que la privacidad y la protección de datos personales deben ser integradas *ex ante* en los procesos tecnológicos como diseño estructurante, y no como reacción formal *ex post*.[70]

Complementariamente, los Principios Empresariales sobre los Derechos del Niño, desarrollados por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Save the Children, articulan una concepción robusta de la diligencia debida, obligando a las corporaciones a prevenir, mitigar y remediar los impactos adversos –reales o potenciales– que sus operaciones generen sobre la infancia.[71] Sin embargo, la región latinoamericana presenta un escenario deficitario en cuanto concierne a validez y eficacia normativa. Tal es el caso de México, donde la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión permite a las autoridades acceder, sin orden judicial previa, a la geolocalización en tiempo real de los usuarios, vulnerando así una serie de principios esenciales relativos a la necesidad, proporcionalidad e idoneidad en lo atinente al tratamiento de datos personales.[72]

En Bolivia, esta problemática adquiere especial relevancia. A pesar del reconocimiento constitucional que ha adquirido el derecho a la privacidad[73] y, en la esfera jurisprudencial, el derecho a la *autodeterminación informativa* –entendido como la "potestad o facultad que tiene toda persona de disponer de la información o de los datos personales concernientes a su personalidad",[74] cuyo ámbito tutelar comprende aquellos datos que son compilados, almacenados y utilizados a través de las plataformas comunicacionales–,[75] subsisten interpretaciones gubernamentales que

---

[69] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 17.

[70] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679, cit., artículo 25 (Protección de datos desde el diseño y por defecto).

[71] Unicef y Save the Children, *Derechos del niño y principios empresariales*, 25 de junio de 2014, https://www.unicef.org/lac/media/6791/file/PDF%20Derechos%20del%20ni%C3%B10%20y%20principios%20empresariales.pdf. En sentido similar, ver Observación General No. 16, cit., párrafos 62-65.

[72] Mucio Israel Hernández Guerrero, "Privacidad y datos personales en internet", *Revista de Derechos Humanos* XIV, n.º 6 (2016): 25.

[73] Art. 21: "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: (…) 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad". Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, https://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/45387

[74] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP), Sentencia Constitucional Plurinacional 0041/2025-S3 de 10 de marzo de 2025, Expediente 69797-2024-140-APP.

[75] "En ese sentido y considerando que la propagación de datos, sean textos, sonidos o imágenes, se amplifica dentro las redes sociales y en caso de mostrarse de forma negativa puede ser irreparablemente perjudicial para el ejercicio del derecho a la honra asociado a otros como los relativos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, y sobre todo al concepto de dignidad humana, resulta lógico pensar en una protección constitucional inmediata, siempre

propugnan la "propietarización" de la información personal por parte del Estado.[76] Esta tesis colisiona no solo con los estándares de derechos humanos arriba expuestos, sino también con el enfoque garantista que trasunta en el RGPD europeo, donde la titularidad de los datos personales es inalienable e indisponible, y su tratamiento debe ajustarse, *inter alia*, a criterios de licitud, lealtad y transparencia (art. 5).[77]

A su vez, diversos informes publicados por organizaciones de la sociedad civil evidencian una ausencia crítica de políticas públicas diferenciadas y adaptadas a las necesidades digitales de la infancia, caracterizadas por una baja transparencia en el uso de algoritmos estatales y prácticas deficientes de protección de datos.[78] Por ejemplo, el documento de análisis "Privacidad y protección de datos. Propuestas pre-electorales 2024-2025", elaborado por la Fundación Internet Bolivia, da cuenta de una sistemática opacidad en el tratamiento de información personal por parte de organismos estatales y actores privados, señalando episodios de acoso digital, ciber-estafas, divulgación no consentida de datos sensibles, y contacto no autorizado por parte de adultos hacia NNA para fines de explotación sexual o trata.[79]

Esta situación devela fallas críticas en la implementación de principios mínimos de seguridad y transparencia, contraviniendo abiertamente lineamientos marco como aquellos regidos por los artículos 24 y 25 del RGPD, así como las exigencias de "diligencia debida" contenidas en la OG-16 del Comité DN, que obligan a los Estados a "detectar, prevenir y mitigar" los impactos adversos derivados de operaciones digitales sobre poblaciones vulnerables.[80]

En el mismo sentido, el informe elaborado por la Fundación FES-Bolivia ha denunciado la implementación del programa "Yo no soy X" del Órgano Electoral Plurinacional (OEP), en el que se habrían recabado datos biométricos de adolescentes entre 16 y 18 años sin el consentimiento informado y verificable de sus representantes

---

y cuando exista una deducción incuestionable respecto a la autoría sobre el hecho vulneratorio". TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional 0552/2024-S4 de 2 de septiembre de 2024, Exp. 57759-2023-116-APP, 13. En el mismo sentido, ver TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional 0021/2021-S2 de 7 de abril de 2021, Exp. 29264-2019-59-APP.

[76] Fundación Internet Bolivia, Derechos Digitales y Access Now, "Derechos Humanos en el entorno digital en Bolivia", Comunicación conjunta presentada en el marco del Examen Periódico Universal, 34º período de sesiones, Estado Plurinacional de Bolivia, marzo de 2019, 8, https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2019/05/Informe-Partes-Interesadas-derechos-digitales-Bolivia.pdf

[77] Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679, cit., artículo 5 (Principios relativos al tratamiento).

[78] Fundación Internet Bolivia, Derechos Digitales y Access Now, "Derechos Humanos en el entorno digital en Bolivia", 13.

[79] Fundación Internet Bolivia.org, "Privacidad y protección de datos. Propuestas pre-electorales 2024-2025", Proyecto: Caminos posibles para los derechos digitales en Bolivia, septiembre de 2024, 3 y 6, https://internetbolivia.org/file/2024/11/fdd_03.pdf

[80] CDN, Observación General No. 16, cit., párrafo 45.

legales.[81] Tal omisión no solo vulnera el derecho a la autodeterminación informativa en su dimensión relacional, sino que erosiona la legitimidad institucional, al desconocer la "capacidad evolutiva" de NNA, principio recogido tanto en la CDN como en la Observación General No. 7 del Comité Africano *ut supra*. La falta de mecanismos adecuados de información previa, y la inexistencia de procedimientos efectivos de auditoría y rendición de cuentas consolidan un entorno de desprotección sistémica en el que la privacidad infantil queda expuesta a un uso instrumental de su identidad digital. Esta acuciante coyuntura pone de relieve la necesidad de adoptar una ley integral de protección de datos personales[82] en línea con las mejores prácticas del derecho comparado[83] y en armonía con los estándares internacionales arriba descritos, que reconozca expresamente la protección reforzada de NNA en entornos digitales conforme al principio de precaución y al "enfoque por defecto" del RGPD, así como los principios de minimización, participación, transparencia y autonomía progresiva.

Cualquier respuesta legislativa eficaz debe evitar la reproducción inercial de marcos normativos que han demostrado limitaciones estructurales. Como advierte Ignacio Cofone, el estándar clásico de consentimiento –como eje legitimador del tratamiento de datos– resulta cada vez más desfasado frente a arquitecturas tecnológicas diseñadas para moldear preferencias y erosionar la agencia individual.[84] Esta

---

[81] Fundación Friedrich Ebert Stiftung (Bolivia), Fundación Internet Bolivia.org y Derechos Digitales, "Situación de la privacidad en Bolivia", Serie FUTURODIGITAL.bo, La Paz: América Latina, febrero de 2020, 26, https://internetbolivia.org/file/2020/05/fd_privacidad_bo_v1.pdf

[82] En mayo de 2019, y como resultado de "talleres abiertos realizados con ciudadanía y diferentes organizaciones de La Paz, El Alto, Cochabamba y Santa Cruz", la Fundación Internet Bolivia.org publicó un anteproyecto de "Ley ciudadana de privacidad y protección de datos personales", cuyo contenido puede revisarse en https://misdatos.internetbolivia.org/docs/anteproyecto_ley_de_proteccion_datos_personales_InternetBolivia.pdf. Tiempo después, en 2023, la Agencia de Gobierno Electrónico y Tecnologías de Información y Comunicación (Agetic), dependiente del Gobierno boliviano, presentó un "Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales", cuyo sustrato puede revisarse, asimismo, en https://www.dataguidance.com/sites/default/files/agetic.pdf. A pesar de los innegables avances que ambos proyectos comportan, las disposiciones relativas a la protección de las personas menores de edad en los ecosistemas digitales son exiguas –cuando no barrocas– y no incorporan los principios ni estándares diferenciados, tanto internacionales como regionales, ampliamente explicitados *supra*.

[83] Ana Torres Menárguez, "La pionera ley australiana que veta a los menores de 16 el acceso a redes sociales", *El País,* 28 de noviembre de 2024, https://elpais.com/sociedad/2024-11-28/claves-la-pionera-ley-australiana-que-veta-a-los-menores-de-16-el-acceso-a-redes-sociales.html; EFE, "Nueva Zelanda plantea prohibir el acceso a las redes a menores de 16 años", *El País*, 6 de mayo de 2025, https://elpais.com/sociedad/2025-05-06/nueva-zelanda-plantea-prohibir-el-acceso-a-las-redes-a-menores-de-16-anos.html

[84] "Los diseñadores configuran de manera sistemática arquitecturas de elección con el fin de inducir a las personas a aceptar condiciones que benefician a las corporaciones. Así, por ejemplo, pueden respaldar una alternativa y destacar las pérdidas asociadas a la otra, o bien minimizar las preocupaciones relativas a la privacidad, predisponiendo a las personas a otorgar su consentimiento. Muchas empresas utilizan botones de distintos tamaños y colores

perspectiva crítica converge con una creciente literatura que cuestiona los modelos de autodeterminación informativa anclados en supuestos de racionalidad individual, alertando sobre las formas de manipulación estructural que subyacen en los entornos digitales y que afectan con particular intensidad a los sujetos en desarrollo (i. e., NNA), cuya capacidad resolutiva aún se encuentra en formación.

5. A modo de colofón: Por una cultura de la dignidad para la niñez y la adolescencia frente a la cultura de exposición en internet

El análisis desarrollado líneas arriba permite colegir que la expansión sin precedentes de la tecnología digital ha desencadenado un profundo proceso de *datificación* de la existencia, en el que las personas menores de edad se constituyen en uno de los colectivos más expuestos a los riesgos relacionados con los contenidos, los contactos, las conductas y los contratos en los entornos digitales.[85] La infancia, en su calidad de sujeto constitucional de especial protección, se encuentra inmersa en un entorno tecnológicamente mediado que transforma radicalmente los términos clásicos de la privacidad, el consentimiento y la autonomía individual, exigiendo una relectura sustantiva del marco normativo vigente bajo las coordenadas de la autodeterminación informacional.

En este contexto, resulta ineludible comprender la privacidad no como una dimensión meramente negativa o reactiva del derecho, sino como un poder positivo fundado en la antedicha soberanía informativa, que articula el desarrollo pleno y seguro de la subjetividad infantil. La inferencialidad algorítmica –esto es, la capacidad de las tecnologías actuales para extraer, deducir y manipular rasgos personales sin interacción directa– ha erosionado las bases tradicionales del consentimiento, transfigurándolo en un acto ritual carente de voluntarismo. Esta mutación identitaria impone una arquitectura de garantías centrada en la anticipación, la prevención de daños y la minimización de datos, principios recogidos por el propio RGPD europeo, así como el *corpus iuris* universal e interamericano de derechos humanos mencionados *supra*.

Desde el prisma constitucional, la protección de la infancia frente al poder tecnopolítico no puede descansar exclusivamente en mecanismos procesales *ex post*. Debe afirmarse, *a contrario*, en un constitucionalismo deliberativo que incorpore la noción de consentimiento reforzado, por defecto (*by default*), y evolutivamente apropiado, como expresión de una (nueva) ética pública en clave digital. Ello exige, por un lado, marcos normativos que estructuren legalmente la rendición de cuentas

---

para aquellas opciones que desean que los usuarios seleccionen. Otras tratan de influir en nuestras decisiones explotando nuestra aversión a las pérdidas" (traducción propia). Cofone, *The Privacy Fallacy*…, 39.

[85] CDN, Observación General No. 25, cit., párrafo 14.

de las corporaciones digitales y, por otro, acciones afirmativas del Estado orientadas a garantizar el acceso libre, seguro e inclusivo a los ecosistemas digitales a partir de una lógica de justicia intergeneracional y procedimental, donde las personas menores de edad puedan adoptar decisiones informadas.

Las diversas evidencias documentadas en el caso boliviano –como la recolección sin consentimiento de datos biométricos a través del programa "Yo no soy X", la exposición de NNA a prácticas de acoso, explotación y comercialización de datos sin salvaguardias adecuadas, o la tendencia estatal a "propietarizar" la información personal– revelan un déficit estructural que no puede subsanarse mediante regulaciones inocuas. Lo anterior torna imperativo la adopción de una ley integral de protección de datos personales que reconozca la titularidad inalienable e indisponible de la información privada, con mecanismos eficaces de fiscalización, participación y evaluación de impacto en derechos humanos, especialmente en lo referido a la infancia.

Simultáneamente, debe empezar a construirse –paulatina y articuladamente– una "cultura de la dignidad", en oposición a la "cultura de exposición" en internet, que materialice las directivas marco desarrolladas por la jurisprudencia constante de la Corte IDH y tribunales regionales. Este giro cualitativo supone repensar el consentimiento, no como un mero "clic" que valida el acceso a contenidos, sino como una *praxis* cognitiva e institucionalmente mediada, capaz de reflejar una comprensión real y una voluntad auténtica por parte de NNA. A ello contribuyen propuestas como la "responsabilidad significativa" (*meaningful accountability*) de Cofone, que aboga por un nuevo tipo de responsabilidad jurídica –basado en el daño intrínseco a la privacidad– que supere la ficción del consentimiento autogestionado, reconociendo la privacidad como un "bien social colectivo" y no como una mera transacción individual.[86]

En definitiva, la defensa de la infancia frente a los riesgos inherentes a la gobernanza algorítmica exige una renovación profunda de las categorías jurídicas, técnicas y éticas que rigen la digitalidad. Una nueva arquitectura de la elección debe asentarse sobre bases normativas robustas, deliberativas y evolutivamente adecuadas, en las que el derecho a la privacidad se configure como la piedra de toque de la ciudadanía digital infantil. Solo de esta manera será posible contrarrestar las dinámicas de vigilancia, manipulación y explotación que hoy amenazan, cual ciberpanóptivo orwelliano, a los sujetos más vulnerables en una sociedad cada vez más automatizada.

Bibliografía

Doctrina

5Rights Foundation. "A high level of privacy, safety & security for minors: A best practices baseline for the implementation of the Digital Services Act

[86] Cofone, *The Privacy Fallacy*…, 6; 65-66; 163-164; 138-139.

for Children", febrero de 2024. https://5rightsfoundation.com/wp-content/uploads/2024/08/5rights-foundation-a-high-level-of-privacy-safety-and-security-for-minors-dsa-baseline-2024-final-1.pdf

Álvarez Medina, Silvina. "Derechos humanos emergentes: fundamentación, contenido y sujetos desde una perspectiva de género". En *Repensar los derechos humanos*, editado por Ángeles Ródenas. Lima: Palestra Editores, 2018.

Burgorgue-Larsen, Laurence. "Decompartmentalization: The key technique for interpreting regional human rights treaties". *International Journal of Constitutional Law* 16, n.° 1 (2018): 187-213. https://doi.org/10.1093/icon/moy010

Cofone, Ignacio. *The Privacy Fallacy: Harm and Power in the Information Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2024.

Djeffal, Christian. "Children's Rights by Design and Internet Governance: Revisiting General Comment No. 25 (2021) on Children's Rights in Relation to the Digital Environment". *Laws* 11, n.° 4 (2022). https://doi.org/10.3390/laws11040084

Eneyew Ayalew, Yohannes, Valerie Verdoodt y Eva Lievens. "General Comment No. 25 on Children's Rights in Relation to the Digital Environment: Implications for Children's Right to Privacy and Data Protection in Africa". *Human Rights Law Review* 24, n.° 3 (2024). https://doi.org/10.1093/hrlr/ngae018

Fosch-Villaronga, Eduard *et al. The Chilling Effects of Algorithmic Profiling and Automated Decision-Making*. eLaw Working Paper Series. Leiden: Universiteit Leiden, 2020. https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-metajuridica/elaw-working-paper-series/wps2020.001.fosch.the-chilling-effects-of-algorithmic.pdf

Fundación Internet Bolivia.org. "Privacidad y protección de datos. Propuestas pre-electorales 2024-2025". Proyecto: Caminos posibles para los derechos digitales en Bolivia, septiembre de 2024.

García Pachón, María del Pilar, ed. *Información, participación y justicia ambiental: herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible en la democracia ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

Hao, Karen. "La falta de ética de la IA amenaza con destruir la justicia social". *MIT Technology Review*, 2018. https://www.technologyreview.es//s/10623/la-falta-de-etica-de-la-ia-amenaza-con-destruir-la-justicia-social

Hernández Guerrero, Mucio Israel. "Privacidad y datos personales en internet". *Revista de Derechos Humanos* XIV, n.º 6 (2016).

Lassalle, José María. *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*. Barcelona: Arpa Editores, 2019.

Lassalle, José María. *Civilización artificial*. Barcelona: Arpa Editores, 2024.

Mai, Jens-Erik. "Situating personal information: Privacy in the algorithmic age". En *Human Rights in the Age of Platforms*, editado por Rikke Frank Jørgensen, 79-98. Cambridge, MA: MIT Press, 2019.

Niño González, José Ignacio, Mario Barquero Cabrero y Enrique García García. "Opinión pública e infoxicación en las redes: los fundamentos de la

post-verdad". *Vivat Academia* 139 (2017): 83-94. https://www.redalyc.org/journal/5257/525754431007/html/

Nissenbaum, Helen. "Privacy as contextual integrity". *Washington Law Review* 79 (2004): 119-158. https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol79/iss1/10

Organización de los Estados Americanos (OEA), Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes. Informe regional: "Lineamientos para el empoderamiento y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Internet en Centroamérica y República Dominicana". OEA/Ser.D/XXVI.18, enero de 2018. https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf

Rawls, John. *Teoría de la justicia*, 2.ª ed. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Rivoir, Ana y Susana Lamschtein. "Plan Ceibal, un caso de usos de las tecnologías de información y de las comunicaciones en la educación para la inclusión social". En *Las tecnologías digitales frente a los desafíos de una educación inclusiva en América Latina: Algunos casos de buenas prácticas*, editado por Guillermo Sunkel y Daniela Trucco, 155-180. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2012. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/7be78858-1bdf-4c59-b7d2-78532198900b/content

Spector, Ezequiel. *La libertad entendida como cooperación social. Una teoría de la democracia liberal.* Barcelona: Marcial Pons, 2025.

Véliz, Carissa. *Privacidad es poder: datos, vigilancia y libertad en la era digital*. Barcelona: Debate, 2020.

Zuboff, Shoshanna. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019.

Normativa y jurisprudencia

African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child. General Comment No. 7 on Article 27 of the ACRWC: "Sexual Exploitation", 21 de julio de 2022. https://reporting.acerwc.africa/sites/default/files/2022-09/General-Comment-on-Article-27-of-the-ACRWC_English_0.pdf

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 16 de 17 de abril de 2013 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Naciones Unidas, CRC/C/GC/16. https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-16-obligaciones-estado-relacion-con-impacto-sector-empresarial-derechos-nino-2013-.pdf

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 25 de 2 de marzo de 2021. Los derechos de los niños en relación a los entornos digitales. Naciones Unidas, CRC/C/GC/25. https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5FovEG%

2BcAAx34gC78FwvnmZXGFO6kxoVqQk6dNAzTPSRNxomyCaUSrDC%2Fod3UDPTV4yo5%2B9GMEoqMZvh9UPKTXcO12

Consejo de Europa. "La dimensión digital de la violencia contra la mujer abordada por los siete mecanismos de la Plataforma EDVAW". Documento temático de la Plataforma de Mecanismos de Expertos Independientes sobre la Discriminación y la Violencia contra la Mujer, EDVAW, noviembre de 2022. https://rm.coe.int/la-dimension-digital-de-la-violencia-contra-la-mujer-abordada-por-los-/1680a933ad

Constitutional Court of South Africa. Centre for Child Law and Others v Media 24 Limited and Others. Sentencia de 4 de diciembre de 2019. ZACC 46. https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2019/46.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 238. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 257. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 298. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Corte IDH. Caso I. V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 329. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 506. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_506_esp.pdf

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Serie A, No. 17. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Serie A, No. 21. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Estado Plurinacional de Bolivia. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Promulgada el 7 de febrero de 2009. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, 003. https://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/45387

European Commission. *Incels: A First Scan of the Phenomenon (in the EU) and its Relevance and Challenges for P/CVE*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2021-10/ran_incels_first_scan_of_phenomen_and_relevance_challenges_for_p-cve_202110_en.pdf

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. United Nations Treaty Series, vol. 1577. https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1989/es/18815

ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue. A/HRC/23/40, 17 de abril de 2013.

ONU, Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, Joseph A. Cannataci. Derecho a la privacidad. A/76/220, 23 de julio de 2021. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/203/69/pdf/n2120369.pdf

Organización de los Estados Americanos (OEA), Comité Jurídico Interamericano (CJI). Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales. Principio tres (Necesidad y proporcionalidad). OEA/Ser.D/XIX.20, diciembre de 2021. https://www.oas.org/ext/DesktopModules/MVC/OASDnnModules/Views/Item/Download.aspx?type=1&id=1185&lang=2

OEA, Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). *La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta*. OEA/Ser.D/XXV.25. https://www.oas.org/es/cim/docs/ViolenciaGeneroLineaGUIA-ES.pdf

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea* L119, 4 de mayo de 2016. https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0021/2021-S2 de 7 de abril de 2021. Expediente 29264-2019-59-APP.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0552/2024-S4 de 2 de septiembre de 2024. Expediente 57759-2023-116-APP.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0041/2025-S3 de 10 de marzo de 2025. Expediente 69797-2024-140-APP.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Digital Rights Ireland Ltd *v.* Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others. Sentencia de 8 de abril de 2014. Asunto C-293/12. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0293

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited. Sentencia de 3 de octubre de 2019. Asunto C-18/18. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621

Unicef y Save the Children. *Derechos del niño y principios empresariales,* 25 de junio de 2014. https://www.unicef.org/lac/media/6791/file/PDF%20Derechos%20del%20ni%C3%B10%20y%20principios%20empresariales.pdf

United Nations General Assembly. Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age. A/RES/73/179. December 17, 2018. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/179

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXXI, BOGOTÁ, 2025-2026, PP. 523-544, ISSN 2346-0849

Walter Cristopher Flores Velásquez* **(Chile)**

Tensiones y desafíos en la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres y de los pueblos indígenas. El caso de la Ley Pascua desde la óptica del Tribunal Constitucional de Chile

RESUMEN

El artículo analiza los criterios jurisprudenciales aplicados por el Tribunal Constitucional de Chile respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, como ejemplificación de las tensiones y los desafíos que aún existen en la legislación constitucional respecto a las protecciones efectivas de los derechos humanos, sobre todo a la protección de las mujeres, independientemente de los contextos culturales o territoriales que fueron discutidos debido al área de injerencia de la Ley Pascua, correspondiente al territorio de la isla Rapa Nui. Se aborda el análisis del Tribunal Constitucional al resolver el requerimiento apegándose a criterios de legalidad por sobre el control de convencionalidad y de tratados internacionales que le corresponde observar como garantes no solo de la Constitución, sino de derechos fundamentales, lo cual muestra la labor del Tribunal Constitucional como un horizonte difuso.

Palabras clave: derechos fundamentales; diferencias arbitrales; derechos de la mujer; derechos de los pueblos originarios.

* Abogado, Universidad de Tarapacá; candidato a magíster en Justicia Constitucional, Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Chile; candidato a magíster en Historia, Universidad de Tarapacá. Experto en pueblos indígenas, derechos humanos y cooperación internacional, Universidad Carlos III de Madrid. hikaru.no.yume@gmail.com / https://orcid.org/0009-0006-1488-462X

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Tensions and Challenges in the Effective Protection of the Human Rights of Women and Indigenous Peoples. The Case of the Ley Pascua or Easter Island Law, from the Perspective of the Constitutional Tribunal of Chile

ABSTRACT

This article analyzes the jurisprudential criteria applied by the Constitutional Tribunal of Chile regarding the request for inapplicability due to the unconstitutionality of Articles 13 and 14 of the Easter Island Law. This, as an example of the persisting tensions and challenges in constitutional legislation with respect to the effective protection of human rights, especially the protection of women, regardless of the cultural or territorial contexts that were discussed due to the Law's area of influence, which corresponds to the territory of Rapa Nui Island. It addresses the Constitutional Court's analysis when resolving the request, adhering to criteria of legality over the conventionality control and the international treaties it is required to observe as guarantor of both the Constitution and of fundamental rights, demonstrating that the work of the Constitutional Court is still ambiguous.

Key words: Fundamental rights; arbitral disputes; women's rights; rights of indigenous peoples.

Spannungen und Herausforderungen beim effektiven Schutz der Menschenrechte von Frauen und indigenen Völkern. Der Fall des Osterinselgesetzes (Ley Pascua) aus der Perspektive des chilenischen Verfassungsgerichts

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel analysiert die vom chilenischen Verfassungsgericht bei der Behandlung des Antrags, die Artikel 13 und 14 des Osterinselgesetzes aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden, zugrunde gelegten Rechtsprechungskriterien als Beispiel für die Spannungen und Herausforderungen, die in der Verfassungsgesetzgebung hinsichtlich des wirksamen Schutzes der Menschenrechte, insbesondere der Rechte von Frauen, weiterhin bestehen, unabhängig von den kulturellen oder territorialen Kontexten, die aufgrund des Geltungsbereichs des Osterinelgesetzes, das für das Gebiet der Insel Rapa Nui gilt, diskutiert wurden. Dabei wird auf die Analyse des Verfassungsgerichts eingegangen, das bei der Entscheidung über den Antrag den Gesetzmäßigkeitskriterien Vorrang vor der Überprüfung der Vertragskonformität und der internationalen Verträge einräumt, die es als Garant nicht nur der Verfassung, sondern auch der Grundrechte zu berücksichtigen hat, was die Arbeit des Verfassungsgerichts in einem diffusen Licht erscheinen lässt.

Schlüsselwörter: Grundrechte; Unterschiede in Schiedsverfahren; Frauenrechte; Rechte von indigenen Völkern

Introducción

El presente trabajo examina el fallo 8792-2020,[1] dictado el 21 de enero de 2021 por el Tribunal Constitucional de Chile, respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 (Ley Pascua), interpuesto por el Juzgado Mixto de Rapa Nui, en el marco de un proceso penal por el delito de violación perpetrado por un habitante lugareño de la isla de Pascua en contra de una mujer turista. Las disposiciones por las cuales se pide aplicar el requerimiento de inaplicabilidad son totalmente arbitrarias y vulneran la protección igualitaria que deben tener las mujeres frente a delitos sexuales, independientemente de la pertenencia a un pueblo originario. Los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 establecen la disminución de la pena por los delitos contemplados en los títulos VII y IX del libro segundo del Código Penal que hayan sido cometidos por personas naturales de la isla de Pascua y perpetrados en dicho territorio. La parte requirente argumentó que dichos artículos infringirían preceptos constitucionales y disposiciones de tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile, sobre el amparo e igual protección de las mujeres ante la ley; específicamente, normas de la Convención Belém do Pará y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Aquí se analizan los estándares internacionales que incorpora la sentencia del Tribunal Constitucional, identificando los derechos vulnerados. Además, se examina qué criterio prima en las conclusiones de la sentencia que emite el Tribunal respecto a si imperó el control de constitucionalidad o el control de convencionalidad, así como la posición o el estándar que desarrolla dicho Tribunal. Para ello, se pondrá especial atención a las argumentaciones de fondo que apoyan el fallo del Tribunal, observando si en dicha sentencia prevalecieron las normas constitucionales chilenas o hubo una observancia de las normas de derecho internacional, dada la dimensión especial que tiene la sentencia, pues en ella entran en conflicto temáticas como la costumbre indígena y los derechos de las mujeres, las cuales que siguen siendo objeto de crítica dentro del sistema constitucional chileno por las fallas estructurales que presenta la normativa interna para una protección efectiva de los derechos fundamentales.

1. Consideraciones preliminares y afectación de derechos humanos en el caso

El conflicto parte de la violación de una mujer turista en la isla Rapa Nui (comúnmente llamada isla de Pascua en Chile). Al momento de hacer aplicables las penas correspondientes al isleño rapanui responsable del delito de violación, le favorecía

[1] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, 29 de enero de 2021, https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia3.php?id=8792

la aplicación de la Ley 16.441 (Ley Pascua), con lo cual su condena se vería reducida en condiciones más beneficiosas. En el caso particular, las normativas de la Ley Pascua que beneficiaban al isleño imputado eran las siguientes:

> Artículo 13°. En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito del que sean responsables.
>
> Artículo 14°. En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

El Juzgado Mixto de Rapa Nui consideró que existía una afectación del principio de igualdad en el caso, transgrediéndose diversas normativas internacionales, y que los beneficios de la Ley Pascua en favor de los isleños constituían diferenciaciones arbitrarias en relación con otras personas que fuesen condenadas por los mismos delitos, dejando en indefensión a mujeres isleñas y no isleñas. Ello motivó que se interpusiera un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, n.° 6, de la Constitución Política.

Dichas normativas también han sido objetadas por su falta de finalidad, al no existir una real justificación de fondo para su existencia. La Ley Pascua se creó como un medio de reparación y reconocimiento del Estado de Chile al territorio insular polinésico de Rapa Nui, aunque en ningún caso debería observar prerrogativas especiales que afecten derechos esenciales, como los que se exponen en el desarrollo de la sentencia, y que van contra la dignidad e integridad de las mujeres. Como menciona la parte requirente, con el paso de los años, la llegada de servicios de educación y el mayor avance económico, social y cultural de los habitantes de la isla dan cuenta de que muchas de las normas de la Ley Pascua estarían en desuso, por lo que son necesarias normativas que protejan a la comunidad en su conjunto, en línea con tratados internacionales. En lo particular, el magistrado requirente menciona si la rebaja punitiva en la consumación de un delito de violación estaría fundamentada en relación con el bien jurídico protegido de libertad o indemnidad sexual, teniendo en cuenta que la Ley Pascua fue dictada hace más de 50 años.

Por otra parte, las consideraciones de la parte querellante mencionan que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua infringirían los principios de supremacía constitucional, de igualdad y de no discriminación, atendiendo a los instrumentos internacionales ratificados por Chile, especialmente, la Convención de Belém do Pará, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw),

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, hace referencia a que no existiría colisión entre la garantía de igualdad de las mujeres ante la ley y los derechos de pueblos originarios que le corresponden al pueblo Rapa Nui, en virtud de lo consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ello, debido a que el Consejo de Ancianos de Rapa Nui, en un primer momento, habría sostenido una afectación de los derechos del imputado isleño, por cuanto el delito de violación perpetrado, en cierta forma, era tolerado dentro de la cultura local pascuense.

De otro lado, el Ministerio Público se suma a las posiciones anteriores, señalando que existe una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, por cuanto no hay ninguna justificación o criterio para establecer tratamiento diferenciado o más favorable para los habitantes de Rapa Nui que cometan delitos sexuales, mucho menos en razón de su etnia o por habitar un territorio determinado. Alega, además, que existe infracción al principio de supremacía constitucional, por cuanto las normas de derecho internacional de los derechos humanos consagradas en la Convención de Belém do Pará y la Cedaw han sido incorporadas al sistema nacional a través de las ratificaciones respectivas.

Los *amicus curiae* que intervinieron –la Corporación Colectiva Justicia, Derechos Humanos y la Organización Comunitaria Funcional Rapa Nui Maroa– refieren la compleja situación de violencia que sufren las mujeres en la isla de Pascua. Además, mencionan el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad, recalcando las normas de la Cedaw y la Convención de Belém do Pará. En cuanto a las vulneraciones constitucionales, indican la afectación del derecho a la integridad física y psíquica de la víctima consagrados en el artículo 19, n.° 1, y el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19, n.° 2, de la Constitución Política.

Consensuando las posiciones anteriores con lo que desarrollará el Tribunal Constitucional en su sentencia, los derechos que se estarían vulnerando son:

1. Derecho a la dignidad de las personas, establecido en el artículo 1 de la Constitución Política: en el caso se presenta una vulneración a una mujer turista en la isla de Rapa Nui, por parte de una persona oriunda de la isla. La violación constituye un atentado a la dignidad humana.
2. Derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, establecido en el artículo 19, n.° 2, de la Constitución Política: se ha creado un privilegio en materia penal sin justificación ni razonabilidad, indistintamente de si hablamos de una dimensión penal, indígena o de género.
3. Derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, establecido en el artículo 19, n.° 3, de la Constitución Política: en el caso, existiría una diferenciación del tratamiento penal en desmedro de las mujeres cuando han sido víctimas del delito de violación.

Desde los estándares internacionales de derechos humanos, las vulneraciones de derechos serían:

1. Derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5 de la CADH: en el caso, la mujer turista ha sido víctima de una agresión sexual, un delito que atenta gravemente contra su integridad física y psicológica. En el mismo sentido, el artículo 4, literales b y c, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).
2. Derecho a la intimidad y a la vida privada, establecido en el artículo 11 de la CADH, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: existe una vulneración por la agresión sexual y la afectación de la honra de la mujer. En esta misma línea, el artículo 4, literal E de la Convención de Belém do Pará.
3. Derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 24 de la CADH: de manera similar a los artículos 19, n.° 2 y 3, de la Constitución Política, se señala una afectación discriminatoria hacia la mujer, en cuanto a la protección que debiera tener por parte del sistema jurídico nacional en materia penal, independientemente del territorio y condición de la persona. La propia CADH señala en forma taxativa que "todas las personas son iguales ante la ley". En el mismo sentido, el artículo 4, literal f, de la Convención de Belém do Pará.
4. Derecho a la igualdad y no discriminación contra la mujer en todas sus formas, establecido en el artículo 2, literales A, B, C, D, E, f y G de la Cedaw. En concordancia con las normativas constitucionales chilenas establecidas en el artículo 19, n.° 2 y 3, y el artículo 24 de la Convención de Belém do Pará, la Cedaw establece claramente las afectaciones a las que habría estado enfrentada la mujer en el caso analizado, al verse vulnerada la protección jurídica de sus derechos, con base en una igualdad con los de los hombres, violando el principio de igualdad ante la ley y la necesidad de derogación de disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer. De este modo, es dable destacar el considerando sexto, párrafo segundo, de la sentencia, donde se advierte que, a pesar de la complejidad de la disputa presentada, al enfrentarse normas internacionales de protección de los pueblos originarios, lo que evidentemente se desarrolla en el fondo es una disruptiva entre la dimensión de género y de etnia. Para el caso en concreto, se estima que las normas de protección internacional hacia la mujer son de marcado carácter universal.[2]

[2] El considerando 6 señala: "Respecto de la infracción al principio de supremacía constitucional, indica que el respeto a los derechos humanos es un límite a la soberanía que la propia Constitución se ha dado y, por tanto, el incumplimiento de los tratados internacionales en

2. Análisis de la sentencia y observancia de los considerandos del Tribunal Constitucional

El artículo 92 de la Constitución Política de Chile establece que el Tribunal Constitucional estará compuesto por 10 miembros y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93, n.° 6, del texto constitucional, entre sus deberes se señala resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Si bien el pleno del Tribunal Constitucional acogió por mayoría la presentación de requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso en comento, es dable señalar que la votación no estuvo libre de discrepancias. Junto con el voto en contra del entonces magistrado Juan José Romero Guzmán, es interesante tener presente la diversidad de criterios presentes en los votos preventivos, formulados por parte de los exmagistrados Iván Aróstica Maldonado, Cristian Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez, Nelson Pozo Silva y Rodrigo Pica Flores, que dan cuenta de las particularidades observadas en el caso. En resumen, la votación contó con 1 voto en contra y 6 votos con prevenciones.

En su sentencia,[3] el Tribunal Constitucional ha observado un apego al control de constitucionalidad, aunque con matices al bloque de constitucionalidad y al control de convencionalidad, lo cual aleja al sistema constitucional chileno de los estándares internacionales.

El control de constitucionalidad se refiere a la supremacía del texto constitucional, expresado en el artículo 93 de la Constitución, el cual se ejerce mediante los mecanismos de requerimiento de inaplicabilidad y por la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. Respecto al requerimiento de inaplicabilidad, como se aborda en el caso analizado, se trata de un control abstracto de constitucionalidad que tendrá solo efectos para el caso particular, procediendo cuando un precepto legal aplicado genera efectos contrarios a la Constitución. El control de constitucionalidad es un mecanismo que expresa la idea de pesos y contrapesos existente en toda

---

materia de derechos humanos, que se han internalizado por la vía de la suscripción, ratificación e incluso entrada en vigencia de tratados internacionales como ley de la República, importan una infracción a la supremacía constitucional". En este orden de ideas, plantea la dificultad interpretativa que puede darse en el marco de derechos convencionales contrapuestos, los que, por una parte, protegerían una dimensión de género respecto de la dimensión propiamente étnica. Advierte entonces que el problema es complejo, desde que existe una vertiente internacional de normas que protegen el componente de un pueblo originario, así como el principio *pro reo*. Sin embargo, en el caso concreto, estima que las normas de protección de la mujer son más recientes y, además, tienen un fin mucho más universal.

[3] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 6.

democracia constitucional, velando por las libertades y los derechos fundamentales de los individuos que la componen.[4]

En cuanto al bloque de constitucionalidad, hace referencia a los atributos y las garantías de derechos esenciales o fundamentales, los cuales están asegurados por la Constitución y por las normas de reenvío expreso, directamente establecidas por ella y que remiten al derecho internacional convencional.[5] Su base última e indisoluble está constituida por la dignidad humana. En virtud de ello, se le reconoce su fuerza normativa superior, siendo un límite insoslayable para el ejercicio de la soberanía, de las competencias y atribuciones de los órganos del poder estatal, tal como lo expresa la Constitución en su artículo 5°, inciso 2°.

Respecto al control de convencionalidad, debemos señalar someramente que constituye la obligación de los Estados de materializar la garantía y protección de los derechos humanos en el orden interno, labor que debe ser desarrollada principalmente por los jueces, pero extensiva a todos los agentes del Estado, observando la compatibilidad de la normativa interna con las disposiciones de tratados internacionales que versan sobre derechos humanos. Para nuestro Tribunal Constitucional, este control tendría cabida, de conformidad con lo establecido en el artículo 5°, inciso 2, y en el artículo 54, inciso 5, de la Constitución Política, en cuanto los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes son normas jurídicas que cuentan con protección constitucional y que, en tales circunstancias, "una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución".[6]

Resulta interesante observar que, para resolver la cuestión de convencionalidad previa, el Tribunal haya recurrido primero al derecho nacional para construir las argumentaciones que permitieran resolver la contradicción que habría entre las convenciones internacionales respecto a materias indígenas y a la protección de la mujer. En lo particular, el considerando noveno de la sentencia menciona "que existiría una colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por una parte en relación a la Cedaw y la Convención de Belém do Pará por la otra".[7] Este considerando parte de la premisa de que son las propias partes requirentes quienes sostienen que las argumentaciones del caso deben situarse en la disputa entre la dimensión normativa de las

---

[4] Cristián Letelier, "El rol del control de constitucionalidad en la democracia constitucional" (ponencia, Corte Constitucional de Turquía, abril de 2017).

[5] Humberto Nogueira Alcalá, "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales* 13, n.° 2 (2015): 301-350, https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011

[6] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 804-2007, 28 de diciembre de 2007, considerando 5.

[7] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 9.

convenciones mencionadas y sus efectos derogatorios respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441. En el párrafo final del considerando décimo, vuelve sobre esta situación, al afirmar que "aparecerían contenidos contrapuestos entre convenciones que privilegiarían la mantención de determinadas costumbres indígenas versus la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual o viceversa".[8]

2.1. Tratamiento de la costumbre indígena y los derechos fundamentales en la sentencia

Consideramos la premisa del control de constitucionalidad, al examinar el tratamiento de la costumbre indígena en nuestra legislación, el cual fue uno de los aspectos revisados en los conflictos interpretativos que contendrían los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, desde el tratamiento de ella en el Derecho Indiano hasta la gestación del Código Civil, donde se pone de manifiesto el imperio de la ley, quedando la costumbre subordinada a una mera remisión legal. Al desarrollar doctrinariamente el tema, el Tribunal examina investigaciones nacionales sobre lo que significa la costumbre indígena y su observancia en la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Esta normativa zanja el tema en su artículo 54, al señalar que la costumbre se hace valer en juicios entre indígenas de una misma etnia y constituye derecho siempre que no sea incompatible con la Constitución Política, por lo que el asunto es resuelto, en primer lugar, desde la esfera del derecho interno. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a la normativa internacional, señalando lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, donde se menciona el requisito de la compatibilidad, en la dimensión penal, de la costumbre indígena con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos internacionalmente (art. 9.1), pero considerando siempre en primer término la legislación nacional. Podríamos sostener que, en este punto, el Tribunal Constitucional hace una aplicación restringida del control de convencionalidad. Cabe recordar que el Tribunal está obligado a ejercer *ex oficio* un control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, teniendo en cuenta no solo normas de la Convención de Belém do Pará, sino de otros instrumentos internacionales.[9] En ese sentido, el Tribunal realizaría una ponderación de las normas internacionales del Convenio 169 y de la Cedaw para examinar el encuadre normativo de lo que se consideraría costumbre indígena, pero entendiendo que para el caso en comento los tratados internacionales de derechos humanos se deben interpretar

[8] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 10.

[9] Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 253, párr. 330.

conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, aludiendo al principio de *pacta sunt servanda*.

Recogiendo los informes de la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena y de los *amicus curiae* del Consejo de Ancianos de Rapa Nui, el Tribunal considera que no habría ninguna conducta respecto a los delitos sexuales tipificados en los títulos VII y IX del Código Penal que fueran calificadas como costumbres indígenas, siendo reprochable su quebrantamiento. Para el Tribunal, queda en evidencia que, desde la propia historia de la Ley 16.441, no era el objetivo del legislador plasmar una eximente o justificación penal con base en la costumbre indígena, sino que hace parte de un marco penal diferenciado, tal como se expresa en el considerando trigésimo primero. Como allí se menciona, "el legislador confirmó el delito, lo moduló punitivamente, pero se determina bajo la conciencia de ilicitud".[10]

2.2. Marco penal y constitucionalidad

El Tribunal examina el marco penal del delito y revisa las características de las rebajas de las penas en el *ius puniendi* estatal, señalando que dichas rebajas están asociadas a finalidades constitucionalmente legítimas, relativas a la valoración de los delitos perpetrados, por lo que se examina es el acto perpetrado, conforme a lo señalado por la Constitución.

Entonces, se sostiene que el artículo 13 de la Ley 16.441 transforma un beneficio en un privilegio. Al respecto, el Tribunal desarrolla la idea en su considerando 32 e identifica claramente lo que mandata el artículo en comento:

> Crea un beneficio legal concebido como una especie de fuero personal para los pascuenses, en cuanto sujetos activos de delitos sexuales, que opera reduciendo en un grado el marco penal. En consecuencia, se trata de un elemento que ajeno a las consideraciones de la teoría del delito se desenvuelve en el ámbito de la punibilidad impidiendo al juez desarrollar alguna valoración sobre las conductas, los sujetos activos o determinadas tradiciones o que requiera algún régimen de prueba, sea para confirmarlo como para desvirtuarlo, sino que se impone como un hecho dado a aplicar.[11]

De la lectura de dicho considerando se establece que, según el Tribunal, dicho artículo es un mandato taxativo para el juez, en la medida en que el legislador, en el momento de dictar la Ley 16.441, creó dicha norma para reducir la punibilidad de delitos sexuales, impidiendo la valoración de la conducta. Erróneamente, se podría concluir que el supuesto beneficio del artículo 13 de la mencionada ley se traduce en una observancia hacia la costumbre indígena en el ámbito judicial, ya que esta debe

[10] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 31.

[11] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 32.

hacerse valer en juicio entre indígenas que pertenezcan a una misma etnia y que no vulneren o sea incompatible con la Constitución, de acuerdo con lo que señala el artículo 54 de la Ley 19.253, la cual establece el marco de regulación y protección indígena en Chile.[12] Por tanto, en opinión del Tribunal Constitucional, la aplicabilidad de dicha normativa aparecería sin un fundamento racional y se observa como un beneficio excepcional que en sí mismo no tiene una finalidad ni justificación racional. Tampoco estaríamos ante una búsqueda de reducción del daño delictual o una finalidad constitucional legítima para ello. Como expresa la sentencia en su considerando 38:

> … la razón por la cual se rebajan penas está asociada a finalidades constitucionalmente legítimas relativas a la valoración de los delitos mismos y sus consecuencias. En ningún caso, hay un examen de la condición personal del partícipe del delito mismo relativo a sus particulares condiciones, salvo los casos de inimputabilidad.[13]

Luego, se observa el apego al control de constitucionalidad en el considerando 39, donde el Tribunal hace expresa alusión a las normas constitucionales que son quebrantadas por el privilegio que sostiene el artículo 13 de la Ley Pascua, específicamente con los derechos de igualdad ante la ley y la dignidad de las personas.[14] Toma especial relevancia la gravedad del delito de violación que para el Tribunal Constitucional se traduce no solo en una vulneración de la indemnidad sexual de las personas, sino en un atentado contra la autodeterminación sexual, vulnerando expresamente el artículo 1 del texto constitucional. En el considerando 40, el Tribunal sostiene la particularidad de la igualdad en relación con el delito de violación. Este último sigue siendo tal, independientemente de las circunstancias o la identidad de la víctima. Entonces, el Tribunal reflexiona sobre si hay justificación para un cambio en el tratamiento penal en razón de que el delito se perpetró en la isla de Pascua, observando la alta incidencia de casos de violencia intrafamiliar cometidos en dicho territorio, lo que afecta evidentemente a las mujeres. Por violencia contra la mujer se entiende

> ... todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.[15]

---

[12] Ley 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, promulgada el 28 de septiembre de 1993.

[13] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 38.

[14] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 39.

[15] Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución A/48/104 de 20 de diciembre de 1993, artículo 1.

El Tribunal Constitucional toma nota de ello al reflexionar en el considerando 40 sobre si el lugar donde se comete el delito de violación condicionaría que fuese distinto en su esencia a otro perpetrado en distinto lugar, aun si fuese entre indígenas:

> Pero todo es distinto si el hecho se comete en isla de Pascua por un pascuense.
>
> El mismo tipo delictivo, el mismo sujeto activo, la misma víctima exigen un tratamiento único en todo tiempo y lugar, salvo cuando se justifique la diferencia.
>
> Sin embargo, un elemento no integrante ni constitutivo del delito se interpone para transfigurar la realidad transformándola parcialmente. Las violaciones son todas iguales a otras, pero son distintas al mismo tiempo siempre que eso ocurra a 3.770 kilómetros de Santiago. ¿Es eso justificación suficiente?[16]

La reflexión apunta a leer la violación como un delito que afecta mayoritariamente a mujeres, donde muchas veces los propios sistemas normativos pueden propiciar conductas que agraven o invisibilicen la vulnerabilidad del género, impidiendo generar un impacto relevante en el goce efectivo de las mujeres a una vida libre de violencia.[17]

El Tribunal observa la normativa internacional que establece la Cedaw en su artículo 2, literal G, la cual contiene mandato expreso en cuanto a derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. Así mismo, se observa la Convención de Belém do Pará, de la cual Chile también es parte, que en su artículo 7, literal B, obliga a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. El Tribunal hace una importante relación expandiendo el control de constitucionalidad hacia el bloque de constitucionalidad al traer presentes los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana en cuanto a las garantías judiciales para iniciar, investigar, contar con los recursos judiciales apropiados y sancionar toda violencia contra la mujer. Por ello, el Tribunal menciona en su considerando 39 que la sanción penal por delitos sexuales contra la mujer es una herramienta para la erradicación de la violencia, tanto desde la conducta delictiva como del reproche penal. Así, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que expresa el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución es un cumplimiento del deber estatal.[18]

En cuanto a la vulneración del derecho de la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional es claro en expresar que el problema no se gesta en el tratamiento

---

[16] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 40.

[17] David Richards y Jillienne Haglund, "Exploring the Consequences of the normative gap in legal protections addressing violence against women", en *The Legal Protection of Women from Violence. Normative Gaps in International Law*, ed. por Jackie Jones y Rashida Manjoo (London, New York: Routledge, 2018).

[18] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 39.

que el juez da a la ley, sino en la propia ley. Alude a la tercera manifestación de la igualdad que es "la igualdad en la ley", amparado en el mandato constitucional del artículo 19, inciso final del numeral 2, que indica que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias",[19] contraponiendo la igualdad que debe desarrollar la ley frente a casos de tratamiento diferenciado o bien en la frontera de casos de igualdad en la ley y la no discriminación. El Tribunal se centra en la deficiencia de las condiciones esenciales de una igualdad motivada, razonable y no arbitraria, como indica en su considerando 47. Además, se entiende la igualdad ante la ley como la manifestación de normas jurídicas que son iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas condiciones y diversas para quienes se encuentren en situaciones diferentes. Frente a la comisión de un delito, la sanción penal prevista en la ley deber ser idéntica. Por ello, se procede a revisar si las normas impugnadas superan el test de la diferencia en cuanto a su razonabilidad y la justificación de su objetivo, sin poder sostenerse una diferencia justificable desde el ámbito de la costumbre indígena, como se habría hecho en un principio, siendo desechada dicha argumentación por el Consejo de Ancianos de Rapa Nui y por los organismos técnicos de Conadi. Si la Constitución Política sostiene que hombres y mujeres son iguales ante la ley, el Tribunal Constitucional se pregunta si se estaría cumpliendo un objetivo legítimo al rebajar la pena del delito de violación.

2.3. Las diferenciaciones arbitrarias en la sentencia

Los preceptos impugnados establecen una diferenciación entre mujeres porque una mujer del continente, al ser la víctima, observaría un trato diferente desde su realidad continental respecto de una mujer indígena de la isla de Pascua. Como expresa el Tribunal Constitucional, la ley penal protege mejor a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las agredidas sexualmente en la isla de Pascua, lo que lleva a sostener la afectación de los numerales 2 y 3 del artículo 19, n.° 2, de la Constitución. Además, como señala el Tribunal Constitucional, tampoco hay estándar aplicable desde la perspectiva de los pueblos originarios, ya que el artículo 54 de la Ley 19.253 establece la referencia a la costumbre en la medida en que esta se haga valer en juicio, y las normas impugnadas dentro de la Ley 16.441 no contemplan prueba alguna, estableciendo entonces un beneficio, lo que para el Tribunal se traduce en que ni siquiera hay satisfacción de estándares legales de la legislación chilena aplicables a pueblos originarios. Por ello, estimamos que el Tribunal Constitucional, de una forma indirecta, también ha procedido a hacer una conciliación entre la normativa interna y el derecho internacional en materia

[19] Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, n.° 2: "2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

indígena en relación con valores universales, como la dignidad humana e igualdad de género, sin aludir expresamente a un control de convencionalidad. Más bien, lo que hace aquí es establecer una razonabilidad y concordancia de aplicación entre normas internas frente a la costumbre indígena.

Entonces, como lo menciona el apartado final del considerando 48, a través de un test de diferencia que la ley impugnada debe superar, se debe ponderar –a objeto de verificar si nos encontramos frente a una normativa motivada– si la norma reprochada como medio se encuentra justificada en un objetivo o finalidad constitucionalmente legítimo y si la desvinculación de la igualdad general no resulta arbitraria.[20]

Ahora bien, en su considerando 45, en línea con los estándares internacionales y partiendo de la disposición expresa del artículo 1 de la Constitución, el Tribunal ubica la violencia sexual fuera de cualquier costumbre indígena, ya que repudia el núcleo de la dignidad humana y los derechos reconocidos tanto constitucionalmente como por tratados internacionales ratificados por Chile. Al respecto, el Tribunal es claro al señalar que ni el propio espíritu de la ley, ni la argumentación basada en la ancestralidad consuetudinaria de una cultura pueden justificar cualquier acto atentatorio contra la integridad y dignidad de la mujer:

> No dudamos que la violencia y la depredación sexual atenta contra los valores civilizatorios que defendemos con Constituciones y tratados de derechos humanos o sin ellos. Es un tipo de violencia que repudiamos por ser contraria al concepto mismo de respeto por la dignidad humana.
>
> La defensa del particularismo de la cultura, costumbres y autoridades indígenas supone discernir que tal defensa singular respeta condiciones y valoraciones universales sobre las cuales se asienta la vida colectiva en democracia. Por lo mismo, una agresión sexual como la violación, no solo no es parte de una costumbre indígena, sino que repudia el núcleo de la dignidad humana, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos y vigentes en Chile, de un modo tal que no admiten particularidad alguna.[21]

En este punto, se puede sostener una postura clara del Tribunal cuando aprecia y pone los tratados de derechos humanos en un rango constitucional. Por tanto, partiendo de la premisa de la dignidad humana, no cabría duda de que dichos derechos pasan a ser parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, siendo parte de la esencia del bloque de constitucionalidad.

Luego, el Tribunal Constitucional se refiere al artículo 14 de la Ley 16.441, observando, en primer término, las conclusiones que entrega la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena y, posteriormente, da cuenta de su concordancia con el

---

[20] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 48.

[21] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 55.

artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. El Tribunal pondera el encuadre de las normativas internacionales respecto al texto constitucional, más que el ejercicio inverso, por lo que estaríamos nuevamente ante un control de constitucionalidad.

En cuanto a la aplicación de criterios al caso concreto tenemos presente que el Tribunal considera que se ha establecido un privilegio respecto del artículo 13 de la Ley Pascua, porque dicha norma carece de funcionalidad penal. Existe un beneficio solo constatando que la persona pertenece al pueblo Rapa Nui, lo cual supone una supremacía de género y es totalmente incompatible con el artículo 19, n.° 2 de la Constitución, ya que establecería un privilegio penal no justificable, vulnerando el espíritu de la normativa constitucional, independiente de la dimensión penal, indígena o de género, como lo indica el Tribunal. Además, menciona que ni el Consejo de Ancianos de Rapa Nui en su calidad de máximos representantes de su cultura pueden sostener que la ley impugnada tenga u obedezca a una costumbre penal indígena ni a elementos culturales que deban ser protegidas o se concilien con la Constitución. Como se desarrolla en el considerando 64, "es evidente, en concepto de la autoridad tradicional, que no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui".[22]

En esta parte de la sentencia, cabe señalar que el Tribunal no refiere en ningún momento a normativas de tratados internacionales, lo cual constituiría una importante omisión argumentativa y restringiría el valor del propio control de convencionalidad.

3. Aspectos respecto a los votos de prevención de la sentencia

Como se ha mencionado, el pleno del Tribunal Constitucional se pronunció por mayoría para acoger la presentación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso; sin embargo, contó con varios votos de prevención y un voto en contra.

El voto en contra del ministro Romero Guzmán señala que las disposiciones penales que establece la Ley Pascua carecen de racionalidad y datan de hace medio siglo, por lo que su contenido de ninguna forma puede concordar con lo establecido en el artículo 19, n.° 2, de la Constitución. No obstante, difiere del mecanismo para enmendar el caso y propone recurrir a dictar una ley que derogue los artículos impugnados en la presente sentencia y no por una sentencia de inaplicabilidad que, en consecuencia, haga aplicables retroactivamente disposiciones que perjudican al

[22] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit., considerando 64.

imputado.[23] El magistrado señala que si se acoge el presente recurso, se estaría vulnerando el principio *nulla poena sine lege*, lo cual no solo transgrediría preceptos constitucionales en materia penal, sino un principio protegido desde los albores de la República que goza de respeto y reconocimiento nacional e internacional. Al respecto, el magistrado señala en el numeral ocho de su voto disidente, respecto a la prohibición de retroactividad en materia penal en relación con lo dispuesto en el artículo 19, n.° 3, inciso 8, de la Constitución política:

> Incluso los criminales tienen derechos constitucionales. En la especie, que se les garantice ser castigados de acuerdo a las leyes vigentes en el momento de la perpetración del delito, impidiendo que con posterioridad se le perjudique por aplicación de normas legales que les resulten desfavorables.[24]

Observemos con atención el apartado de los votos preventivos. Los ministros Maldonado, Letelier y Vásquez en conjunto estuvieron por acoger el requerimiento, pero centrándose en aspectos estrictamente de apego constitucional y de cuestionamientos al privilegio penal que otorga la Ley Pascua en relación con la penalización de los delitos a que hacen referencia los artículos 13 y 14, remontándose a la historia de dicha Ley para justificar la improcedencia de dicho privilegio. Además, señalan la inconstitucionalidad de dichas normas en lo relativo a la determinación de la pena y su cumplimiento, lo cual desvirtuaría el artículo 86 del Código Penal, en cuanto a que los condenados a penas privativas de libertad deben cumplir sus condenas en los establecimientos carcelarios correspondientes. Según la aplicación del artículo 14 de la Ley Pascua, el imputado podría cumplir dos tercios de la pena fuera de recintos carcelarios, lo que sería manifestación de otro privilegio que colisiona con el principio de igualdad establecido en el artículo 19, n.° 2, de la Constitución. No hay duda de que, para los ministros, el valor axiológico de la igualdad en relación con la dignidad es parte del catálogo de principios constitucionales que consagra nuestra Constitución en su artículo 1, lo que toma mayor fuerza si se observa que para optar a la rebaja de la pena, para el imputado solo basta ser natural de la isla de Pascua y que el delito haya ocurrido en dicho territorio. No se ve ninguna mención expresa a normativas y estándares internacionales. El voto disidente menciona en su numeral 5° la falta de fundamento válido para establecer un privilegio penal en los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua:

> Que, la historia de la Ley N°16.441 no aclara el fundamento del privilegio establecido en los artículos 13 y 14 en los términos que se han señalado en el requerimiento de estos autos constitucionales. En la discusión parlamentaria

[23] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto de disidencia ministro Romero Guzmán, considerando 2.

[24] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto de disidencia ministro Romero Guzmán, considerando 8.

> de la época no se debatió el asunto controvertido constitucionalmente por lo que, al respecto, no se puede dilucidar los motivos que tuvo el legislador para consagrar el privilegio referido.[25]

En el voto preventivo del ministro Pozo Silva, quien concurre en acoger la decisión del pleno del Tribunal Constitucional, se observa una referencia a la racionalidad y necesidad de la pena. En particular, se sostiene que la punibilidad en el Estado constitucional debe conciliar la limitación de la potestad punitiva estatal frente a los ciudadanos y el respeto de los derechos fundamentales, con la necesidad de una protección eficaz frente al delito, entendido como un ataque a derechos e intereses personales o colectivos. Dicha mención va en línea con los postulados del principio de proporcionalidad si nos remitimos a la situación que enfrenta la violación de los derechos de la víctima frente a artículos que conllevan un privilegio en materia penal, en vez de lograr la finalidad de potestad punitiva ya señalada. En el ejercicio de análisis, el Tribunal Constitucional debió haber tenido inconscientemente presente el principio de proporcionalidad para interpretar y aplicar las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución y hacer respetar su rango de protección frente a otras normas internas que signifiquen una vulneración directa, en cuanto dichos principios o derechos fundamentales son mandatos de optimización.[26] En el mismo sentido, el voto de prevención se pronuncia respecto al presunto conflicto entre las normas judiciales chilenas y las costumbres locales del pueblo Rapa Nui que estarían siendo amparadas a la luz de la Ley Pascua, las cuales, sin embargo, colisionarían con la perspectiva constitucional, afectando la igualdad ante la ley y la proporcionalidad de las penas. Al referirse al tratamiento del derecho indígena, estimamos correcta la interpretación realizada por el magistrado cuando señala que este es dinámico y no necesariamente estático en el tiempo. No es menor, en la opinión del ministro en el considerando noveno de su voto preventivo, que la determinación de quiénes son naturales de la isla de Pascua sea un concepto sin una determinación taxativa, lo cual origina una ambigüedad en cuanto a la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua:

> En ciertas ocasiones, se ha interpretado como aquellas personas que son miembros del pueblo rapa nui; en otras, los nacidos en territorio insular, independiente de si son o no rapa nui, y en una tercera variante, se les aplica a quienes cometen dicho delito dentro del territorio insular, sin considerar su lugar de nacimiento. En general se puede concluir con respecto a la definición de naturales un criterio histórico ambiguo e ilógico que permite singularizar

---

[25] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministros Aróstica, Letelier y Vásquez, numeral 5.

[26] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

> el origen del beneficio en cuanto a la aplicación de la pena, por lo que ya existe un cuestionamiento al respecto.[27]

En este voto preventivo se menciona directamente el concepto de control de convencionalidad sustentado por el juez García Ramírez: "De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos",[28] aludiendo a la interpretación que debe hacerse de las normas internas y ver si cumplen con las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados. Además, trae a colación lo que expone el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su Informe Anual 2018, donde indica que se debe dar observancia a los preceptos de la Convención de Belém do Pará, en torno a las situaciones de vulnerabilidad que sufran las mujeres en razón de su raza, condición étnica, entre otros aspectos señalados en su artículo 9. En definitiva, el propio Instituto de Derechos Humanos razona que ni el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas puede dar lugar a relativizar la violación de derechos humanos que constituyan violencia contra las mujeres.

El voto preventivo menciona que el Tribunal Constitucional ha reiterado su posición limitativa de los derechos humanos frente al poder punitivo estatal, por cuanto fundan el ejercicio del *ius puniendi* en la medida en que se castigue la violación de tales derechos. En la esfera internacional, se refiere a la obligación de sanción penal frente a violaciones graves de derechos humanos. Aquí, el voto preventivo, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad claros, indica que si lo que está en boga es el derecho de un determinado grupo cultural o pueblo frente al derecho de terceros, deben atenderse el peso y la materia específicos de los derechos colisionados. En dicho sentido, el control de convencionalidad o compatibilidad debe hacerse teniendo en cuenta las normas del Convenio 169 de la OIT con la Cedaw y la Convención de Belém do Pará.

Respecto a la relación entre el derecho penal y los derechos humanos se recuerda que es limitativa en función de lo que hace referencia a esta última como limitante del poder punitivo del Estado. El *ius puniendi* no solo se basa en una facultad estatal, sino en una fundada en la protección ante la violación de derechos humanos. El considerando 18° del voto preventivo del ministro Pozo señala:

> Los derechos humanos fundan el ejercicio del *ius puniendi* en la medida de que su reconocimiento (artículo 5° de la Constitución) se deriva una exigencia

---

[27] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, numeral 5.

[28] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158.

> no sólo limitativa de la referida potestad estatal sino también una exigencia que se castigue penalmente cualquier violación de tales derechos.[29]

En el mismo tenor, en el considerando 39 se menciona la discriminación y desproporción realizada con la aplicación de las penas de la Ley Pascua, las cuales se contradicen con el sistema interamericano de derechos humanos. En particular, se menciona la antinomia generada con los preceptos cuestionados en autos:

> El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Convención). Dicho estatuto debe complementarse con la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y aprobada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 1989.[30]

Finalmente, en un sentido parecido de prevención, observa el voto del ministro Pica Flores, que hace mención expresa a la función del derecho internacional de los derechos humanos en la labor de la magistratura, por lo que tácitamente afirma que en el fallo debe estar presente el control de convencionalidad y en especial, el principio de proporcionalidad de la pena para mantener el equilibrio y la justificación entre sanción impuesta y conducta. Se remite especialmente a los derechos de la mujer frente a todo tipo de violencia y los deberes del Estado en el derecho internacional, en especial la Convención de Belém do Pará. Es enfático en señalar que el Estado chileno no puede prescindir de los estándares que establece dicha Convención y que debe tenerse como parámetro de juzgamiento.

En concordancia, el magistrado pondera las dimensiones cultural y antropológica que están en boga con la sentencia, pero sin desligarlas de la universalidad que tienen los valores axiológicos para el derecho, como la dignidad de la persona humana. El considerando 12 de su voto preventivo explaya con claridad dicho punto, lo que permite analizar el presente requerimiento en función de la proporcionalidad de la pena y el enfoque interseccional de las normas que se impugnan:

> Que, en el sentido de lo expuesto, sin perjuicio que los aspectos culturales son sin duda relevantes y el análisis del derecho no debe estar exento del estudio y reconocimiento de las costumbres, tradiciones y visión antropológica, ello no es óbice para asegurar la observancia de los derechos y libertades

---

[29] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, considerando 18.

[30] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pozo Silva, considerando 39.

> fundamentales de todos, sin distinción de sexo, raza, idioma, emplazamiento geográfico, entro otros, pues ellos se erigen de forma universal sobre la base de la dignidad, que se constituye como el núcleo de la persona. Esta cuestión denota la necesaria conexión entre principios, normas y valores jurídicos en favor de la dignidad humana, elemento axiológico objetivo de carácter indisponible, vinculante e ineludible en el análisis del sentenciador.[31]

Conclusiones

Observamos que la sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar de acoger la solicitud de inaplicabilidad de las normas impugnadas, no entrega una certeza clara en cuanto al razonamiento aplicado en su resolución, mostrando una ambigüedad en expresar claramente los principios de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que están afectados en el caso. Por la dimensión de las materias involucradas, en especial temáticas de género, era dable que el Tribunal tuviera en máxima consideración normativas de derecho internacional. Pero se manifiesta que ha habido un estricto apego y remisión a la normativa interna, examinando el conflicto entre la ley ordinaria y los preceptos constitucionales. Ello pareciera ser un sesgo de lo sostenido por el bloque de constitucionalidad, pero estimamos que el Tribunal centró la discusión especialmente en las normas penales en conflicto y su historia.

Ahora bien, respecto a la costumbre indígena discutida en el caso, tampoco se observa que haya sido considerada desde la esfera de los derechos internacionales, más allá de una tibia alusión a los preceptos del Convenio 169 de la OIT. La sentencia no se hace cargo de las razones que remiten al derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, a dicho Convenio para evaluar la justificación de las diferencias de igualdad planteadas como arbitrarias en la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441.[32] Si bien el Tribunal expresó en su momento que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y las de la Cedaw tendrían que ponderarse para encontrar una interpretación que las armonizara, y para determinar si efectivamente los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 trataban sobre costumbre indígena, se advierte una ambigüedad al señalar que, sin perjuicio de lo anterior, los tratados internacionales de derechos humanos deben interpretarse conforme a la Convención de Viena. Lo que hace finalmente el Tribunal es aludir a la historia fidedigna de la Ley 16.441 y, de forma complementaria, a los informes de organismos técnicos como la Corporación Nacional Indígena y el Instituto de Derechos Humanos.

---

[31] Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 8792-2020, cit. Voto preventivo ministro Pica Flores, considerando 12.

[32] Luis Villavicencio Miranda y Yanira Zúñiga Añazco, "El caso de la 'Ley Pascua'. Un enfoque más allá del todo o nada", *Revista de Derecho* 35, n.° 1 (2022): 167-189, https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100167

En la sentencia sí resulta evidente que no hay duda alguna de que la violencia sexual hacia la mujer no puede ser objeto de un privilegio o beneficio especial en normativa alguna, ya que ello atenta no solo contra la igualdad, sino contra la dignidad de las mujeres. Se beneficia al sujeto pasivo sin razón alguna, aun ni en amparo de costumbres indígenas. En este punto, el Tribunal tiene presente el imperativo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, específicamente respecto a la mujer, bajo el principio *pacta sunt servanda*, lo que queda fuera de toda discusión.

Consideramos que el Tribunal Constitucional ha realizado un apego al control de constitucionalidad y no ha usado con la fuerza necesaria el control de convencionalidad, aspecto que incluso el magistrado requirente del presente recurso de inaplicabilidad tuvo en cuenta al presentar su argumentación. Es evidente que, en virtud del artículo 2 de la CADH, el Estado de Chile está obligado a dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención y que, respecto a la adecuación del derecho interno, los órganos jurisdiccionales deben aplicar los criterios establecidos por la Corte IDH respecto al ejercicio del control de convencionalidad.

En definitiva, creemos que el ente sentenciador ha optado por una sentencia que resuelve el conflicto ponderando elementos de la norma interna, efectuando un control de constitucionalidad irrestricto, pero que se aleja de los cánones del bloque de constitucionalidad, en vez de dar mayor fuerza a los preceptos del derecho internacional en favor de las mujeres en virtud del principio *pacta sunt servanda*, donde se observa un claro control en favor de las mujeres, a quienes se les conceden derechos, sin distinción alguna. Finalmente, señalamos que, en el caso expuesto, la ponderación entre la diversidad cultural y los derechos de las mujeres, aunque compleja, debe considerar su relevancia dentro del sistema constitucional y de la ley penal chilena. Ello resulta necesario para que el Tribunal Constitucional adopte una posición clara en cuanto a la protección efectiva de la dignidad y la igualdad de las mujeres frente a fallas estructurales que aún persisten.

Bibliografía

Doctrina

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Letelier Aguilar, Cristián. "El rol del control de constitucionalidad en la democracia constitucional". Ponencia presentada ante la Corte Constitucional de Turquía, con motivo de su 55° aniversario. Tribunal Constitucional de Chile, abril de 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia". *Estudios Constitucionales* 13, n.° 2 (2015): 301-350. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011

Richards, David y Jillienne Haglund. "Exploring the consequences of the normative gap in legal protections addressing violence against women". En *The Legal Protection of Women from Violence. Normative Gaps in International Law,* editado por Jackie Jones y Rashida Manjoo. London, New York: Routledge, 2018.

Villavicencio Miranda, Luis y Yanira Zúñiga Añazco. "El caso de la 'Ley Pascua'. Un enfoque más allá del todo o nada". *Revista de Derecho* 35, n.° 1 (2022): 167-189. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100167

Normativa y jurisprudencia

Constitución Política de la República de Chile. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 158.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C, No. 253.

Ley 19.253. Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Promulgada el 28 de septiembre de 1993.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Asamblea General. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución A/48/104 de 20 de diciembre de 1993.

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 804-2007, 28 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 8792-2020, 29 de enero de 2021.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres (espacios incluidos), 150 palabras, y tres **palabras clave**.

3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.

4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario,* el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.

5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de

6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.

7. La página 1 contendrá la siguiente información:
   a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
   b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
      i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
      ii) Dirección electrónica (que se publicará).
      iii) Código orcid.
   d) Título del artículo.
   e) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.

9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.

10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.

11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

12. Las **referencias y bibliografía** deben seguir, de manera rigurosa, el *Manual de estilo Chicago-Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas,* pp. I-VII (Bilbao: Deusto, 2014), http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspub07.pdf.

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta la trigésima primera edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Esta edición reúne una amplia selección de artículos, así como notas y ponencias especiales de autores provenientes de más de 11 países de la región. Los textos han sido organizados en tres grandes secciones: una primera dedicada a notas y ponencias especiales, seguida de dos ejes temáticos principales: derecho constitucional latinoamericano en general y aportes sustanciales a la democracia y al Estado de derecho, en los que se abordan tanto desarrollos teóricos, como estudios de caso, prácticas y estándares relevantes para la región.

DERECHO
CONSTITUCIONAL