30° año

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

ANUARIO

2024 - 2025

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

Programa Estado de Derecho Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2024-2025

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

2024-2025

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:
Felipe Franco

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 email: iusla@kas.de

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

© 2024 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

- Hartmut Rank (Alemania)
  Una reforma constitucional para aumentar la independencia del Tribunal Constitucional Federal alemán..... 17
- Matthias Herdegen (Alemania)
  En defensa del orden constitucional y de la democracia 25
- Peter Frank (Alemania)
  Amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional alemán 35
- Enrique Herrería (Ecuador)
  El derecho a la seguridad en el orden constitucional ecuatoriano 39
- Nancy Yáñez Fuenzalida (Chile)
  Acceso a mecanismos de reparación constitucional en materia de empresas y derechos humanos: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile 49
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Redimensionando el proceso constitucional ante el paradigma de la revolución industrial 4.0..... 63
- Ingrid Hess Herrera (Costa Rica)
  Usos y desafíos de la inteligencia artificial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense..... 77
- Dina Josefina Ochoa Escribá (Guatemala)
  Uso de la inteligencia artificial en la justicia constitucional de Guatemala..... 91
- Prof. Dr. Patrick Ernst Sensburg (Alemania)
  El panorama del sistema electoral en Alemania y sus factores de éxito 95

- Miguel Ángel Fernández González (Chile)
  Esquema de la estructura orgánica del sistema electoral en Chile y nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional 103
- Prof. Dr. Norbert Bernsdorff (Alemania)
  ¿Es deficiente el acuerdo de libre comercio UE-Mercosur en materia de derechos sociales? 111

Eje 1. Derecho Procesal Constitucional

- Juan Carlos Jara Castro (Perú)
  Control constitucional de políticas públicas y política constitucional 135
- Pol W. Roman Andrade (Bolivia)
  La interpretación conforme en el ámbito judicial y la acción de inconstitucionalidad concreta 153
- Ricardo J. Sepúlveda I. (México)
  El sistema de control constitucional en México, una evaluación de treinta años 175
- Paúl Córdova Vinueza (Ecuador)
  Estudios de género en el derecho procesal constitucional: transformar la disciplina jurídica para innovar la administración de justicia 199
- Melina Girardi Fachin (Brasil)
  Catarina M. V. Ramos (Brasil)
  O Constitucionalismo feminista multinível e a fé nas mulheres..... 215
- Erland Cristian Salazar Quille (Bolivia)
  Condiciones para la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad: un análisis crítico de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Bolivia 233
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Eliziane Fardin de Vargas (Brasil)
  Jurisdição Constitucional transformadora na perspectiva do Ius Constitutionale Commune *Latino-americano: litigância estrutural e proteção de grupos em situação de vulnerabilidade via controle jurisdicional de políticas públicas* 253
- Pablo A. Proaño (Ecuador)
  Ema Gamboa Loaiza (Ecuador)
  Líneas jurisprudenciales de los dictámenes de constitucionalidad en los estados de excepción por pandemias en el Ecuador 285

- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  El derecho procesal convencional de los derechos humanos, una disciplina autónoma del derecho procesal constitucional 321
- Carla Astrid Humphrey Jordan (México)
  Extendiendo la democracia: una mirada a los mecanismos de representación del sistema electoral mexicano 335
- José Mario Achoy Sánchez (Costa Rica)
  Andrei Cambronero Torres (Costa Rica)
  Reglas constitucionales republicanas: elemento necesario, pero insuficiente, para una democracia perdurable en Centroamérica 351
- Betty Carolina Ortuste Tellería (Bolivia)
  Pablo Roberto Toledo (Argentina)
  El control de convencionalidad en clave comparada: las experiencias de Bolivia y Argentina 379
- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
  Lorena Castellanos Peñafiel (Ecuador)
  La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en cinco temas claves para el servicio público ecuatoriano 405

Eje 2. La protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza

- Ana Laura Lores (Uruguay)
  Reconocimiento y protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza: ¿cómo se encuentra Uruguay?..... 433
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)
  Derechos de la naturaleza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano..... 455
- Britney Jamile Ponciano Dioses (Perú)
  Emily Fátima Vílchez Rojas (Perú)
  El amparo ambiental y su desarrollo en el Perú: un análisis comparativo 469
- Julián Gutiérrez-Martínez (Colombia)
  Gabriel R. Nemogá-Soto (Colombia)
  ¿Derechos bioculturales y derechos de la naturaleza? Elementos constitucionales para un test o juicio de bioculturalidad..... 485
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
  El Tribunal Constitucional dominicano y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado..... 503

- Ximena Jhasmin Blas Rodríguez (Perú)
  Hannet Coral Dávila Epifanía (Perú)
  Sariany Govinda Martínez Alvarado (Perú)
  La función social aplicada a la propiedad colectiva y al medio ambiente sano 533
- Álvaro Javier Píriz Smith (Uruguay)
  Fabián Alexander Cuenca Belduma (Ecuador)
  La naturaleza: límites y limitaciones de su derecho a la reparación integral en el marco constitucional ecuatoriano 555
- Raul A. Ruiz Aguirre (Venezuela)
  Sebastián J. Zabaleta Cedeño (Venezuela)
  Daniel A. Yánez Roo (Venezuela)
  La incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones 577

Instrucciones para la presentación de artículos 631

Presentación

La primera edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* fue publicada en 1995, con el auspicio de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, la Asociación Costarricense de Derecho Constitucional y el Instituto Científico de la Fundación Konrad Adenauer en América Latina (Ciedla). Nuestra fundación y sus aliados estimaron desde ese momento la importancia de contar con una obra que recogiera el desarrollo del derecho constitucional desde tres ángulos: la doctrina, la jurisprudencia y la crónica constitucional. Se notó indudablemente y de manera acertada que "la búsqueda por la estabilidad y la protección de los derechos humanos ha llevado a un auge de la justicia constitucional". Bajo este panorama, se anticiparon aportes notables de la jurisprudencia de las cortes y los tribunales para la estabilidad constitucional. Decisiones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia marcaban, para esa época, derroteros importantes para la creación de sistemas legales sólidos y asentados en valores democráticos y, sobre todo, para el mantenimiento y la promoción del Estado de derecho. Incluso se notaba cómo este importante auge de la justicia constitucional inspiraba a otros países del continente a crear sus propias salas y cortes constitucionales, como fue el caso de la Corte Constitucional de Bolivia creada en 1994 y en funcionamiento desde 1999 hasta 2011, cuando fue sustituida por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Casi treinta años después, luego de múltiples cambios sociales y políticos en América Latina, de eventos trascendentales para la humanidad, como la pandemia del covid-19 y el surgimiento de nuevos paradigmas en la protección de las libertades fundamentales de todas las personas, nuestro *Anuario* sigue cobrando especial vigencia. Apreciamos la manera en que las reflexiones y los análisis recogidos a lo largo de este extenso trabajo editorial han reflejado e influenciado importantes debates tanto fuera como dentro de las aulas académicas, las salas de audiencias e incluso en la palestra pública, donde actores de la vida jurídica y política encuentran, a partir del aporte de esta obra, que el derecho constitucional es una herramienta que permite entender el mundo, afrontar sus retos más actuales y, de manera decidida, obtener importantes soluciones.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Por todos estos motivos nos emociona y alegra presentar a todas nuestras lectoras y todos nuestros lectores la trigésima edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Celebramos con esta edición un hito en la historia de la Fundación Konrad Adenauer en América Latina, que, desde 1991, con el establecimiento del proyecto "Desarrollo del Estado de Derecho en Latinoamérica", ha buscado incidir de manera activa en el fortalecimiento del Estado de derecho democrático, el cual exige la constitucionalidad de todas las leyes y políticas públicas.

El análisis de la constitucionalidad democrática latinoamericana ha adquirido múltiples formas y propuestas temáticas. Comenzamos con la reflexión sobre las reformas legales e institucionales que han ocurrido en la región, para transitar al estudio de un vasto número de decisiones de las cortes constitucionales en múltiples áreas de la vida en sociedad. De esta manera, la historia del derecho constitucional, contada en estos treinta años del *Anuario*, refleja una potente evolución de esta rama del derecho, que desde su concepción en los textos constitucionales originales de los diferentes países de América Latina ha encontrado su desarrollo en la jurisprudencia doméstica, pero también ha tenido una gran influencia de la jurisprudencia internacional. Notables autores latinoamericanos y de Europa han demostrado, de manera contundente, que el derecho constitucional latinoamericano se ha nutrido de la ingente labor de tribunales europeos, como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional de Italia. En el ámbito regional, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el análisis de su incorporación y cumplimiento en los ordenamientos jurídicos internos, con la aplicación del control de convencionalidad, así como las decisiones emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por los órganos del sistema de las Naciones Unidas, se han incorporado progresivamente en esta tendencia de análisis crítica y de reflexión sobre la constitucionalidad democrática en nuestra región, agregándose también como fuentes de su trascendental evolución.

Para esta trigésima edición, la dirección editorial escogió un rumbo definido por dos ejes temáticos: el derecho procesal constitucional y la protección constitucional del medio ambiente y de los derechos de la naturaleza. Estos ejes demuestran dos caras opuestas de estudio; en primer lugar, el derecho procesal constitucional, que pertenece a las nociones clásicas de la aplicación de las normas constitucionales a partir de la consagración de acciones de protección o de control constitucional como la acción de amparo en México, la acción de tutela en Colombia, o mecanismos como el control de inconstitucionalidad en Bolivia o el control de convencionalidad que se aplica en varios países de la región. En segundo lugar, la protección de los derechos de la naturaleza como una "nueva cuestión" para ser abordada desde el derecho constitucional, con el fin de demostrar cómo los Estados y la sociedad están llamados, desde la base de los compromisos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, a procurar medidas que prevengan, protejan y reparen los daños que se vienen infligiendo a los bienes naturales, considerando que esos perjuicios no solo están

siendo percibidos en la actualidad, sino que también serán motivos de especial atención y de necesaria acción para las generaciones futuras.

Derecho procesal constitucional

En este eje temático, las autoras y los autores aportan distintas interpretaciones a reglas procedimentales creadas por los Estados para la activación de acciones constitucionales cuyo objeto varía dependiendo del contexto determinado de cada país. Podemos ver, por ejemplo, que en los escenarios ecuatoriano y boliviano, los mecanismos de control de constitucionalidad varían en su naturaleza al atender asuntos de diversa índole, pero que buscan, de manera conjunta, resolver contradicciones entre la interpretación constitucional y la interpretación legal en materia de la declaratoria de estados de excepción o de la aplicación del principio de favorabilidad, respectivamente. La concepción tradicional del derecho procesal constitucional se ve también revaluada, en opinión de los autores, a partir de enfoques como el del "derecho procesal constitucional de los derechos humanos" o el de un "derecho procesal constitucional basado en los estudios de género". Existe así la transformación de un área clásica hacia una de trascendental importancia para toda la disciplina jurídica.

La protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza

La protección de derechos desde la concepción clásica de las libertades civiles y políticas, hasta la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, ha emanado originalmente de las constituciones, para dirigirse hacia la jurisprudencia de tribunales nacionales y las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. A partir de esta consagración, se ha observado una creciente tendencia de protección del medio ambiente como garantía fundamental de la subsistencia de todas las personas, impulsada principalmente por decisiones judiciales que han reconocido a la naturaleza y sus diferentes concepciones y elementos integrantes como sujetos autónomos de derechos. Los animales, ecosistemas y sistemas físicos e hídricos son ahora parte del desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados latinoamericanos, asunto que antes era inédito para nuestra región. De igual forma, las evidentes consecuencias de fenómenos climáticos, como el calentamiento global, han demostrado tener impactos graves en el desarrollo social de las naciones, lo cual demanda la atención de todos los actores jurídicos y políticos involucrados.

Los lectores de este segundo eje temático del *Anuario* podrán apreciar ejemplos del desarrollo de la protección de los derechos de la naturaleza en Bolivia, Perú, República Dominicana y Uruguay, y de cómo las decisiones de los tribunales constitucionales han influido en una debida protección de la naturaleza, o en el reconocimiento del derecho a una reparación integral por daños ambientales en el caso de Ecuador. La incidencia de este reconocimiento también influye, como se explica en algunos de los artículos, en asuntos de derecho público y privado, por ejemplo, en el

caso del derecho internacional de las inversiones, en donde el cambio climático ha sido una limitante para el régimen de protección internacional para los inversores.

Ejes temáticos para la trigésima primera edición

La deliberación de estos y de muchos de los temas que se han planteado en nuestro *Anuario* nos reafirma el papel protagónico que tiene el derecho constitucional en la región latinoamericana y nos motiva a enaltecer esta tradición a través de esta publicación. Por ello, nos complace compartir con nuestras lectoras y nuestros lectores que la edición trigésima primera se centrará en el análisis del derecho constitucional latinoamericano en general y, en particular, en los casos donde se evidencie un aporte sustancial desde el derecho constitucional a la democracia y el Estado de derecho.

En esta medida, sugerimos que este análisis se aborde desde un enfoque multidisciplinario, y quizás multitemático, en donde se pueda explorar cómo el derecho constitucional y los actores que lo practican o ejercen, han dado respuesta a casos emblemáticos de violación de los derechos humanos, han afrontado contextos políticos complejos y han aportado a la creación de estándares e interpretaciones legales que han avanzado causas sociales y políticas en el marco de la protección de la democracia y el Estado de derecho.

Este criterio editorial habilita la presentación libre de artículos, bien sea de autoría individual o en coautoría, a partir de los cuales podamos definir nuevos ejes temáticos que sigan alimentando el creciente historial que se ha acumulado desde nuestra primera edición. En esta medida, anticipamos que el tomo trigésimo primero incluirá no solamente adiciones temáticas novedosas, sino también artículos con una amplia cobertura geográfica, por cuanto hemos observado, con especial agrado, un aumento de contribuciones de la región centroamericana y de Brasil. Asimismo, continuamos con nuestro compromiso de garantizar una mayor presencia de mujeres autoras, que contribuyan a promover la equidad en el desarrollo académico del derecho constitucional, asunto sobre el que esperamos poder trabajar para su exponencial crecimiento.

La demanda evidenciada en 1995 de una obra que recogiera el desarrollo del derecho constitucional en nuestra región y que reflejara los orígenes, el progreso y las transformaciones de la justicia constitucional se mantiene hoy más viva que nunca. Confiamos en que las futuras generaciones de juristas e investigadores académicos contarán con nuestro *Anuario* como un mapa de la historia constitucional latinoamericana y como una hoja de ruta de los nuevos rumbos que se estarán marcando en ella. Aspiramos también a que las discusiones y reflexiones que todas las autoras y todos los autores han presentado a lo largo de treinta ediciones inspiren nuevos artículos con perspectivas críticas y análisis para el fortalecimiento del Estado de derecho constitucional. Sea esta la oportunidad para agradecer a las autoras y los autores del pasado, presente y futuro por sus importantes aportes, por ayudarnos a seguir conmemorando esta tradición de difusión y aporte académico. De igual

manera, a quienes desde la Fundación Konrad Adenauer han impulsado esta importante publicación a lo largo de los años, les extendemos nuestras más sinceras muestras de reconocimiento. Honramos su compromiso y reafirmamos nuestra vocación de continuar con la promoción de esta importante disciplina jurídica, así como con la investigación jurídica en general, que nos permite cuestionar, analizar, debatir y discutir sobre la naturaleza eternamente cambiante del derecho.

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

Felipe Franco
Coordinador académico
Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2024-2025

Notas y ponencias especiales

- Hartmut Rank (Alemania)
  Una reforma constitucional para aumentar la independencia del Tribunal Constitucional Federal alemán
- Matthias Herdegen (Alemania)
  En defensa del orden constitucional y de la democracia
- Peter Frank (Alemania)
  Amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional alemán
- Enrique Herrería (Ecuador)
  El derecho a la seguridad en el orden constitucional ecuatoriano
- Nancy Yáñez Fuenzalida (Chile)
  Acceso a mecanismos de reparación constitucional en materia de empresas y derechos humanos: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  Redimensionando el proceso constitucional ante el paradigma de la revolución industrial 4.0
- Ingrid Hess Herrera (Costa Rica)
  Usos y desafíos de la inteligencia artificial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense
- Dina Josefina Ochoa Escribá (Guatemala)
  Uso de la inteligencia artificial en la justicia constitucional de Guatemala
- Prof. Dr. Patrick Ernst Sensburg (Alemania)
  El panorama del sistema electoral en Alemania y sus factores de éxito
- Miguel Ángel Fernández González (Chile)
  Esquema de la estructura orgánica del sistema electoral en Chile y nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- Prof. Dr. Norbert Bernsdorff (Alemania)
  ¿Es deficiente el acuerdo de libre comercio UE-Mercosur en materia de derechos sociales?

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 17-24, ISSN 2346-0849

Hartmut Rank* **(Alemania)**

Una reforma constitucional para aumentar la independencia del Tribunal Constitucional Federal alemán

A constitutional reform to increase the independence of the Federal Constitutional Court of Germany

Eine Verfassungsreform zur Stärkung der Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Introducción

Desde hace décadas, el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) goza de una gran credibilidad entre la población alemana. Según las encuestas, aproximadamente tres cuartas partes de los encuestados expresan constantemente su confianza en este tribunal alemán.[1] Esto es esencial para el Estado de derecho:

> A lo largo de las décadas de su existencia, el tribunal ha hecho un uso moderado y, en su mayoría, convincente de ella, lo que le ha valido una gran confianza tanto por parte del pueblo como de sus representantes políticos. Y la confianza es la base sobre la que se fundamenta un Estado de derecho.[2]

---

* Doctor en Derecho (LL.M.). Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer; previamente dirigió el Programa para Europa del Sureste y trabajó en la OSCE y la GIZ.

[1] https://www.das-parlament.de/inland/recht/warum-die-kontrolleure-aus-karlsruhe-hoch-angesehen-sind

[2] Nuevas normas para el Tribunal Constitucional Federal: ¿es realmente necesaria la protección?, https://www.tagesspiegel.de/politik/neue-regeln-fur-das- bundesverfassungsgericht-braucht-es-wirklich-schutz-ist-es-eigentlich-schon-zu-spat-12900997.html

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

A finales de 2024, el Parlamento alemán (el Bundestag) decidió incluir en la Constitución una disposición más clara sobre el sistema de elección de jueces,[3] en particular la introducción de un mecanismo para resolver los bloqueos en la elección de aquellos. Con ello se pretende garantizar a largo plazo la independencia del Tribunal Constitucional Federal en una época en la que los índices de aprobación y los resultados electorales de los partidos extremistas han aumentado considerablemente.

1. Enmienda a la Constitución aprobada

El 20 de diciembre de 2024, el Bundestag aprobó por amplia mayoría (600 votos a favor, 69 en contra y 64 abstenciones) una modificación de la Constitución. La mayoría necesaria de dos tercios (en la legislatura en cuestión: al menos 489 votos) se superó con creces. El Bundesrat (la segunda cámara del proceso parlamentario alemán) también aprobó la enmienda.[4] Esta se publicó en el *Boletín Oficial Federal* en ese mismo mes y año.

En la reforma se regula expresamente la composición del Tribunal Constitucional Federal alemán con dos salas (*Senat*, en alemán), de ocho jueces cada una. Los jueces son elegidos (al igual que antes de esta reforma) para un mandato de 12 años, sin posibilidad de reelección.

Además, se establece un límite de edad de 68 años para los jueces. La principal novedad es la introducción de un mecanismo para desbloquear la elección de jueces, por el que, tras varios intentos fallidos de elección, se aplica una solución predeterminada.[5] El objetivo es evitar que el Tribunal se vea debilitado por bloqueos (deliberados) o por una reestructuración posterior. La incorporación de estas reformas a la Constitución en 2024 supone un obstáculo para futuras modificaciones, ya que para ello siempre será necesaria una mayoría de dos tercios en el Parlamento.

Además, en la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) se ha introducido un mecanismo de elección sustitutiva. El artículo 7.° de dicha Ley establece ahora plazos fijos para la elección de los jueces. Si no se produce una elección en un plazo de tres meses tras la presentación de una propuesta del Tribunal, el otro órgano electoral puede llevar a cabo la elección. Por lo tanto, si el Bundestag no realiza la elección en el plazo establecido, su derecho de elección pasa al Bundesrat.

---

[3] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (GG), artículo 93, https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_93.html; art. 94, https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_94.html

[4] El Consejo Federal vota a favor de la reforma de la Ley Fundamental para proteger al Tribunal Constitucional Federal, https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/bundesrat-grundgesetz- reform-bundesverfassungsgericht-schutz-100.html

[5] Para proteger al Tribunal Constitucional: el Bundestag vota a favor de la modificación de la Constitución, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw51-de- bundesverfassungsgericht-1033220

2. Antecedentes y motivación de la reforma

Esta reforma se aprobó a la luz de los acontecimientos internacionales y las amenazas potenciales para la democracia alemana por parte de mayorías extremistas.[6] En particular, se acusó al partido Alternativa para Alemania (AfD) –representado en el Bundestag desde 2017– de querer socavar la independencia del Tribunal. Por ejemplo, Alice Weidel, miembro de la AfD, cuestionó la independencia del Tribunal al referirse a una cena de los jueces en la Cancillería. Además, la AfD intentó que se declarara la parcialidad de los jueces, lo que fue considerado como un intento de influir en el Tribunal.[7]

Los analistas opinan que se trata de una estrategia de la AfD para debilitar la confianza en la justicia y cuestionar las decisiones del Tribunal Constitucional. Esto socavaría la legitimidad de la justicia. En los últimos años se ha observado una estrategia similar de desacreditar deliberadamente a la magistratura en otros países.

3. Algunos paralelismos internacionales

En Turquía, el presidente Recep Tayyip Erdoğan utilizó el fallido intento de golpe de Estado de 2016 como pretexto para destituir a miles de jueces mediante decretos de emergencia y llenar el sistema judicial con juristas afines al Gobierno. Como consecuencia, los tribunales profirieron numerosas sentencias por motivos políticos. En estas, criminalizaron las voces críticas y debilitaron enormemente a la oposición, lo que condujo a un amplio menoscabo de la independencia judicial.[8]

También en Polonia y Hungría se han producido intentos de limitar la independencia del poder judicial mediante intervenciones políticas. Polonia es un claro ejemplo de lo rápido que pueden debilitarse las estructuras del Estado de derecho. Por ejemplo, las restricciones a la autonomía judicial mediante la eliminación de la facultad de decidir sobre la asignación de casos o la creación selectiva de nuevas salas con personal políticamente leal socavan la separación de poderes y ponen en peligro la independencia del poder judicial.

---

[6] https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw51-de- bundesverfassungsgericht-1033220

[7] La AfD quiere declarar a los jueces parcializados: procedimiento para su clasificación como caso sospechoso, https://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-will-richter-fuer- befangen-erklaeren-lassen-verfahren-um-einstufung-als-verdachtsfall-a-b6ba6d67-0395-42c9-bf2a- 5c6341122c11

[8] Policing the Pandemic: Human Rights Violations in the Enforcement of COVID-19 Measures in Europe (Vigilancia de la pandemia: violaciones de los derechos humanos en la aplicación de las medidas contra la COVID-19 en Europa), https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/EUR4438832021ENGLISH.pdf

4. El objetivo de la reforma

La clasificación de la AfD como caso sospechoso de extremismo de derecha por parte del Tribunal Superior Administrativo de Münster en mayo de 2024 (basada en declaraciones y acciones antidemocráticas) subraya la necesidad de medidas preventivas.[9] El objetivo de la reforma es dificultar la influencia política en el más alto tribunal alemán y evitar que las fuerzas extremistas controlen el poder judicial. Esto se garantizará reforzando la protección de los principios democráticos.

5. La cronología de la reforma

Los partidos del Gobierno consideran que la modificación de la ley es un paso importante para proteger la democracia. Sin embargo, los críticos cuestionan los detalles de su aplicación práctica.[10] Algunos objetan que la reforma no va lo suficientemente lejos y que se necesitan más garantías. La decisión del Bundestag se considera un *primer paso* para reforzar el Tribunal Constitucional Federal.[11] No obstante, se exigen medidas más amplias para garantizar la independencia del Tribunal a largo plazo y ampliar su mecanismo de protección.

Algunos también ven con ojos críticos la modificación de la ley porque supone una protección concreta frente a las minorías parlamentarias, lo que podría perjudicar a los partidos más pequeños.[12]

La reforma de finales de 2024 debe entenderse en el contexto de las elecciones anticipadas al Bundestag en febrero de 2025.[13] Dada la incertidumbre sobre la composición del Parlamento, la amplia mayoría democrática de la legislatura anterior debió garantizar que se aplicara a tiempo la protección constitucionalmente más sólida de la estructura y el mecanismo electoral del Tribunal Constitucional Federal alemán. El objetivo era que un nuevo Bundestag y un nuevo Gobierno no pudieran retrasar o revertir la reforma.

---

[9] El Tribunal Administrativo Superior de Münster confirma: la AfD es un caso sospechoso, https:// www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/afd-ovg-verdachtsfall-100.html

[10] Tribunal Constitucional Federal: el proyecto de medida de protección recibe apoyo, https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/bundesverfassungsgericht-schutz- entwurf-unterstuetzung-100.html

[11] Comentario sobre el fortalecimiento del Tribunal Constitucional Federal: solo es el principio, https://www.deutschlandfunk.de/kommentar-zur-staerkung-des- bundesverfassungsgerichts-nur-ein-anfang-dlf-2126d994-100.html

[12] https://www.tagesspiegel.de/politik/neue-regeln-fur-das- bundesverfassungsgericht-braucht-es-wirklich-schutz-ist-es-eigentlich-schon-zu-spat-12900997.html

[13] Alemania vota a favor de proteger el Tribunal Constitucional, https://apnews.com/article/germany-constitutional-court-protection-vote-parliament- 3b9a3c3966f6ac5e52d87f-57c4f2b05f

6. La petición de medidas adicionales

Los expertos exigen la introducción de procedimientos transparentes y comprensibles para el nombramiento de los jueces con el fin de minimizar la influencia política. Además, se exige un mayor control público y una mayor sensibilización sobre la importancia de un poder judicial independiente. Más allá de la consagración legal, se considera necesario introducir medidas culturales y estructurales que no han sido explicadas con más detalles.[14]

Los críticos advierten sobre el exceso de confianza de esta protección legal y el descuido de la resistencia social activa contra los partidos extremistas. La defensa de la democracia sigue siendo una tarea común de los ciudadanos porque el Tribunal Constitucional Federal es una institución central, pero, al mismo tiempo, vulnerable.

La República de Weimar demuestra que las democracias a menudo se debilitan y destruyen de forma gradual antes de llegar al colapso total. Por lo tanto, la reforma podría entenderse como una lección de la historia o como una señal de que se ha aprendido de los errores del pasado y de otros países.[15]

7. La evaluación final

Esto significa que el Tribunal Constitucional Federal alemán queda ahora protegido explícitamente en la Constitución como una institución independiente.

Por otro lado, algunos expertos argumentan que la independencia del Tribunal ya está firmemente arraigada y suficientemente protegida por la normativa vigente. Por lo tanto, las nuevas medidas podrían ser superfluas y considerarse una mera señal política o simbólica.[16] Además, se discute si las medidas llegan a tiempo o si ya se han producido daños irreversibles a la independencia del Tribunal.[17]

El debate sobre la reforma pone de manifiesto la creciente preocupación por la estabilidad de la democracia en Alemania.[18] Los últimos acontecimientos en

---

[14] https://www.deutschlandfunk.de/kommentar-zur-staerkung-des- bundesverfassungsgerichts-nur-ein-anfang-dlf-2126d994-100.html

[15] Se trata nada menos que de la preservación de la democracia, https://www.welt.de/debatte/kommentare/article253967394/Bundesverfassungsgericht-Es-geht-um-nicht- weniger-als-den-Erhalt-der-Demokratie.html; Protección del Tribunal Constitucional: "Los demócratas no somos tontos", https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/schutz-des-verfassungsgerichts-wir-demokraten-sind- nicht-doof,UXPFFmu

[16] Reforma del Tribunal Constitucional Federal: antecedentes, https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/bundesverfassungsgericht-reform-hintergrund- 100.html

[17] https://www.tagesspiegel.de/politik/neue-regeln-fur-das- bundesverfassungsgericht-braucht-es-wirklich-schutz-ist-es-eigentlich-schon-zu-spat-12900997.html

[18] El Bundestag aprueba la protección del Tribunal Constitucional Federal, https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/bundesverfassunsgericht-schutz-bundestag-100.html

algunos países de Europa y América Latina sirven como ejemplo disuasorio de lo que puede suceder cuando los gobiernos intentan debilitar el poder judicial y el Estado de derecho.

Anexo

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Artículo 93
[Composición de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal es un tribunal federal autónomo e independiente respecto a todos los demás órganos constitucionales.

(2) La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Está dividida en dos senados. En cada senado serán elegidos ocho magistrados, la mitad por el Bundestag y la otra mitad por el Bundesrat. Estos magistrados no podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land. Una ley federal según el apartado 5 podrá prever que el derecho de sufragio pueda ser ejercido por otro órgano electoral, cuando el mandato de un magistrado expire o cese de manera anticipada y la elección del sucesor no tenga lugar dentro de un plazo determinado.

(3) El mandato de los miembros de la Corte Constitucional Federal durará doce años, como máximo hasta el final del mes en que el miembro cumpla 68 años. Tras la expiración del mandato, los magistrados continuarán ejerciendo sus funciones oficiales hasta el nombramiento de su sucesor. Queda excluida la reelección subsiguiente o posterior.

(4) La Corte Constitucional Federal establecerá su propio reglamento interno, que será aprobado por el pleno.

(5) Una ley federal regulará la organización y el procedimiento de la Corte Constitucional Federal. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión.

Artículo 94
[Competencia de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal decide

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;
2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un cuarto de los miembros del Bundestag;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land;

3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal;
4. en otras controversias de derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial;

4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales, en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land;

4c. sobre los recursos interpuestos por asociaciones contra el no reconocimiento como partido para las elecciones al Bundestag;

5. en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

(2) La Corte Constitucional Federal decide además a petición del Bundesrat, de un Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land, si en caso del artículo 72, apartado 4, no subsiste la necesidad de una regulación por ley federal según el artículo 72, apartado 2, o si el derecho federal ya no pudiese ser aprobado en los casos del artículo 125a, apartado 2, frase 1. La declaración que la necesidad ya no existe o que el derecho de la Federación ya no pudiese ser aprobado, sustituye a una ley federal según el artículo 72, apartado 4, o según el artículo 125a, apartado 2, frase 2. La petición según la frase primera solo es admisible si un proyecto de ley según el artículo 72, apartado 4, o según el artículo 125a, apartado 2, frase 2, ha sido rechazado en el Bundestag o no se ha deliberado en el plazo de un año y dictado una resolución sobre él, o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el Bundesrat.

(3) La Corte Constitucional Federal intervendrá, además, en los casos que le sean atribuidos por ley federal.

(4) Las decisiones de la Corte Constitucional Federal serán vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como para todos los tribunales y autoridades. Una ley federal determinará los casos en los cuales sus decisiones tendrán fuerza de ley.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 25-33, ISSN 2346-0849

Matthias Herdegen* **(Alemania)**

En defensa del orden constitucional y de la democracia

In Defense of the Constitutional Order and Democracy

Zur Verteidigung der verfassungsmäßigen Ordnung und der Demokratie

1. El Estado constitucional occidental bajo sitio

La invitación de la Corte Constitucional de Colombia a reflexionar sobre la defensa del orden constitucional y de la democracia me permite alimentar lazos que me unen a esta alta Corte desde su cuna; casi desde su concepción en la Asamblea Constituyente de 1991.

En un momento tan crucial para la vida y la existencia del Estado de derecho democrático en muchos de nuestros países, un análisis enfrenta dos falacias posibles en un diálogo transnacional. Por un lado, el observador extranjero tiende a magnificar riesgos que, en realidad, se encuentran atenuados por los mecanismos sociojurídicos internos que regulan y contienen su impacto. Por otro lado, los autóctonos, los habitantes permanentes de un orden constitucional suelen subestimar los factores que pueden desestabilizar los fundamentos jurídicos de su mansión, porque se trata de un proceso gradual en el cual la rutina diaria está camuflando las grietas y rupturas en los muros de cargo.

América y el Viejo Continente, tras décadas de confianza en la estabilidad del Estado democrático de derecho, viven la pesadilla de una erosión del orden constitucional que para muchos de nosotros conforma el ADN de nuestros países como comunidades jurídicas. El presagio en la pared, el *mené mené tekel upharsim*, aparece en trazos diferentes. Sin embargo, siempre señala un hambre de poder babilónico

* Catedrático de Derecho Público e Internacional en Alemania y asesor de la Asamblea Constituyente de 1991 en pro de la creación de la Corte Constitucional en Colombia.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

que rompe con la separación de poderes y quiere crear un nuevo ordenamiento más allá de la legitimidad constitucional existente.

Alemania tiene en esto una experiencia particular con la rápida demolición del Estado de derecho en el Tercer Reich. Aquí, una ideología agresiva jugó sin escrúpulos con el teclado de la constitución y los poderes del Ejecutivo para destruir este orden básico. Esto incluye una estrategia que, por un lado, hace caso omiso de las garantías democráticas y constitucionales y, al mismo tiempo, les señala a sus simpatizantes y a otros sectores del pueblo que el ordenamiento jurídico sigue funcionando para ellos y que el Estado trabaja por el pueblo. Esta parte cegada del pueblo puede ser la economía, las clases pobres o la población indígena. Poniendo de relieve esta división contradictoria entre el sector perseguido y el "pueblo", el gran politólogo y jurista Ernst Fraenkel acuñó la fórmula del "Estado dual".[1]

Las viejas y nuevas experiencias también muestran una gran caja de herramientas de la que se sirven los nuevos autócratas. Además del control total sobre las fuerzas armadas y la policía, esto incluye también el acceso a todo tipo de recursos financieros públicos. Ni los seguros médicos, ni los fondos de pensiones, ni los municipios están a salvo de los tentáculos de los pulpos autocráticos. Al ataque a las instituciones y entidades estatales le sigue el ataque a las empresas y a la inversión privada. De este modo, se puede destruir la autonomía de los organismos públicos y asegurar aún más el poder de derrochar y regar estrambóticos beneficios a sus propios adeptos.

Tal como lo documenta la experiencia alemana y se evidencia hoy en algunos otros países del llamado mundo occidental, lo inquietante es la actitud de amplios sectores de la vieja clase política, la judicatura y el sector académico, que vivieron la primera fase de la reorganización radical del Estado y la sociedad con una mezcla de indolencia, ingenuidad y hasta de oportunismo. En cuanto detectan los privilegios de una alianza con el nuevo régimen, los mercenarios jurídicos se suben al barco (y son los primeros en abandonar la nave cuando se está hundiendo). La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania surgida tras la Segunda Guerra Mundial intenta contrarrestar la repetición de esta traumática experiencia. Lo hace con una serie de antídotos que a veces nos recuerdan que para combatir enfermedades graves hay que echar mano del armario de tóxicos.

2. Los peligros

2.1. Ataque al ordenamiento básico jurídico bajo el techo de la constitución liberal

Una de las mayores amenazas para el Estado de derecho es la erosión desde adentro. Esto incluye la infiltración en las instituciones del Estado democrático, en los

[1] *The Dual State*, 1941 (en alemán, *Der Doppelstaat*).

parlamentos, la administración y el aparato de seguridad. En Alemania, el nacionalsocialismo impulsó la toma del poder posesionándose del control de la policía en Berlín. La guerrilla moderna sigue el modelo de la estrategia nacionalsocialista de destruir el Estado constitucional liberal desde adentro. Tal como el principal ideólogo de la dictadura nazi y ministro de propaganda del Tercer Reich se mofaba de la ingenuidad y de la "estupidez" de la democracia:

> Siempre quedará como una de las mejores bromas de la democracia el que ella misma les proporcionó a sus enemigos a muerte los medios para su destrucción. Como miembros del Parlamento, los perseguidos dirigentes del Partido Nazi NSDAP gozaban de inmunidad, honorarios y billetes gratuitos para los trenes. Esto los protegía de la interferencia de la policía, se les permitía expresarse con más libertad que a los ciudadanos del común y, además, el enemigo pagaba los costos de sus actividades. La estupidez democrática fue una excelente manera de aprovechar de todo ello.[2]

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ha respondido a esa amenaza con el modelo de la "democracia bien fortificada". Esto incluye la prohibición de la existencia de los partidos anticonstitucionales (art. 21) y otras asociaciones (art. 9.2). La legislación española ha creado también la posibilidad de prohibir partidos políticos. La prohibición de un partido excluye a un sector de la vida política, al menos temporalmente, y restringe así el proceso democrático de la formación de la voluntad. Esta intervención en el proceso democrático para proteger la democracia es una especie de antídoto con graves consecuencias secundarias que deben considerarse cuidadosamente. Por esta razón, la constitución alemana reserva a la Corte Constitucional la facultad de prohibir partidos y de excluirlos de la financiación pública. Actualmente estamos viviendo un intenso debate al respecto en Alemania (sobre la prohibición de un partido de marcada tendencia derechista).

2.2. Usurpación de competencias por parte del Ejecutivo

Aún más peligrosos que las actividades de los partidos anticonstitucionales son los intentos de la cúpula del gobierno una vez elegido, de cambiar la estructura de la separación de poderes usurpando constantemente nuevas competencias. En los

---

[2] "Das wird immer einer der besten Witze der Demokratie bleiben, dass sie ihren Todfeinden die Mittel selber stellte, durch die sie vernichtet wurde. Die verfolgten Führer der NSDAP traten als Abgeordnete in den Genuss der Immunität, der Diäten und der Freifahrkarte. Dadurch waren sie vor dem polizeilichen Zugriff gesichert, durften sich mehr zu sagen erlauben als gewöhnliche Staatsbürger und ließen sich außerdem die Kosten ihrer Tätigkeit vom Feinde bezahlen. Aus der demokratischen Dummheit ließ sich vortrefflich Kapital schlagen" (Joseph Goebbels: D*er Angriff: Aufsätze aus der Kampfzeit* (München: Franz Eher Nachfolger, 1935). 61.

sistemas presidenciales, en particular, esta estrategia amenaza con desembocar en un sistema monolítico de poder.

En su permanente ataque a la división de competencias, la dictadura del Tercer Reich se sirvió del complaciente apoyo del oportunismo jurídico. De sobra sabemos que una vez consolidada la autocracia, insistir en las reglas legales y su interpretación sostenible en contra de una usurpación de competencias ya exige valentía personal frente a posibles represalias del Gobierno y sus satélites. Además, en la Alemania nazi surgió un nuevo parámetro de interpretación jurídica, en "sano espíritu del pueblo".

En el Tercer Reich, el Gobierno chantajeó a un parlamento ya intimidado con entregarle el poder de fabricar leyes a su gusto a cambio de procurar sus propias autorizaciones. El partido nazi y sus bandas paramilitares formaron una institucionalidad paraestatal, es decir, un Estado adentro del Estado. La oposición cargó con el estigma de doble enemigo, del Estado y del pueblo. En Venezuela y en Nicaragua, dos regímenes radicales, con la pretensión de defender los intereses del pueblo, copiaron juiciosamente la estrategia de las dictaturas del viejo continente para llegar al poder y atornillarse en él. Para el observador europeo, es bastante inquietante que la República de Colombia parece estar a punto de someter a la población de tres departamentos colombianos –casi cuatro millones de ciudadanos– a una administración compartida con uno de los regímenes más notorios en la violación de principios democráticos y de derechos humanos. Se trata de una coadministración compartida con un régimen de reconocida complicidad con el narcotráfico y con fuerzas irregulares, y con un régimen que hace rato se retiró de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es obvio que tal cogestión se chocará con el Pacto de San José.

Afortunadamente, en el resto del mundo occidental de posguerra, los abusos de poder nunca lograron acercarse a tal grado de perversión del Estado de derecho. En EE.UU., la administración Trump está basando una serie de medidas de gran alcance en competencias muy cuestionables. El observador imparcial se pregunta cómo un presidente puede iniciar graves conflictos comerciales con medio mundo sin la participación del Congreso y ejercer presión sobre universidades, bufetes de abogados y otras partes interesadas sin sólida base legal. Mientras tanto, sin embargo, tribunales federales han subrayado claramente los límites de las competencias legales del Ejecutivo. El tercer poder sigue funcionando en América del Norte.

El virus de la usurpación progresiva de la autoridad ha llegado ya hace tiempo a los sistemas presidenciales de América Latina. Un ejemplo francamente inquietante, como intento de invalidar la separación de poderes existente, es un decreto presidencial colombiano sobre una pretendida consulta popular, con el que el Ejecutivo sustituyó al Senado de la República, como órgano que tiene competencia exclusiva para ello, según la Constitución Política de Colombia (art. 104). Las razones aducidas para esta rara ocurrencia revelan una visión que no se reconcilia fácilmente con elementales principios constitucionales. Para sustentar esta visión, en un primer paso, se decide calificar de ilegal la resolución negativa adoptada por

el Senado, producto del resultado de la votación en su seno y, a continuación, el Gobierno sustituye libremente –sin más– esta resolución, por un decreto.

Parece que el Gobierno se autodenominó juez en causa propia y se vistió, además, como una especie de senado suplente. Este audaz autoempoderamiento está envuelto en una red de niebla de curiosos argumentos sobre un libre control difuso de actos jurídicos.

Más interesante aún es la caprichosa idea de que una rama del Estado puede sustituir a otra siempre y cuando se le ocurra acusar a esta otra rama de no haber cumplido con un requisito legal o constitucional. Hace recordar la famosa teoría del "hueco constitucional" que se inventó el Gobierno del Reino de Prusia liderado por el estadista Bismarck en el siglo XIX para justificar enormes gastos militares, en vista de una posible confrontación militar. Cuando la Cámara de Representantes rechazó el presupuesto y la Cámara de los Lores de Prusia lo aprobó, el Gobierno afirmó que este disenso no estaba previsto en la Constitución y declaró como aprobado el presupuesto. En este conflicto constitucional, ni siquiera los más fervientes monarquistas tomaron este argumento en serio. Después de ganar la guerra prevista, Bismarck consiguió una ley de indulto que ratificó los gastos militares *ex post*.

2.3. Abolición de la separación entre Estado y sociedad

Otra estrategia consiste en perforar el límite entre Estado y sociedad, que caracteriza al Estado de derecho moderno. El cargo público se mezcla con la agitación personal. En EE.UU., pero también en otros países americanos, el presidente se dirige repetidamente al pueblo de forma directa y no teme movilizarlo a las calles contra otros órganos constitucionales. El llamamiento abierto y encubierto a la violencia se convierte en una herramienta del Gobierno. El asalto al Capitolio en 2021 no es, por desgracia, el último ejemplo de esta desleal estrategia. Después de la derrota del presidente Bolsonaro, sus seguidores invadieron el Congreso de Brasil. Hoy en día, el llamado a las calles para bloquear carreteras o buques son ejemplo de esta nueva tendencia que convierte a ciudadanos en agentes de gobierno.

La desestabilización del orden público es el terreno fértil e ideal que usan las tendencias autocráticas. Se presta fácilmente para imponer estados de excepción, incluso hasta la prórroga de elecciones, o para justificar medidas represivas que permitan al Gobierno ponerse en escena como salvador de la paz interna y propulsar cambios constitucionales como la reelección indefinida, tal como acaba de ocurrir en El Salvador.

2.4. Deslegitimación e intimidación de otros órganos estatales

Como si fuera poco, otro medio populista de socavar la Constitución es la deslegitimación deliberada de otros órganos constitucionales por parte del gobierno invocando la supuesta voluntad del pueblo. El siguiente nivel de intimidación se alcanza

cuando los jueces y otros funcionarios públicos se ven privados de la protección de sus instituciones y son criticados y señalados personalmente e intimidados mediante intromisiones en sus vidas privadas. Recientemente, el presidente de Ecuador lideró una marcha contra la Corte Constitucional declarándola enemiga del pueblo. Además, el mandatario de la República exigió a los magistrados de la Corte desalojar las oficinas del Tribunal. Aunque esta orden fue retractada, la amenaza subsiste. Como se sabe, en Colombia y otros países vecinos, por asaltar a la justicia constitucional, pecaron y siguen pecando regímenes de varios colores políticos.

2.5. El gran partido: revolución pseudolegal mediante la remodelación de la constitución

La culminación de los procesos autocráticos, el *great game*, es la transformación radical de la constitución. Nuestras constituciones suelen establecer elevados obstáculos formales para una reorganización radical, con los que se pretende garantizar la legitimidad mediante un amplio consenso. En Alemania, el Tercer Reich se aseguró la mayoría de dos tercios necesaria en el Parlamento, aterrorizando a la oposición y apresando a sus representantes en campos de concentración. Hoy, los enemigos del orden democrático conocen medios menos brutales. Quienes no logran las mayorías necesarias para modificar la constitución en los órganos legislativos recurren a una medida popular para anular la constitución: Es decir, la convocatoria de una asamblea constituyente sin base en la Constitución vigente. Esto no es ni más ni menos que una revolución.

La Constitución de Colombia exige para su reforma un procedimiento claramente definido y establece condiciones sustantivas. En Colombia, algunas voces tejen la leyenda de una pseudolegalidad señalando la novación constitucional de 1991. Este paralelo simplista ignora el hecho de que la antigua constitución de 1886 era muy rígida y que la Corte Suprema abrió el camino a una asamblea constituyente. Hoy en día, solo un proceso que se ajuste a las normas de la carta magna de 1991 puede invocar la legalidad según la constitución vigente.

Además, no hay pruebas de que la Constitución de 1991 haya perdido legitimidad en la conciencia jurídica de la población. Al contrario, sigue siendo el único marco jurídico del país como comunidad jurídica. Recordemos que en la historia occidental las revoluciones impuestas desde arriba contra un orden legítimo suelen llevar a la dictadura o a la guerra civil. Es importante recordar que las reglas de organismos regionales como la OEA establecen medidas colectivas contra rupturas de legitimidad constitucional.

3. El tercer poder como garante del Estado de derecho democrático

3.1. Control judicial

El Estado de derecho moderno, la separación de poderes y los derechos fundamentales gozan de protección contra la invasión del ejecutivo mediante el control judicial. El papel del poder judicial es tanto más importante cuanto más inoperantes son los órganos legislativos y otros órganos de control. Los tribunales también corren el riesgo de debilitarse desde dentro por la influencia del ejecutivo en el nombramiento de las cúpulas judiciales. Los cambios en el procedimiento de nombramiento y la jubilación estatutaria son otros medios para crear armonía entre el segundo y el tercer poder. Para todos estos ataques al poder judicial independiente, los gobiernos anteriores y actuales de Hungría, Polonia y EE.UU. ofrecen un material ilustrativo preocupante. La reforma judicial más reciente en Israel también es controvertida, porque amplía la influencia política sobre la Corte Suprema. Las competencias del tribunal constitucional y de otros tribunales supremos son cruciales para la protección de la separación de poderes y de los derechos fundamentales. Los ataques personales contra jueces son otro instrumento para poner al poder judicial bajo un estado de sitio. Estos ataques son síntomas alarmantes.

La calidad de la protección jurídica depende en gran medida de las competencias de nuestros tribunales constitucionales y de otros tribunales supremos. Un proceso contencioso entre los órganos constitucionales del Estado, como lo establece la Ley Fundamental de Alemania, es un mecanismo eficaz para proteger la separación de poderes, sobre todo si hasta minorías parlamentarias o partidos pueden iniciarlo. Sin embargo, este instrumento es desconocido en muchos ordenamientos jurídicos. Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales individuales, por ejemplo, a través de la acción de tutela, puede servir indirectamente para proteger la separación de poderes. Cuando la acción ejecutiva está sujeta inicialmente a la revisión de tribunales administrativos de primera instancia, las altas cortes siguen operando como garante último del orden constitucional. Pero no solamente ellas, sino cada juez actúa como juez constitucional y garante del orden constitucional cuando aplica parámetros de la Ley Fundamental.

Una protección jurídica efectiva significa siempre una intervención jurídica a tiempo. Urge hacerse efectiva antes de que se produzcan serios hechos consumados contrarios a la ley. Por lo tanto, cuando los actos jurídicos son revisados por la Corte Constitucional, la protección jurídica provisional debe ser posible en todos los casos en que una medida cautelar sea la única manera de evitar un daño permanente al sistema jurídico. En particular, las facultades de control de la Corte Constitucional incluyen implícitamente la facultad de imponer medidas provisionales para evitar daños irreparables. Parece que esta dimensión temporal de la protección judicial se está estableciendo en la jurisprudencia.

La necesidad de una protección jurídica provisional es aún más importante si se organiza una consulta popular o un referéndum de manera inconstitucional. Esto se debe a que existe el riesgo de que se produzca un conflicto entre la legalidad constitucional y la pseudolegitimidad a través de una apelación al pueblo, que muchos ciudadanos rechazarán por respeto a la Constitución vigente. Es crucial que la intervención judicial pueda prevenir tal dilema.

Una cuestión aún abierta es qué posibilidades tienen los tribunales de contrarrestar un golpe de Estado frontal que se produzca fuera de los procedimientos contemplados en el texto constitucional. En Guatemala, el golpe de Estado de 1993 fracasó en un "momento constitucional", un gran momento para el poder judicial. Allí, la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional e ineficaz la disolución del Parlamento y de las altas cortes por parte del entonces presidente Serrano y otras medidas presidenciales, actuando *ex officio*, es decir, sin una petición externa.[3] El ministro de defensa anunció esta sentencia por la radio y así se paró el golpe de Estado.

La trágica realidad es que el presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala fue asesinado en la calle poco tiempo después. En un análisis que me fue solicitado por el Presidente de la Corte antes de su muerte y publicado después en su honor por la misma Corte, yo califiqué esta acción como una especie de "gestión de emergencia" para proteger la Constitución, un caso de *negotio gestorum* constitucional.[4] Años después, la Corte guatemalteca en su jurisprudencia se refirió a esta figura para salvar la integridad del orden constitucional.[5] Por supuesto, ninguna corte se inclinaría fácilmente por realizar una intervención tan audaz fuera de las normas de procedimiento vigentes. Sin embargo, el caso de Guatemala demuestra que en algunas situaciones tal intervención es la única manera de salvar la constitución.

4. Protección del orden constitucional

Un último baluarte de la Constitución es la protección de los principios inviolables, tal como prevé la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en su famosa cláusula eterna (art. 79.3). La Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado a favor de dicho núcleo inviolable, que pone un límite exterior a las enmiendas constitucionales, aunque no existe una cláusula de eternidad explícita en la Constitución de 1991. La reforma de la constitución es sustancialmente diferente de su sustitución y no puede romper con los principios elementales del orden

---

[3] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente no. 225-93.

[4] Matthias Herdegen, "La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional: *Negotiorum gestio* para restablecer el equilibrio estatal, Reflexiones sobre la sentencia del 25 de mayo de 1993", en *Defensa de la Constitución, libertad y democracia*, ed. por G. Larios Ochaita (Guatemala: Ediciones Superiores, 1994), 18.

[5] Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente no. 461-2014, p. 40.

vigente. La razón de tal garantía de eternidad es que cualquier socavamiento del núcleo constitucional ya no puede invocar la legitimidad del orden constitucional.[6]

En una sentencia histórica, la Corte Suprema de Israel declaró inválida una ley básica porque el retroceso del control judicial del gobierno violaba el núcleo no escrito del orden constitucional.[7]

Quien quiera desfigurar la identidad de la constitución se está situando en cierta medida fuera de la carta magna, que constituye la base de todo poder político. Incluso la idea de una sustitución completa de la constitución fuera de estos límites y fuera de los procedimientos de enmienda constitucional, no es otra cosa que la denuncia de su propia base de legitimación y un paso hacia la revolución abierta.

5. Un proceso gradual

La verdadera amenaza para un Estado de derecho democrático no proviene tanto de un gran golpe de Estado. Más bien, el Estado democrático se derrumba por una serie de asaltos bien calculados y así se muere por pedazos. Esto exige la máxima vigilancia, incluso ante el menor intento de sacudir los cimientos del sistema jurídico y la separación constitucional de poderes. Justamente es esa la razón por la que la Unión Europea y el Consejo de Europa reaccionan con tanta sensibilidad ante cualquier intento de cambio tectónico, especialmente mediante ataques al poder judicial independiente.

La sensibilidad también ha aumentado en EE. UU. desde el llamamiento a la turba durante el asalto al Capitolio, así como el llamamiento presidencial a las calles en los países latinoamericanos. Esta vigilancia por parte tanto de los ciudadanos como de los órganos constitucionales y toda la comunidad jurídica es quizás la garantía más sólida para la protección del Estado constitucional democrático frente a sus enemigos. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia siempre podrá contar con el apoyo y la solidaridad de la comunidad jurídica, incluso desde fuera de la querida tierra de Colombia.

---

[6] Matthias Herdegen, "La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad", en *Racionalidad y dinámica del derecho público*, ed. por M. Herdegen, Juan Pablo Irrazabal y Felipe Vergara (Bogotá: Legis, 2024), 86.

[7] Sentencia HCJ 5658/23 (2024), *Movement for Quality Government in Israel v. Knesset.*

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 35-37, ISSN 2346-0849

Peter Frank* **(Alemania)**

Amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional alemán**

Threats to National Security and the response of the German Constitutional Order

Bedrohungen für die nationale Sicherheit und die Antwort der deutschen Verfassungsordnung

Las amenazas al orden constitucional y a la seguridad nacional pueden provenir del exterior, es decir, de los órganos de otros Estados, o del interior, como en el caso de actividades terroristas, intentos contra la constitución o la criminalidad organizada. Sin embargo, es característico de un Estado de derecho democrático y libre que, ante amenazas y peligros, no renuncie a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que los proteja y garantice incluso en tiempos de crisis. Si lo hiciera, el Estado de derecho democrático libre se disolvería y se transformaría en una dictadura. Permítanme ilustrar brevemente esto con la Constitución y el sistema legal alemán.

La Ley Fundamental alemana no menciona el término "seguridad nacional". Habla, por ejemplo en el artículo 2, inciso 1, o el artículo 9, inciso 2, de "orden constitucional", que se refiere a la totalidad de las normas legales vigentes; o en los artículos 10, inciso 2, 11, inciso 2, 18 o 21, inciso 2, habla del "orden básico democrático libre", que está conformado por los principios de la democracia y la separación de poderes, la vinculación de la administración y la judicatura a la ley, el derecho a la oposición y la destitución del gobierno, la independencia de los tribunales y la vigencia de los derechos humanos. El término más cercano a "seguridad nacional" sería "seguridad y orden públicos" (art.13 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, GG por sus siglas en alemán), el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Este define la inviolabilidad del orden jurídico objetivo e incluye también los bienes

* Magistrado del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.
** Ponencia traducida al español por Johanna Tigges y Jana Speidel.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

jurídicos subjetivos e individuales, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, así como el propio Estado y la funcionalidad de sus instituciones. El concepto de "seguridad y orden públicos" se desarrolló a finales del siglo XIX y es utilizado por el Tribunal Constitucional Federal cuando revisa leyes de policía y seguridad, y trata de justificar intervenciones en los derechos fundamentales.

En situaciones excepcionales, la Ley Fundamental alemana solo reconoce los términos "estado de tensión" (art. 80a GG) y "estado de defensa" (art. 115a y ss. GG). Este último está legalmente definido como un ataque armado externo al territorio federal o la amenaza inminente de tal ataque. Esto se refiere a un acto bélico de otro Estado contra la República Federal de Alemania con medios militares, pero también con ciberataques que sean tan graves que se equiparen a medidas bélicas tradicionales, aunque no a un atentado terrorista o actos de sabotaje. Esto describe lo que se llama un estado de emergencia externa. En caso de tal ataque, la cámara baja del Parlamento Alemán (*Bundestag)*, con la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat)*, o un comité especial formado para tales emergencias por miembros del *Bundestag* y el *Bundesrat*, debe declarar el estado de defensa.

Como consecuencia, todas las competencias legislativas, incluidas las de los estados federales (*Länder*), pasan al gobierno federal, las leyes pueden ser aprobadas más rápidamente por el Parlamento, la administración general y financiera puede organizarse de manera más centralizada, la expropiación se facilita, los hombres pueden ser obligados a prestar el servicio militar y las mujeres a servicios civiles en el sector sanitario. Sin embargo, el estado de defensa no excluye la participación parlamentaria, la separación de poderes ni el control judicial. La posición del Tribunal Constitucional Federal y de sus jueces no puede verse afectada. Tampoco se suspenden los derechos fundamentales. Esto se aplica aún más en el caso del estado de tensión, que es el preámbulo del estado de defensa.

Para el caso de una emergencia interna, es decir, amenazas al orden democrático libre, como actividades terroristas o la criminalidad organizada, la Ley Fundamental no prevé un derecho especial. Estas deben enfrentarse con el derecho penal y de seguridad general. Las organizaciones terroristas están prohibidas, sus miembros son perseguidos como delincuentes y, en principio, gozan de los mismos derechos en un proceso penal que otros asesinos, narcotraficantes, ladrones o estafadores. Se les asignan abogados defensores, tienen acceso a jueces independientes y derecho a ser escuchados y a un juicio justo. Lo mismo aplica para los miembros de la criminalidad organizada. Incluso después de una condena, los terroristas o delincuentes peligrosos cumplen sus penas en el sistema penitenciario general, aunque en prisiones con medidas de seguridad especiales. También tienen derecho a asistencia legal y a recurrir a los tribunales durante esta fase. Los derechos fundamentales no se suspenden para ellos. Si esto ocurriera, el Estado de derecho se disolvería.

Quien quiera evitar que la criminalidad organizada se apodere del Estado, lo infiltre y lo socave, debe combatir sus excesos tempranamente y por todos los medios legales, fortaleciendo las estructuras estatales y sociales para que sean resistentes a

las tentaciones de la criminalidad organizada. Al final, las bandas, estructuras de clanes y mafias siempre se forman donde una política económica, educativa y de seguridad fallida debilita al Estado, cuestiona su soberanía, facilita la corrupción y permite que surjan la violencia y la explotación.

Permítanme, por último, hacer una referencia a una particularidad del derecho constitucional alemán. Debido a la experiencia con el nacionalsocialismo y el ascenso de Adolf Hitler, en la democracia de Weimar, las madres y los padres de la Ley Fundamental incluyeron en la Constitución mecanismos para enfrentarse tempranamente a las fuerzas antidemocráticas y negarles su participación en el proceso de formación de la opinión política. Me refiero a la prohibición de partidos y la pérdida de ciertos derechos fundamentales. Para la primera, el artículo 21, inciso 2 GG, prevé la prohibición de partidos que, por sus objetivos o comportamiento, busquen afectar o eliminar el orden democrático libre desde dentro, o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Desde 2017, también se puede retirar anticipadamente la financiación estatal a estos partidos. Sin embargo, esta prohibición de partidos o la retirada de su financiación no puede ser declarada por el gobierno federal o el Parlamento con una decisión mayoritaria, sino que, al igual que el *Bundesrat*, solo pueden presentar una solicitud; únicamente el Tribunal Constitucional Federal puede pronunciarse tras un proceso judicial en el que debe demostrarse la hostilidad constitucional.

Desde la fundación de la República Federal de Alemania, esto ha sucedido solo en dos ocasiones: en 1952 contra un partido de extrema derecha y en 1956 contra el Partido Comunista de Alemania. Dos solicitudes adicionales para prohibir un partido de extrema derecha fracasaron en 2003 y 2017 ante el Tribunal Constitucional Federal. Solo este Tribunal puede declarar también la pérdida de derechos fundamentales de personas que, entre otras cosas, abusen de la libertad de opinión y de prensa, de la libertad de reunión y de asociación para luchar contra el orden democrático libre. Esto es un reflejo del concepto de democracia militante o defensiva, según el cual la democracia debe ser capaz de defenderse de sus enemigos. En la historia de la República Federal de Alemania, se ha presentado esta solicitud contra cuatro personas, pero el Tribunal Constitucional Federal no ha concedido ninguna.

Las barreras para una prohibición o la pérdida de derechos fundamentales son, después de todo, muy altas. Al final, es inherente a una democracia libre que la voluntad política del pueblo se forme en el discurso de las opiniones, y para esto, los partidos y el ejercicio de la libertad de opinión y de prensa, así como la libertad de reunión y de asociación, son esenciales. La democracia es una lucha viva y continua por el mejor camino. Aunque la democracia se basa en decisiones mayoritarias, la posibilidad de que la minoría se convierta en mayoría en la próxima elección es parte esencial de la democracia, lo que requiere la protección de los derechos fundamentales de cada individuo y un control judicial independiente. Sin Estado de derecho, no hay democracia ni libertad.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 39-48, ISSN 2346-0849

Enrique Herrería* **(Ecuador)**

El derecho a la seguridad en el orden constitucional ecuatoriano

The Right to Security in Ecuador's Constitutional Order

Das Recht auf Sicherheit in der ecuadorianischen Verfassungsordnug

Antecedentes

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, entre otros, el derecho a la seguridad. Siglos después, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 introduce como propósito de los Estados mantener la paz y la seguridad internacional y tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz. Por su parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, al igual que la organización universal, reitera como propósito afianzar la paz y la seguridad del continente. De la lectura de estos dos instrumentos internacionales es fácil advertir que fueron consecuencia de dos guerras mundiales, en particular de la Segunda Guerra, dado que el contenido de ambos está permeado por la clásica discusión del *derecho internacional público en tiempo de paz y el derecho internacional público en tiempo de guerra*, pero, entendiéndose que dicha discusión sería entre naciones. En la época actual, la seguridad de los ciudadanos por parte del Estado se ha convertido en una prioridad que a ratos menoscaba otros derechos fundamentales, lo que obliga a los gobernantes a tener mucho cuidado en la aplicación de políticas públicas para evitar el perjuicio de otros derechos. En tal propósito, esto es, garantizar los derechos humanos, los tribunales supranacionales, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en reiterados fallos, de los que nos vamos a referir

* Juez de la Corte Constitucional del Ecuador.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

únicamente al Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, de 4 de julio de 2007, que en su párrafo 96, manifiesta lo siguiente:

> La Corte observa que la amenaza "delincuencial", "subversiva" o "terrorista" invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. Es necesario insistir que, sin importar las condiciones de cada Estado, existe una prohibición absoluta de la tortura, de las desapariciones forzadas de personas y de las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, prohibición que constituye una norma inderogable de Derecho Internacional.

Sin embargo, las normas y la jurisprudencia del derecho internacional vigente, antes de la constitucionalización de las garantías de los derechos humanos, debieron transitar por experiencias nada gratificantes. El jurista español José María Lafuente Balle[1] nos recuerda el detalle histórico que antecedió al decreto del presidente Hinderburg de Alemania, del 28 de febrero de 1933, llamado Decreto del incendio del Reichstag, quien, amparado en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, impuso un estado de emergencia, suspendiendo los derechos civiles y gobernando por decreto. Tal disposición constitucional se entendía por la existencia de una amenaza a la seguridad y a la estabilidad del país. Aquel decreto, de apenas seis artículos, no solamente permitía restricciones a las libertades de los ciudadanos alemanes, sino también aplicar la cadena perpetua y la pena de muerte para determinadas conductas que se perpetraran durante el llamado estado de emergencia.

Vale recordar que fue el brillante pero polémico jurista alemán Carl Schmitt[2] quien opinó que el derecho constitucional proveniente de un órgano legislativo resultaba inadecuado en una sociedad de masas, alegando que el carácter indecisorio de la Constitución de Weimar resultaba en un traslado de las atribuciones parlamentarias al presidente alemán, pues aquel encarnaba la voluntad popular; es decir, la legitimidad plebiscitaria ocupaba el lugar de la legalidad del Estado parlamentario. Schmitt llega a sostener:

---

[1] José María Lafuente Balle, *Introducción al derecho constitucional* (Pamplona: Thomson Reuters, 2012), 71.

[2] Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (Granada: Comares, Editorial S.L., 2006).

> No ya del texto escrito de la Constitución de Weimar, sino más bien de la praxis del presidente y del gobierno del *Reich*, con la tolerancia del *Reichstag* y la aceptación de la teoría jurídica del Estado y una praxis jurisdiccional legitimadora, a lo largo de los últimos años se ha consagrado un tercer legislador extraordinario en el ente estatal del *Reich* alemán: el presidente del *Reich* capaz de dictar ordenanzas según el art. 48, sec. 2 de la Constitución del *Reich*.[3]

Es importante destacar que el artículo 48 al que se refiere Schmitt establecía que, si el país no cumplía con los deberes impuestos por la Constitución o las leyes, el presidente podría obligarlo a ello, con ayuda de las Fuerzas Armadas; y cuando se hubieren alterado gravemente la seguridad y el orden público, el presidente podía suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El 114, referido a la libertad personal, podía ser restringido o suprimido; el 115, sobre la inviolabilidad del domicilio; el 116, relativo a que ningún acto era punible sin norma previa; el 117, sobre la inviolabilidad de la correspondencia; y, el 118, que establecía la libertad de expresión y de comunicación que, ayer igual que hoy, resultan vitales para la existencia de una democracia. Tales derechos podían ser, como lo dijimos, no solamente restringidos, sino suprimidos.

El jurista alemán termina justificando su teoría, cuando manifiesta que "el legislador ordinario solamente puede intervenir gracias a la reserva de ley en los derechos fundamentales, pero no puede suspenderlos. Por el contrario, el legislador extraordinario puede realizar ambas cosas y, prescindiendo del resto, se distingue de manera peculiar y queda por encima del legislador ordinario".[4]

Los eventos políticos posteriores son harto conocidos y desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. Esta tragedia dio lugar a que el 23 de mayo de 1949, en Bonn, se expidiera la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, que en su artículo 1 establece lo siguiente: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público". Asimismo, el importante artículo de la Ley Fundamental de Bonn irradió el sistema interamericano de derechos humanos, que, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969, estableció en su artículo 11: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1, establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El llamado estado de excepción, como se lo conoce en Ecuador, tiene su correlato en el artículo 115 de la Constitución alemana vigente, llamándolo estado de defensa; en el Perú, el artículo 137 desglosa el estado de excepción en estado de emergencia y estado de sitio; en Colombia se lo reconoce en sus artículos 212 al 215

---

[3] *Ibid*., 66-67.

[4] *Ibid*., 73.

de manera más reglamentaria y diferenciada que en el Ecuador; en España, el artículo 116 también diferencia entre estado de alarma, de excepción y de sitio. Y así en la gran mayoría de los países del mundo encontramos esta atribución otorgada al jefe de Estado bajo procedimientos debidamente reglados, que en algunos casos necesita la aprobación de los cuerpos legislativos, siempre persiguiendo que se ejerza de manera excepcional y que bajo ninguna circunstacia constituya la justificación para vulnerar derechos ciudadanos.

1. La sociedad en crisis

Revisados los antecedentes históricos más recientes, encontramos que no era fácil prever que décadas más tarde de la expedición de las cartas supranacionales existirían conflictos armados en países que se habían caracterizado por la ausencia de eventos de esa naturaleza. Para el caso de Ecuador, hasta la Constitución de 1998, su artículo 180 permitía que el presidente de la República decretara el entonces llamado estado de emergencia en caso de inminente agresión externa o guerra internacional. Con la promulgación de la Constitución ecuatoriana de 2008 (CRE), se insertó en su artículo 164 la atribución del presidente de la República para decretar el hoy llamado estado de excepción en caso de agresión, conflicto armado internacional o conflicto interno, este último resultado de la violencia perpetrada en el interior de los países por lo que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) denomina la "sociedad incivil", refiriéndose a terroristas, criminales, traficantes de drogas, entre otros.

Para analizar el caso de Ecuador existen algunas variables por considerar en el propósito de encontrar explicación al vertiginoso incremento de la violencia que amenaza gravemente el desarrollo del país; estas variables son: la adopción del dólar americano como moneda oficial, lo cual facilita el lavado de activos provenientes de actividades vinculadas al narcotráfico; es decir, los dólares que se utilizan para la compra y venta de la droga son movilizados a través de empresas aparentemente formales. Otro factor detonante de las actividades delictivas transnacionales que afectan al Ecuador es el contenido del numeral 6 del artículo 416 de la CRE, que propugna el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, lo que ha dado lugar a que ingresen a nuestro territorio, sin necesidad de visado, además de ciudadanos honorables, integrantes de bandas transnacionales con intención de dedicarse a actividades ilícitas. No se debe olvidar que el hecho de ser un país con una amplia faja costera posibilita el ingreso de armas y dólares producto de transacciones delictivas, a la vez que salen por vía marítima grandes cantidades de droga. Me siento obligado a expresar estos antecedentes lamentables, pero indispensables para abordar lo que es materia de este artículo, esto es, las "amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional".

2. La Constitución ecuatoriana

La Constitución vigente, en su artículo 164, primer inciso, determina como el único competente para decretar un estado de excepción al presidente de la República, y no solo le confiere esa atribución con carácter privativo, sino que es el jefe de Estado quien decide cuáles son las facultades extraordinarias que asume y qué derechos y libertades se suspenden o limitan, de conformidad con lo definido en el artículo 165 *ibidem*. Al ser una atribución excepcional que la Constitución otorga al presidente, esta debe ser ejercida dentro de los parámetros que fija el Estado de derecho, como lo destaca el profesor ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez,[5] quien expresa lo siguiente:

> Siendo una facultad discrecional, se entiende que el jefe del Estado no la va a ejercer arbitrariamente, es decir, que asumirá las atribuciones que estrictamente le permiten enfrentar el evento que causó la declaratoria de excepción y sus consecuencias. Asimismo, el Presidente de la República no puede sobrepasar las atribuciones que expresamente se disponen en la Constitución, toda vez que un estado de excepción no implica, ni mucho menos, la anulación del Estado de Derecho. Es un mecanismo que el Estado constitucional prevé entendiendo que hay circunstancias que superan la actividad normal de una nación y que se deben superar a través del aparataje institucional, ciertamente excepcional, pero no antijurídico.

En esa línea de pensamiento, la cual asegura que se eviten excesos por parte de funcionarios del Estado, la Constitución ecuatoriana tiene dos mecanismos de control sobre el estado de excepción: el primero corresponde al órgano legislativo, de conformidad con el artículo 166, primer inciso, que lo podrá revocar en cualquier momento; el segundo corresponde a la Corte Constitucional, según lo establecido en el artículo 436 numeral 8, cuando implique la suspensión de derechos constitucionales.

3. Control constitucional del estado de excepción

Ahora bien, cabe destacar que desde febrero de 2019 los integrantes de la Corte Constitucional ecuatoriana hemos emitido 46 dictámenes de constitucionalidad respecto de estados de excepción decretados por distintos presidentes de la República; la gran mayoría de ellos ha sido invocando grave conmoción interna, por violentas protestas callejeras, crisis en el sistema carcelario o por la existencia de grupos de delincuencia organizada y sus actos de violencia. También, la CRE permite al jefe de Estado decretar estado de excepción por calamidad pública o desastre natural. A partir de

---

[5] Rafael Oyarte Martínez, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 426.

la lectura de los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución ecuatoriana podemos observar que esta tiene un adecuado procedimiento para activar esta prerrogativa presidencial; asimismo, en el artículo 436, numeral 8 de la Carta Suprema, el procedimiento establece la atribución de la Corte Constitucional para actuar de oficio y, de modo inmediato, ejercer el control de constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción. Además, en cuerpos normativos de rango infraconstitucional se desarrolla la atribución presidencial, así como la facultad de control que ejerce la Corte Constitucional.

4. Conflicto armado interno

Para el análisis únicamente pondré énfasis en lo que nuestra Constitución llama conflicto armado interno como causal del estado de excepción, y su parangón en los instrumentos internacionales, el denominado conflicto armado no internacional (CANI).

Debemos resaltar que la Constitución ecuatoriana –artículo 3, numeral 8– determina, entre otros, como deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes seguridad integral. Tal obligación no es una innovación, pues tanto en la concepción del Estado de Hobbes como en la de Rosseau se señala que la asociación de los hombres tiene el propósito de procurarse seguridad frente a extraños y a sus propios integrantes. Al respecto, Norberto Bobbio[6] afirma lo siguiente: "La seguridad del Estado como ente colectivo debe servir en última instancia para garantizar la seguridad de los propios ciudadanos. De la misma manera que la garantía del respeto del derecho a la seguridad de los ciudadanos está en el derecho que el Estado tiene de castigar a los que la amenazan".

5. El conflicto armado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (COIP)

En la sección cuarta, capítulo primero, título IV, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal (COIP) ecuatoriano, que abarca los artículos 111 a 139, se insertan numerosas disposiciones referentes a un conflicto armado en relación con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, normas que deben ser observadas frente a la ocurrencia de un evento de esta naturaleza.

Así también, el mismo cuerpo normativo en su sección segunda, capítulo segundo, Título IV, del Libro Segundo, que contiene los artículos 478 a 482, desarrolla todo el procedimiento de registros y allanamientos, que no distingue entre estado ordinario o de excepción; en consecuencia, el comportamiento de las autoridades

[6] Norberto Bobbio, *Teoría general de la política* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 561.

y de los agentes del Estado debe observar con rigor estos procedimientos con la intención de evitar agravios que comprometan la libertad, la integridad física y psicológica y el patrimonio de los ciudadanos.

Para ejemplificar una suspensión de derechos de suma importancia, como la protección de la inviolabilidad de domicilio, cuando en estado de excepción se incluya la misma, el allanamiento debe respetar los requisitos y el procedimiento legal establecido en los artículos 5 y 480 a 482 del COIP, que contiene reglas que deben ser reconocidas, incluso durante la vigencia del estado de excepción. Para una cabal comprensión de lo antes expresado, cuando no exista delito flagrante deberá intervenir un agente fiscal y mediar orden de juez que autorice el allanamiento, lo que impide abusos de los agentes de la fuerza pública; asimismo, de existir pruebas de una infracción se debe garantizar la cadena de custodia, a fin de no comprometer la validez procesal de las pruebas obtenidas.

Cabe destacar que la Corte Constitucional ecuatoriana, en dictamen 7-24-EE/24 de 1 de agosto de 2024, en su párrafo 132, estableció lo siguiente:

> Sin embargo, es necesario considerar que no existe una discrecionalidad ilimitada al realizar allanamientos, investigaciones y registros en un estado de excepción. Por el contrario, las medidas que se adopten en un estado de excepción deben ser proporcionales, razonables y deben adecuarse a las exigencias de cada situación. Por lo expuesto, para que esta medida sea proporcional deberá tomarse en cuenta lo previsto en la normativa infra constitucional aplicable.

De similar manera, para los otros derechos que se suspendan o limiten también se observará por parte del Estado que no exista abuso de los servidores públicos, y que, de producirse, hará responsables a los infractores.

6. Las bandas armadas en el Ecuador y las atribuciones del presidente de la República y de la Corte Constitucional

La primera ocasión en que un presidente de la República decretó estado de excepción reconociendo la existencia de un conflicto armado interno fue el 9 de enero de 2024. Como juez de sustanciación o ponente tuve que presentar el proyecto de dictamen que pasó a ser conocido y resuelto por parte del Pleno de nuestra Corte. Obviando la causal relativa a la grave conmoción interna pasaremos a explicar los fundamentos del dictamen 1-24-EE de 29 de febrero de 2024, en los siguientes términos:

El 8 de enero de 2024, el presidente de la República emitió el Decreto Ejecutivo 110 declarando el estado de excepción por grave conmoción interna, resaltando la violencia y criminalidad en el territorio nacional. El día 9 de enero de 2024 emitió el Decreto Ejecutivo 111 que, complementando el anterior, invoca como causal la

existencia de un conflicto armado interno, manifestando que los grupos criminales han alcanzado un nivel mínimo de organización y que su incidencia en enfrentamientos armados confirma la consolidación del crimen organizado entre los años 2014 a 2023, lo que supone el detonante para la actual crisis de seguridad que enfrenta el Ecuador. Arguyó el presidente que la crisis de seguridad que enfrenta el país "dista de manera excepcional de una ola de criminalidad" y, al contrario, evidencia el cometimiento de "actos de violencia sistémica" por parte de actores terroristas, que utilizan armamento bélico de exclusivo uso militar. Por tanto, reconoce "la existencia de un conflicto armado interno" y lo establece como una causal adicional al estado de excepción, de conformidad con el artículo 164 de la CRE.

La Corte Constitucional, de manera previa a determinar si se configuraba la causal invocada y al ser la primera vez que se analizaba la misma, interpretó que únicamente le correspondía realizar un control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional sobre el decreto de estado de excepción; es decir, no era competencia de la Corte efectuar un análisis exhaustivo sobre si los hechos invocados por la Presidencia tenían o no la potencialidad jurídica de generar un ejercicio de control constitucional, ya que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)[7] solamente le exige a la Corte verificar que i) los hechos alegados hayan tenido real ocurrencia, y, que ii) configuren la causal invocada, entre otros requisitos.

Dado que era la primera ocasión en que el Ejecutivo sustentaba un estado de excepción por un conflicto armado interno, la Corte entendió que no podía mantenerse indiferente a tales circunstancias; así, resaltando el proceso evolutivo que caracteriza al derecho –que se desarrolla a partir de los fenómenos sociales–, se tornaba evidente que la experiencia fáctica e incluso doctrinaria de otras latitudes (Convenio de Ginebra de 1949) podría no ser suficiente frente a los escenarios actuales de violencia. El Ecuador, que años atrás se jactaba de ser una isla de paz, en la última década se encuentra inmerso en una inusitada violencia, donde se enfrentan grupos delictivos contra la fuerza pública. Esos grupos armados no tienen un liderazgo claro, como presupone un CANI, pero sí estrategias similares, nexos internacionales con diversos carteles del crimen organizado, una movilidad territorial permanente, están provistos de armamento sofisticado propio de fuerzas armadas estatales, y solo por disputas de liderazgo se enfrentan entre ellos para mantener su hegemonía en determinados sectores de la nación, causando daños y víctimas entre la población civil en general e, incluso, a la propiedad pública y a la imagen de nuestro país en el concierto de las naciones.

7 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 121.

7. Normativa infraconstitucional que se debe observar en el estado de excepción

Por otra parte, como se mencionó, en sus artículos 114 a 139, el COIP desarrolla disposiciones relativas a conflictos armados internacionales o no internacionales, que aplican desde el día en que estos tienen lugar, independientemente de la declaración formal por parte del presidente de la República o de que se decrete el estado de excepción: "Art. 114: Las disposiciones relativas al conflicto armado internacional *o no internacional* se aplican desde el día que este tiene lugar, independientemente de la declaración formal por parte de la presidenta o presidente de la República".

Las normas referidas en los párrafos precedentes revelan que el legislador previó que la existencia de un CANI es una cuestión de facto, atípica, sumamente compleja, que son múltiples los factores que pueden confluir en tal escenario, que no depende de declaraciones o reconocimientos políticos, ni siquiera requiere que las partes involucradas reconozcan su existencia y circunstancias, y no depende del control constitucional que pueda realizar una corte constitucional, pues en el caso ecuatoriano, a la Corte no le corresponde efectuar un análisis exhaustivo para determinar la existencia o no de un conflicto armado interno. Entonces, en el supuesto específico de conflicto armado interno, la Corte Constitucional ecuatoriana, a diferencia de otras causales establecidas en el artículo 164 de la carta suprema, únicamente debe analizar la justificación que presente el presidente al respecto, y si este invoca la causal referida a partir de hechos ciertos y vigentes.

Dicho de otra manera, un conflicto armado interno puede existir con independencia de la declaratoria de estado de excepción. Esto es, el conflicto armado interno podría existir tanto antes como después de la expedición del decreto de estado de excepción, ya que no depende de este. En tal sentido, a la Corte Constitucional solo le corresponde verificar que el decreto ejecutivo describa argumentadamente que hechos ciertos y actuales se enmarcan en lo que podría entenderse como un conflicto armado interno, definición que, por cierto, está en constante evolución.

Conclusiones

La Presidencia de la República de Ecuador expidió nuevos decretos ejecutivos por las causales de grave conmoción interna y conflicto armado interno, mismos que fueron aprobados por la Corte Constitucional en cuanto a la causal de grave conmoción interna, mas no por conflicto armado, al ser una cuestión de hecho que excede nuestras competencias.

Estamos conscientes de la crisis de seguridad que afecta a nuestro país, y de la atribución constitucional del presidente de la República para decretar estado de excepción por conflicto armado interno; sin embargo, en nuestros dictámenes hemos sido reiterativos en que en el Estado de derecho existe una limitación al poder

mediante reglas diseñadas para prevenir abusos y acciones arbitrarias por parte de funcionarios del Estado. Así, hemos hecho énfasis en que el estado de excepción no constituye un mecanismo para evadir las disposiciones constitucionales respecto a derechos fundamentales, como tampoco las relativas a las garantías al debido proceso.

Por todo lo antes expresado, es evidente que enfrentar al crimen organizado requiere la participación del conjunto de la sociedad y el fortalecimiento de la institucionalidad, que resulta lastimada por la penetración del crimen organizado en las instituciones públicas. Para el caso ecuatoriano, en los últimos tiempos se ha constatado una influencia manifiesta de estas estructuras criminales en muchos niveles de la administración de la justicia ordinaria, al pervertir garantías jurisdiccionales como acciones de protección, hábeas corpus y hasta hábeas data, para conseguir la libertad de criminales.

Por supuesto, toda acción que ejecute el Estado debe observar rigurosamente las reglas que nos impone el Estado de derecho, considerando que los derechos fundamentales no pueden perderse frente a las necesidades de la seguridad nacional, única forma de superar la crisis y garantizar los derechos ciudadanos.

Bibliografía

Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política.* Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Lafuente Balle, José María. *Introducción al derecho constitucional.* Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

Oyarte Martínez, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad.* Granada: Comares, Editorial S.L., 2006.

Jurisprudencia

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 49-61, ISSN 2346-0849

Nancy Yáñez Fuenzalida* **(Chile)**

Acceso a mecanismos de reparación constitucional en materia de empresas y derechos humanos: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile

Access to Constitutional Reparations Mechanisms Concerning Business and Human Rights: An Analysis in Light of the Jurisprudence of the Chilean Constitutional Court

Zugang zu konstitutionellen Wiedergutmachungsmechanismen im Bereich Unternehmen und Menschenrechte: eine Analyse im Lichte der Rechtsprechung des chilenischen Verfassungsgerichts

Introducción

La preocupación por las implicancias adversas de la actividad empresarial en los derechos humanos ha incidido en el debate jurídico y político dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, especialmente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ello se ha expresado en la adopción de diversas medidas destinadas a proveer un marco jurídico de derecho internacional que se haga cargo de esta problemática.

En este ámbito se enmarcan las siguientes acciones:

- Proyecto de Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos, con el fin de codificar las responsabilidades respectivas de los Estados y de las empresas (Comisión de Promoción y Protección de los DD. HH. ONU, 1983).

* Ministra del Tribunal Constitucional de Chile.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

- Pacto Global de las Naciones Unidas (2000), iniciativa de responsabilidad social empresarial (RSE) que orienta el accionar de empresas con base en 10 principios, incluyendo la protección de los derechos humanos, los derechos laborales, el medio ambiente y la adopción de medidas anticorrupción.
- Nombramiento de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU para las cuestiones relativas a los DD. HH. y las empresas, con mandato de elaborar principios orientadores en la materia (2005).

Estos principios rectores se basan en el reconocimiento de

a) las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
b) el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
c) la necesidad de que los derechos y las obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.

En esta ponencia analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile a la luz de los principios rectores en materia de empresas y derechos humanos. Nos circunscribiremos a la jurisprudencia constitucional desarrollada en el marco de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, considerando que esta competencia puede ser accionada ampliamente por la ciudadanía para activar el control de constitucionalidad de las leyes cuya aplicación en una gestión judicial pendiente ante la judicatura ordinaria puede producir efectos inconstitucionales, incluyendo eventuales vulneraciones de derechos y garantías fundamentales. Además, en el ejercicio de esta competencia se expresa de un modo más preciso el razonamiento constitucional en la salvaguarda de los derechos humanos.

1. Protección del medio ambiente y sustentabilidad

En relación con la protección medioambiental, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta es una manifestación del mandato constitucional del artículo 5º, el cual dispone el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Este mandato, de acuerdo con el Tribunal, no puede entenderse como una simple norma programática o una declaración de buenas intenciones, en cuyas manos el Estado podría dar o no cumplimiento discrecionalmente, según las circunstancias o justificaciones arbitrarias. Al contrario, este mandato es imperativo y viene a configurar una dimensión avanzada del propio Estado de derecho, bajo la expresión que se ha venido acuñando en la doctrina comparada, de Estado medioambiental

de derecho (en expresión de Montoro Chiner).[1] De esta forma, para cumplir con los fines de protección, preservación y conservación ambientales, el Estado ha diseñado e implementado una institucionalidad medioambiental integrada por organismos administrativos reguladores y fiscalizadores, tales como el Ministerio del ramo, una superintendencia y un servicio de evaluación, así como por los tribunales especiales, y por un marco normativo legal y reglamentario, al cual deben someterse, en igualdad de condiciones y sin excepciones, tanto los agentes privados como los públicos.[2]

En este sentido, se ha concluido que el mandato constitucional del artículo 19, Nº 8, ha sido desarrollado por el legislador de manera amplia y completa, configurando, más que una simple legalidad ambiental, un auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general (concepto en la línea de autores como Planiol, Ripert o Capitant). Tal naturaleza del mandato constitucional y su desarrollo legislativo involucra a los órganos ejecutivos, administrativos y jurisdiccionales en la acción de protección. De ello se deduce que el derecho ambiental tiene una raigambre constitucional y administrativa, por lo que sus normas son de orden público y no pueden ser objeto de transacción o de renuncia en su aplicación, ni por las autoridades ni por los particulares, según se desprende del artículo 6 de la propia Constitución.[3]

1.1. Protección de humedales urbanos

En sentencias roles 13.193, 13.610, 13.609 y 13.626 se rechaza la inaplicabilidad, según sea el caso, de los artículos 1°, incisos primero y segundo –sea que se impugnen total o parcialmente–; 2°, incisos primero y segundo; y 3°, inciso segundo, de la Ley 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. Las requirentes reprochan el procedimiento y la discrecionalidad de la autoridad en la declaratoria de oficio de un humedal urbano.

Es por ello que se ha sostenido que el reconocimiento y la protección de los humedales urbanos se evidencia como conforme y en línea con el texto constitucional, sin que al respecto se advierta una inconstitucionalidad en la aplicación de estas normas al caso específico. En efecto, las argumentaciones que se exponen a lo largo del requerimiento se centran en objetar el proceso llevado a cabo por el Ministerio del Medio Ambiente para declarar de oficio un humedal urbano, esgrimiendo una serie de deficiencias que no son atribuibles al precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita. Ello es resorte de la judicatura ambiental y refiere a una cuestión de legalidad.

---

[1] Sentencia 13.626, considerando 7.

[2] *Ibid*., considerando 8.

[3] *Ibid*., considerando 11.

Tal atribución del Ministerio del Medio Ambiente para declarar de oficio humedales urbanos parece del todo concordante con el orden constitucional y los mandatos que recaen sobre el Estado en materia de protección medioambiental e incluso de cumplimiento de los tratados internacionales ratificados y vigentes en la materia. En efecto, tal facultad se vincula directamente con el alcance de las competencias que el ordenamiento jurídico ha entregado a esa cartera estatal. La protección de un ecosistema de innegable valor para el desarrollo de la vida, sin duda, queda enmarcada dentro de las tareas que le encomienda la ley y fundamenta la existencia de ese Ministerio. No podría ser de otra forma, entendiendo que adoptar medidas tendientes a la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente constituyen un deber del Estado, con fundamento constitucional. En este sentido, su actuación no puede limitarse a la de un Estado que únicamente reacciona frente a las actividades que pudieran lesionar el medio ambiente. Por el contrario, el mandato constitucional le impone un deber de accionar de manera proactiva en la promoción y protección del mismo y, en consecuencia, resulta plenamente compatible la existencia de facultades para actuar de oficio. Como es lógico, el ejercicio de esta facultad debe circunscribirse a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y, en tal contexto, este le corresponde a la judicatura ambiental.

Agrega el Tribunal que las limitaciones a que pueda verse afecto el titular del dominio no son más que una manifestación de lo contemplado en el inciso final del artículo 19, N° 8, de la carta fundamental, que consigna expresamente: "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente", lo cual se ve refrendado en el propio numeral 24 del artículo 19 cuando contempla "la conservación del patrimonio ambiental" como expresión de la función social a que se encuentra sujeta la propiedad privada de la cual derivan limitaciones y obligaciones para esta, las que no pueden llegar al punto de configurar una afectación a las garantías constitucionales como pretenden las requirentes.

A diferencia de lo planteado por la parte requirente, es la propia ley la que contempla expresamente el deber de protección de los humedales urbanos y, como tal, es bajo dicha normativa como se fundamenta la limitación en favor de la conservación del patrimonio ambiental. El reglamento establece los detalles, tanto en lo referido a la determinación del humedal como en lo referente al procedimiento.

Por último, no se advierten diferencias de fondo entre el procedimiento de declaración de oficio de humedal urbano y el de petición de uno o más municipios, como pretenden plantear los requirentes para sustentar la eventual vulneración de garantías constitucionales. En ambos casos, los criterios para determinar la condición y el alcance del humedal serán los mismos; en ambas situaciones hay un plazo de seis meses para la decisión del Ministerio del Medio Ambiente y con prescindencia del origen del procedimiento de reclamación, en los dos casos, el acto administrativo será impugnable ante la justicia ambiental.

1.2. Protección del bosque nativo

En el plano de la protección del bosque nativo, dentro del marco constitucional y legal, nuestro ordenamiento jurídico ambiental-forestal se estructura a partir de la consagración del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (carta fundamental, art. 19, N° 8) y de los deberes estatales correlativos, en orden a velar por que dicho derecho no sea afectado, y tutelar la preservación de la naturaleza. La regulación de dicha garantía fundamental se despliega a nivel legal, con normas de carácter general, como la Ley 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, y con normas de carácter especial, como la Ley 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, y sus reglamentos. Asimismo, Chile ha suscrito importantes convenciones internacionales en la materia, tales como la Convención sobre Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América (Convención de Washington), la Convención sobre Comercio Internacional de Especies de Flora y Fauna Amenazadas de Extinción (Cites), la Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional (Ramsar), y la Convención sobre la Diversidad Biológica (Río), disposiciones todas que, habiendo sido aprobadas como leyes de la República, conforman, junto a las normas de derecho interno, el bloque normativo de acuerdo con el cual se regula la protección jurídica de las masas boscosas autóctonas en nuestro país. La Ley 20.283 es expresión del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza. Si bien el objeto de protección jurídica de la Ley 19.300 constituye el resguardo del medio ambiente en su conjunto, el de la Ley 20.283 es, por su parte, un componente específico de ello (bosque nativo y recursos naturales con los que se interrelaciona), por lo que ambas, en último término, coadyuvan a la materialización del deber estatal de preservar la naturaleza establecido en el artículo 19, N° 8, de nuestra carta política; la primera, en forma general, a través de instrumentos de gestión ambiental y la regulación de la responsabilidad por daño ambiental; la segunda, de manera especial, a través de las normas de protección ambiental e instrumentos de gestión del bosque nativo y sus recursos naturales asociados.[4]

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los sistemas de protección del bosque nativo ha sido unánime en cuanto a la concordancia constitucional de las sanciones que se imponen a privados por infracción de la legislación forestal con las garantías del justo y racional procedimiento.[5]

En la Sentencia rol 13.935, esta magistratura rechazó la inaplicabilidad del artículo 51, parte final, de la Ley 20.283, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, disposición legal por la cual se ordena incrementar en un 200% la multa ya aplicada a quien incurra en corte de bosque no autorizado, junto con retirar del predio, total o parcialmente, los productos resultantes. En el caso concreto, el requirente

[4] Sentencia rol 13.935, considerandos 2 y 3.

[5] *Ibid.,* considerando 4°; Sentencia roles 1.872 y 2.884.

había sido sancionado por el Segundo Juzgado de Policía Local de Puerto Montt con una multa total de más de 800 millones de pesos, en consideración de la poda de bosque nativo "sin previo plan de manejo aprobado" y cuyos productos habrían sido parcialmente retirados del predio.

La mayoría estimó que la alegada afectación del principio de proporcionalidad entre el castigo impuesto y la conducta reprochada, así como sobre el margen que permite al juez regular la cuantía de la sanción, la ponderación de su gravedad, peligro, y la naturaleza y cuantía del daño causado aparecen perfectamente abordadas en la sentencia del Juzgado de Policía Local, como igualmente el estatus económico del infractor y su intencionalidad, lo cual refuta cualquier afirmación en cuanto a acoger el libelo. Asimismo, se desechan los argumentos de una posible vulneración del principio de juridicidad, al descartarse que en el caso exista algún grado de arbitrariedad del sancionador. Lo mismo respecto de los argumentos que alegan una infracción de la igualdad ante la ley, el debido proceso y la seguridad jurídica.

1.3. Protección de recursos pesqueros

En Sentencia rol 13.298, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inaplicabilidad en contra de la preceptiva de la Ley General de Pesca que exige a los pescadores artesanales la inscripción previa en el registro pesquero regional para poder desarrollar la pesca artesanal, para lo cual se debe acreditar la residencia efectiva de al menos tres años en la región respectiva. En la Sentencia, el Tribunal sostuvo que la normativa no puede ser considerada como carente de razonabilidad legislativa, ni carente de sustento en la carta fundamental. En efecto, el fallo sostiene que la extracción racional, controlada y sustentable de los recursos pesqueros constituye un compromiso y un deber para el Estado chileno, desde que este se encuentre vinculado a diversos tratados internacionales en la materia. La inscripción en el Registro es una técnica regulatoria que, en el caso de la pesca artesanal, constituye un título administrativo habilitante para ejercer el derecho preexistente a adquirir el dominio, mediante la ocupación, de los recursos hidrobiológicos por aquellos que se dedican en forma habitual a la pesca en tanto actividad de carácter económico. Como tales especies se encuentran ubicadas en bienes nacionales de uso público, como son los espacios marítimos sobre los cuales Chile ejerce soberanía y jurisdicción, su explotación debe permitir su desarrollo sustentable, y el Estado está obligado a preservarlos, conforme lo dispone el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución.

2. Acceso al agua

El Tribunal Constitucional ha sostenido que, en su calidad de bienes nacionales de uso público, las aguas detentan un estatus jurídico especial determinado por su dominicalización, demanialidad o publificación y se encuentran fuera del comercio

humano. De esta forma, la titularidad del dominio sobre las aguas en su calidad de bienes nacionales de uso público pertenece al Estado, entidad que representa los intereses de la nación y a la que, por tanto, corresponde (si cabe hablar de propiedad) el dominio exclusivo de las aguas. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha permitido que el Estado en ejercicio de la potestad pública que tiene sobre las aguas, les otorgue a los particulares el derecho de usar y gozar de las aguas por medio del otorgamiento de mercedes, licencias o concesiones.[6] Este particular régimen jurídico de las aguas impone al Estado deberes respecto del derecho de propiedad sobre los derechos que ha otorgado a los particulares para usar, gozar y disponer de los recursos hídricos; no obstante, también impone restricciones a los titulares. Estas limitaciones y su legitimidad constitucional deben aceptarse con mayor razón cuando razonamos en relación con un derecho que fue concedido gratuitamente por el Estado para hacer uso exclusivo y excluyente de un bien nacional de uso público, que cumple funciones ambientales y sociales insustituibles, de modo que su disfrute, para cualquier persona, es condición necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como se colige de la reciente reforma constitucional (Ley 21.542), que considera el agua como un insumo básico para la población (cfr. artículo 32, N° 21, de la Constitución).[7]

En este sentido, se ha sostenido que el mecanismo de pago de patente por no uso tiene diversas funciones y finalidades constitucionalmente legítimas, en aras del aprovechamiento racional, sustentable y equitativo de un recurso que es escaso y esencial para la existencia humana. En un sistema cuya distribución opera bajo la lógica del mercado, con el establecimiento de la patente por no uso se busca que los titulares de derechos de aprovechamiento sean quienes efectivamente lo usen, minimizando fallas de mercado derivadas de la acumulación, acaparamiento o especulación que se traducen, en esta lógica, en genuinas barreras de entrada. Por otra parte, se fomenta la redistribución del recurso hídrico a través de la enajenación, forzosa o voluntaria. Finalmente, siempre queda a salvo la posibilidad del titular de renunciar al derecho que no usa, restituyendo su gestión al Estado para su reasignación, a efectos de garantizar sus funciones de consumo humano, ambientales o productivas.[8]

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que, dentro de las dimensiones del uso del agua, es posible reconocer que el derecho al agua y alcantarillado se incluyen de forma implícita en otros derechos y libertades, lo que significa, entre otros, la protección contra cortes arbitrarios o ilegales de los recursos hídricos, y además prestaciones mínimas, que comprendan el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y salud de las personas. Así, al tratarse de un derecho de tal amplitud y significancia por sí mismo y con

---

6 Sentencia 13.462, considerando 8.

7 *Ibid*., considerandos 9 y 10.

8 *Ibid*., considerando 15.

efecto en otros derechos de igual relevancia, resulta imposible admitir que el goce y ejercicio del derecho al agua y alcantarillado sea interrumpido, salvo por motivos de real fuerza mayor que además la propia ley reconozca como imposibles de resistir o mitigar; de lo que se sigue que el suministro de agua y el acceso a alcantarillado deben ser continuos y suficientes, en los términos indicados precedentemente. De tal forma que si los servicios son prestados por privados, tanto su relación con el Estado como la prestación del servicio mismo deben ser moldeadas y configuradas en términos de acceso a un derecho con los caracteres expuestos, tendiendo a asegurar la continuidad del servicio y los estándares de calidad de este.[9]

Respecto del sistema sancionatorio a prestadores de servicios sanitarios, el Tribunal ha sostenido que los bienes jurídicos cautelados son relevantes en la salud pública, el desarrollo social, la equidad social y la sustentabilidad ambiental. El bien jurídico "agua potable" se torna esencial para la vida de las personas, pues con su acceso se logra un estándar sanitario superior, mejorando las condiciones de vida de los sujetos y, en concordancia con la Constitución, se resguarda la integridad física de aquellos que habitan en el territorio chileno. En consecuencia, si se interrumpe o suspende dicho servicio, por causales no previstas en la ley, eventualmente se afectará la integridad de los usuarios, asunto que es previsto por el ordenamiento jurídico, lo que motiva al legislador a aplicar multas como incentivos/costos, para que las empresas prestadoras cumplan con sus obligaciones.[10]

En la Sentencia rol 13.287 se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad respecto de determinadas frases del artículo 11, inciso primero, de la Ley 18.902, por medio de la cual se crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, que contempla sanciones en caso de infracciones que importen deficiencias en la calidad, continuidad u obligatoriedad de los servicios. Para descartar el reproche de vulneración del principio *non bis in ídem*, el Tribunal sostuvo que la sanción resguarda un bien jurídico distinto al estatuto protector del consumidor y, refiriéndose a la jurisprudencia previa de este Tribunal, sostuvo que el agua potable y alcantarillado son indispensables para la vida y la salud de las personas y, en consecuencia, fundamentales para preservar la dignidad de todos los sujetos. En tal sentido, aun cuando el derecho al agua no es reconocido como un derecho humano independiente y expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sí comprende obligaciones específicas del Estado que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, así como el acceso a servicios de saneamiento adecuados, para lo cual resulta esencial que se asegure un suministro y servicio que satisfagan estándares de calidad y continuidad que serán precisados por la ley.

---

9 Sentencia 12.823, considerando 36.

10 *Ibid*., considerando 38.

3. Publicidad, acceso a la información y participación en materia ambiental

El Tribunal ha tenido en consideración el régimen especial de publicidad y acceso a la información ambiental, y ha sostenido que garantizar el acceso a la información ambiental de carácter público es un deber del Estado que no solo se deduce del artículo 8° de la Constitución, sino de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. En efecto, así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de una consulta formulada por Colombia, en marzo de 2016, al expresar que, para efectos del cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados debían cumplir con una serie de obligaciones, las que comprenden, entre otras, obligaciones procedimentales, destinadas a respaldar una mejor formulación de las políticas ambientales. Dentro de estas obligaciones procedimentales se encuentra la de asegurar el derecho de acceso a la información. Para hacer cumplir tales propósitos, el 4 de marzo de 2018, se adoptó en Escazú (Costa Rica), 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, tambien llamado "Acuerdo de Escazú", que fue suscrito por nuestro país en marzo de 2022 y publicado en el *Diario Oficial* de 25 de octubre de ese año.[11] El Tribunal Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias 13.271 y 13.337.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la carta fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas, que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos –garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública– constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionadas como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos.[12]

4. Lucha contra la corrupción

El Tribunal ha sostenido que existe un mandato constitucional de velar por la probidad y prevenir la corrupción, según el artículo 8 de la Constitución y las obligaciones

[11] Sentencia rol 13.053, considerandos 14 y 15.

[12] Sentencia 634, considerando 9.

que ha asumido Chile en instrumentos internacionales tales como la Convención Interamericana en contra de la Corrupción (Decreto 1879 de 29 de octubre de 1998, *Diario Oficial* de 2 de febrero de 1999) o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En tal sentido, desde un punto de vista sistémico, se ha sostenido que la corrupción constituye un fenómeno que afecta la institucionalidad democrática, los derechos humanos y la confianza de la ciudadanía en las instituciones, que se ve menoscabada.[13]

5. Derechos laborales y de seguridad social

El Tribunal Constitucional ha señalado que la carta fundamental extiende el resguardo constitucional al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. De esta forma, la Constitución también protege el trabajo propiamente dicho.[14]

En tal sentido, el Tribunal ha resuelto que la Constitución reconoce todos los derechos fundamentales que se vinculan directamente en una relación laboral: desde la iniciativa económica (art. 19, N° 21), el estatuto jurídico de la contratación laboral en su vertiente individual (libertad de contratación, art. 19, N° 16, inc. 2°), hasta su dimensión colectiva (negociación colectiva o derecho de huelga en el art. 19, N° 16, incs. 5° y 6°), el reconocimiento de la asimétrica relación empleador-trabajador que habilita a este a la constitución de sindicatos (art. 19, N° 19), para concluir con el ejercicio de derechos de seguridad social que se presentan tanto ante contingencias ocurridas durante la relación laboral (accidentes de trabajo, permisos y licencias) como con ocasión de ella (jubilaciones, montepíos o desempleo) y cuya regulación desde la Constitución, en su artículo 19, numeral 18°, encarga al legislador.[15]

El Tribunal, conociendo de impugnaciones de diversos incisos del artículo 162 del Código del Trabajo, que establecen la nulidad del despido por el no pago de cotizaciones previsionales, ha expresado que se trata de una opción legislativa con fundamento constitucional, específicamente, en relación con los derechos de los numerales 16 y 18 del artículo 19 de la Constitución.[16] En este sentido, se ha dicho que la nulidad del despido opera como un mecanismo a través del cual el legislador corrige la eventual asimetría que fluye de las relaciones de trabajo y supervigila el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, habida consideración que es el

---

[13] Sentencia 13.214, considerando 5.

[14] Sentencia 1852, considerando 9, entre otras.

[15] Sentencia 2846, considerando 5, entre otras.

[16] Ver sentencias 13511, 13433, 13352, 13285, 13283, 13174, 13091, 13075, 12962, 12662, 12356, 12265, 12412, 12372, 12940, 1237, entre otras.

empleador quien, a través del descuento de las respectivas cotizaciones previsionales de la remuneración del trabajador, se encuentra obligado a enterarlas.

Asimismo, el principio protector del trabajo ha sido utilizado como un criterio interpretativo por el Tribunal en las sentencias que, modificando la jurisprudencia previa, rechazan requerimientos de inaplicabilidad respecto del artículo 4, inciso primero, de la Ley 19.886, Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, precepto que, en lo sustancial, establece una inhabilidad para contratar con la Administración para las personas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador. En tal sentido, en la Sentencia rol 12.264-21, el Tribunal sostuvo que, entre las diferentes políticas horizontales que pueden adoptarse en la contratación pública, existen múltiples razones para que el Estado exija contratar solo con empresas que cumplan con las leyes laborales, para así evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos que vulneren los derechos de los trabajadores. De esta forma, el establecimiento de incentivos a través de la ley, especialmente en el caso de los derechos de los trabajadores, es legítimo y coherente con el principio protector del trabajo, asegurado en la Constitución y en toda la normativa laboral.[17]

6. Libertad sindical

En la Sentencia rol 11.228 se sostiene que la garantía de libertad sindical tiene un fuerte arraigo a nivel constitucional y como tal no resulta posible afectar tal derecho a partir de la aplicación de preceptos legales que han tenido un fundamento diverso, vinculado al cumplimiento de deberes laborales y no al reproche de conductas sindicales. Así, el Tribunal señala que el empleador ha hecho un juicio de valor de acciones ajenas a los deberes laborales. En este caso concreto, lo que ha ocurrido es que los hechos denunciados por la empresa no han sido establecidos de modo fehaciente en las instancias correspondientes y en el marco de las garantías que proceden en favor de todo aquel a quien se le imputa una conducta contraria al ordenamiento jurídico. En tal sentido, tolerar que la denuncia pudiera ser fundamento suficiente para estimar que existe una falta a la probidad o un incumplimiento de deberes laborales, implicaría poner en tela de juicio la libertad sindical y entregar a la parte empleadora la posibilidad de calificar las actuaciones sindicales libremente e imponer medidas de la mayor gravedad para los trabajadores, sin contrapeso o control alguno. En otras palabras, no es posible que el empleador intente sancionar hechos denunciados ocurridos en el desarrollo de la actividad sindical, a través de un mecanismo de reproche de comportamiento de índole laboral.[18]

---

[17] Ver Sentencias 12925, 12939, 12829, 12804, 12805, 12583, 13072, 13183, 13284, 13334, 13311, 13445, 13591, 13654, entre otras.

[18] Sentencia rol 11.228, considerandos 29 y 30; Sentencia rol 13.951, considerando 10.

7. Pueblos indígenas

El Tribunal Constitucional ha sostenido que los pueblos indígenas forman parte de los "grupos desaventajados" respecto de los cuales es válido que el legislador establezca mecanismos de afirmación positiva, cuyo propósito es hacer efectiva la igualdad ante la ley, puesto que les ha considerado como grupo "socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad cultural que le es propia".[19]

El Tribunal Constitucional, en el marco del control preventivo de constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha sostenido que la expresión "pueblos indígenas" refiere a un conjunto de personas de un país que poseen en común características culturales propias y que tienen derecho a participar y a ser consultadas en materias que les conciernan con sujeción a la Constitución.[20] En tal sentido, la participación a que se refiere el tratado debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. En esta sentencia sostuvo que la propiedad indígena se encuentra amparada por el artículo 19, N° 24, de la Constitución, la que, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado históricamente al legislador a regular las materias indígenas por medio de la ley.[21]

El Tribunal Constitucional ha argumentado que la participación de los pueblos indígenas no pugna con el principio de igualdad de oportunidades en la participación en la vida nacional. La posibilidad de participación que las normas del Convenio 169 de la OIT entregan a los pueblos indígenas, no pugna con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1 constitucional, toda vez que las normas del Convenio disponen un mecanismo de participación, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia.[22]

Conclusiones

El Tribunal Constitucional se ha remitido a los tratados internacionales de protección de derechos humanos y del medio ambiente como baremo de interpretación de la garantía de protección ambiental establecida en el artículo 19, N° 8, de la Constitución. También ha recogido normas que configuran el *corpus iuris* interamericano en materia de protección ambiental, como es el caso de la Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[19] Sentencia 2.552.

[20] Sentencia rol 309.

[21] *Idem.*

[22] Sentencia rol 1.050.

La protección del medio ambiente y sus componentes (medio ambiente, humedales, bosque, agua y recursos naturales) concita un amplio consenso en el razonamiento constitucional. A través de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha fortalecido las potestades regulatorias y sancionatoria de la administración, que se ejercen a través de los órganos especializados.

El marco normativo vigente configura una institucionalidad medioambiental integrada por organismos administrativos-reguladores y fiscalizadores, al cual deben someterse los agentes privados y públicos, dando lugar, bajo el mandato constitucional del artículo 19, N° 8, a un "auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general".

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 63-76, ISSN 2346-0849

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

Redimensionando el proceso constitucional ante el paradigma de la revolución industrial 4.0

Rethinking the Constitutional Process Vis-à-Vis the Paradigm of the Fourth Industrial Revolution

Zur Redimensionierung des Verfassungsprozesses angesichts des Paradigmas der industriellen Revolution 4.0

Introducción

Es común que el servicio judicial, otorgado a los múltiples sectores ciudadanos, vaya adoptando políticas de modernización enfocadas en el uso de las tecnologías. Con la óptica de simplificar los trámites o agilizar las etapas procesales, las entidades jurisdiccionales han fijado su interés en el diseño de herramientas ofimáticas, las cuales permiten a la población obtener respuestas jurídicas en menor tiempo.

No obstante, son contadas las investigaciones en derecho digital que contribuyen a la reingeniería del aparato de justicia, pues la mayor parte de los estudios realizados en la materia aportan ideas respecto al impacto que tendrán las herramientas informáticas en la solución de controversias. Es oportuno que los espacios académicos contribuyan no solo con la identificación de próximos retos del empleo de insumos tecnológicos en el dictado de resoluciones, sino que desarrollen la ruta crítica para reenfocar la tradicional manera de solucionar causas con métodos empíricos, rumbo a la función jurisdiccional cibernética.

Como consecuencia de la dispersión de datos relevantes en la temática, cada iniciativa asumida por los operadores jurídicos con influencia en la innovación surgió ante una necesidad recurrente, demostrando que los aplicativos o *softwares*

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

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

especializados tienden a cubrir una falencia, pero todavía no existe un determinado camino que deban recorrer todas y cada una de las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente.

En mérito a dicha apreciación, los problemas actuales que atraviesa el sistema de justicia intentan remediarse a través de nuevos programas de mero reemplazo a los actuales o virtualizando ciertos elementos procesales, pero dejando de lado a otros cuando la principal dificultad es la ausencia de un plan de renovación judicial, ante el avance acelerado de la era digital.

Sin una adecuada planificación continuarán impulsándose pensamientos aislados, dando paso a leves intentos de reorganización de las instancias encargadas de resolver controversias; sin embargo, las bases se distanciarán paulatinamente de una auténtica reforma judicial en la etapa de globalización.

Bajo los fundamentos expuestos, el análisis que sigue recoge valiosa información sobre la transformación de la judicatura en el siglo XXI, por lo cual se explicarán las vías adecuadas para redimensionar el proceso constitucional, pues se trata de una jurisdicción encargada de la tutela efectiva de derechos y de confrontación de todas las normas jurídicas con la ley suprema del país.

1. Análisis y desarrollo

1.1. La revolución industrial 4.0 y su incidencia en la administración de justicia

Las tres revoluciones industriales que marcaron la historia de la humanidad se caracterizaron por el uso del vapor, la electricidad y, finalmente, la electrónica. En cada una de ellas, las ciencias jurídicas fueron sentando criterios rectores o cánones de cómo satisfacer las exigencias de la sociedad, dotando incluso de mecanismos de solución a los conflictos emergentes durante estas facetas revolucionarias.[1]

El vapor condujo al reclamo de trabajadores, a quienes se les privó de su fuente de trabajo al ser sustituidos por máquinas especializadas o, al contrario, su manejo constante por la masa obrera derivó en accidentes y enfermedades que tuvieron eco en la consolidación de la seguridad social.

En el caso de la electricidad, el panorama dio un giro radical porque comenzaron a forjarse corrientes jurídicas que propugnaban el ejercicio de los derechos de acceso a los servicios básicos, debido a su uso diario, donde la población no podía gozar de un bienestar pleno al carecer de agua, luz, alcantarillado, salud, vivienda u otras mínimas exigencias domiciliarias.

---

[1] Roberto Vila De Prado, "Consecuencias económicas y sociales de la cuarta revolución industrial y estrategias pensadas para la adaptación de la actividad económica", *Revista Aportes de la Comunicación y la Cultura*, n.º 26 (2019): 89-108.

La irrupción de la electrónica maximizó las brechas entre los individuos, preparando el sorpresivo cambio de máquinas de escribir a ordenadores, de teléfonos fijos a celulares móviles o de computadoras estacionarias a *laptops*. Resultaba obligatorio que el derecho interviniera para regular el tránsito de las actividades de escritorio a las tareas bajo la modalidad remota, con las que empezaron los reclamos acerca de las condiciones de uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Con la universalización del internet se articuló la llamada revolución industrial 4.0 que, a diferencia de sus fases predecesoras, es sumamente imparable e incontrolable para las diferentes disciplinas, empero, la norma jurídica debía brindar certidumbre a la humanidad.

Entonces, la evolución e innovación por medio de la conectividad mundial de los seres humanos, utilizando sus dispositivos o instalando *softwares* especializados para las actuaciones diarias que desarrollan, es lo que se conoce como revolución industrial 4.0. Los elementos primordiales que la definen son el internet de las cosas, la toma de decisiones en tiempo real, las predicciones obtenidas mediante patrones previamente analizados, la *machine learning* y el *big data analysis*.[2]

De acuerdo con las tendencias actualizadas de la informática, más que atribuirle características, lo correcto es referirse a pilares tecnológicos de la revolución industrial 4.0, entre los cuales destacan el internet de las cosas, la inteligencia artificial, el *machine to machine*, los sistemas ciberfísicos, el *big data*, la hiperconectividad, la ciberseguridad y el *cloud computing*.

Tampoco debe descuidarse la aplicación de ciertos principios, como la interoperabilidad, la descentralización, la analítica en tiempo real, la virtualización, la orientación al servicio, y la modularidad y escalabilidad que respaldan cualquier iniciativa basada en la tecnología, comprobando que el paradigma revolucionario cibernético está ampliamente sustentado por normas, reglas y principios.[3]

En rigor, cuando se plantean discursos de modernización judicial acudiendo a las TIC no significa que esté concibiéndose una auténtica reforma, pues, para que la administración de justicia esté a la par de la revolución industrial 4.0, es necesario incorporar cuando menos algunos de los citados pilares o principios, con la finalidad de dotar de medios óptimos de tutela a los juzgadores, los sujetos procesales y cuanta persona intervenga en los estrados jurisdiccionales.

Las autoridades del sector justicia están motivadas por incursionar en estos componentes de la nueva etapa de cambios cibernéticos. Las entidades involucradas no tuvieron reparos en utilizar las herramientas ofimáticas, poco a poco respaldaron la virtualización de los trámites o la digitalización de las piezas procesales hasta

---

[2] Rubén Jesús Camargo-Amado y Ana María Mosquera-Ayala, "La revolución industrial 4.0", *Ingeniería y Competitividad* 25, n.º 2 (2023), https://doi.org/10.25100/iyc.v25i2.13294

[3] Alberto Mauricio Pangol Lascano, "Industria 4.0, implicaciones, certezas y dudas en el mundo laboral", *Revista Universidad y Sociedad* 14, n.º 4 (2022): 453-465.

desembocar en el diseño de programas informáticos de gestión de causas, de manejo interno de expedientes o consultas en línea de sus casos.

Sin embargo, el desacierto principal estuvo marcado por el desconocimiento de una ruta de trabajo institucional para que el aparato judicial transite a la etapa jurisdiccional digitalizada, razón por la que las y los jueces solamente asumen las iniciativas tecnológicas de otros países de la región en función de sus resultados, e intentan adecuarlas a su propia realidad.[4]

De esta manera, es indispensable que el proceso constitucional sea redimensionado con base en los referidos pilares que coadyuven en la pronta obtención de resoluciones, determinándose asimismo la incorporación de nuevos principios destinados a justificar la introducción de insumos ofimáticos en contiendas de tutela, de examen normativo o de definición de competencias que se hallan reservadas para los operadores jurídicos de la justicia constitucional.

Sin duda, la realidad de las jurisdicciones establecidas por materia es completamente diferente. Si bien pueden tener puntos de encuentro con la jurisdicción constitucional, ordinaria u otras judicaturas especializadas, en el presente estudio se tomará en cuenta el ámbito de atribuciones relacionadas con el control de constitucionalidad, estableciendo las formas en que los señalados pilares o principios tienen que materializarse en beneficio absoluto de la ciudadanía.

1.2. Nueva identidad digital de los sujetos de tutela

Dudas permanentes invaden el mundo del derecho con relación a si las personas (sean naturales o jurídicas) tienen las prerrogativas suficientes para beneficiarse de la revolución industrial 4.0, porque generalmente los avances de la tecnología e innovación son aplicados en otras áreas del conocimiento ajenas a las ciencias sociales o las humanidades.

Diferentes sectores poblacionales manifiestan que la ciudadanía no puede equipararse a una máquina, ni tampoco debe pretenderse que los emprendimientos revolucionarios tengan que acoplarse a todas las actividades desarrolladas por los individuos. Dicha afirmación surge de juristas que defienden la universalidad en el ejercicio de los derechos, ya que resulta complejo e imprudente que la totalidad de los seres humanos cuenten con las suficientes herramientas informáticas para emplear diariamente las TIC.

Las realidades o los contextos de cada país difieren en temas de salud, educación, servicios domiciliarios, vivienda, etc., inviabilizando la idea de implementar sociedades justas o equitativas. Si de hecho en los Estados del primer mundo (con sus grandes progresos) hay brechas de marginalidad entre las personas, lo mismo

[4] María Carolina Sacoto Romo y Juan Manuel Cordero Moscoso, "E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia", *Foro: Revista de Derecho*, n.º 36 (2021): 91-110, https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.5

sucedería de exigírseles que se mantengan interconectados por internet. Para que el mayor porcentaje de ciudadanos pueda moverse en línea, las autoridades gubernamentales están conminadas previamente a consagrar el derecho humano de acceso a internet.[5]

Por tanto, las instituciones estatales no pueden generalizar los servicios públicos digitales mientras no logren una conexión nacional de sus habitantes. Este fue el argumento compartido por quienes desconfían en que la era tecnológica ingrese en la generalidad de tareas cumplidas por la administración de justicia, pues desde tiempos remotos vienen tramitándose reclamos o dictándose fallos en controversias en las que no ha sido indispensable contar con insumos tecnológicos.

Viendo los resultados positivos que alcanzaron las iniciativas de virtualización de audiencias junto a la digitalización de los servicios judiciales, los juristas conservadores reformularon sus planteamientos para, hoy en día, difundir la premisa de que el universo de personas puede mantenerse interconectado a través de dispositivos móviles u ordenadores, pero que no merecen un tratamiento similar al de una máquina, motivo por el que los pilares o principios de la revolución industrial 4.0 están concebidos hacia otras disciplinas. El derecho queda encargado de resolver situaciones jurídicas derivadas del empleo de esta tecnología, como lo viene desarrollando en las tres etapas precedentes.[6]

Entonces, actualmente, los teóricos apuntan a la alfabetización digital de usuarios, litigantes y funcionarios jurisdiccionales que, al realizarse de manera progresiva, permitirá la tecnologización del aparato judicial, por lo que los países deben incidir en políticas públicas que garanticen el ejercicio pleno del derecho humano de acceso a internet.

Dicha postura es debatida por otro grupo de expertos en derecho digital, que no desconoce que la interconectividad permanente puede ser una limitante, sin embargo, las sociedades han logrado hacerle frente a través de distintas decisiones gubernamentales, como la implementación de redes públicas de internet o la teleeducación, que permitieron la migración paulatina de los métodos clásicos con los que la gente pretende comunicarse, al uso masivo de plataformas virtuales.

De hecho, las legislaciones empezaron a priorizar la materialización del derecho humano de acceso a internet por medio de la adopción del gobierno electrónico, elemento principal al que acuden los profesionales abogados para implementar la revolución industrial 4.0 en el ámbito jurisdiccional, con la denominada identidad digital de los sujetos de tutela.

---

[5] José Juan Anzures Gurría, "Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 53, n.º 158 (2020): 521-552, https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.158.15628

[6] Jean Carlo Mejía Azuero y Alexander Restrepo Ramírez, "Transición digital en la formación y práctica judicial: beneficios y desafíos", *Revista de Derecho*, n.º 60 (2023): 90-108, https://doi.org/10.14482/dere.60.001.416

Es indiscutible que la humanidad no sigue siquiera patrones mínimos comparables a los de los aparatos industriales ni a aquellos sobre los que deban aplicarse insumos de orden tecnológico. No obstante, la identidad digital se constituye en una propuesta sólida para reformar progresivamente los estrados encargados de la atención de disputas legales; de esta manera, la identidad digital comprende la representación de un individuo para participar y ser visible en cualquier escenario del ciberespacio.

Gracias a la definición propuesta, el gobierno electrónico fue expandiéndose a las actuaciones del pueblo mediante la denominada ciudadanía digital, lo que ha posibilitado que la información destinada a identificar e individualizar a todo sujeto también esté disponible en el mundo informático. Por tanto, las relaciones, actos y decisiones jurídicas son completamente válidas si las personas cuentan con ciudadanía digital.

La autoidentificación es el único requisito para que la identidad digital cumpla su finalidad, razón por la que suele exigirse al internauta que cree una cuenta fijando credenciales de ingreso, con las típicas pestañas de llenado de usuario y contraseña. De igual manera, pueden generarse modalidades más seguras a través de claves que cambian periódicamente, llamadas *token*, que la propia entidad pública envía al correo o dispositivo del cibernauta una vez iniciada la sesión. La verificación de rasgos físicos con datos biométricos registrados es un nivel avanzado para garantizar la eficacia de la identidad digital.[7]

Las medidas de seguridad descritas justifican adecuadamente la premisa de la identidad digital para que la ciudadanía participe de la revolución industrial 4.0, sin reparo alguno y en las mismas condiciones de los actos presenciales. Por ello, la reestructuración de las entidades que prestan servicios en cualquier ámbito requiere la inclusión de la ciudadanía digital, de manera tal que se perfeccionen los actos jurídicos con el apoyo de la ofimática, toda vez que el individuo estaría facultado plenamente para realizar sus actividades en línea y sin temor de vulnerar ninguno de sus derechos.[8]

Conforme lo explicado, se concluye que la inclusión de las partes del proceso o el personal judicial por medio de la ciudadanía digital permite la incorporación de los pilares y principios de la revolución industrial 4.0 en la administración de justicia, dando cabida a la llegada de la e-justicia, la cual se adecúa a los cambios tecnológicos para optimizar el uso del tiempo, además de potenciar la comunicación virtual.

---

[7] Valeria Martínez Molano y Erick Rincón Cárdenas, "Problemas y desarrollo de la identidad en el mundo digital", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 10, n.º 2 (2021): 251-276, https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.59188

[8] Alma Rosa Alva de la Selva, "Escenarios y desafíos de la ciudadanía digital en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 65, n.º 238 (2020): 81-105, https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.238.68337

1.3. Recomposición estructural hacia la e-justicia constitucional

Actualmente, la jurisdicción constitucional está dotada de ciertos elementos diseñados con tecnología, empero, no siguió un curso regular de modernización gradual; peor aún, son pocas las voces de juristas que trazan un camino de trabajo para las operadoras y los operadores jurídicos. Como quedó establecido, las instancias judiciales actúan por inercia al acudir a la innovación cuando hay dificultades, mas no contemplan un plan estratégico de tecnologización.

Por ello, la revolución industrial 4.0 ya confiere directrices específicas a todas las áreas del conocimiento, específicamente en el sector jurídico, para emprender la transformación de la manera de impartir justicia. Bajo la consigna de dotar a este sector de nuevas ideas basadas en la cibernética, corresponde referirse a la forma en que los pilares de esta revolución deben adoptarse en cada etapa del procedimiento, compartiendo ejemplos concretos de cómo tendrían que convertirse en realidad para los actores intervinientes del proceso constitucional.

Igualmente, se abordarán los criterios rectores que, previas modificaciones legislativas, tienen que asociarse a los principios que rigen el control de constitucionalidad y sus correspondientes etapas procesales, contribuyendo así a la construcción del concepto denominado e-justicia constitucional.

Respecto a los primeros, cabe puntualizar que los pilares representan soportes imprescindibles para reencausar las labores jurisdiccionales, influenciadas con componentes tecnológicos. Respetando a los teóricos de la cuarta revolución industrial, conviene considerar al menos ocho pilares para una ruta crítica en que las autoridades judiciales logren transformar la justicia de orden tutelar, normativa o competencial.

El internet de las cosas (*internet of things*) es la piedra angular del paradigma tecnológico y, en su calidad de primer pilar, está destinado a interconectar dispositivos u objetos de uso habitual mediante una red. El principal documento de la justicia que puede adecuarse a dicho componente, sin lugar a dudas, es el expediente electrónico constitucional. Desde el ingreso de las causas hasta su depósito en archivos, todavía se apresta a conservar el expediente impreso que agiganta la cantidad de papel en los estrados judiciales.[9]

La reducción en el consumo de papel convencional no puede solucionarse con el uso de papel reciclado. Aunque esta es una práctica que fomenta un espíritu de protección ambiental, tiene como consecuencia el crecimiento desproporcionado de los archivos judiciales. Por esta razón, el internet de las cosas sustenta la inclusión del expediente electrónico constitucional para que el personal (dedicado a labores jurisdiccionales) cuente con un rastreo o manipulación informática de las

[9] Luis Andrés Crespo-Berti, "La red 5G y su impacto en las ciencias jurídicas desde la perspectiva penal", *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 8, n.º 15 (2023): 22-37, https://doi.org/10.35381/racji.v8i15.2570

piezas procesales, de manera tal que exista un monitoreo en tiempo real de cuanta causa ingrese y sea resuelta.

El resultado del internet de las cosas se expresa en una gestión documental digital de las causas constitucionales que evita retardos en la búsqueda de procesos y acelera su trámite.

El segundo pilar prioriza la automatización de tareas y la toma de decisiones con la colaboración de la inteligencia artificial. Para este cometido, las operadoras jurídicas y los operadores jurídicos pueden implementar diferentes estrategias, por ejemplo, la identificación de actividades recurrentes o manuales (como el foliado, registro, sorteo y entrega de expedientes) que, debido a su práctica habitual o diaria, son posibles de digitalizarse para destinar el tiempo a otras acciones que demandan análisis profundo.

De igual forma, está en boga la teoría de la predicción judicial, en la que resulta viable anticipar las respuestas jurídicas, que deberán asumirse por juzgadores con base en lo resuelto en casos análogos. Por ello, la sistematización de jurisprudencia constitucional es la medida que conducirá al diseño de programas autónomos, dedicados a ofrecer alternativas de veredictos al personal jurisdiccional.[10]

Sin embargo, no se trata de reemplazar el razonamiento humano por la interpretación algorítmica; por el contrario, significa estandarizar las sentencias y generar certidumbre en la población respecto a su situación jurídica, como una alternativa óptima para problemas frecuentes en los que existe una línea jurisprudencial reiterada.

En ambos extremos, el empleo de la inteligencia artificial dará curso a la implementación progresiva del sistema de predictibilidad de resoluciones y automatización de actos procedimentales, con lo cual se generan sentencias uniformes sin precedentes contrapuestos; es más, facilitará el flujo de expedientes en plazos cortos con un mayor control por parte del personal.

El *machine to machine*, popularmente llamado M2M, es el tercer pilar de la revolución tecnológica por el que queda establecido un intercambio de información entre dos artefactos como computadoras, dispositivos móviles, tabletas, servidores u otros similares. En ciertas jurisdicciones, las notificaciones a los sujetos procesales todavía son presenciales, empero, también viene cumpliéndose la ejecución de comunicaciones por vía celular o correo electrónico.[11]

Los actuados pueden acompañarse de tecnología de automatización de procesos robóticos (RPA) o del reconocimiento óptico de caracteres (OCR), los cuales tendrán como efecto la adopción de una agenda judicial electrónica, comprobando la utilidad del *machine to machine* en las notificaciones realizadas por la jurisdicción

---

[10] Andrés Mansilla, "Apuntes para la formalización de una teoría de autómatas judiciales", *Inter Disciplina* 10, n.º 27 (2022): 271-88, https://doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2022.27.82155

[11] Ingry Nathaly Salamanca Rativa, "Técnicas de aprendizaje automático aplicadas en los sistemas de predicción", *Tecnología Investigación y Academia* 8, n.º 1 (2021): 37-53.

constitucional. Cambiaría el hecho de presentarse periódicamente a las oficinas de salas, cortes o tribunales constitucionales, pues automáticamente se enviarían alertas de manera ágil y sin importar la localidad en la que habiten las partes.

El cuarto soporte tecnológico está constituido por el sistema ciberfísico o CPS (cyber-physical system), que combina un aparato físico con un *software* especializado. El autoservicio es común entre la ciudadanía, donde máquinas cargadas con programas amigables facilitan las actividades desarrolladas por las personas en bancos, supermercados, kioskos, farmacias, entre otras.

La jurisdicción constitucional es un servicio en el que el universo litigante requiere información oportuna sobre el estado de causas e igualmente datos jurisprudenciales importantes. Con este propósito, los usuarios –o quienes acuden a instalaciones de las entidades vinculadas a la impartición de justicia constitucional– están acostumbrándose a utilizar pantallas táctiles para efectuar el seguimiento de sus casos; sin embargo, aprovechando las ventajas de los sistemas ciberfísicos, es factible pensar en módulos de consulta de expedientes, búsqueda de información institucional o centros multifunción usando los típicos paneles o tabletas, sin que esto signifique desechar los aplicativos móviles.

En efecto, los sistemas ciberfísicos únicamente complementan las páginas web o programas informáticos en vigencia, pero, a diferencia de los *softwares* en línea, le permiten al justiciable interactuar con un auténtico aparato judicial constitucional, siendo un signo de transparencia e innovación tecnológica para que la gente se acostumbre a consultar ofimáticamente sus procesos o contar con una base de jurisprudencia sistematizada de búsqueda presencial.[12]

Por los grandes volúmenes de datos jurisdiccionales que deben compartirse en la comunidad jurídica, el *big data* es la quinta herramienta 4.0 de gestión informática en sede constitucional. El diálogo jurisdiccional (entre jueces locales o interamericanos) implica una práctica generalizada que coadyuva a la consolidación del derecho comparado, pues cuanto más se socialicen experiencias enriquecedoras en la solución de conflictos, mayores son las oportunidades de dictar resoluciones que materialicen los derechos fundamentales.

Las innumerables sentencias pronunciadas en materia de derechos humanos demandan que las autoridades de la justicia constitucional permitan la interconectividad legal de altas cortes y tribunales judiciales, a fin de socializar las decisiones asumidas por otros operadores jurídicos. Los compromisos internacionales adquiridos por los Estados han llevado a sus juzgadores a incorporar técnicas avanzadas de *big data* con las que se limiten posibles violaciones de los derechos humanos.[13]

---

[12] Ángela García Jiménez, "Las nuevas tecnologías y la administración de justicia: un nuevo paradigma para los juristas, en especial los jueces", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, n.º 2 (2021): 309-317, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi2.12459

[13] Evelyn Téllez Carvajal, "Análisis documental sobre el tema del big data y su impacto en los derechos humanos", *Derecho PUCP*, n.º 84 (2020): 155-188, https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006

Así pues, la toma de decisiones quedará sujeta a estándares universales, regionales o comparados, precautelando que las entidades jurisdiccionales locales respeten las obligaciones jurídicas contenidas en tratados o convenios en la materia.

Existe renuencia en un grupo de profesionales de la abogacía, quienes señalan que es contraproducente exponer los datos personales de las partes o afectar la privacidad e intimidad de los sujetos procesales a consecuencia de la masificación del *big data* en el ámbito constitucional. Lo cierto es que dicho instrumento cibernético se constituirá en un repositorio digital de tratamiento hacia sectores con mayor grado de vulnerabilidad; entonces, las críticas sobre el empleo del *big data* para difundir sentencias relevantes no tiene asidero, porque pueden programarse algoritmos de búsqueda encriptando la información personal de los individuos solo a través de la visualización de sus iniciales.

La sexta iniciativa que revolucionará el servicio ofertado por la jurisdicción constitucional es la hiperconectividad, en la que las personas mantienen una interconexión con los entornos digitales y su quehacer diario, por lo que la habilitación de datos móviles se convierte en una necesidad para garantizar el flujo de la información. Las plataformas de las judicaturas presentan fallas, con cortes masivos o suspensión temporal de actividades, motivo por el que la hiperconectividad apuesta por la contratación de servidores dedicados a la base de datos constitucionales, evitando la caída masiva en perjuicio del pueblo que reclama la prestación ininterrumpida de servicios.

Hiperconectividad no significa que los funcionarios judiciales deban permanecer toda la jornada laboral en línea, sino que las autoridades de la justicia constitucional ofrezcan una atención constante, libre de saturaciones y sin riesgos de colapso en determinados horarios, canalizando una comunicación remota (sincrónica y asincrónica) entre el operador jurídico o los actores que participan en las acciones, recursos o demandas interpuestas.[14]

Los anteriores elementos tendrán que acoplarse a un entorno que evite ataques virtuales, lo que justifica que el aparato jurisdiccional proteja los sistemas informáticos ante prácticas malintencionadas. En rigor, el séptimo pilar de la revolución industrial 4.0 implica la puesta en marcha de la ciberseguridad, tanto en ambientes de trabajo interno, donde son comunes actuaciones personales contrarias a la ética con el filtrado de resoluciones, como fuera de las instalaciones judiciales en las que tendrá que procurarse un alto grado de confiabilidad de los litigantes.[15]

Para quienes desarrollen funciones en sede constitucional, es preciso contar con capas de protección de inicio de sesión, a través de la autenticación multifactor

---

[14] Florencia Enghel, "Vida cotidiana y justicia de género en Argentina. Prácticas comunicacionales durante la pandemia", *Inmediaciones de la Comunicación* 17, n.º 2 (2022): 186-203, https://doi.org/10.18861/ic.2022.17.2.3336

[15] Maribel Patricia Rodríguez-Márquez, "Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano", *Revista UIS Ingenierías* 20, n.º 3 (2021): 19-46.

(MFA), gestionando que solamente el personal autorizado pueda acceder a la información jurisdiccional; asimismo, deben diseñarse programas de gestión de identidades y accesos (IAM), con el propósito de monitorear el tipo de datos manejados y quiénes acceden a la información institucional, limitando la posibilidad de divulgar contenido oficial sin previa autorización de las autoridades competentes.

La prevención de ciberataques requiere la elaboración de una red constitucional segura a través de protocolos informáticos contra *malware*, *phishing* u otros tipos de *software* maliciosos, evitando la vulnerabilidad de cuantos aplicativos, sistemas o páginas estén administradas bajo tuición de la justicia constitucional.

El octavo y último componente de la industria revolucionaria se denomina *cloud computing*, que da lugar a la implementación de TIC en las etapas procesales, utilizando obligatoriamente internet por medio de la llamada nube.

Una sociedad eminentemente tecnológica no puede confiar en que los archivos digitales permanezcan almacenados en un ordenador de escritorio protegido por un antivirus; por tanto, el aparato judicial constitucional debe prever un espacio en la nube de información jurisdiccional, aspecto por el que los presupuestos económicos próximos tendrán que enfocarse en la construcción de una infraestructura digital, donde se alojen expedientes, jurisprudencia o toda resolución dictada, sin importar la cantidad de espacio.[16]

A modo de reflexión queda referirse a los criterios rectores que guiarán este emprendimiento transformador de la justicia constitucional, destacando seis principios que propugna la revolución industrial 4.0, descritos de manera sumaria porque solamente sirven de orientación para las operadoras y los operadores jurídicos.

El primero es la interoperabilidad, la cual señala que en las entidades jurisdiccionales todas las actuaciones deben mantenerse abiertas e interactuar entre sistemas. En cambio, el segundo principio toma en cuenta la descentralización, entendida como la capacidad de prever subprocesos de naturaleza autónoma para evitar la saturación del sistema judicial; por ello, si bien deben existir portales por cada jurisdicción especializada, estos deben mantenerse interoperables.

La analítica en tiempo real, relativa al tráfico de datos jurídicos en plazos cortos, sin sobrecargar los sistemas de gestión procesal y la virtualización, a fin de celebrar audiencias en línea o realizar trámites de manera remota, implican el tercer y cuarto principio por considerar las iniciativas tecnológicas en materia de control de constitucionalidad. A ellos se suma la orientación al servicio, con la premisa de organizar capacitaciones para que el pueblo pueda incursionar en la justicia cibernética, cuya preparación requiere también términos simples, liberados de formalismos y revestidos de un lenguaje sencillo.

---

[16] Ahmed Moustafa Aldabousi, "Los problemas jurídicos a los que se enfrenta la celebración de contratos de computación en nube", *Revista Universidad y Sociedad* 15, n.º 3 (2023): 602-611.

Por último, y quizá uno de los principios fundamentales, concierne a la modularidad y escalabilidad, que significa adoptar progresivamente las ideas, evaluarlas conforme a pruebas pilotos y, en función de los resultados obtenidos, incorporarlas en el proceso constitucional, garantizando un trabajo ordenado en el que primen los aspectos positivos de beneficio colectivo hacia el litigante.

Finalmente, en el cuadro que sigue se sistematizan los elementos necesarios para la modernización de la jurisdicción constitucional hacia la e-justicia constitucional.

Elementos de la e-justicia constitucional

Pilares de la revolución industrial 4.0	Resultados esperados en la e-justicia constitucional	Principios la revolución industrial 4.0
Internet de las cosas (*internet of things*)	Gestión documental digital de las causas constitucionales.	• Interoperabilidad. • Descentralización. • Analítica en tiempo real. • Virtualización. • Orientación al servicio. • Modularidad y escalabilidad.
Inteligencia artificial	Sistema de predictibilidad de resoluciones y automatización de actuados procedimentales.	
Machine to machine	Agenda judicial electrónica.	
Sistema ciberfísico	Módulos de consulta de expedientes, búsqueda de información institucional o centros multifunción.	
Big data	Repositorio digital de tratamiento hacia sectores con grado de vulnerabilidad.	
Hiperconectividad	Servidores dedicados de bases de datos constitucionales.	
Ciberseguridad	Red constitucional segura a través de protocolos informáticos contra *malware*, *phishing* u otros tipos de *software* maliciosos.	
Cloud computing	Nube de información jurisdiccional.	

Fuente: Elaboración propia según datos recabados e información interpretada (2024).

Conclusiones

Los impulsores de la revolución industrial 4.0 diseñaron pilares y principios que permiten la inclusión de iniciativas tecnológicas aplicadas al sector judicial. Para lograr que el aparato judicial se revista de componentes de innovación durante la toma de decisiones, deben asumirse políticas institucionales de masificación del uso de la identidad digital entre la comunidad jurídica, siendo válidas todas las

actuaciones que los sujetos realicen en la era digital, pues están amparadas en la materialización del derecho humano de acceso a internet, que deviene en el reconocimiento pleno de la ciudadanía digital.

De esta manera, el proceso constitucional podrá redimensionarse en la medida en que las partes acrediten su condición de cibernautas y estén facultadas para intervenir en las mismas condiciones que las derivadas de su presencia física. Adicionalmente, la justicia constitucional transitará a la e-justicia asumiendo paulatinamente dichos pilares y principios para que, en el marco de este paradigma de cambios industriales, sean resueltas las causas en tiempos razonables apoyándose en las TIC.

Bibliografía

Aldabousi, Ahmed Moustafa. "Los problemas jurídicos a los que se enfrenta la celebración de contratos de computación en nube". *Revista Universidad y Sociedad* 15, n.º 3 (2023): 602-611.

Alva de la Selva, Alma Rosa. "Escenarios y desafíos de la ciudadanía digital en México". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 65, n.º 238 (2020): 81-105. https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.238.68337

Anzures Gurría, José Juan. "Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 53, n.º 158 (2020): 521-552. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.158.15628

Camargo-Amado, Rubén Jesús y Ana María Mosquera-Ayala. "La revolución industrial 4.0". *Ingeniería y Competitividad* 25, n.º 2 (2023). https://doi.org/10.25100/iyc.v25i2.13294

Crespo-Berti, Luis Andrés. "La red 5G y su impacto en las ciencias jurídicas desde la perspectiva penal". *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 8, n.º 15 (2023): 22-37. https://doi.org/10.35381/racji.v8i15.2570

Enghel, Florencia. "Vida cotidiana y justicia de género en Argentina. Prácticas comunicacionales durante la pandemia". *Inmediaciones de la Comunicación* 17, n.º 2 (2022): 186-203. https://doi.org/10.18861/ic.2022.17.2.3336

García Jiménez, Ángela. "Las nuevas tecnologías y la administración de justicia: un nuevo paradigma para los juristas, en especial los jueces". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, n.º 2 (2021): 309-317. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi2.12459

Mansilla, Andrés. "Apuntes para la formalización de una teoría de autómatas judiciales". *Inter Disciplina* 10, n.º 27 (2022): 271-288. https://doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2022.27.82155

Martínez Molano, Valeria y Erick Rincón Cárdenas. "Problemas y desarrollo de la identidad en el mundo digital". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 10, n.º 2 (2021): 251-276. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.59188

Mejía Azuero, Jean Carlo y Alexander Restrepo Ramírez. "Transición digital en la formación y práctica judicial: beneficios y desafíos". *Revista de Derecho*, n.º 60 (2023): 90-108. https://doi.org/10.14482/dere.60.001.416

Pangol Lascano, Alberto Mauricio. "Industria 4.0, implicaciones, certezas y dudas en el mundo laboral". *Revista Universidad y Sociedad* 14, n.º 4 (2022): 453-465.

Rodríguez-Márquez, Maribel Patricia. "Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano". *Revista UIS ingenierías* 20, n.º 3 (2021): 19-46.

Sacoto Romo, María Carolina y Juan Manuel Cordero Moscoso. "E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 36 (2021): 91-110. https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.5

Salamanca Rativa, Ingry Nathaly. "Técnicas de aprendizaje automático aplicadas en los sistemas de predicción". *Tecnología, Investigación y Academia* 8, n.º 1 (2021): 37-53.

Téllez Carvajal, Evelyn. "Análisis documental sobre el tema del Big Data y su impacto en los derechos humanos". *Derecho PUCP*, n.º 84 (2020): 155-188. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006.

Vila De Prado, Roberto. "Consecuencias económicas y sociales de la cuarta revolución industrial y estrategias pensadas para la adaptación de la actividad económica". *Revista Aportes de la Comunicación y la Cultura*, n.º 26 (2019): 89-108.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 77-89, ISSN 2346-0849

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

Usos y desafíos de la inteligencia artificial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense

Applications and Challenges Posed by Artificial Intelligence in the Constitutional Chamber of Costa Rica's Supreme Court of Justice

Der Einsatz und die Herausforderungen der künstlichen Intelligenz im Verfassungssenat des Obersten Gerichtshofs von Costa Rica

Introducción

A manera de breve exordio, una definición sencilla de la inteligencia artificial (IA) sería un conjunto de programas, software, que transfieren capacidades humanas (cognitivas y de toma de decisiones) a computadoras, con base en datos, instrucciones y objetivos que son alimentados por personas. La última frontera desarrollada es la de la IA generativa.

Son múltiples los beneficios de la IA: enorme capacidad para almacenar y procesar información, automatización de tareas repetitivas, superación de barreras idiomáticas, entre otras. De los riesgos hablaremos al repasar la novedosa regulación de la Unión Europea (UE).

Goretty Carolina Martínez Bahena nos recuerda que el *íter* que recorren las personas juzgadoras para producir una sentencia es, de cierta forma, emulable por un sistema de IA:

> El ejercicio de la función judicial está vinculado con los procesos de pensamiento que realizan los impartidores de justicia para resolver los conflictos sometidos a su consideración, en los que convergen la ley, los hechos,

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

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

> las pruebas, criterios jurisprudenciales, etcétera. Las sentencias […] son un reflejo de cómo los jueces estructuran los insumos cognitivos que les fueron proporcionados durante el juicio [el proceso] para llegar a la conclusión que finalmente les lleva a dictar una sentencia.[1]

Sin embargo, más adelante detallaremos que esta analogía está permeada por restricciones de orden tecnológico, ético y de derecho.

1. Beneficios de la inteligencia artificial en la administración de justicia costarricense

Ahora bien, entrando ya en el caso de la administración de justicia costarricense, en primer término, quisiera destacar que el Poder Judicial ha puesto en marcha programas pioneros desde el punto de vista tecnológico. Ejemplo de esto es la implementación del expediente electrónico desde 2009, programa que se probó en 2010 en la Sala Constitucional en acciones de inconstitucionalidad, para extenderse al año siguiente a los demás tipos de proceso. Se cuenta con un grupo de profesionales en informática altamente calificados, comprometidos e innovadores (Departamento de Tecnología de la Información).

El Poder Judicial de Costa Rica enfrenta múltiples retos que afectan su capacidad operativa y eficiencia, entre los que se destacan los recortes presupuestarios y la pérdida de talento humano. Estas dificultades hacen imperativo encontrar maneras innovadoras de optimizar los recursos disponibles y mejorar la productividad.

En este contexto, la IA se presenta como una solución viable y efectiva para mejorar la justicia, ya que permite automatizar tareas rutinarias y repetitivas, optimizar recursos y aumentar la eficiencia operativa de los procesos.

Desarrollar soluciones basadas en IA no es solo una opción, sino una necesidad estratégica, ya que estas soluciones permiten asegurar servicios de alta calidad y justicia eficiente, incluso en tiempos de desafíos significativos.

Desde el año 2017, el Poder Judicial de Costa Rica, con recursos internos, comenzó una investigación sobre las soluciones disponibles en el mercado que aprovechan la IA para la automatización de procesos y optimización de recursos. Se realizaron pruebas controladas con modelos de Google, Microsoft y algunas soluciones de *software* libre para análisis de sentimientos, creación de chatbots, predicciones a través de aprendizaje automatizado, reconocimiento de caras y tatuajes, transcripción de voz a texto y procesamiento de lenguaje natural.

---

[1] Goretty Carolina Martínez Bahena, "La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho", *Alegatos*, n.° 82 (2012).

Paralelamente, se inició una sensibilización institucional sobre la importancia de las organizaciones basadas en datos, resaltando la necesidad de contar con información de calidad para entrenar modelos de IA.

Como resultado de estas investigaciones, en 2018 se implementó la primera solución con IA, llamada ChatbotPJ.[2] Esta herramienta interactúa con las personas de forma transparente, respondiendo consultas sobre información del Poder Judicial. Cada oficina ha elaborado un listado de preguntas frecuentes, lo que ha permitido mejorar continuamente esta solución y mantenerla actualizada. El ChatbotPJ permite atender consultas 24/7; durante 2023 registró 136.000 interacciones, generando un ahorro aproximado de $35.931 para el Poder Judicial de Costa Rica.

En 2019 se inició la contratación encaminada a definir la arquitectura y los modelos adecuados para desarrollar una solución de tipificación de documentos. Este robot es capaz de leer aproximadamente 140.000 escritos recibidos mensualmente en materia de cobros y clasificarlos sin intervención humana, lo que permite a los diferentes despachos conocer los escritos pendientes y asignar de manera eficiente las cargas de trabajo.

La integración con los sistemas actuales para la gestión de expedientes digitales comenzó en 2020, seguida por la implementación nacional en 2021. Solo en 2024, el robot clasificó sin intervención humana 916.000 escritos, generando un ahorro aproximado de USD$214.000, equivalente al trabajo de 24 personas a nivel nacional. Esto no solo implica ahorros económicos, sino que también permite a los funcionarios dedicarse a tareas más complejas, mejorando la efectividad de los procesos.

El año pasado, la solución del tipificador de documentos para la materia de cobros ganó el "Premio del II Concurso de Justicia y Tecnología de la IX Feria de Justicia y Tecnología de la Cumbre Judicial Iberoamericano", como una solución innovadora en los procesos de justicia.

Además, se ha desarrollado una solución que, analizando el comportamiento histórico de los expedientes en materia penal, puede predecir cuáles expedientes actualmente activos son susceptibles de prescribir. Esto permite a los diferentes juzgados tomar decisiones proactivas para atender estos casos, asegurando que se actúe de manera oportuna y se evite la prescripción de casos importantes.

Con el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) –ente del Poder Judicial, auxiliar de los tribunales penales y del Ministerio Público– se está probando una nueva solución que automatiza la clasificación de las denuncias recibidas a través de modelos de inteligencia artificial; esto es crucial para mejorar la eficiencia y precisión en el manejo de casos. Esta automatización permite procesar un gran volumen de denuncias rápidamente, reduciendo significativamente el tiempo de respuesta y permitiendo a los investigadores enfocarse en tareas más complejas y de mayor valor añadido.

Además, garantiza una clasificación consistente y libre de sesgos humanos, lo que contribuye a una gestión más justa y equitativa de los casos. En última instancia,

[2] Chat en línea del Poder Judicial, https://chatbotpj.azurewebsites.net/

esta tecnología mejora la capacidad operativa del organismo, optimiza el uso de recursos y aumenta la satisfacción de la ciudadanía al proporcionar un servicio más rápido y efectivo.

En el área administrativa se han desarrollado modelos de IA capaces de predecir la ejecución presupuestaria anual, permitiendo a los administradores regionales tomar decisiones proactivas sobre el presupuesto. Estas soluciones ganaron el primer lugar en la categoría de Mejora de procesos del INOVARACSA2019, concurso nacional que reconoce los esfuerzos en innovación dentro de las instituciones públicas de Costa Rica.

En la actualidad, y aprovechando la tercera ola de la inteligencia artificial, de forma proactiva, el Poder Judicial de Costa Rica está trazando una nueva ruta de desarrollo de soluciones que aprovechen al máximo los modelos generativos. Se espera crear herramientas capaces de redactar borradores de sentencias, realizar búsquedas precisas de precedentes legales y analizar grandes volúmenes de datos con rapidez y precisión. Esto no solo reducirá costos y tiempos de procesamiento, sino que también liberará a los profesionales del derecho para concentrarse en tareas de mayor valor añadido, como la interpretación de leyes y la atención a casos complejos.

El Poder Judicial de Costa Rica ha demostrado un compromiso ejemplar con la innovación y la eficiencia mediante la adopción de soluciones basadas en inteligencia artificial; frente a los desafíos existentes se han implementado tecnologías avanzadas para la automatización de tareas rutinarias, optimización de recursos y mejora la eficiencia operativa.

Desde la creación de ChatbotPJ hasta la implementación de sistemas para la tipificación de documentos y la predicción de la prescripción de expedientes, estas iniciativas no solo han generado importantes ahorros económicos, sino que también han liberado a los funcionarios para enfocarse en tareas más complejas.

Al mantenerse a la vanguardia de la tecnología y continuar explorando nuevas aplicaciones de modelos generativos, el Poder Judicial de Costa Rica está trazando una ruta clara hacia un futuro de justicia más rápida, precisa y eficiente, asegurando servicios de alta calidad, incluso en tiempos de adversidad.

Concretamente, en relación con la Jurisdicción Constitucional, hay una oportunidad de recurrir a estas aplicaciones para aquellos tipos de recursos que ingresan masivamente, con formatos similares y que generalmente desencadenan una respuesta uniforme de la Sala.

Enfrentamos una cantidad creciente de procesos de amparo (26.000 procesos en general, a 23 de setiembre de 2024, de los cuales, el amparo constituye el 90% y, de este 90%, los recursos relacionados con el derecho a la salud, cerca de 40%) y esto con el mismo recurso humano de hace más de cinco años, con las evidentes secuelas de cansancio y constante reinvención de la Sala. Las oportunidades que brinda la IA en tareas repetitivas han dado lugar a un proyecto que se pretende poner en marcha a corto plazo (2025).

2. Respuesta desde la Constitución al impacto de la IA en los derechos fundamentales

Es abundante la doctrina que, en distintos países, propone reflexiones sobre los desafíos, las bondades y los límites a la IA. Costa Rica no es la excepción.[3]

Considerada desde la Constitución y el rol del texto fundamental en la tutela de los derechos fundamentales, cabe identificar dos retos principales: 1) la ausencia de regulación y 2) el acelerado avance de la tecnología, lo que incluye el desarrollo de la IA.

Respecto de la *ausencia de regulación* en el contexto costarricense, el artículo 16 de la Ley General de Administración Pública recoge el principio según el cual el régimen de los derechos fundamentales compete al legislador. De suerte que no es simplemente tener conciencia de este vacío, sino entender que es constitucionalmente deseable la intervención del legislador en el campo, sin que hasta el momento se cuente con un producto de esas características, pues las iniciativas se encuentran en una etapa muy temprana.[4]

No debe descartarse el papel crucial que podría jugar el derecho supranacional en esta materia, sobre todo si estamos pensando en herramientas y tecnologías globalizadas y que circulan a través de internet.

Un ejemplo de esta opción son las regulaciones del derecho comunitario europeo, en cuyo marco el Parlamento Europeo aprobó el 13 de marzo de 2024 una regulación de inteligencia artificial, con el fin de garantizar la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales, al tiempo que impulsa la innovación[5] y busca conseguir un objetivo específico:

> … proteger los derechos fundamentales, la democracia, el Estado de derecho y la sostenibilidad medioambiental frente a la IA que entraña un alto riesgo,

---

[3] Alfredo Chirino Sánchez, "Inteligencia artificial y justicia penal. Aproximación a los problemas de la justicia algorítmica en el momento actual", en *Temas sobre el Estado social y democrático de derecho: vigencia y deterioro*. En homenaje a Fernando Cruz Castro, comp. por Haideer Miranda Bonilla y Magally Hernández Rodríguez (San José: Editorial Isolma S.A., 2023), 455-481; y Andrés González Porras, "La necesidad de regulación jurídica ante los sesgos de la inteligencia artificial", *ibid*., 483-507.

[4] Además del proyecto del Expediente Legislativo 23919, se cuenta con un experimento para generar, por medio de ChatGPT, un proyecto de ley de regulación de la IA (Expediente 23771), lo cual no puede entenderse como una opción realista de uso de la IA generativa. "Costa Rica: presentan proyecto de ley elaborado por ChatGPT4", *Deutsche Welle*, 31 de mayo de 2023, https://www.dw.com/es/costa-rica-presentan-proyecto-de-ley-elaborado-por-chatgpt4/a-65775834

[5] Parlamento Europeo. Noticias, "La Eurocámara aprueba una ley histórica para regular la inteligencia artificial", 13 de marzo de 2024, https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial

> impulsando al mismo tiempo la innovación y erigiendo a Europa en líder del sector. El Reglamento fija una serie de obligaciones para la IA en función de sus riesgos potenciales y su nivel de impacto.[6]

Las normas prohíben ciertas aplicaciones de inteligencia artificial que atentan contra los derechos de la ciudadanía, como los sistemas de categorización biométrica basados en características sensibles y la captura indiscriminada de imágenes faciales de internet o grabaciones de cámaras de vigilancia para crear bases de datos de reconocimiento facial. También prohibirá el reconocimiento de emociones en el lugar de trabajo y en las escuelas, los sistemas de puntuación ciudadana, la actuación policial predictiva (cuando se base únicamente en el perfil de una persona o en la evaluación de sus características) y la IA que manipule el comportamiento humano o explote las vulnerabilidades de las personas.

El uso de sistemas de identificación biométrica por parte de las fuerzas de seguridad queda prohibido *a priori*, salvo en situaciones muy concretas y bien definidas. Los sistemas de identificación biométrica "en tiempo real" solo se podrán emplear si se cumplen una serie de salvaguardias estrictas; por ejemplo, su uso se limita a un periodo y lugar específicos y cuenta con una autorización judicial o administrativa previa. Entre estos casos pueden figurar la búsqueda selectiva de una persona desaparecida o la prevención de un atentado terrorista. Recurrir a estos sistemas *a posteriori* se considera un uso de alto riesgo, que requiere autorización judicial al estar vinculado a un delito penal.

También se prevén obligaciones claras para otros sistemas de IA de alto riesgo, debido a que pueden ser muy perjudiciales para la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, el medio ambiente, la democracia y el Estado de derecho. Algunos ejemplos de usos de alto riesgo de la IA son las infraestructuras críticas, la educación y la formación profesional, el empleo, los servicios públicos y privados esenciales (por ejemplo, salud o la banca), determinados sistemas de las fuerzas de seguridad, la migración y la gestión aduanera, la justicia y los procesos democráticos (como influir en las elecciones).

Estos sistemas deben evaluar y reducir los riesgos, mantener registros de uso, ser transparentes y precisos y contar con supervisión humana. Los ciudadanos tendrán derecho a presentar reclamaciones sobre los sistemas de IA y a recibir explicaciones sobre las decisiones basadas en ellos que afecten sus derechos.

Los sistemas de IA de uso general y los modelos en los que se basan deben cumplir ciertos requisitos de transparencia, respetar la legislación de la Unión Europea sobre derechos de autor y publicar resúmenes detallados del contenido usado para entrenar sus modelos. Los modelos más potentes que podrían plantear riesgos sistémicos deberán cumplir requisitos adicionales, como realizar evaluaciones de los modelos, analizar y mitigar los riesgos sistémicos e informar sobre los incidentes.

---

[6] *Idem.*

Además, las imágenes, los contenidos de audio o de video artificiales o manipulados ("ultrafalsificaciones") deberán etiquetarse claramente como tales.

Habrá que poner a disposición de las pymes y de las empresas emergentes espacios controlados de pruebas y ensayos en condiciones reales a nivel nacional para que puedan desarrollar y entrenar la IA innovadora antes de su comercialización.

Durante el debate en el pleno, el martes 12 de marzo, Brando Benifei, coponente de la Comisión de Mercado Interior de Italia dijo:

> Finalmente tenemos la primera ley vinculante del mundo sobre inteligencia artificial, para reducir riesgos, crear oportunidades, combatir la discriminación y aportar transparencia. Gracias al Parlamento, se prohibirán en Europa prácticas inaceptables de IA y se protegerán los derechos de los trabajadores y los ciudadanos. La nueva Oficina de IA ayudará a las empresas a respetar las normas antes de que entren en vigor. Nos aseguramos de que los seres humanos y los valores europeos estén en el centro mismo del desarrollo de la IA.[7]

También, cabe resaltar lo indicado por Dragos Tudorache, coponente de la Comisión de Libertades Civiles:

> La UE ofrece resultados. Hemos vinculado el concepto de inteligencia artificial a los valores fundamentales que constituyen la base de nuestras sociedades. Sin embargo, hay mucho trabajo por delante que va más allá de la propia Ley de IA. La IA nos empujará a repensar el contrato social en el corazón de nuestras democracias, nuestros modelos educativos, los mercados laborales y la forma en que llevamos a cabo la guerra. La Ley de IA es un punto de partida para un nuevo modelo de gobernanza construido en torno a la tecnología. Ahora debemos centrarnos en la aplicación práctica de la legislación.[8]

El Reglamento, en el momento de emisión de la noticia comentada en líneas anteriores, aún estaba sujeto a una última comprobación jurídica-lingüística. Su aprobación definitiva (mediante el llamado procedimiento de corrección de errores) estaba prevista para antes del final de la legislatura. La ley también debía ser adoptada formalmente por el Consejo.

Entró en vigor veinte días después de su publicación en el *Diario Oficial* (12 de julio de 2024) y será de plena aplicación veinticuatro meses después de su entrada en vigor, con excepción de las prohibiciones de prácticas (se aplicarán seis meses después de la fecha de entrada en vigor); los códigos de buenas prácticas (nueve meses después); las normas sobre la IA de uso general, incluida la gobernanza

---

7 *Idem*.

8 *Idem*.

(doce meses después) y las obligaciones para los sistemas de alto riesgo (treinta y seis meses después).

La Ley de Inteligencia Artificial responde directamente a las propuestas de los ciudadanos de la Conferencia sobre el Futuro de Europa,[9] más concretamente a la propuesta 12(10), relativa a la mejora de la competitividad de la Unión Europea en sectores estratégicos; la propuesta 33(5), sobre una sociedad segura y fiable, incluida la lucha contra la desinformación y la garantía de que las personas tengan el control final; la propuesta 35, sobre la promoción de la innovación digital, (3) la garantía de la supervisión humana y (8) un uso fiable y responsable de la IA, el establecimiento de salvaguardias y la garantía de transparencia; y la propuesta 37(3), sobre el uso de la IA y las herramientas digitales para mejorar el acceso de los ciudadanos a la información, incluidas las personas con discapacidad.

Regresando al punto de vista del derecho de la Constitución y al caso costarricense, el juez constitucional se coloca en un rol central, pues será a través de la casuística que podrá ejercerse contención frente a ambos retos, hasta que se logre emitir una regulación de derecho positivo. La justicia constitucional será clave para brindar seguridad jurídica y ponderar los diferentes derechos que podrían entrar en conflicto.

Esto, debido a que, pese a su origen y evolución de cientos de años, el esquema clásico de derechos fundamentales es capaz de proporcionar las herramientas elementales para trabajar los casos ligados a IA, centrándose en los tres pilares de este esquema: la dignidad humana, la libertad y la igualdad:

- La dignidad humana, entendida como el imperativo de no cosificar a las personas y entender a cada una de nosotras depositarias de intrínseca dignidad.
- La libertad, entendida como autonomía de la voluntad, verse librada de manipulación.
- La igualdad, entendida como prohibición de no discriminar, sabedora de los históricos, cíclicos y nuevos prejuicios de los que somos capaces y que pueden verse reflejados en la IA, producto humano, al fin y al cabo.

Junto a estos tres pilares, hay varios derechos complementarios, susceptibles de lesión mediante el uso de la IA: el derecho a la intimidad (privacidad), un núcleo, un ámbito donde el poder público –ni ningún otro tipo de poder, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales– no puede ingresar, donde no puede ser perturbado el proyecto de vida de cada persona; el derecho a la imagen; el derecho a la autodeterminación informativa; el derecho a la tutela judicial efectiva; la preservación de la democracia; la libertad de información; los derechos de propiedad intelectual, y la obligación de transparencia.

---

[9] Para una profundización, ver Unión Europea, *Conferencia sobre el futuro de Europa. Informe sobre el resultado final*, mayo de 2022, https://conference-followup.europarl.europa.eu/cmsdata/267106/Report_ES.pdf

En el amplio acervo jurisprudencial de la Sala Constitucional costarricense (más de 500 mil sentencias), no se han planteado aún cuestiones relacionadas directamente con IA.

Solamente, a manera de ejemplo, preciso un caso, en el que el vínculo es un tanto lejano, pues lo que se ordenó fue proveer información de interés público en un formato tecnológicamente accesible. Esto, podría entenderse –es simplemente una suposición personal– como un paso previo al uso de la IA para el análisis de la información derivada de los poderes públicos.

Así, en la Sentencia 2014004037 de las 11:02 horas del 21 de marzo de 2014 se estableció lo siguiente:

> En la actualidad, el derecho de acceso a la información también se ha visto moldeado por el desarrollo de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación. Dicha evolución no ha pasado desapercibida para algunas legislaciones nacionales, como el Freedom of Information Act británico o la española Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. La comunidad internacional en general también ha hecho reparo en él. Así, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha alentado en múltiples ocasiones a sus Estados Miembros a que "… a través de su respectiva legislación nacional y otros medios apropiados, adopten las medidas necesarias para facilitar la disponibilidad electrónica de la información pública" (Véanse las resoluciones AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) y AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), tituladas Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia).
>
> De hecho, la OEA ha llegado a incluir en su Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa el deber de la Administración de publicar anualmente y cuando sea posible en forma electrónica o digital, un informe sobre el desarrollo de sus funciones (artículo 11) y la posibilidad de entregar al administrado la información solicitada de forma electrónica (artículo 15), entre otros.
>
> Sin perjuicio de los límites que afectan al derecho de acceso a la información pública, ya analizados en diferentes ocasiones por esta Sala, y haciendo hincapié en el carácter progresivo de su desarrollo, la Sala reconoce que tal derecho conlleva en la sociedad de la información una ampliación de las obligaciones estatales, las que ahora van más allá de la simple respuesta a una solicitud de información.
>
> Como se puede inferir de la Ley Modelo citada y las resoluciones de la OEA, hoy en día, la Administración está obligada a informar al administrado acerca de sus actuaciones y progresivamente hacer accesible la información que se encuentra en su poder mediante los medios tecnológicos que tenga a su alcance. En este desarrollo ideal del derecho al cual el Estado debe aspirar a que *la información que sea puesta de oficio al alcance de los administrados por vías informáticas, debe ser completa, actual, ordenada, accesible, en la medida*

de lo posible, mediante programas o interfases de uso común, sin que se impongan barreras injustificadas. El usuario tiene derecho a saber cómo ha sido recolectada la información administrativa y la fuente de la que proviene. El cumplimiento de estos lineamientos permite que se potencie el carácter instrumental del derecho de acceso a la información pública y, en consecuencia, el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de prensa. De este modo, el Estado debe procurar poner a disposición del público, la información de la manera más actual y completa posible, eso sí observando límites como el requerido resguardo de aquellos datos privados que son recopilados por la Administración, conforme a la Ley 8968, Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. Asimismo, *cuando la información se encuentra digitalizada, los formatos en que se suministren deben procurar la aplicación de paquetes informáticos de uso muy común, incluso aquellos libres pues la disminución de costos por software facilita enormemente el acceso a la información pública.* Tales medidas dependen, claro está, de condicionantes financieras y tecnológicas, toda vez que no toda Administración Pública está posibilitada para suministrar la información de la manera más óptima, amén que razones de seguridad informática, de fundada conveniencia tecnológica y presupuestaria pueden determinar el tipo de software por utilizar. Así, *la digitalización de la información pública demanda una adaptación progresiva acorde a las posibilidades presupuestarias, tecnológicas y de recursos humanos de cada Administración,* no sea que por digitalizar toda la información pública o entregarla en un determinado formato, se descuiden otros aspectos esenciales del servicio público que se brinda a la población en general. De manera que *criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben ser aplicados en esta materia,* lo que no obsta para subrayar desde ya el escenario ideal al que el Estado debe acercarse paulatinamente a fin de satisfacer de modo pleno el derecho fundamental al acceso a la información pública. El respeto a estos parámetros *posibilita que la información sea utilizada de manera efectiva por el administrado y, con ello, se fomenta tanto la participación informada de las personas en el gobierno, como la transparencia y control de las actuaciones de las autoridades.* Más aún, la actuación proactiva de la Administración en el suministro de la información redunda en su beneficio, pues conforme esta sea puesta a disposición de manera general y accesible, se tornará innecesario plantear y responder solicitudes particulares.

Se hace ver a las partes que el derecho de acceso a la información no obliga a la Administración a procesar los datos en un formato específico o según criterios particulares, como lo sería entregar la información en hoja de cálculo o catalogar las instituciones según los deseos del petente. Sí la obliga a proporcionar la totalidad de los datos solicitados en el formato y según la categorización en que se encuentren en sus bases de datos. La atención de peticiones como la que se conoce en autos, no puede implicar el descuido de los

> servicios ordinarios que provee la Administración o salirse del giro normal de la institución. (Énfasis agregado)

Finalmente, sobre el acelerado avance de esta tecnología, no puede pretenderse que se suspendan las investigaciones. Pese a algunas peticiones avanzadas sobre el particular,[10] con razones de peso para formularlas, lo cierto es que la eventual pérdida de ventajas competitivas impidió poner en práctica la iniciativa. Al mismo tiempo, es innegable la urgencia de regulación, con la suficiente sabiduría y amplitud que mantenga vigencia y no asfixie la innovación.

3. Cómo debe el Poder Judicial regular o emitir directrices del uso de IA en la justicia

Ya he indicado que lo ideal sería contar con regulaciones de rango legal y supranacional; pero, a falta de ellas y con el propósito de contar con una herramienta centrada en las particularidades de los instrumentos empleados en el Poder Judicial de Costa Rica, se está trabajando en un borrador de política de inteligencia artificial, del cual, por su carácter germinal, solamente puedo comentar que estará integrado por seis líneas maestras o capítulos dentro de su texto:

- Capítulo 1. Ámbito de aplicación
- Capítulo 2. Definiciones y características
- Capítulo 3. Principios éticos de los modelos de inteligencia artificial en el poder judicial
- Capítulo 4. Gobernanza de datos, obligatoriedad y uso de sistemas de inteligencia artificial
- Capítulo 5. Prácticas de inteligencia artificial prohibidas
- Capítulo 6. Equipos de validación de algoritmos

Me interesa destacar que la regulación ética ocupa un papel central en la propuesta de política.

Romina Segura propugna el papel de la bioética en este tema, en los siguientes términos:

> La IA diluye los límites entre los seres humanos y la tecnología, al permitir que ésta última realice cosas que sólo los humanos podían hacer (tal como resolver planteos judiciales)[2]. Esto interpela no sólo nuestra singularidad como especie; sino, además, la forma en que interactuamos entre nosotros y con el

[10] "Cientos de expertos piden pausa en inteligencia artificial", *Deutsche Welle*, 29 de marzo de 2023, https://www.dw.com/es/cientos-de-expertos-mundiales-piden-detener-pruebas-de-inteligencia-artificial/a-65172009

> resto del mundo, cómo comprendemos el entorno y nos comprendemos, obligándonos a focalizar nuestra atención en conceptos como el de vulnerabilidad humana y social. Pero, más importante todavía, proporciona un espejo en el cual mirarnos como sociedad (Unesco, 2019).
>
> Por lo tanto, mientras entendamos a la bioética como un campo del saber orientado a asegurar el respeto de la persona humana frente a las innovaciones tecnológicas, su mirada interdisciplinaria, global, plural, laica y de carácter social, no podrá faltar.[11]

Señala, además, que los sistemas de IA deben ser transparentes en diversos niveles:

> La falta de transparencia, finalmente, se añade a las dificultades éticas de los SEJ [Sistemas Expertos Jurídicos] abarcando temas como: saber si se está interactuando con un sistema de IA; si existen mecanismos para prevenir una discriminación o prejuicio por parte de dicho sistema; cuál es el tratamiento que se efectúa de los datos; y cómo funciona el proceso para adoptar una decisión determinada, es decir, cómo opera la "trazabilidad" (Vega-Iracelay, 2018: 29).[12]

Estas preocupaciones de índole ético son espejo de las diversas afectaciones a los derechos fundamentales que hemos mencionado, de ahí que un uso ético de la IA y el respeto de tales derechos van de la mano. Las preguntas que se formulan y contestan a nivel ético tienen como obligado referente el respeto de la dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos.

4. ¿El rol de la Sala Constitucional en tal regulación debe ser amplio o ejercerse desde su propia función?

En lo que se refiere al papel que desempeñaría la Sala Constitucional costarricense en la regulación de la IA, podría tratarse de una evolución jurisprudencial similar a la ocurrida con el derecho a la autodeterminación informativa, donde los primeros casos conocidos por la Jurisdicción Constitucional se relacionaban con libros físicos de deudores incobrables (1345-98), pasando por la aparición de empresas que recopilaban, almacenaban y vendían información personal y crediticia hasta el dictado de la Ley de Protección de Datos de 2011.

El Poder Judicial como institución tiene los espacios y mecanismos de consulta para permitir un diálogo más amplio con las personas habitantes y poder obtener retroalimentación sobre los proyectos de IA implementados.

---

[11] Romina Estefanía Segura, "Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano", *Bioética y Derecho*, n.° 58 (2023).

[12] *Idem*.

El rol de la Sala Constitucional es netamente jurisdiccional, aunque goza de la amplitud y flexibilidad que le brindan las características del proceso de amparo y la aplicación de la Constitución.

Con ambos puntos de partida –el proceso de amparo y el texto constitucional– es posible implementar una respuesta casuística robusta, lo que tendría como aspectos positivos la flexibilidad, la adaptabilidad y el carácter obligatorio de las decisiones de la jurisdicción constitucional.

Pero el derecho no puede construirse solamente con decisiones jurisdiccionales. El marco normativo que ya varias veces he invocado resulta necesario por razones de seguridad jurídica y principalmente para incidir de forma determinante en la actividad de los sujetos de derecho privado. Sería difícil, aun desde las amplias competencias de la Sala Constitucional, imponer a los particulares la obligación de inscribirse en un registro de desarrolladores de IA, crear algún tipo de autoridad independiente que los regule o crear un régimen sancionatorio administrativo o penal.

Así las cosas, estamos ante un reto mayúsculo en estrecha conexión con los derechos fundamentales y el principio democrático. Sin duda, sabremos enfrentarlo echando mano de los pilares clásicos del derecho constitucional y fortaleciéndolos.

Bibliografía

Doctrina

Martínez Bahena, Goretty Carolina. "La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho", *Alegatos*, n.° 82 (2012).

Miranda Bonilla, Haideer y Magally Hernández Rodríguez, comps. *Temas sobre el Estado social y democrático de derecho: vigencia y deterioro*. En homenaje a Fernando Cruz Castro. San José: Editorial Isolma S. A., 2023.

Parlamento Europeo. Noticias. "La Eurocámara aprueba una ley histórica para regular la inteligencia artificial", 13 de marzo de 2024. https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial

Segura, Romina Estefanía. "Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano". *Bioética y Derecho*, n.° 58 (2023).

"Cientos de expertos piden pausa en inteligencia artificial". *Deutsche Welle,* 29 de marzo de 2023. https://www.dw.com/es/cientos-de-expertos-mundiales-piden-detener-pruebas-de-inteligencia-artificial/a-65172009

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2014004037 de 21 de marzo de 2014.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 91-93, ISSN 2346-0849

Dina Josefina Ochoa Escribá* **(Guatemala)**

Uso de la inteligencia artificial en la justicia constitucional de Guatemala

The Use of Artificial Intelligence in Guatemala's Constitutional Justice System

Der Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Verfassungsrechtsprechung von Guatemala

Introducción

La inteligencia artificial (IA) es un tema novedoso y, por tanto, con muchos desafíos para su entendimiento e implementación, sobre todo porque el ejercicio de impartir justicia conlleva, indefectiblemente, un raciocinio humano-jurídico para la resolución de conflictos tanto ordinarios como constitucionales.

La inteligencia artificial es la rama de las ciencias informáticas que supone la creación de sistemas capacitados para realizar tareas que, ordinariamente, requieren la inteligencia del ser humano. Así, este proceso sustitutivo implica un desempeño autónomo y progresivo, es decir, que tiende a mejorar con el tiempo, basándose en el aprendizaje y la comprensión del lenguaje natural.

1. Viabilidad del uso de la inteligencia artificial en la justicia constitucional

En el ámbito guatemalteco son escasos, o casi nulos, los fallos en los que se hayan realizado consideraciones respecto de la legalidad y la constitucionalidad del uso de las herramientas de la inteligencia artificial para la impartición de justicia constitucional.

* Magistrada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Por tal razón, he procedido a investigar pronunciamientos de otros tribunales de la región, para establecer los alcances y límites en el uso de dicha inteligencia artificial.

De tal cuenta, aludo a la Sentencia T-323 de 2024, dictada dentro del Expediente T-9.301.656 de la Corte Constitucional de Colombia, de muy reciente data (agosto de 2024), cuyo sustanciador fue el magistrado Juan Carlos Cortés González, y en cuyas conclusiones expresamente se consideró:

> El juez, cuando encuentre necesario y pertinente recurrir a sistemas de inteligencia artificial puede emplearlos razonada y ponderadamente. Esto supone un enfoque de protección de derechos fundamentales, que valore y considere las mejores prácticas, así como la aplicación de criterios éticos y de respeto a los mandatos superiores. De acuerdo con ello, so pena de comprometer eventualmente su responsabilidad a raíz del uso indiscriminado e imprudente de estas tecnologías, el funcionario judicial que las emplee deberá respetar, como presupuesto mínimo en la materia, el criterio de no sustitución de la racionalidad humana, así como atender las cargas de transparencia, responsabilidad y privacidad. En virtud de aquel criterio, es factible emplear inteligencia artificial en labores propias de la justicia siempre que el uso de dichas herramientas *no reemplace labores* jurisdiccionales indelegables e irremplazables, como lo son aquellas que requieren del razonamiento lógico y humano a efectos de interpretar los hechos, las pruebas, motivar la decisión o adoptarla. La utilización de inteligencia artificial para tales fines implicaría una violación de las garantías del juez natural, autonomía e independencia judiciales y al debido proceso probatorio por sustitución del funcionario judicial. Por el contrario, se podría utilizar la inteligencia artificial en el sistema judicial para los ámbitos de gestión administrativa y documental, así como para el de apoyo a la gestión judicial y la corrección y síntesis de textos. (Énfasis agregado)

Vemos entonces que, *a priori*, el uso de la inteligencia artificial no puede constituirse como una herramienta al alcance de los jueces, juezas, magistrados y magistradas para sustituir su raciocinio jurídico en la resolución de los casos puestos a su conocimiento y decisión, en tanto que la labor de la fundamentación y motivación de los fallos, la valoración de los medios de probanza y la interpretación fáctica de lo acaecido en cada uno de los casos que analizamos los jueces constitucionales, no puede confiarse a herramientas o plataformas que tiendan a sustituir la labor intrínseca del juez –ordinario o constitucional–: impartir justicia de conformidad con parámetros constitucionales, convencionales y legales. Por otro lado, la inteligencia artificial sí podría utilizarse como una herramienta válida e interesante para la gestión administrativa de los expedientes.

Respecto de esto último, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha sido una institución estatal pionera en el uso de herramientas digitales para la gestión

administrativa de los expedientes judiciales. Así, es posible mencionar que, gracias a la implementación de tales herramientas, la labor administrativa y jurisdiccional de la Corte de Constitucionalidad no se vio afectada en tiempos de la pandemia, pues, gracias a la implementación de expedientes electrónicos y digitales, es decir, la sustitución del expediente en papel por expedientes en digitales disponibles en el Sistema Informático de Expedientes de la Corte de Constitucionalidad (Siecc), la labor jurisdiccional de la Corte nunca se vio mermada, pues todos los elementos se encontraban al alcance de los magistrados y las magistradas para la emisión de los fallos correspondientes.

Además, desde antes de la época de la pandemia de covid-19, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ya contaba con todas las herramientas necesarias para llevar a cabo sesiones plenarias telemáticas a fin de continuar impartiendo la justicia constitucional, sin que el espacio y el distanciamiento social obstruyeran o fueran un límite para la defensa del orden constitucional en los casos sometidos a conocimiento y decisión de la Corte.

En congruencia con ello, la implementación de la firma electrónica al alcance de todos los magistrados y las magistradas que integramos la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha sido una valiosa herramienta en la emisión de más de 100 autos de incidencias procesales que semanalmente se conocen y en el conocimiento de, al menos, 75 ponencias de sentencia que semanalmente se discuten en el pleno, sin contar el gran número de resoluciones de trámite que son conocidas y aprobadas diariamente, tanto por quien preside el Tribunal Constitucional como por todos los magistrados y las magistradas cuando, durante el trámite de los expedientes, se deben aprobar resoluciones colegiadas.

Como puede apreciarse, un desafío claro es la necesidad de que los tribunales constitucionales cuiden que sus auxiliares no utilicen inadecuadamente las herramientas de la inteligencia artificial para sustituir la labor judicial de motivación jurídica, fundamentación constitucional y legal, así como la valoración de los medios de prueba, pues, de caer en la sustitución del raciocinio humano en la resolución de conflictos constitucionales, se corre el riesgo de atentar contra principios dogmáticos que no pueden ser vulnerados: el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Sería arriesgado que la tutela judicial efectiva se convirtiese en una protección confiada a herramientas que sustituyan la labor judicial humana para la defensa de los derechos constitucionales.

Por otro lado, el uso adecuado de herramientas informáticas como las mencionadas: sesiones plenarias telemáticas, expedientes electrónicos, firmas electrónicas y Sistema Informático de Expedientes de la Corte de Constitucionalidad (Siecc), son algunos ejemplos de cómo los avances tecnológicos sí pueden ser utilizados al servicio de la justicia constitucional para la buena gestión administrativa y ser céleres en la emisión de los fallos de los tribunales, tanto ordinarios como constitucionales.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 95-101, ISSN 2346-0849

Prof. Dr. Patrick Ernst Sensburg* **(Alemania)**

El panorama del sistema electoral en Alemania y sus factores de éxito**

An Overview of Germany's Electoral System and its Success Factors

Das deutsche Wahlrecht und seine Erfolgsfaktoren im Überblick

Introducción

En la República Federal de Alemania existe una representación proporcional personalizada a nivel federal, es decir, una combinación de voto mayoritario para los candidatos directos y representación proporcional en relación con los partidos que se presentan a las elecciones. El sistema electoral de la República Federal es uno de los más de 250 métodos electorales que existen en todo el mundo. Estos se dividen en dos tipos básicos: el sistema mayoritario y el proporcional. La representación proporcional personalizada es una combinación efectiva de ambos sistemas. En los 16 estados federales, cada uno tiene su propio derecho electoral, que puede diferir más o menos del derecho federal, pero que regula las elecciones de manera completamente autónoma en cada estado.

Aunque en los primeros años después de la Segunda Guerra Mundial la representación proporcional personalizada fue criticada en la joven República Federal de Alemania, en los años y décadas posteriores, los debates y las decisiones judiciales se centraron más en elementos técnicos de este tipo de sistema electoral y sus efectos, medidos por el estándar de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). En los tribunales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha sido fundamental. El BVerfG rara vez supervisa una elección después de que ha tenido lugar; su

---

* Miembro de la Comisión G10 del *Bundestag* (la Cámara Baja del Parlamento alemán).

** Ponencia traducida al español por Johanna Tigges y Jana Speidel.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

enfoque se centra más en revisar la Ley Electoral Federal antes de unos comicios. Esto se abordará más adelante.

Se puede adelantar que, desde la perspectiva alemana, el derecho electoral puede considerarse un éxito. Tras dos guerras mundiales, iniciadas en gran parte por Alemania, y el periodo de la República de Weimar entre dichas guerras, en el que la democracia y las elecciones al Reichstag alemán no estaban muy consolidadas, uno de los principales focos de atención en el ámbito de las elecciones se centró en los factores y las funciones que refuerzan y salvaguardan la democracia. Estos factores juegan un papel importante en el sistema electoral alemán. Esto es una peculiaridad del derecho electoral alemán, que está estrechamente relacionada con nuestra historia. Cabe mencionar que este tema ha cobrado relevancia recientemente debido al fortalecimiento de partidos extremistas y populistas.

En cualquier caso, en este punto puede decirse que la República Federal de Alemania ha tenido una buena experiencia con la representación proporcional personalizada hasta las recientes elecciones estatales en tres de los llamados "nuevos estados federales".

No es sorprendente, por lo tanto, que el sistema alemán sea debatido a nivel internacional como un modelo electoral en procesos de reforma. No obstante, desde la introducción de la representación proporcional personalizada, ha habido un conflicto recurrente, frecuentemente llevado ante el BVerfG, sobre los motivos justificables y el alcance en el que una desviación del principio de igualdad de voto puede considerarse conforme a la Ley Fundamental. Este es uno de los principales puntos de discusión en el debate constitucional.

En las elecciones federales, cada ciudadano tiene dos votos. Con el primer voto se elige directamente a un candidato del propio distrito electoral, lo cual es parte del sistema mayoritario. En Alemania hay 299 distritos electorales. Con el segundo voto se elige a un partido. El número de segundos votos determina cuántos escaños tendrá un partido en la Cámara Baja del Parlamento alemán (*Bundestag*). El número de diputados que tiene un partido en el *Bundestag* después de las elecciones se determina según un procedimiento fijo. En primer lugar, se calcula el número de escaños que tienen los partidos en el *Bundestag* contando los segundos votos. Estos últimos muestran la proporción de votos entre los distintos partidos en el *Bundestag*.

1. El problema del *Bundestag* sobredimensionado

Si un partido recibe más mandatos directos de los que le corresponderían según el porcentaje de segundos votos, lo llamamos *exceso de mandatos*. Tras varias sentencias sobre el exceso de mandatos y la llamada ponderación negativa de votos, el Tribunal Constitucional Federal instó al poder legislativo a crear mandatos de igualación. Estos sirven para equilibrar los mandatos excedentes resultantes de determinados sistemas electorales, de manera que otros partidos que no han recibido

mandatos excedentes o que han recibido menos mandatos no se vean perjudicados proporcionalmente. Con ello se pretende garantizar que el valor del voto sea igual, que los electores puedan evaluar el valor de su voto y que el principio de mayoría se respete cada vez más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Una consecuencia inevitable de ello es el aumento significativo del tamaño del Parlamento y las críticas públicas al respecto. Para contrarrestarlo, se debate desde hace tiempo la posibilidad de reducir el número de circunscripciones electorales. Sin embargo, esto aumentaría considerablemente la superficie y la población de las circunscripciones restantes. La proximidad inmediata al diputado elegido directamente disminuiría cada vez más.

2. El problema del llamado obstáculo del 5%

El obstáculo del 5% es una *cláusula de bloqueo* de las elecciones al *Bundestag*. Según la Ley Electoral Federal, un partido debe alcanzar el 5% de los segundos votos en todo el territorio federal para poder participar en el reparto de escaños del *Bundestag*. Esto también se aplica a los partidos que solo se presentan en un estado federal, como la CSU (*Christlich-Soziale Union in Bayern* o Unión Social Cristiana de Baviera*)*. Si un partido tiene menos votos, no entra en el *Bundestag*. Los partidos de minorías nacionales y los partidos que hayan obtenido al menos tres mandatos directos están exentos de la cláusula de bloqueo del 5%. La llamada cláusula de mandato básico, según el artículo 6 de la Ley Electoral Federal (BWahlG), fue abolida por la reforma de la ley electoral aprobada por el *Bundestag* en 2023. Sin embargo, debido a la proximidad de las elecciones al *Bundestag* del próximo año, el BVerfG ha ordenado el mantenimiento provisional de su vigencia, por lo que el poder legislativo debe adoptar ahora una nueva regulación. En consecuencia, los partidos cuyo resultado no alcance el umbral del 5% podrán entrar en el *Bundestag* en las próximas elecciones de 2025 si obtienen al menos tres mandatos directos (mandatos básicos). En este caso, este partido será tenido en cuenta en el reparto de escaños según la proporción de segundos votos. Esto significa que recibe más de los tres mandatos directos en total. Este fue el caso, por ejemplo, del Partido Die Linke (la Izquierda) en las elecciones al *Bundestag* de 2021.

Con los daneses y los frisones, dos minorías nacionales tienen su zona de asentamiento tradicional total o predominantemente en Schleswig-Holstein. Con la Südschleswigsche Wählerverband (SSW), intentan entrar en el *Bundestag* alemán en una u otra ocasión. El Comité Electoral Federal, presidido por el Comisionado Federal Electoral, reconoció a la SSW para las elecciones al *Bundestag* de 2021. La última vez que la SSW participó en unas elecciones al *Bundestag* fue en 1961. Sin embargo, se aplican normas especiales a las elecciones de la SSW, y la asociación electoral no aparece en todas las papeletas electorales de Alemania. Se decidió por unanimidad que la asociación de electores representada en el Parlamento del estado

federado de Schleswig-Holstein tiene el estatuto jurídico de partido de una minoría nacional, en este caso, la minoría danesa y los frisones de Alemania. Esto significa que la SSW ya no tiene que cumplir el requisito del 5%. Sin esta norma, los partidos que se presentan a las elecciones deben obtener al menos el 5% de los segundos votos válidos para entrar en el Parlamento, como ocurrirá con la CSU en Baviera a partir de las elecciones de 2025. Si el resultado de los segundos votos de un partido es inferior a esta cifra, no se le asigna ningún escaño.

Esta excepción –el llamado *privilegio de las minorías*– sirve para integrar a las minorías nacionales en el proceso de toma de decisiones políticas a través de las elecciones. En Alemania, solo hay cuatro minorías nacionales o étnicas reconocidas a nivel nacional: los sorabos, los daneses, los frisones y los sinti y romaníes alemanes. Todas ellas se caracterizan por tener la ciudadanía alemana, pero se distinguen del pueblo alemán –entendido étnicamente– por su lengua, su cultura y su historia, es decir, por su propia identidad nacional. Sin embargo, su importancia es mucho menor en comparación con la población autóctona de América Latina.

El factor fundamental en la decisión del Comité Electoral Federal fue que la SSW que surgió de las minorías danesa y frisona, cuenta con su apoyo en cuanto a personal y refleja sus intereses en su programa. Esto significa que la SSW no tiene que presentar ninguna firma de apoyo, por ejemplo, y no está sujeta al umbral del 5%.

3. Órganos de control electoral

Aunque ya nos encontramos en medio de las decisiones del BVerfG, en primer lugar, me gustaría hablar de los organismos e instituciones que intervienen en las elecciones a nivel federal según la legislación alemana. A grandes rasgos, cabe distinguir entre la preparación y organización de las elecciones, que corre a cargo del Comisionado Federal Electoral y del Comité Electoral Federal, y el control de las elecciones por el propio *Bundestag* y el BVerfG como órgano de control. El Comisionado Federal Electoral es, por tanto, la autoridad ejecutiva que realiza todas las tareas, desde la preparación organizativa de las elecciones, incluida la recepción de las candidaturas, hasta el examen de las candidaturas dobles y la proclamación del resultado final oficial.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley Fundamental, el *Bundestag* es responsable del escrutinio de las propias elecciones. Decide sobre la validez de las elecciones al *Bundestag* alemán y la violación de derechos en la preparación o el desarrollo de estas. Lo mismo se aplica a la elección de los diputados alemanes al Parlamento Europeo de conformidad con el artículo 26 de la Ley Electoral Europea. La decisión del pleno es preparada por el Comité Electoral Federal. Cualquier persona con derecho a voto puede presentar una impugnación de la elección en un plazo de dos meses a partir del día de los comicios y hacer así que se revise la legalidad de la preparación

y el desarrollo de la votación. La decisión de este comité puede recurrirse ante el Tribunal Constitucional Federal.

El vínculo con el Comisionado Federal Electoral es que este también puede presentar una objeción contra unos comicios ante el *Bundestag* alemán. Tras la elección al *Bundestag*, tiene que examinar si en la votación se han incumplido las disposiciones de la Ley Electoral Federal y del Reglamento Electoral Federal. Si es así, presenta una objeción a la validez de la elección ante el *Bundestag*.

Lo que es especial aquí en una comparación internacional es que el propio *Bundestag* recién elegido examina su propia elección en primera instancia, por así decirlo. Cabría pensar que los diputados recién elegidos no tendrían gran interés en anular las elecciones debido a errores electorales. Sin embargo, sin poder entrar en el alcance del escrutinio en este punto, se puede afirmar que la gran reputación de la comisión de escrutinio electoral significa que los diputados de todos los grupos parlamentarios se ven a sí mismos como escrutadores electorales con una gran importancia democrática y que las consideraciones políticas de partido o los intereses individuales no desempeñan ningún papel.

3.1. Puntos clave de controversia y decisiones del tribunal constitucional

Tras el debate fundamental sobre la representación proporcional personalizada en los primeros años de la República Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal tuvo que pronunciarse sobre la *cláusula básica de mandato* y la *cláusula de bloqueo* y, por tanto, sobre los principios de *igualdad electoral,* ya en la década de los cincuenta (BVerfGE 1, 208 y ss. de 5 de abril de 1952). Le siguieron decisiones sobre la equidad electoral debida a los mandatos *rebasados* (BVerfGE 7, 63 y ss. de 3 de julio de 1957) y el procedimiento de asignación de mandatos según los segundos votos (BVerfGE 16, 130 de 22 de mayo de 1963). Estas cuestiones fueron objeto de reiteradas decisiones en los años siguientes, como en 1988, de nuevo sobre los *mandatos en voladizo* (BVerfGE 79, 169 de 24 de noviembre de 1988) o sobre la *cláusula de bloqueo* en las primeras elecciones para todos los alemanes (BVerfGE 82, 322 de 29 de septiembre de 1990). Especialmente influyentes en los últimos años han sido la decisión sobre el llamado *peso negativo del voto* (BVerfGE 121, 266 de 3 de julio de 2008) o sobre los *mandatos de equiparación*, por ejemplo, a partir de 2012 (2 BvR 9/11 de 25 de julio de 2012).

En los últimos años, las únicas decisiones de carácter sustantivo han sido sobre las opciones de voto de *las personas bajo tutela* y las desastrosas *elecciones federales y estatales* celebradas *en Berlín* (2 BvC 4/23 de 19 de diciembre de 2023). En la mayoría de los casos, el BVerfG aborda la cuestión de si cada voto tiene realmente el mismo peso e impacto. Esto va de la mano con la cuestión recurrente de los mandatos de alargamiento y equiparación, el peso negativo de los votos y la cláusula del 5%. Al mismo tiempo, se observa que la motivación de las decisiones da más peso a la

representación proporcional. En otras palabras, el segundo voto se considera más importante que el primero, que sirve para elegir a los candidatos directos. Las cuestiones individuales, por ejemplo, sobre los mandatos en voladizo, deben poder existir dentro de este marco. Que esto tenga consecuencias, por ejemplo, un aumento del poder de los partidos frente a los candidatos individuales, solo puede expresarse aquí como hipótesis. En Alemania, estamos presenciando actualmente cómo un partido dirigido por una exdiputada del *Bundestag* por el partido Die Linke está atrayendo a grandes grupos de electores descontentos, sin contar con una estructura partidaria consolidada ni una base de afiliados, pero logrando financiamiento significativo a través de grandes donaciones. El partido no cuenta con una amplia afiliación, sino casi solo con funcionarios.

En mi opinión, la decisión sobre el llamado *procedimiento de cobertura de la segunda votación* del 30 de julio de 2024 está, por tanto, también tecnocráticamente sobrecargada y va en la dirección de debilitar los mandatos directos.

Como apunte, cabe mencionar que las revisiones sustantivas, como el acceso de las personas discapacitadas a los colegios electorales, o la participación de soldados en el extranjero, o la recurrente cuestión de si la CSU puede o no presentarse solo en Baviera, son preparadas en gran medida por el Comité Electoral Federal y decididas en el *Bundestag* alemán. Solo en contadas ocasiones se recurre al Tribunal Constitucional Federal en estos asuntos. Esto demuestra también la gran ventaja del examen por parte de una comisión parlamentaria. Las modificaciones legislativas que se consideren necesarias pueden realizarse directamente en el Parlamento. La estrecha comunicación con el Comisionado Federal Electoral, que está representado en todas las reuniones de la comisión de escrutinio electoral, ayuda a rectificar inmediatamente los errores administrativos.

3.2. La ley electoral frente a la aceptación

¿Cuál es la mejor ley electoral? ¿Cuál es la forma más eficaz de controlar las elecciones? ¿Cómo se deben escrutar las elecciones y qué parámetros se pueden utilizar para medir todo esto? En mi opinión, los parámetros decisivos son *la confianza* y la *aceptación*. Por supuesto, una buena ley electoral es crucial para todos los actos administrativos que, en una democracia, permiten canalizar de la forma más precisa la formación de la voluntad en el proceso electoral. Esto comienza con la designación de candidatos independientes hasta la previsibilidad y trazabilidad del voto individual de cada elector.

Por supuesto, también debe establecerse un control de equilibrios en las instituciones responsables de la organización y el control de las elecciones, en el que también pueden participar los tres poderes.

Sin embargo, el factor decisivo es la confianza de los ciudadanos en el conjunto de las elecciones como acto central de participación. Esto plantea la cuestión de si el deseo de la jurisprudencia constitucional de lograr una mayor igualdad en la

ponderación del voto, considerar con mayor precisión cada voto individual, controlar la cláusula de bloqueo y otras medidas similares, no termina generando, en última instancia, más frustración entre los votantes que confianza en un buen sistema electoral y en la democracia.

Además de los componentes, en mi opinión bien equilibrados, del sistema electoral alemán descritos anteriormente, el factor decisivo para mí es cómo consigue un sistema generar confianza y aceptación. Deberíamos debatirlo juntos.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 103-110, ISSN 2346-0849

Miguel Ángel Fernández González* **(Chile)**

Esquema de la estructura orgánica del sistema electoral en Chile y nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional

An Overview of the Organizational Structure of Chile's Electoral System and New Constitutional Court Jurisprudence

Schematische Darstellung der Organisationsstruktur des chilenischen Wahlsystems und die neuere Rechtsprechung des Verfassungsgerichts

Introducción

Hace dos años presenté una ponencia destacando los elementos fundamentales que era posible extraer de seis sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional de Chile en materia electoral,[1] y concluía que, junto con una amplia deferencia a la potestad legislativa para configurar ese sistema y regular el ejercicio del derecho al sufragio, la declaración de inconstitucionalidad, en el control preventivo, o de inaplicabilidad, en casos concretos, se ha ejercido muy excepcionalmente.

En esta oportunidad creo útil presentar, esquemáticamente, la estructura orgánica del sistema electoral en Chile y resumir tres nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia electoral, posteriores a nuestro encuentro en Santiago de Chile, que confirman las conclusiones referidas.

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

[1] Fundación Konrad Adenauer, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2022), 131-139.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

1. Esquema orgánico del sistema electoral

El sistema electoral en Chile se organiza a través de un modelo mixto en la naturaleza y composición de los órganos que lo integran.[2]

En primer lugar, y comenzando por la base, el sistema electoral está integrado por las mesas receptoras de sufragios que, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios,[3] tienen por finalidad recibir los votos que emitan los electores en los procesos electorales y plebiscitarios, hacer su escrutinio y cumplir las demás funciones que señala la ley. Las mesas están integradas por cinco vocales elegidos de entre los electores asignados a la mesa o al local de votación donde ella deba funcionar, de acuerdo con su artículo 43.

En segundo lugar, las juntas electorales son los órganos encargados de designar a los delegados ante las oficinas electorales, a los vocales de mesa y a los integrantes de los colegios escrutadores. Estas juntas, en las provincias cuya capital sea asiento de la Corte de Apelaciones, están compuestas por el fiscal judicial de dicha Corte, el defensor público de la capital de la provincia y el conservador de bienes raíces. En las demás capitales de provincia se integran con el defensor público, el notario público y el conservador de bienes raíces. De haber más de uno de estos funcionarios, la constituye el más antiguo y, de no haber ninguno, cualquier funcionario auxiliar de la administración de justicia. Los miembros de las juntas serán permanentes, en tanto desempeñen la función pública requerida para su designación.[4]

En tercer lugar, los colegios escrutadores reciben las actas de escrutinios de las mesas receptoras de sufragio, suman los votos y remiten las actas que contengan el resultado de su trabajo al Servicio Electoral y al Tribunal Calificador de Elecciones. Existen los colegios que determine el Consejo del Servicio Electoral, que también indica la localidad de funcionamiento y las mesas que le corresponderá escrutar a cada uno; debe crearse a lo menos un colegio en cada localidad donde tenga sede una junta electoral.[5] Cada colegio está compuesto por diez miembros titulares e igual número de suplentes, designados por las respectivas juntas electorales.[6]

Finalmente, el Servicio Electoral[7] que, conforme al artículo 94 bis de la Constitución, es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que ejerce la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales

---

[2] Lamberto Cisternas Rocha, *Procesos electorales y justicia electoral en Chile. Manual explicativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 38-40.

[3] Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 2 de 2017, *Diario Oficial*, 6 de septiembre de 2017.

[4] *Ibid*., artículo 193.

[5] *Ibid*., artículo 87.

[6] *Ibid*., artículo 88.

[7] Ver el Decreto con Fuerza de Ley 6 de 2017, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.583 Orgánica Constitucional, que establece la planta del Servicio Electoral, *Diario Oficial,* 7 de diciembre de 2017.

y plebiscitarios; el cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, y de las normas sobre los partidos políticos y las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional.

La dirección superior del Servicio le corresponde a un consejo directivo integrado por cinco miembros designados por el presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus integrantes en ejercicio. Duran diez años en sus cargos, no pueden ser designados para un nuevo periodo y se renuevan por parcialidades cada dos años. Solo pueden ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del presidente de la República o de un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, por infracción grave a la Constitución o a las leyes, incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Por último, en el plano jurisdiccional, el artículo 95 de la Constitución crea un tribunal especial, que no integra el Poder Judicial, denominado Tribunal Calificador de Elecciones, que conoce del escrutinio general y la calificación de las elecciones de presidente de la República y de diputados y senadores, resuelve las reclamaciones a que den lugar y proclama a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conoce, asimismo, de los plebiscitos, y tiene las demás atribuciones que determine la ley.

Está constituido por cinco miembros: cuatro ministros de la Corte Suprema designados por esta mediante sorteo, en la forma y oportunidad que determine la ley orgánica constitucional respectiva, y un ciudadano que haya ejercido el cargo de presidente o vicepresidente de la Cámara de Diputados o del Senado por un periodo no inferior a 365 días, designado también por la Corte Suprema, de entre todos aquellos que reúnan las calidades indicadas; duran cuatro años en sus funciones. Procede como jurado en la apreciación de los hechos y sentencia con arreglo a derecho.[8]

A su turno, el artículo 96 de la Constitución establece los tribunales electorales regionales encargados de conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, por ejemplo, las elecciones municipales, así como resolver las reclamaciones a que den lugar y proclamar a los candidatos electos. Asimismo, les corresponde conocer la calificación de las elecciones de carácter gremial y las que tengan lugar en aquellos grupos intermedios que la ley señale. Sus resoluciones son apelables ante el Tribunal Calificador de Elecciones en la forma que determine la ley.

Estos tribunales están constituidos por un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, elegido por esta y por dos miembros designados por el Tribunal Calificador de Elecciones entre personas que hayan ejercido la profesión de abogado o desempeñado la función de ministro o abogado integrante de alguna Corte de Apelaciones por un plazo no inferior a tres años. Su periodo es de cuatro y tienen las inhabilidades e incompatibilidades que determine la ley. Proceden como jurado en la apreciación de los hechos y sentencian con arreglo a derecho.[9]

---

[8] Ley 18.460 Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones, *Diario Oficial*, 15 de noviembre de 1985.

[9] Ley 18.593 de los Tribunales Electorales Regionales, *Diario Oficial*, 9 de enero de 1987.

Así, nuestro sistema electoral, desde el ángulo orgánico, está integrado por órganos administrativos y jurisdiccionales –que no conforman el Poder Judicial– compuestos por ciudadanos, auxiliares de la administración de justicia y jueces, en una modalidad mixta que ha contribuido a un sistema ágil, eficiente y sin causar hechos que alteren la voluntad popular.

2. Tres nuevas sentencias del Tribunal Constitucional

Para finalizar, y con el objeto de estar al día respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile en materia electoral, con posterioridad al encuentro de 2022, considero interesante destacar tres nuevas sentencias.

En la primera de ellas, pronunciada el 20 de enero de 2021, en el Rol 10.130, el Tribunal ejerció el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba diversos cuerpos legales para perfeccionar la legislación electoral vigente y fortalecer la democracia,[10] en virtud del cual, entre otras materias, se autoriza a los electores a recibir notificaciones del Servicio Electoral por medios electrónicos; se faculta a dicho Servicio para depurar los registros electorales, excluyendo a los electores mayores de 90 años que no cuenten con su documento de identidad vigente, por no haber obtenido o renovado su cédula nacional de identidad o pasaporte en los últimos once años, y que no hayan votado en las últimas dos elecciones; se facilitan las notificaciones de cuestiones generales a través del sitio electrónico del Servicio Electoral, así como la presentación de candidaturas y su patrocinio; además, se contemplan restricciones a la publicación de datos en padrones electorales y nóminas auditadas, y se regula la posibilidad de publicar en la web institucional del Servicio Electoral la resolución que determina el territorio jurisdiccional de las nuevas circunscripciones.

En esta sentencia se resolvió que todas esas disposiciones inciden en el ámbito que la Constitución ha reservado a la Ley Orgánica Constitucional prevista en su artículo 18, pues se referían directa o indirectamente a la elaboración del padrón electoral, con lo que constituyen normas concernientes a la organización y el funcionamiento del sistema electoral público y a la forma de realización de los procesos electorales y plebiscitarios, cuya regulación es propia de la normativa orgánica constitucional, sin perjuicio de que también incida en las atribuciones del Servicio Electoral.

Así sucedía con otras materias del proyecto de ley, como la publicación de las resoluciones del director del Servicio Electoral, que determinarían el número de concejales por elegir en cada comuna o agrupación de comunas en función de sus electores, y el número mínimo necesario de patrocinantes de candidaturas independientes a alcalde o concejal, reglando igualmente la posibilidad de publicar las candidaturas aceptadas o rechazadas en diarios de mayor circulación en provincias.

[10] Se trata de la Ley 21.311, *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2021.

También tenían carácter de ley orgánica constitucional las reformas que se introducían a la ley de partidos políticos, conforme a las cuales se estableció la posibilidad de que la afiliación pudiera efectuarse a través de medios electrónicos, así como que el Servicio Electoral, mediante instrucción general, establecería el modo en que el procedimiento de afiliación y desafiliación podría realizarse, contemplando también la notificación para los partidos políticos en tales procedimientos por medios electrónicos.

En la segunda sentencia, el 5 de julio de 2022, en el Rol 11.672, el Tribunal resolvió un requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 10, inciso final; 23, inciso 3, y 27, inciso 5, de la Ley 18.593, en virtud de los cuales corresponde a los tribunales electorales regionales la resolución de las calificaciones y reclamaciones de ciertas elecciones, lo que comprende el conocimiento de cualquier vicio que afecte la constitución del cuerpo electoral, o cualquier hecho, defecto o irregularidad que pudiera influir en el resultado general de la elección o designación, sea que haya ocurrido antes, durante o después del acto electoral de que se trate. Asimismo, el Tribunal está autorizado para requerir directamente de cualquier autoridad, órgano público, persona, organización, movimiento, partido político, gremio o grupo intermedio, los antecedentes que estime indispensables. Una vez ejecutoriado el fallo, tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo resuelto, pudiendo incluso requerir directamente el auxilio de la fuerza pública.

Pues bien, la parte requirente de inaplicabilidad sostenía que estas normas vulneraban la Constitución porque servían de base al Tribunal Electoral correspondiente para negar su solicitud de abandono en el procedimiento de destitución, como alcaldesa, que se seguía en su contra por notable abandono de deberes.

El Tribunal desestimó la inconstitucionalidad recordando que la justicia electoral encuentra, entre sus primeros antecedentes, el artículo 104 de la Lei de Elecciones de 12 de noviembre de 1874, y, posteriormente, el artículo 79 de la Constitución de 1925 que creó un tribunal especial, denominado Calificador de Elecciones. A partir de este último, la regulación del funcionamiento de aquel Tribunal, así como de los tribunales electorales regionales, incorporados por la Constitución hoy vigente, ha sido encomendada a la ley, contemplándose un procedimiento común y diversos procedimientos especiales, donde el primero es de carácter supletorio "cuando [los especiales] no contienen disposiciones sobre alguna materia procesal; sin perjuicio de tener que aplicar las normas comunes contenidas en el Código de Procedimiento Civil, cuando fuere procedente".[11]

De igual manera, en las sucesivas regulaciones constitucionales y legislativas no se han contemplado normas que admitan o prohíban explícitamente el abandono del procedimiento, aun cuando en la gestión pendiente se haya resuelto su improcedencia invocando las atribuciones que, para distintos efectos, en los preceptos legales

[11] Cisternas Rocha, *Procesos electorales...*, 179.

impugnados, se confieren de oficio a la judicatura electoral regional, de lo que surge con claridad que, antes que una aplicación de esas disposiciones, lo que ha realizado el juez del fondo es una interpretación sistemática de la legislación que rige en la materia.

En efecto, ninguna de esas disposiciones contiene regulación explícita del abandono del procedimiento, ni se vincula directamente con la materia a que refiere la gestión pendiente, relativa a una denuncia por notable abandono de deberes. Esto es así, dado que la primera de ellas tiene relación con vicios que pueden afectar la constitución del cuerpo electoral o influir en el resultado general de la elección o designación, la segunda contempla la atribución que esa judicatura tiene para requerir antecedentes y la tercera solo procede cuando el fallo se encuentra ejecutoriado, lo que en este caso aún no sucede.

Por eso se rechazó la acción de inaplicabilidad, pues, no obstante la enunciación de los tres preceptos legales cuestionados que realiza la resolución en la que se rechazó la solicitud de abandono del procedimiento, no goza del carácter decisivo que exige la Constitución para estimar la solicitud del requirente. Desde que el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana efectuó una interpretación de diversas atribuciones que le confiere la ley, mencionando los tres artículos impugnados, colige que, conforme a su comprensión del estatuto legal que lo rige, resulta improcedente el abandono del procedimiento en gestiones como la pendiente, pero sin que esas disposiciones determinen aquella interpretación. Por esto, carece de la facultad de decisión que requiere la Constitución, en su artículo 93, incisos 1 (n.° 6) y 11, considerando que el Tribunal Constitucional no se encuentra facultado por la actual carta fundamental para pronunciarse acerca de la interpretación que el juez del fondo hace de la preceptiva legal en la que se subsumió –por la que se rige la gestión pendiente–, lo que corresponde que sea revisado por el órgano pertinente, esto es, el Tribunal Calificador de Elecciones.

Por último, el 21 de agosto de 2024, el Tribunal debió revisar el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el sistema electoral y realizar las elecciones municipales y regionales, celebradas los días 26 y 27 de octubre del mismo año.

En esta sentencia, nuevamente, se observa la tendencia jurisprudencial a situar dentro del ámbito orgánico constitucional y, por ende, materia de control obligatorio por parte del Tribunal, la mayor parte de la preceptiva propuesta y, asimismo, para ejercer dicho control con especial flexibilidad en favor de las decisiones legislativas.

Sin embargo, siguiendo estos dos criterios, se señaló una inconstitucionalidad de la norma que al artículo 165, inciso 1°, de la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios ("Ninguna autoridad o empleador podrá exigir servicio o trabajo alguno que impida votar a los electores") le agregaba:

> … salvo los casos expresamente contemplados en la ley, [por cuanto] una cosa es que, por circunstancias preexistentes, o de fuerza mayor, en los hechos se haga imposible votar, como si el lugar de trabajo queda muy distante del

> núcleo urbano en que el trabajador deba emitir su voto, por ejemplo, casos en que el elector estará exceptuado de la obligación de sufragio pero se tratará de una circunstancia de imposibilidad simplemente de hecho, y otra cosa distinta *es que la ley pueda autorizar que un empleador o autoridad exija servicios que impidan votar*, pues en ese caso sería una regulación jurídica, y no una imposibilidad fáctica, lo que mediaría. *La ley, en suma, no puede permitir que se prive a un elector de un derecho que le otorga la Constitución*. La Carta Fundamental se reserva a sí misma las causales de suspensión de ese derecho a sufragio y delega a la ley solo la regulación de los casos de exención de multa, cuando no se emite el voto. No delega la Carta, en cambio, la determinación los casos en que el derecho mismo quede suspendido, que es lo que en la práctica ocurriría si se permitiera exigir trabajos o servicios que imposibiliten, a priori y de modo absoluto, votar. Es decir, casos que ni siquiera quepan en la hipótesis del inciso segundo del artículo 165 en examen.[12]

Conclusiones

Tal como lo expuse hace dos años, estos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional de Chile en materia electoral siguen la tendencia de que, en dicho ámbito, se actúa con especial respeto a la decisión legislativa y, por ende, a la Judicatura Electoral encargada de aplicar sus normas.

En este sentido, es interesante constatar que la norma eje del sistema electoral, la Ley 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios, ha sido modificada en múltiples ocasiones. La primera de ellas en 1990, si bien las reformas que más significativamente han incidido en dicho sistema comenzaron a dictarse con posterioridad al año 2010.

Así, en 2012, mediante la Ley 20.568 se estableció la inscripción automática y el voto voluntario; en 2014, la Ley 20.748, de reforma constitucional, permite el sufragio de chilenos desde el extranjero; en 2015, la Ley 20.840 sustituyó el sistema electoral binominal por uno proporcional para la elección de parlamentarios; en 2016 se expidieron la Ley 20.900 sobre fortalecimiento y transparencia de la democracia, y la Ley 20.960 que regula el derecho de sufragio en el extranjero; en 2021, la Ley 21.385 que modifica la legislación electoral para privilegiar la cercanía del elector en la asignación del local de votación, y, en 2023, la Ley 21.524 que modifica la Constitución para restablecer el voto obligatorio en las elecciones, entre otras.

En la inmensa mayoría de esos casos revisados preventivamente por el Tribunal Constitucional, son excepcionales las disposiciones que han sido declaradas como contrarias a la carta fundamental, lo que confirma la tendencia ya referida.

---

[12] Considerando 26 de la sentencia pronunciada el 21 de agosto de 2024, Rol 15.683.

Ello sin olvidar que, al contrario, en las primeras oportunidades en que debió examinar –en ejercicio del control preventivo y obligatorio– proyectos de ley referidos a estas materias, sus decisiones distaron de la que es ahora una aproximación consolidada en los términos que se han explicado.

En efecto, en 1985 correspondió al Tribunal revisar el proyecto de ley que creaba el Tribunal Calificador de Elecciones[13] y que, conforme a lo que establecía la Vigesimoprimera Disposición Transitoria de la Constitución, comenzaría a regir en la primera elección parlamentaria, de manera que no estaría en funcionamiento para el plebiscito presidencial que se celebró el 5 de octubre de 1988, en que se resolvió, por la mayoría de la ciudadanía, que no se aceptaba la continuidad, como presidente de la República, del general Augusto Pinochet, sino que debía procederse –como ocurrió– a elecciones libres, abiertas y competitivas.

En esa ocasión, el Tribunal declaró inconstitucional la norma del proyecto que, en síntesis, reproducía la regla constitucional, fundándose en que no cabía realizar una interpretación y aplicación literal de la Vigesimoprimera Transitoria, sino que resultaba necesario acudir a una interpretación sistemática de la carta fundamental, enmarcando esa disposición en el conjunto de preceptos que ella contemplaba en materia electoral, ya que

> … ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el periodo en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones *ad hoc*, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a "un" tribunal determinado.[14]

Asimismo, el 5 de abril de 1988, al dictar la Sentencia Rol 53, con motivo del control del proyecto de ley sobre votaciones populares y escrutinios, el Tribunal, en diversas materias, acudió al mecanismo de la sentencia exhortativa para instar al legislador a regular la aplicación del principio de igualdad en materia de propaganda electoral –especialmente en televisión–,[15] derechos de los independientes –como tener sedes oficiales y apoderados en las mesas receptoras de sufragios–,[16] y determinar la fecha de la primera elección presidencial y parlamentaria.[17]

---

[13] Sentencia pronunciada el 15 de noviembre de 1985, Rol 33.

[14] Tribunal Constitucional, considerando 14.

[15] *Ibid*., considerandos 10, 11 y 36.

[16] *Ibid*., considerandos 18 y 36.

[17] *Ibid*., considerandos 24 y 36.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 111-131, ISSN 2346-0849

Prof. Dr. Norbert Bernsdorff[*] (Alemania)

¿Es deficiente el acuerdo de libre comercio UE-Mercosur en materia de derechos sociales?

Does the EU-Mercosur Free Trade Agreement Fall Short on Social Rights?

Ist das EU-Mercosur-Freihandelsabkommen auf dem Gebiet der sozialen Rechte unzureichend?

Introducción

Tras las elecciones al Parlamento Europeo del 9 de junio de 2024, la Unión Europea (UE) se centró en la rápida adopción del acuerdo comercial con el Mercado Común del Sur (Mercosur), que lleva dos décadas sobre la mesa de negociaciones. Esta evolución también podría tener consecuencias de gran alcance para las normas sociales en los Estados del Mercosur: Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Rupert Schlegelmilch, negociador jefe de la UE, viajó recientemente a los países del Mercosur para aclarar los últimos detalles técnicos. Subrayó que la Comisión de la UE tenía el mandato de todos los Estados miembros de sacar adelante el acuerdo después de las elecciones parlamentarias de la UE. Sin embargo, la ratificación también se ha visto retrasada por las preocupaciones del sector social.

La decisión de adoptar el acuerdo de libre comercio después de las elecciones parlamentarias de la UE en junio de 2024 fue un intento de evitar la agitación política antes de las elecciones. No obstante, queda por ver, después de las elecciones, si la UE será capaz de conciliar los intereses divergentes de sus Estados miembros y del Mercosur, y concluir un acuerdo comercial que también promueva las normas sociales.

[*] Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Philipps de Marburgo (Alemania) y juez jubilado del Tribunal de Apelación de lo Social (Bundessozialgericht); ha sido profesor visitante en la Universidad Autónoma de Chile.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

1. La evolución del acuerdo de libre comercio desde 1999

Las negociaciones sobre el acuerdo de libre comercio entre la UE y los estados del Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay) comenzaron hace mucho tiempo. La UE lleva negociando un acuerdo de asociación con Mercosur desde 1999, que consta de tres partes: comercio, cooperación y diálogo político. En junio de 2019, la Comisión de la UE anunció finalmente que había alcanzado un acuerdo de principio en la UE sobre la asociación con Mercosur.[1] Según el Servicio Europeo de Acción Exterior, las negociaciones sobre todas las partes del acuerdo comercial finalizaron en junio de 2020.[2] Desde entonces, sin embargo, el acuerdo comercial ha estado "en suspenso".

Con el cambio de gobierno en Brasil y la toma de posesión del presidente Luiz Inácio Lula da Silva el 1 de enero de 2023, la Comisión de la UE y los gobiernos de los Estados miembros de la UE esperaban que las negociaciones pudieran concluirse ya. Por la parte europea, el interés por una conclusión rápida también ha aumentado con el telón de fondo del cambio en las condiciones políticas, como la guerra de agresión rusa contra Ucrania.

Sin embargo, incluso después del cambio de gobierno en Brasil, sigue sin estar claro si se podrá iniciar la ratificación del acuerdo comercial y cuándo. Tanto el Gobierno brasileño como el nuevo Gobierno argentino de Javier Milei han dejado claro en repetidas ocasiones que consideran necesario modificar el anterior proyecto de acuerdo. La Comisión de la UE, por su parte, no quiere "deshacer" el paquete negociado y se limita a añadir un instrumento de acompañamiento que no afecta el texto del acuerdo en sí.

Mientras que los principales Estados del Mercosur -Brasil y Argentina- están interesados en las disposiciones del acuerdo comercial sobre desarrollo económico e industrial, a la UE le preocupa que los derechos sociales y laborales no se tengan suficientemente en cuenta en los Estados del Mercosur.[3] Le preocupa especialmente la evolución de la política social en Argentina.

---

[1] Europäische Kommission, "EU und Mercosur erzielen Einigung in Handelsfragen", comunicado de prensa, 28 de junio de 2019, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-3396_de.htm

[2] EEAS, "EU-Mercosur Association Agreement: conclusion of negotiations on the Political Dialogue and Cooperation pillar, European External Action Service", comunicado de prensa, 2 de julio de 2020. También, Pakt für Frankreich – Mercosur-Abkommen soll bis zur Europawahl ruhen, https://www.handelsblatt.com/politik/international/handelspolitik-pakt-fuer-frankreich.htm

[3] Constanze Clodius, "Öffentliche Anhörung im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags zum Thema 'Mercosur…'", https://www.bundestag.de/ausschuesse/a09_wirtschaft/Anhörung.htm; Thomas Fritz, *EU-Mercosur-Abkommen verhindert eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung in Südamerika* (Aachen: Misereor, 2020); Jean Feyder, "Das EU-Mercosur-Abkommen in der Kritik, brennpunkt" (bp), 1 de agosto de 2019. Sobre estas cuestiones,

2. Derechos sociales y laborales globales

La UE y el Mercosur disponen de normativas para proteger los derechos laborales. Los socios negociadores han acordado que el acuerdo comercial debe promover los derechos existentes y no puede relajarlos ni "suavizarlos". El llamado Capítulo de sostenibilidad de la parte comercial del acuerdo contiene puntos que prohíben a ambas partes promover el comercio y la inversión de forma abusiva apartándose de la legislación laboral o no aplicándola.

La UE y el Mercosur han acordado respetar, promover y aplicar efectivamente los derechos laborales fundamentales definidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estos derechos se refieren a la no discriminación en el lugar de trabajo, la abolición del trabajo infantil y forzoso, la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva. Además, se han acordado esfuerzos continuos y sostenidos para ratificar los convenios fundamentales de la OIT.

Sin embargo, algunos Estados miembros de la UE no consideran garantizada la protección de las normas sociales según las ideas de la UE. Los sistemas de bienestar existentes en América Latina tienen a menudo un efecto regresivo. Los enfoques regionales de política social, como el anclaje de normas laborales y sociales regionales, tampoco están muy desarrollados. Con motivo de una audiencia pública en la Comisión de Economía *(Wirtschaftsausschuss)* del *Bundestag* alemán sobre el tema Mercosur, la experta Constanze Clodius explicó:[4] El texto actual del llamado Capítulo de sostenibilidad del acuerdo comercial no prevé la ratificación obligatoria de las llamadas normas fundamentales del trabajo de la OIT. Un mero compromiso voluntario al respecto no garantiza automáticamente la sostenibilidad; por lo tanto, es necesario el cumplimiento y la aplicación de las normas con la participación vinculante de los interlocutores sociales y la sociedad civil.

La cuestión no resuelta de las normas sociales en el acuerdo comercial entre la UE y el Mercosur requiere un examen en profundidad del sistema de protección social de la UE y una familiarización con el mismo. Solo entonces podrán entenderse las preocupaciones de la UE. Además, se deben tener en cuenta las normas de la OIT en materia de derecho laboral, así como el efecto de los derechos sociales fundamentales globales en los tratados internacionales.

3. El sistema de protección social en la UE

Los principales motores del cambio ‑la creciente competencia en un contexto global, el desarrollo tecnológico y el envejecimiento demográfico‑ se intensificarán en esta

---

ver también Tanja Brühl y Andreas Nölke, "Spurensuche: Fragmente globaler Sozialpolitik", *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, n.° 29 (2009): 149-167.

[4] Clodius, "Öffentliche Anhörungim Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags zum Thema 'Mercosur…'".

década. También persisten grandes retos: bajos índices de empleo, paro, pobreza, desigualdad y discriminación.

Según el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE), la integración europea tiene los siguientes objetivos:

> La Comunidad (Unión Europea) tiene por misión promover [...] un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

La UE no tiene competencia exclusiva en materia de política social y de empleo, ni es la única responsable de ella.[5] La política social es una de las competencias básicas de los Estados miembros de la UE. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Unión solo se ocupa de aquellas cuestiones cuya solución a escala comunitaria tiene más sentido. Al principio, la UE se limitaba a definir normas y derechos mínimos, de modo que los Estados miembros podían adoptar normas y reglamentos que iban más allá de la legislación social europea.

Los objetivos más importantes de la política social europea se describen en el artículo 136 del *Tratado CE*:

> La Comunidad (Unión Europea) y los Estados miembros [...] tendrán como objetivos el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su armonización mediante el progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

La UE dispone de una serie de instrumentos para aplicar la política social y de empleo: legislación, diálogo social, instrumentos financieros –en particular, el Fondo Social Europeo y el programa Progress–, el "método abierto de coordinación", que apoya los esfuerzos de los Estados miembros por modernizar los sistemas de empleo y protección social, y el principio de integración de la dimensión social en todas las políticas. La resolución de los problemas sociales en Europa requiere el esfuerzo conjunto del mayor número posible de agentes.[6] Por ello, la política social y de empleo se lleva a cabo conjuntamente con los Estados miembros y en cooperación

---

[5] Ver Dirección General de Educación y Cultura, *La política social y de empleo en Europa: una política para el ciudadano* (Luxemburgo: Comisión Europea, 2000), 3.

[6] *Ibid.*, 4.

con asociaciones y organizaciones no gubernamentales (ONG). Estas organizaciones se unieron a mediados de los años noventa para formar la "Plataforma de ONG sociales europeas", que aporta opiniones e ideas a la política social europea. Las ONG son también socias competentes e importantes de la UE en la aplicación de las medidas de política social y, a menudo denominadas "diálogo civil", representan un vínculo importante entre la UE y sus ciudadanos. Entre los objetivos de la política social y de empleo figura el desarrollo del diálogo civil y también del "diálogo social", es decir, de las negociaciones entre los interlocutores sociales a escala europea.

3.1. El *Libro blanco* de la Comisión Europea: crecimiento, competitividad y empleo

El Tratado de Maastricht modificó los tratados originales de la década de los cincuenta por los que se crearon las Comunidades Europeas. Además, todas las disposiciones de estos tratados, así como nuevos elementos relativos a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior, se reunieron en un único tratado, el Tratado de la Unión Europea. Consta de tres "pilares" con normas y procedimientos diferentes, pero con un "arquitrabe" común. El *Libro blanco* de la Comisión Europea, titulado *Crecimiento, competitividad, empleo,* desencadenó a partir de 1993 un intenso debate sobre cómo puede la UE garantizar empleos sostenibles y mejores oportunidades para los solicitantes desfavorecidos.[7] Este debate dio lugar a la Estrategia Europea de Empleo, consagrada en el Tratado de Ámsterdam. En la Cumbre de Luxemburgo de 1997, los jefes de Estado y de Gobierno europeos adoptaron las primeras "directrices para el empleo" con el objetivo de desarrollar una política del mercado laboral más activa que en el pasado. La estrategia debía centrarse no solo en el mantenimiento de los ingresos de los desempleados, sino también en medidas preventivas, haciendo hincapié en la empleabilidad de los solicitantes, el espíritu empresarial, la adaptabilidad de empresarios y empleados a los cambios económicos y tecnológicos, y la igualdad de oportunidades para mujeres, hombres y personas con discapacidad.

3.2. El Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Ámsterdam es una revisión de los tratados fundacionales de la UE, modificados por el Tratado de Maastricht. Tras una fase preparatoria, era necesario seguir el procedimiento previsto para dicha revisión.

---

[7] *Ibid*., 9.

El Tratado de Ámsterdam, que se firmó en 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política social y de empleo europea.[8] En Ámsterdam, los jefes de Estado y de Gobierno añadieron al Tratado un capítulo entero sobre el empleo y declararon por primera vez que la política de empleo era una tarea común europea. En concreto, los Estados miembros introdujeron tres innovaciones:

- La definición de una estrategia europea por la UE y de programas nacionales de empleo por sus Estados miembros, que son evaluados cada año por el Consejo, a la luz de la estrategia definida conjuntamente. Los objetivos de la Estrategia Europea de Empleo se fijaron en el artículo 125 del Tratado CE:

  > Los Estados miembros y la Comunidad (la Unión Europea) se esforzarán [...] por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para promover una mano de obra cualificada, formada y adaptable y unos mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico.

- El derecho de la Unión a adoptar medidas para fomentar la cooperación entre los Estados miembros y a completar dichas medidas.
- La creación de un comité de empleo para coordinar la política nacional de empleo y mercado laboral.

El Tratado también introdujo una serie de nuevas tareas para la política europea.[9] Desde entonces, la UE ha podido tomar medidas para combatir la discriminación o ayudar a los ciudadanos marginados a encontrar un lugar en la sociedad, lo que refleja su compromiso con una sociedad integrada. La importancia del Tratado de Ámsterdam radica también en que convirtió la política social y de empleo en un auténtico ámbito comunitario. Durante los años noventa, la mayoría de las políticas sociales de la UE se basaban en el Acuerdo sobre la Política Social, que se adjuntó como protocolo al Tratado de la Unión Europea de 1992, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada por los jefes de Estado y de Gobierno en el año 1989. Entre los derechos fundamentales de los trabajadores proclamados por los gobiernos figuran la salud y la seguridad en el trabajo, la formación y la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Aunque la Carta no era jurídicamente vinculante, el Acuerdo sobre la Política Social garantiza que la UE pueda tomar medidas en los ámbitos sociales cubiertos por la Carta. Sin embargo, como el Reino Unido no había firmado ni la Carta ni el Acuerdo sobre la Política Social, parte de la legislación de la UE en el ámbito de la política social solo era aplicable en catorce de los entonces quince Estados miembros de la UE. El

---

[8] Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual, *Tratado de Ámsterdam: lo que ha cambiado en Europa* (Luxemburgo: Comisión Europea, 1999), 11; *Ibid*., 11.

[9] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 7; Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual, *Tratado de Ámsterdam...,* 11.

Tratado de Ámsterdam abolió esta dicotomía en el desarrollo de la política social de la UE.

3.3. La Estrategia Europea de Empleo

Hacia el pleno empleo: Hacer del trabajo una opción real para todos, mejorar la calidad y la productividad en el trabajo, anticipar y gestionar el cambio. Estos pilares de la Estrategia Europea de Empleo (empleabilidad, espíritu empresarial, adaptabilidad, igualdad de oportunidades) no solo orientan a los Estados miembros, sino que forman parte integrante de todas las políticas comunitarias, de modo que se persiguen simultáneamente a escala regional, nacional y europea.[10] En el marco de la Estrategia Europea de Empleo, los Estados miembros coordinan sus políticas del mercado laboral en un ciclo anual que funciona del siguiente modo:

- A principios de año, el Consejo adopta una serie de ámbitos de acción prioritarios, las directrices de empleo, a propuesta de la Comisión Europea. Estas directrices contienen objetivos específicos.
- Cada Estado miembro de la UE elabora un plan de acción nacional en el que se describe la mejor manera de poner en práctica las directrices; en este proceso debe participar un amplio abanico de partes interesadas: uniones, sindicatos, empresarios y autoridades locales y regionales.
- La Comisión Europea y el Consejo revisan conjuntamente cada plan de acción nacional y presentan un informe al Consejo Europeo (cumbre de la UE) en diciembre de cada año. La Comisión Europea también presenta una recomendación sobre la revisión de las directrices de empleo para el año siguiente.

3.4. El Programa de Acción Social 1998-2000

En un contexto de creciente integración económica y competencia mundial, la UE debe ser capaz de anticipar, promover y gestionar mejor el cambio económico. La reestructuración, la deslocalización, la externalización e incluso la desindustrialización son cada vez más importantes. La experiencia demuestra que un planteamiento proactivo es necesario y posible.

El Programa de Acción Social 1998-2000 creó un nuevo marco para el desarrollo de la política social europea.[11] Sus principales objetivos eran promover una socie-

[10] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 12; Arnold Segger, "Rechtsangleichung der Europäischen Union im Sozialrecht?", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2008): 796 ss.

[11] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 7; Levke Geimer, "Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem arbeitsrechtlichen Sektor", *Recht der*

dad diversificada y preparar a los ciudadanos para un mundo laboral en constante evolución en una era de globalización y rápidos cambios tecnológicos. El programa agrupaba las principales líneas de actuación en torno a tres temas principales: empleo, competencias y movilidad; el mundo del trabajo en evolucion, y una sociedad diversificada. Este marco de política social se aplicó conjuntamente con la Estrategia Europea de Empleo adoptada en Ámsterdam en 1997.[12]

3.5. El Fondo Social Europeo

Las diferencias socioeconómicas entre los Estados miembros y las regiones de la UE son considerables: los objetivos de crecimiento y cohesión no pueden alcanzarse sin financiación comunitaria. El Fondo Social Europeo es uno de los cuatro fondos estructurales de la UE. Los otros son el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (Feoga), el Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder). Su misión común es reducir las diferencias en las condiciones de vida entre los pueblos y regiones de la UE. El Fondo Social Europeo invierte directamente en la aplicación de iniciativas aprobadas a nivel europeo y desarrolladas en los Estados miembros. Teniendo en cuenta la situación específica de cada país, el Fondo Social Europeo aportará un valor añadido específico. Las inversiones en formación y en la promoción del capital social, capaces de generar confianza y fomentar las asociaciones, tienen un impacto significativo en la consecución de los objetivos de las políticas económicas, sociales y de empleo. De este modo, pueden contribuir a compensar los retrasos en la aplicación de las reformas.

El Fondo Social Europeo proporciona dinero para ayudar a los Estados miembros de la UE a alcanzar los objetivos acordados de crear más y mejores puestos de trabajo.[13] Su misión es prevenir y combatir el desempleo, preparar mejor a la mano de obra y a las empresas europeas para los nuevos retos y evitar que los ciudadanos se queden rezagados en el mercado laboral. El Fondo Social Europeo:

- ayuda a desarrollar las capacidades de los ciudadanos, especialmente de aquellos que tienen especiales dificultades para encontrar trabajo, permanecer en él o reincorporarse tras una ausencia;
- apoya a los Estados miembros de la UE en sus esfuerzos por introducir nuevas políticas y sistemas destinados a atajar las causas del desempleo y mejorar las cualificaciones;
- adapta este apoyo a las necesidades de las regiones con problemas específicos.

Arbeit (2006): 347 ss.; Gerald Wind, "Die Ausstrahlungswirkung europäischer Sozialnormen auf internationale Verträge der EU", *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2007): 11 ss.

[12] Ver Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual, *Tratado de Ámsterdam...,* 11.

[13] *Ibid.*, 13.

Los programas del Fondo Social Europeo para aplicar estos planes tienen una duración de siete años.[14] Los ámbitos de actuación se seleccionan en consonancia con los Planes de Acción para el Empleo elaborados por los Estados miembros de la UE para aplicar la Estrategia Europea de Empleo. A grandes rasgos, el Fondo Social Europeo ofrece tres tipos de ayudas:

- apoyo a las personas, que es la forma más importante de ayuda e incluye ámbitos como la educación, la formación profesional, el asesoramiento, etc.;
- estructuras y sistemas de apoyo para aumentar la eficacia de las medidas de apoyo a las personas (por ejemplo, aumentando su eficiencia);
- medidas de apoyo (prestación de servicios e instalaciones para la atención de personas necesitadas de cuidados, promoción de medidas de apoyo socioeducativo, campañas de sensibilización e información).

El Fondo Social Europeo debe actuar de acuerdo con las prioridades nacionales establecidas en los planes nacionales de acción para el empleo de los Estados miembros y tener en cuenta la evaluación previa.

En el contexto de la reforma de los fondos estructurales en la Agenda 2000, el Reglamento (CE) nº 1784/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo,[15] tiene por objeto definir el nuevo marco y las prioridades políticas del Fondo Social Europeo a partir de 2000, con el fin de apoyar la Estrategia Europea de Empleo y garantizar la coherencia y la complementariedad de las medidas destinadas a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo y desarrollar los recursos humanos.

3.6. El proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

Según el artículo I-3 del proyecto de Constitución,[16]

> ... [l]a Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, fomenta el progreso científico y tecnológico.
>
> La Unión lucha contra la exclusión social y la discriminación y promueve la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño.

---

[14] *Ibid*., 14. Ver Segger, "Rechtsangleichung der Europäischen Union im Sozialrecht?", 798 ss.

[15] *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 21, 13 de agosto de 1999.

[16] *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 310, 16 de diciembre de 2004, 11.

> La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

Si el pleno empleo y el progreso social figuran entre los objetivos de la Unión consagrados en la introducción de la Constitución, también debería mencionarse la inclusión de una denominada cláusula social, según la cual, al definir y aplicar sus políticas, la UE tendrá en cuenta los requisitos relativos a promover un alto nivel de empleo, garantizar un alto nivel de protección social, luchar contra la exclusión social y conseguir un alto nivel de educación, formación y protección de la salud humana.

El reconocimiento explícito del papel de los interlocutores sociales también es digno de mención en este ámbito. Por lo demás, se mantiene la unanimidad en los mismos casos que antes. Solo las medidas de seguridad social relativas al derecho a prestaciones de los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia se someten al procedimiento legislativo ordinario. Sin embargo, esto solo ha sido posible tirando de otro "freno de emergencia": si un Estado miembro de la UE considera que estas medidas pueden "afectar aspectos fundamentales de su sistema de seguridad social, en particular a su ámbito de aplicación, costes o estructura financiera, o afectar a su equilibrio financiero", puede solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo. Este, en un plazo de cuatro meses, debe decidir si devuelve el asunto al Consejo de la Unión Europea para continuar el procedimiento o si solicita a la Comisión Europea que presente una nueva propuesta.

3.7. Estrategia de convergencia: el método abierto de coordinación

La organización de los sistemas de protección social en la UE es responsabilidad de los Estados miembros.[17] Sin embargo, en los años noventa, el Consejo de la UE acordó la llamada *estrategia de convergencia*, cuyo objetivo es lograr una armonización a largo plazo de las políticas y sistemas de protección social. Se adoptaron dos recomendaciones en las que se fijaban objetivos concretos. Por ejemplo, todo ciudadano de la UE que carezca de rentas del trabajo o del capital debe recibir unos ingresos mínimos del Estado. Hasta la fecha, trece Estados miembros han introducido disposiciones de este tipo.

Todos los Estados miembros de la UE han llevado a cabo reformas a largo plazo de sus sistemas de seguridad social. El *método abierto de coordinación* prevé objetivos comunes, pero deja a los Estados miembros la elección de los medios para alcanzarlos.[18] Este enfoque, que se aplicó primero a la lucha contra la pobreza (desde 2000) y luego a las pensiones (desde 2002), goza de un amplio reconocimiento entre

---

[17] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 22; ver también Wind, "Die Ausstrahlungswirkung europäischer Sozialnormen auf internationale Verträge der EU", 13 s; Segger, "Rechtsangleichung der Europäischen Union im Sozialrecht?", 798.

[18] Comisión Europea, "La Agenda Social", COM (2005) 33 final, 9.

los distintos interlocutores: gobiernos nacionales, interlocutores sociales, sociedad civil y agentes territoriales y locales. Será importante para estructurar las reformas en torno a los tres temas comunes de cobertura universal, calidad y sostenibilidad financiera. La calidad de la aplicación debe seguir mejorando para aumentar la eficacia de estas reformas nacionales. La Comisión propondrá racionalizar y simplificar la práctica del método abierto de coordinación. Esta racionalización consistirá en establecer una lista única de objetivos comunes a los tres ámbitos –inclusión, pensiones y sanidad–, que incluya objetivos horizontales, como la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado laboral.

3.8. La Nueva Agenda Social: segunda fase

"Una Europa social en la economía global: empleos y nuevas oportunidades para todos": Este es el tema de la segunda fase de la Nueva Agenda Social. La agenda desarrolla una doble estrategia:[19]

En primer lugar, destaca su papel en el refuerzo de la confianza de los ciudadanos. Esta confianza es un requisito previo esencial para gestionar el proceso de cambio y desempeña un papel clave en el impacto sobre el crecimiento económico. La Agenda describe la combinación de instrumentos comunitarios para mejorar la calidad de su aplicación y presenta tres condiciones de éxito en este contexto: el enfoque intergeneracional, la asociación para el cambio y la necesidad de aprovechar las oportunidades de la globalización.

En segundo lugar, presenta acciones clave en torno a dos ejes principales derivados de los objetivos estratégicos de la Comisión Europea a partir de 2005:[20] 1) el empleo (objetivo de prosperidad) y, complementariamente, 2) la igualdad de oportunidades y la inclusión (objetivo de solidaridad). La Agenda combina la consolidación de un marco europeo común con la aplicación de medidas diversificadas para responder a necesidades específicas. Responde así a la visión de una Europa "unida en la diversidad", proclamada en el proyecto original de Constitución.

La complementariedad entre la Agenda, por una parte, y la Estrategia de Desarrollo Sostenible, por otra, requiere una vinculación adecuada y estrecha con las demás políticas comunitarias: mercado interior, política industrial, competencia y política comercial. Este enfoque presupone que las dimensiones social y de empleo se tengan plenamente en cuenta en las demás políticas comunitarias y viceversa. El enfoque integrado de la evaluación de impacto desarrollado por la Comisión constituye una valiosa contribución metodológica. En este sentido, la Nueva Agenda Social para la UE se inspira en el proyecto de Constitución, que subraya la importancia de un enfoque integrado.

---

[19] *Ibid*., 3.

[20] *Ibid*., 12.

La Agenda solo puede tener éxito si se implica a todos los sectores de la población europea:[21] El cambio debe basarse en un nuevo enfoque intergeneracional. Del mismo modo, los objetivos de empleo, solidaridad e inclusión social no pueden disociarse de la economía globalizada, en la que están en juego la competitividad y el atractivo de Europa. Esta doble apertura requiere una implicación fuerte y activa de todas las partes interesadas. Esto también repercute en la celebración de acuerdos de libre comercio entre la UE y terceros países o alianzas de Estados.

3.8.1. Política comunitaria en favor de la igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres ha sido uno de los principios fundamentales de la UE desde su fundación. En las últimas décadas, la legislación sobre igualdad de trato ha evolucionado hasta convertirse en un marco jurídico coherente que ahora está firmemente anclado como parte integrante del "acervo comunitario" y debe ser observado tanto por los antiguos como por los nuevos Estados miembros de la UE. Esta legislación ha desempeñado y sigue desempeñando un papel crucial en la promoción de la igualdad de participación en el mercado laboral y ha influido de manera significativa y continua en el marco en el que debe desarrollarse la igualdad de oportunidades en los Estados miembros.

El artículo 3 del Tratado CE establecía: "En todas sus actividades [...] la Comunidad (la Unión Europea) se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad".

Los derechos de la mujer son derechos humanos y la igualdad de género es sin duda uno de los principios fundamentales de toda democracia moderna.[22] La igualdad de oportunidades, consagrada en el Tratado de la Unión Europea, es una preocupación fundamental de la UE. La UE está comprometida con la igualdad de oportunidades desde los años setenta, por lo que ha desempeñado un papel pionero. La política de igualdad de oportunidades de la UE se basa en la disposición del Tratado según la cual mujeres y hombres deben recibir igual retribución por igual trabajo. Sin embargo, este primer paso hacia la igualdad solo ha dado lugar a cambios graduales en la práctica. Por ello, a pesar de todos los esfuerzos realizados en las últimas décadas, aún no se ha logrado la plena igualdad de oportunidades. En Europa, las mujeres siguen ganando en promedio una cuarta parte menos que los hombres, y siguen teniendo más probabilidades de ocupar empleos precarios que de ocupar altos cargos. Y en sus relaciones de pareja, siguen soportando la carga principal del cuidado de los hijos y las tareas domésticas. Dicho de otro modo: queda mucho por hacer en la UE para hacer realidad en la práctica la igualdad de oportunidades.

---

[21] *Ibid*., 4.

[22] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 24. Ver también Geimer, "Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem arbeitsrechtlichen Sektor", 349 s.

La transversalidad, es decir, la integración de los aspectos de igualdad de género en todos los ámbitos políticos y en todas las fases de su diseño, ha empezado a aplicarse junto con otras medidas específicas tanto en los Estados miembros como en el conjunto de la UE. Este doble enfoque ya se refleja en documentos relativos a diversos procesos de la UE, como la Estrategia Europea de Empleo, el proceso de inclusión social, los fondos estructurales y la cooperación al desarrollo. Aunque la política de igualdad de oportunidades beneficia principalmente a las mujeres, los hombres europeos también pueden beneficiarse de ella. Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha influido en la mayoría de los Estados miembros de la UE para que los hombres puedan jubilarse a la misma edad que las mujeres. Las disposiciones europeas sobre permiso parental también conceden derechos a los padres que trabajan: en la UE, ambos progenitores tienen derecho a un permiso parental de al menos tres meses cuando nace o se adopta un hijo. Los padres tienen el mismo derecho que las madres a ausentarse del trabajo si tienen que cuidar a un familiar enfermo o lesionado.

A mediados de la década de los noventa surgieron una serie de problemas en la aplicación de estos derechos.[23] Por regla general, las víctimas de discriminación tenían que demostrar ante los tribunales tanto la existencia como la naturaleza de la discriminación. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó varias sentencias claras en las que declaraba que las disposiciones sobre cuotas de género (discriminación positiva) infringían la legislación europea sobre igualdad de oportunidades. Como consecuencia, la UE modificó su legislación en los años noventa y publicó una directiva que invertía la carga de la prueba. Ahora corresponde al demandado demostrar que el demandante no ha sido discriminado ilegalmente por razón de sexo. La discriminación positiva está ahora permitida por el Tratado de Ámsterdam; por tanto, las normas de promoción que favorecen a las mujeres con las mismas cualificaciones que los hombres son compatibles con la legislación europea.

Se invita al Consejo Europeo a que pida a los Estados miembros que intensifiquen sus esfuerzos para promover la igualdad de género en todos los ámbitos de la sociedad. Deberá prestarse especial atención a los siguientes puntos:[24]

- debe garantizarse la rápida aplicación de la legislación recientemente adoptada en los Estados miembros y la correcta aplicación del "acervo comunitario" en el ámbito de la igualdad de trato en los países candidatos;
- la propuesta de directiva basada en el artículo 13 debía adoptarse antes de marzo de 2006;[25]

---

[23] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 26.

[24] Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones, COM (2004) 115 final, 15.

[25] Propuesta de Directiva del Consejo Europeo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro (2003/0265<CNS>).

- deben adoptarse medidas específicas en cooperación con los interlocutores sociales para reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres;
- debe apoyarse activamente una representación equilibrada de mujeres y hombres en las elecciones al Parlamento Europeo;
- la integración de la perspectiva de género debe reforzarse en todos los ámbitos políticos, especialmente en empleo y política social, educación, justicia y asuntos de interior, relaciones exteriores, cooperación al desarrollo, presupuesto y finanzas;
- debe seguir trabajándose en los indicadores, con especial atención a los de acoso sexual en el lugar de trabajo, para identificar los indicadores clave y supervisar los progresos; esto requiere la elaboración periódica de estadísticas de género adecuadas, coherentes y comparables, especialmente en los ámbitos en los que no se dispone de tales datos;
- en todos los fondos estructurales hay que hacer hincapié en la igualdad de género, especialmente en lo que se refiere al acceso de las mujeres al empleo, y garantizar una financiación adecuada;
- hay que combatir la violencia contra las mujeres y utilizar indicadores de violencia doméstica para controlar los avances en este ámbito;
- debe combatirse la trata de mujeres y, en particular, debe adoptarse la propuesta de Directiva[26] relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes.

3.8.2. La lucha contra la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de discriminación

La xenofobia, el antisemitismo y otras formas de discriminación vulneran los derechos fundamentales de las personas afectadas. El artículo 13 del Tratado CE establece que la UE puede adoptar medidas "para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

Durante muchos años, las instituciones de la UE han utilizado declaraciones, campañas de información y otros medios para sensibilizar a la opinión pública contra la discriminación.[27] Pero la UE no podía ir más allá porque carecía de base jurídica. De ahí surgió el debate sobre si la UE necesitaba una carta de derechos y cómo incluir en el Tratado el respeto de los derechos humanos. Aunque el Tratado de Ámsterdam no prevé un Código de Derechos Fundamentales de la UE, se incluyó una declaración clara en apoyo de los derechos humanos.

---

[26] COM (2002) 071 final.

[27] Ver Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 28.

En 1999, la Comisión Europea presentó una serie de importantes propuestas en virtud del artículo 13 sobre medidas específicas destinadas a cambiar las actitudes que subyacen a la discriminación. El primer aspecto de estas medidas es la protección efectiva. El paquete de propuestas incluye un programa de acción contra la discriminación y dos directivas marco destinadas a establecer una norma jurídica mínima común en la UE para combatir el racismo y la discriminación en el lugar de trabajo. El aspecto más importante es la importancia y la aplicación del principio de no discriminación. Por ejemplo, la Comisión Europea ha propuesto que el acoso en el lugar de trabajo se considere "discriminación indirecta" y, por tanto, inaceptable.

3.8.3. Derecho laboral: la libre circulación de trabajadores

Los derechos de los trabajadores europeos:

- No se permite que los jóvenes trabajen antes de los quince años. No pueden hacer horas extraordinarias antes de los dieciocho años.
- Los trabajadores adultos deben hacer una pausa de once horas entre jornadas (se aplican excepciones para determinadas actividades).
- Los empleados tienen derecho a un contrato de trabajo que establezca su salario, el derecho a vacaciones y el periodo de preaviso.
- Deben tomarse medidas especiales de salud y seguridad para las mujeres y las madres embarazadas. Las mujeres no deben ser despedidas por tener un hijo, estar embarazadas o disfrutar de un permiso de maternidad.

La UE se ocupa de cuestiones de la legislacion laboral desde mediados de los años setenta.[28] Aunque la responsabilidad principal de la legislación laboral recae en los Estados miembros de la UE, el progreso económico que condujo a la realización del Mercado Común impulsó rápidamente a los gobiernos a buscar una norma mínima de protección de los trabajadores en Europa. Hoy existen unos derechos mínimos europeos en relación con el tiempo de trabajo.

En los años noventa se planteó la cuestión de cómo debían organizar la participación de los trabajadores las empresas europeas con sucursales y empleados en distintos países. Es evidente que cada Estado miembro de la UE ha establecido su propio sistema de información, consulta y participación de los trabajadores. En 1994, tras recabar la opinión de los interlocutores sociales a escala comunitaria, se decidió regular la información y la consulta en Europa. Aunque existen derechos de los trabajadores europeos, la legislación laboral de la UE difiere considerablemente de un Estado miembro a otro. Los gobiernos y las partes de los convenios colectivos

[28] *Ibid.*, 17 s.; Geimer, "Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem arbeitsrechtlichen Sektor", 348 ss.; Wind, "Die Ausstrahlungswirkung europäischer Sozialnormen auf internationale Verträge der EU", 13 s.

pueden introducir en cualquier momento disposiciones que vayan más allá de los requisitos mínimos europeos.

Según el artículo 39 del Tratado CE, "la libre circulación implicará la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo y de empleo".

La libre circulación de trabajadores es un derecho fundamental desde la fundación de la CE en 1957, predecesora de la actual UE.[29] Hoy, cinco millones de europeos ejercen habitualmente este derecho y trabajan en otro Estado miembro. El Tratado explica qué significa realmente esta libertad de circulación. La libre circulación ha cobrado importancia al mismo tiempo que el mercado único, porque uno de los objetivos de un mercado común es permitir la libre circulación de mercancías y capitales. El mercado único también significa que los ciudadanos son libres de trabajar en cualquier lugar de la UE. La UE ha consagrado este derecho a la libre circulación en normas y reglamentos específicos, de modo que a partir de ahora tanto los trabajadores por cuenta ajena como los autónomos que se trasladen a otro Estado miembro por motivos profesionales pueden ir acompañados de sus familias, y los desempleados pueden, en determinadas condiciones, ir a otro Estado miembro a buscar trabajo. El Tratado establece que las personas que se desplacen dentro de la UE por motivos profesionales no deben ser penalizadas y, por tanto, obliga a la UE a actuar con una legislación social que proteja a los trabajadores migrantes y fronterizos.

La política social y de empleo aspira a beneficiarse del intercambio de experiencias entre la UE y sus socios sobre el estrecho vínculo entre progreso económico y progreso social, teniendo en cuenta el impacto del comercio exterior en la competitividad: por una parte, con los países vecinos y otros terceros, como los industrializados (EE. UU., China, Japón), los emergentes (Brasil, Argentina, India, Sudáfrica) y los países en desarrollo; por otra parte, con organizaciones internacionales, como la OIT, la OCDE, las Naciones Unidas y las organizaciones implicadas en la gobernanza económica (FMI, Banco Mundial, OMC), con el fin de reforzar la presencia de la dimensión social de la globalización y el aspecto social del desarrollo sostenible. Se compromete vehementemente en este sentido, también a la hora de celebrar acuerdos de libre comercio.

3.8.4. Servicios sociales de interés general

Objetivos del artículo 86 del Tratado CE:

> (1) Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o

[29] Dirección General de Educación y Cultura, *La política...*, 20.

exclusivos, ninguna medida contraria a lo dispuesto en el presente Tratado, y en particular en sus artículos 12 y 81 a 89.

(2) Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

(3) La Comisión Europea velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en caso necesario, dirigirá a los Estados miembros las directivas o decisiones apropiadas.

Como anunció en su *Libro blanco* de 2004 sobre los servicios de interés general, la Comisión Europea ha presentado una comunicación para definir un marco para el funcionamiento y la posible modernización de los servicios sociales de interés general.[30] Esta comunicación esbozaba la política comunitaria en materia de prestación de servicios sociales de interés general. También describía la organización y el funcionamiento de estos servicios para contribuir a su modernización y a la mejora de su calidad en diversos ámbitos. En el campo de las ayudas estatales, la Comisión Europea también ha adoptado una decisión basada en el apartado 3 del artículo 86 del Tratado CE y un marco comunitario para la financiación de los servicios de interés económico general. Estos textos especifican las condiciones en las que las ayudas estatales a los servicios de interés económico general son compatibles con las normas comunitarias. Podrían aplicarse condiciones especiales a determinados proyectos sociales, como hospitales y viviendas sociales.

3.9. ¿Y a continuación?

El empleo es una de las principales preocupaciones de nuestra sociedad**.** Muchas personas, jóvenes, mujeres, están desempleadas o en riesgo de estarlo. El problema afecta a todos los Estados miembros, lo que significa que la UE tiene que reaccionar una y otra vez. La política social y de empleo debe revisarse y completarse continuamente.[31] La Nueva Agenda Social tiene un papel clave que desempeñar en la promoción de la dimensión social del crecimiento económico.

Sus principios permitirán:

---

[30] Ver Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual, *Tratado de Ámsterdam...*, 11.

[31] *Ibid.*, 2 s. Sobre estas cuestiones, ver Segger, "Rechtsangleichung der Europäischen Union im Sozialrecht?", 797 s.

- la búsqueda de un enfoque europeo integrado que garantice una interacción positiva entre la política económica, la política de empleo y la política social;
- promover la calidad –empleo, política social y relaciones laborales–, mejorando al mismo tiempo el capital humano y social;
- adaptar los sistemas de protección social a las expectativas modernas de nuestras sociedades sobre la base de la solidaridad y reforzar su carácter de factor productivo.

El valor añadido de la Nueva Agenda Social de la UE es innegable.[32] La Agenda contribuye a facilitar la modernización de los sistemas nacionales en un contexto de profundos cambios económicos y sociales. También apoya el funcionamiento equilibrado del mercado interior y garantiza el respeto de los derechos fundamentales y los valores comunes. Sin embargo, la Nueva Agenda Social también obliga a la UE a no "diluir" sus objetivos al celebrar acuerdos internacionales, como los de libre comercio. Estados miembros de la UE, como Francia, Bélgica y los países escandinavos, insisten repetidamente en el cumplimiento de las normas sociales en estos contextos.

4. Déficit en la aplicación de las normas laborales básicas de la Organización Internacional del Trabajo

Hay que prestar especial atención a las normas mundiales en el ámbito de los derechos laborales. Uno de los principales actores intergubernamentales en este ámbito es la OIT, que lleva abogando por el establecimiento de derechos laborales desde su fundación en 1919. En el año 1998, la OIT estableció las llamadas normas fundamentales del trabajo, que incluyen el derecho a la negociación colectiva y la protección de la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso, la discriminación y el trabajo infantil, adoptando así un importante elemento de política social.[33] Sin embargo, la capacidad de la OIT para aplicar los objetivos acordados es bastante limitada. Se la considera una organización poco asertiva y cuyas recomendaciones tienden a tener un efecto discursivo.[34] En este sentido, el debate sobre la "seguridad social global" que se ha venido desarrollando cada vez más en la propia OIT en los últimos años y el intento de identificar las denominadas normas básicas constituyen

[32] Ver Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual, *Tratado de Ámsterdam...*, 2.

[33] Declaración de la OIT relativa a los principios y normas laborales básicas, adoptada en su simposio de trabajo en Ginebra, 18 de junio de 1998. Ver Christina Rokoss, *Die International Labour Organization (ILO) und ihre Kernarbeitsnormen* (Bochum: Grin Verlag, 2009).

[34] Ver Brühl y Nölke, "Spurensuche: Fragmente globaler Sozialpolitik", 155 s. Ver también Clodius, "Öffentliche Anhörung...".

un paso importante en el desarrollo de normas internacionales de política social. No obstante, cabe preguntarse si realmente se aplican y cumplen.

5. No hay suficiente protección de las normas sociales a través de los derechos sociales fundamentales globales

No habría necesidad de completar el llamado Capítulo de sostenibilidad del acuerdo comercial si se garantizara una protección suficiente a través de los derechos sociales fundamentales globales. Sin embargo, este no es el caso. Es cierto que en las últimas décadas se han adoptado numerosos convenios y resoluciones. Sin embargo, muchos de ellos no son de obligado cumplimiento. Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales (Pidesc) es uno de los derechos sociales globales más importantes. Este tratado, que fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966[35] y entró en vigor diez años después, regula los derechos a prestaciones estatales positivas en el sentido de protección por parte del Estado. Los organismos especializados de las Naciones Unidas también han publicado convenios centrales sobre derechos sociales fundamentales. Además, la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 hizo una importante contribución al establecimiento de los derechos sociales fundamentales al establecer un "derecho al desarrollo" en su documento final. Basándose en una declaración adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1986, el "derecho al desarrollo" hace hincapié, entre otras cosas, en el derecho al desarrollo económico, social, cultural y político.[36] A pesar de seguir siendo objeto de controversia, los jefes de Estado y de Gobierno retomaron estas consideraciones. Algunas de ellas encontraron expresión en la Declaración de Desarrollo del Milenio en 2000, que posteriormente se concretó aún más. En ella se hace hincapié en los derechos sociales básicos globales, sobre todo en los ámbitos de la educación básica, la sanidad y el abastecimiento de agua, y al mismo tiempo se formulan obligaciones para los Estados. Sin embargo, la discrepancia entre los derechos sociales básicos acordados a nivel mundial y la situación real de la población señala la debilidad de tales derechos básicos. No son vinculantes en virtud del derecho internacional o no cuentan con suficientes mecanismos de supervisión o incluso de sanción. Cuando existen mecanismos de supervisión, son deficientes. No obstante, si no existen

---

[35] Adaptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

[36] Para una profundización, ver Guido Odendahl, *Das Recht auf Entwicklung – The Right to Development. Entstehungsgeschichte, systematische Stellung und Inhalt eines individuellen und kollektiven Menschenrechts und Grundprinzips der Völkerrechtsordnung* (Aachen: Shaker Verlag, 1997); Sabine Schorlemer, *Das "Recht auf Entwicklung" in der internationalen Diskussion* (Frankfurt aM, Bern, New York, Paris: Peter Lang, 1989).

procedimientos exhaustivos de supervisión y sanción, las partes negociadoras del acuerdo comercial, la UE y el Mercosur, no pueden evitar acordar las normas sociales correspondientes en el propio acuerdo comercial.

Conclusiones

Es cierto que el proyecto de un acuerdo de libre comercio entre la UE y los países del Mercosur puede aportar beneficios para el desarrollo económico de ambos socios negociadores. Sin embargo, la llamada sostenibilidad está en entredicho en lo que respecta a las normas de protección social. La liberalización en el ámbito del comercio está indisolublemente unida a la amenaza que pesa sobre los derechos sociales y los derechos de los trabajadores. Por ello, los acuerdos de libre comercio deben contener normas claras al respecto. No debemos confiar en que estas se deriven de otro derecho internacional. Las preocupaciones de algunos Estados miembros de la UE sobre el acuerdo de libre comercio con Mercosur no pueden ignorarse, porque de lo contrario no podría lograrse la ratificación del acuerdo comercial por parte de todos los Estados miembros. Este artículo, que también describe el "modelo social europeo" desde el punto de vista de su desarrollo histórico, muestra qué ideas sociopolíticas podrían impulsar a los escépticos de los Estados miembros de la UE.

Bibliografía

Bastos Caputo, Carlos Eduardo. "Tratado do Mercosul e executoriedade". *Correio Braziliense*, 8 de junio de 1998.

Brühl, Tanja y Andreas Nölke. "Spurensuche: Fragmente globaler Sozialpolitik". *Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt*, n.° 29 (2009): 149-167.

Carvalho, Rita de Cassia. *Die Perspektiven des Mercosur in den internationalen Beziehungen mit der Freihandelszone Amerikas ALCA/FTAA und der Europäischen Gemeinschaft.* Mainz: Imprint-Verlag, 2007.

Clodius, Constanze. "Öffentliche Anhörung im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundesatags zum Thema 'Mercosur…'". https://www.bundestag.de/ausschuesse/a09_wirtschaft/Anhörung.htm

Dirección General de Educación y Cultura. *La política social y de empleo en Europa: una política para el ciudadano.* Luxemburgo: Comisión Europea, 2000.

Dirección General de Información, Comunicación, Cultura y Sector Audiovisual. *Tratado de Ámsterdam: lo que ha cambiado en Europa.* Luxemburgo: Comisión Europea, 1999.

Dos Santos, Evandro Whitehead Antunes. "Uniao Europeia e Mercosul: Supranacionalidade versus Intergovernabilidade". Monografia de Graduação. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2002.

Feyder, Jean. "Das EU-Mercosur-Abkommen in der Kritik, brennpunkt" (bp), 1 de agosto de 2019.

Fritz, Thomas. *EU-Mercosur-Abkommen verhindert eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung in Südamerika*. Aachen: Misereor-Verlag, 2020.

Geimer, Levke. "Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem arbeitsrechtlichen Sektor". *Recht der Arbeit* (2006).

Lospennato, Silvia. "Déficit democrático y evolución institucional del Mercosur". *Revista Mercosur Parlamentario*, n.° 1 (2006): 15-23.

Odendahl, Guido. *Das Recht auf Entwicklung – The Right to Development. Entstehungsgeschichte, systemartische Stellung und Inhalt eines individuellen sowie kollektiven Menschenrechts und Grundprinzips der Völkerrechtsordnung*. Aachen: Shaker Verlag, 1997.

Praxedes, Walter y Nelson Piletti. *O Mercosul e a sociedade global*. São Paulo: Ática, 1994.

Rokoss, Christina. *Die International Labour Organization (ILO) und ihre Kernarbeitsnorme*. Bochum: EuropaBuch-Verlag, 2009.

Schorlemer, Sabine. "*Das Recht auf Entwicklung" in der internationalen Diskussion*. Frankfurt aM, Bern, New York, Paris: Peter-Lang Verlag, 1989.

Segger, Arnold. "Rechtsangleichung der Europäischen Union im Sozialrecht?". *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2008).

Wehner, Ulrich. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojekts und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1999.

Wind, Gerald. "Die Ausstrahlungswirkung europäischer Sozialnormen auf internationale Verträge der EU". *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2007).

Eje 1. Derecho Procesal Constitucional

- Juan Carlos Jara Castro (Perú)
  Control constitucional de políticas públicas y política constitucional
- Pol W. Roman Andrade (Bolivia)
  La interpretación conforme en el ámbito judicial y la acción de inconstitucionalidad concreta
- Ricardo J. Sepúlveda I. (México)
  El sistema de control constitucional en México, una evaluación de treinta años
- Paúl Córdova Vinueza (Ecuador)
  Estudios de género en el derecho procesal constitucional: transformar la disciplina jurídica para innovar la administración de justicia
- Melina Girardi Fachin (Brasil)
  Catarina M. V. Ramos (Brasil)
  O Constitucionalismo feminista multinível e a fé nas mulheres
- Erland Cristian Salazar Quille (Bolivia)
  Condiciones para la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad: un análisis crítico de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Bolivia
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
  Eliziane Fardin de Vargas (Brasil)
  Jurisdição Constitucional transformadora na perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano: litigância estrutural e proteção de grupos em situação de vulnerabilidade via controle jurisdicional de políticas públicas
- Pablo A. Proaño (Ecuador)
  Ema Gamboa Loaiza (Ecuador)
  Líneas jurisprudenciales de los dictámenes de constitucionalidad en los estados de excepción por pandemias en el Ecuador
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
  El derecho procesal convencional de los derechos humanos, una disciplina autónoma del derecho procesal constitucional
- Carla Astrid Humphrey Jordan (México)
  Extendiendo la democracia: una mirada a los mecanismos de representación del sistema electoral mexicano

- José Mario Achoy Sánchez (Costa Rica)
  Andrei Cambronero Torres (Costa Rica)
  Reglas constitucionales republicanas: elemento necesario, pero insuficiente, para una democracia perdurable en Centroamérica
- Betty Carolina Ortuste Tellería (Bolivia)
  Pablo Roberto Toledo (Argentina)
  El control de convencionalidad en clave comparada: las experiencias de Bolivia y Argentina
- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
  Lorena Castellanos Peñafiel (Ecuador)
  La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en cinco temas claves para el servicio público ecuatoriano

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 135-152, ISSN 2346-0849

Juan Carlos Jara Castro* **(Perú)**

Control constitucional de políticas públicas y política constitucional**

RESUMEN

En el presente artículo se explica la importancia de la política constitucional como parámetro para el control constitucional de políticas públicas. En ese sentido, se propone, en primer lugar, que, desde el enfoque de la política constitucional, los procesos de control de políticas públicas deben apostar por una interpretación prospectiva, concordante con el pensamiento de la posibilidad y, en segundo lugar, deben instaurar una estructura procesal participativa.

Palabras clave: control constitucional; políticas públicas; política constitucional.

Constitutionality Review of Public Policies and Constitutional Policy

ABSTRACT

This article discusses the importance of constitutional policy as a parameter to conduct the constitutionality review of public policies. Thus, it argues that, based on a constitutional policy approach, processes for carrying out public policy review should incorporate a prospective interpretation, compatible with the notion of possibility, and, second, they should establish a participatory procedural structure.

Keywords: Constitutionality review; public policies; constitutional politics.

---

* Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de cátedra de los cursos Derecho Constitucional I y Filosofía del Derecho; investigador del Grupo de Investigación sobre Derechos Fundamentales, Derecho Comparado, Tecnología y Neurociencia (Gideften) de la PUCP. jcjara@pucp.edu.pe / https://orcid.org/0009-0007-1473-7782

** Agradezco a los profesores César Landa Arroyo y Jorge León Vásquez por su permanente apoyo en la elaboración de este artículo. Sus comentarios y recomendaciones han sido esenciales para esclarecer muchas de las ideas aquí plasmadas. Asimismo, agradezco a mi amiga María Paz Rodríguez por las conversaciones y por su compañía en esta ruta.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Verfassungskontrolle der öffentlichen Politik und Verfassungspolitik

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel erläutert die Bedeutung der Verfassungspolitik als Parameter für die Verfassungskontrolle der öffentlichen Politik. Dabei wird vorgeschlagen, aus der Perspektive der Verfassungspolitik die Kontrollprozesse der öffentlichen Politik entsprechend dem Realisierbarkeitsgedanken auf eine vorausschauende Auslegung auszurichten und zweitens eine partizipative Prozessstruktur zu schaffen.

Schlagwörter: Verfassungskontrolle; öffentliche Politik; Verfassungspolitik.

a Paola Fiorella Jara Castro

Introducción

Hay una tendencia creciente en las cortes constitucionales de la región a controlar políticas públicas. Sobre el particular, podemos citar los emblemáticos casos de Colombia (Sentencia T-025 de 2004), Brasil (ADPF 45/DF) y Perú (Sentencia 02566-2014-PA/TC).

En todos estos casos, el reto ha sido encontrar un punto de equilibrio para que los jueces no renuncien a sus deberes de tutela frente a la afectación de derechos fundamentales por la arbitrariedad o el déficit de una política pública, pero que al hacerlo tampoco incurran en excesos o vulneren el principio democrático y la separación de poderes.

Sin embargo, a pesar de que el control de políticas públicas se presenta como una realidad en la práctica jurídica constitucional, aún no se desarrollan técnicas adecuadas que permitan a los jueces ejercer esta supervisión sin interferir en las competencias de los órganos de gobierno.

Bajo esa premisa, el presente artículo sostiene que la política constitucional –entendida como el programa político normativo plasmado en la constitución– es una categoría dogmática adecuada para que los jueces controlen la constitucionalidad de las políticas públicas, por cuanto permite esclarecer los objetivos políticos fundamentales normados en la constitución, que son el parámetro de validez de las políticas de gobierno, así como someter dichos objetivos a la deliberación democrática.

1. Fundamentos del control

Como lo ha explicado la profesora Ada Pellegrini, el control constitucional de las políticas públicas se sostiene en dos grandes transformaciones en el pensamiento

constitucional contemporáneo: 1) la transformación del Estado liberal en Estado social; 2) la transformación del rol del juez en el Estado constitucional de derecho.[1]

1.1. El Estado social

El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho supuso que el Estado deje su posicionamiento neutro y pasivo frente a los ciudadanos –propio de la ideología liberal– para asumir un rol activo en busca de justicia social.[2]

Esta transformación ideológica influyó en el constitucionalismo de mediados de siglo XX, que se caracterizó por la producción de constituciones con un notable contenido axiológico, lo cual fue alentado por la tragedia humana del Holocausto e hizo necesario asumir una "ética jurídica" que limitara y orientara la acción del Estado para la consecución de ciertos fines.[3] Dicho en otras palabras, el Estado dejó de pretender la neutralidad para comprometerse con la defensa activa de ciertos principios.

Con ello, las normas constitucionales cambiaron su estructura. En ese marco, prolifera la incorporación de normas de programa (tradicionalmente denominadas normas programáticas)[4] a la constitución. Estas son normas que prefiguran un estado de cosas o ciertas transformaciones sociales que el Estado se compromete a alcanzar.

Asimismo, se produce un ensanchamiento en las cartas de derechos, con el especial reconocimiento de derechos fundamentales sociales, los cuales se caracterizan por su contenido colectivo y sus pretensiones "igualadoras", que se satisfacen principalmente a través de políticas de Estado.

Estas transformaciones han motivado que cierto sector de la doctrina sostenga que la constitución del Estado social es una constitución dirigente[5] (constitución que gobierna), la cual precisa un modelo de Estado mucho más activo, con el fin de garantizar que se cumplan los objetivos trazados por esta.

---

[1] Ada Pellegrini Grinover, "O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário", *Revista de Processo* 33, n.° 164 (2008): 9-14.

[2] Pablo Lucas Verdú, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1955), 80.

[3] Gregorio Peces-Barba Martínez, "Ética, política y derecho: el paradigma de la modernidad", *Revista de Derecho Público*, n.° 61 (1999): 104-130.

[4] Es cierto que, históricamente, el término "programático" ha sido usado como antónimo de "normativo", pero, como lo ha explicado el profesor Díaz Revorio, dicha comprensión no pasa de ser una confusión terminológica, pues lo único que se pretende expresar con dicho término es el carácter directivo u orientativo de ciertas normas, lo cual no tiene por qué negar su normatividad. Cfr. Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores constitucionales e interpretación constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 182.

[5] José Joaquim Gomes Canoltilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* (Coimbra: Coimbra Editora), 1994.

1.2. El rol del juez constitucional

Como quiera que la función del juez constitucional es defender la vigencia efectiva de la constitución, su posición en el Estado constitucional está determinada por el contenido de esta.

En ese orden de ideas, la transformación del Estado liberal en Estado social –y, con ello, el surgimiento de la constitución dirigente– cambió también el rol de los jueces constitucionales, quienes han pasado a ser responsables del cumplimiento de los programas políticos constitucionales en materia económica, social y cultural. Como lo explica el profesor Sagüés, "no se trata solamente de hacer prevalecer, en todos los casos por resolver, a las reglas jurídicas de la Constitución, sino también al espíritu político que las anima, esto es, el techo ideológico de la Constitución".[6]

En ese entendido, en el marco del Estado social se reaviva la preocupación por el surgimiento de un "gobierno de los jueces", pues estos se posicionan como actores centrales en el proceso político y, en contrapartida, los órganos de gobierno se ven mucho más limitados en su discrecionalidad. Como explica Grossman, "cuando el 'nuevo' derecho en cuestión se vincula con políticas sociales, esta expansión del poder de los jueces trae aparejada una correlativa reducción del poder del Congreso y del presidente, que son quienes tradicionalmente se encargan del diseño y la implementación de tales políticas".[7]

Esta preocupación no es nueva, ya que siempre ha existido una tendencia a separar la actividad jurisdiccional de la actividad política o gubernamental. Sin embargo, tras la experiencia humana de la Segunda Guerra Mundial se comprendió que, cuando el poder político no se controla, puede ser pervertido en una gran máquina de corrupción.[8] En ese marco, se reconoce el papel que tiene el juez constitucional para controlar los excesos, pero también para dirigir a los poderes públicos hacia ciertos fines políticos. Así lo explica Osvaldo Canela Junior:

> Se entiende por política de Estado, al conjunto de actividades del Estado encaminadas a sus fines, de conformidad con ciertos objetivos a alcanzar. Es un conjunto de normas (Poder Legislativo), actos (Poder Ejecutivo) y decisiones (Poder Judicial) que tienen por objeto alcanzar los fines primordiales del Estado.
>
> Como toda actividad política realizada por el Poder Legislativo y el Ejecutivo debe ser compatible con la Constitución, corresponde al Poder Judicial analizar, en cualquier situación y siempre que se provoque, lo que

---

[6] Néstor Pedro Sagüés, "Del juez legal al juez constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4 (2000), 343.

[7] Lucas S. Grosman, "El control judicial de las políticas sociales", en *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, coord. por Pablo Riberi (Ciudad de México: UNAM, 2019), 190.

[8] Mauro Cappelletti, "¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (1986): 9-46.

> convencionalmente se denomina "actos de gobierno", o "cuestiones de gobierno", bajo el prisma del cumplimiento de los fines [constitucionales] del Estado.[9] (Traducción libre)

Por esta razón, se ha dicho que la justicia constitucional es el "punto de convergencia" de los tres poderes del Estado.[10] De manera que, cuando el juez constitucional controla dichos poderes, para el cumplimiento de las aspiraciones del Estado social, está actuando como una suerte de estadista, con la pretensión de concretizar los objetivos políticos fundamentales que establece la constitución para la protección de los derechos de las personas.

Sin embargo, esta función no es posible si los operadores del derecho no cuentan con las herramientas necesarias. Por eso, como lo planteaba Pablo Lucas Verdú, la tarea de la dogmática constitucional debe ser desarrollar conceptos y categorías útiles para contribuir a la "continuidad histórica y sistemática de la Constitución real".[11] Con ese fin es que el desarrollo de la "política constitucional" resulta ser una categoría adecuada para el control de la actividad de gobierno y, en específico, para el control de las políticas públicas.

2. Política constitucional

Como lo señalamos, en el Estado social y democrático de derecho, la constitución se transforma en una suerte de "programa" que orienta la acción del Estado hacia determinados fines. Esto se debe a que en la sociedad contemporánea el Estado ha dejado de ser, como decía Lasalle, un guardián nocturno del orden,[12] para desempeñar un papel esencial en la vida política, social y económica de la nación. Esto se refleja en la norma constitucional y, en consecuencia,

> … se ve en la Constitución una norma que no solo debe señalar al poder público los límites de lo permitido, sino que le impone también el deber positivo de crear un orden. La Constitución, en otras palabras, se transforma toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es el "desarrollo" de la Constitución, del programa que la Constitución contiene.[13]

---

[9] Osvaldo Canela Junior, en Pellegrini, "O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário", 14.

[10] Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político* (Madrid: Tecnos, 1986), 820.

[11] Pablo Lucas Verdú, "El derecho constitucional como derecho administrativo", *Revista de Derecho Político*, n.º 13 (1982): 7-52, 14.

[12] Pedro de Vega García, *La problemática constitucional del Estado contemporáneo* (Lima: Palestra, 2023), 67.

[13] Ignacio de Otto, *Derecho constitucional: sistema de fuentes,* 2.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1988), 44.

Esto repercute en la actuación de los órganos de gobierno, los cuales ya no están sometidos solo a la orientación política coyuntural, que se produce como resultado de la actividad de las fuerzas políticas del momento, sino también a una orientación política constitucional, que es la que el constituyente ha decidido materializar en la constitución.[14]

2.1. Concepto

Pablo Lucas Verdú define la política constitucional como "el proceso político que conduce a la elaboración de las normas y la configuración de institutos, de acuerdo con un instrumento jurídico, codificado y sistemático (Constitución) y con su legislación complementaria que configuran la organización y ejercicio del poder y el resguardo de los derechos humanos".[15]

De esta definición podemos extraer dos nociones de política constitucional:

1. Política constitucional como "programa" político cristalizado en la constitución.
2. Política constitucional como "proceso" político, por el cual se realiza y desarrolla el programa constitucional.

Como se puede apreciar, la primera es una concepción "estática" de la política constitucional (programa político preestablecido en una constitución) y la segunda es una concepción "dinámica" (el programa constitucional desarrollado por las fuerzas políticas en un determinado momento).

Ahora bien, la primera objeción que podría surgir contra la idea de que la constitución contenga un "programa" de gobierno predefinido es que este sea usado como un instrumento totalizador, que pretenda instaurar una concepción unidimensional del Estado y de la sociedad.[16]

Sin embargo, en el marco del Estado social y democrático, la política constitucional permanece incompleta y abierta a un proceso de evolución social. En ese sentido, el desarrollo de la política constitucional es un proceso en el que debe participar toda la sociedad en un diálogo abierto y sobre la base de razones públicas constitucionales (desarrollo espontáneo de la política constitucional).

El problema surge cuando ese debate nunca se da (o es deficiente), y se encuentra en juego el cumplimiento de una política de Estado que el constituyente ha considerado de primordial interés. Entonces, es necesario que intervengan los

---

[14] Raúl Canosa Usera, "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional", *Revista de Derecho Político*, n.º 67 (1990): 136-140.

[15] Verdú, *Curso de derecho...*

[16] Gilberto Bercovici, "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 36, n.º 142 (1999): 35-51, 40.

jueces constitucionales en su rol de defensores de la constitucionalidad (desarrollo contencioso de la política constitucional).

2.2. Naturaleza y alcances

La política constitucional está plasmada en cierto tipo de normas que, por su naturaleza material,[17] establecen el programa político de la constitución. Estas normas son las siguientes:

1. Normas de derechos fundamentales: Son aquellas que garantizan un estatus jurídico de protección a los ciudadanos.
2. Garantías institucionales: Son las normas que procuran protección a ciertas instituciones públicas o privadas.
3. Estructura y fines del Estado**:** Son las normas que establecen principios estructurales del Estado o que determinan ciertos fines/directrices para la acción estatal.
4. Normas con mandatos constitucionales: Son aquellas que establecen órdenes concretas a los poderes del Estado (regularmente están dirigidas al legislador).[18]

Cabe mencionar la importancia de los preámbulos constitucionales para sintetizar la "fórmula política" de la constitución y, con ello, perfeccionar la interpretación de la política constitucional.[19]

Las normas antes mencionadas tienen en común que establecen mandatos generales de acción a los poderes públicos, dejando un importante margen para que el gobierno disponga de las medidas que considere más idóneas, tomando en cuenta los recursos existentes. Sin embargo, tomar en serio la fuerza normativa de la constitución implica reconocer que, ante la omisión o la actuación insuficiente del Estado, la justicia constitucional puede intervenir para controlar el cumplimiento de estas previsiones constitucionales.

En este marco, la política constitucional es un insumo que permite consolidar estos mandatos de acción en medidas de gobierno concretas: la política constitucional es el material de trabajo para que el legislador y el órgano de gobierno elaboren políticas públicas y, ante su omisión o acción insuficiente, debe ser el marco normativo para que la justicia constitucional controle u ordene la acción del Gobierno.

---

[17] Según una clasificación comentada por el profesor Klaus Stern, las normas constitucionales se pueden dividir en: 1) normas jurídico-formales: aquellas que determinan la existencia y composición del Estado; 2) las normas jurídico-materiales: aquellas referidas a los fines, comportamiento y contenido de la actividad del Estado. Cfr. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 271.

[18] *Ibid.,* 274-278.

[19] Javier Tajadura Tejada, *El preámbulo constitucional* (Granada: Editorial Comares, 1997).

2.3. Pensamiento institucional

Es importante enfatizar que defender la existencia de una política constitucional, que debe ser seguida por los órganos de gobierno, no implica defender un dirigismo estatal que neutralice el proceso democrático de toma de decisiones.

Por ello, el control de la política constitucional debe realizarse en el marco de un pensamiento institucional, que integre el pensamiento de la posibilidad (*Möglischkeitsdenken*), el pensamiento de la necesidad (*Notwendigkeitsdenken*) y el pensamiento de la realidad (*Wirklichheitsdenken*), para conseguir una interpretación de la constitución, concordante con los principios de una sociedad abierta.[20]

En ese marco, la interpretación se desenvuelve ya no solo en el ámbito de lo constitucionalmente debido, sino también, y más concretamente, en la esfera de lo constitucionalmente posible.[21]

En ese sentido, el juez constitucional debe tomar en cuenta que su función como defensor de la constitución no se cumple solamente cuando ordena a los órganos de gobierno la elaboración y el despliegue de ciertas políticas públicas (control fuerte de constitucionalidad), sino también cuando soluciona las fallas en el proceso democrático y cuando orienta el debate ciudadano a los justos términos del debate político-constitucional (control suave de constitucionalidad).[22]

3. Gobierno y políticas públicas

El Gobierno desempeña un papel crucial para el desarrollo de la política constitucional, debido a la posición que ocupa como hacedor de políticas públicas, en los diferentes ámbitos de la vida estatal. No obstante, a pesar de su importancia central en la estructura del Estado, la institución gubernamental ha sido poco estudiada por la literatura constitucional.

Las primeras reflexiones doctrinales en torno a la noción de 'Gobierno' se debieron a que el clásico esquema de división de poderes –ejecutivo, legislativo y judicial– no fue capaz de explicar integralmente las funciones del Estado.[23] De esta manera, se elaboró la idea de 'Gobierno' para explicar la función que cumplía el Estado como director de la política interior y exterior.

El estudio de la función de gobierno, sin embargo, presentó serias dificultades puesto que, a diferencia de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, esta se

---

[20] César Landa Arroyo, "Ética y justicia constitucional", *Revista de Derecho Político*, n.° 75-76 (2009): 245-272.

[21] Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), 302.

[22] *Idem*.

[23] Isabel M. Giménez Sánchez, "Indirizzo político, dirección política, impulso político: el papel del parlamento", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, n.° 8 (2008).

presentaba como una función difusa (no se conocía en puridad cuáles eran los "actos públicos" que correspondían a la actividad de gobierno).[24]

En su defecto, la actividad de gobierno se empezó a caracterizar como una función extralegal y ampliamente discrecional,[25] en la cual el Estado se desempeñaba como el encargado de conducir a la comunidad hacia el cumplimiento de ciertos objetivos políticos.

Esto explica que las primeras propuestas teóricas sobre la función de gobierno fueran desarrolladas por el fascismo italiano, para interpretar la posición preponderante que ostentaba la figura del jefe de Estado.[26]

Sin embargo, esta comprensión del Gobierno no se ha sostenido en el marco del Estado constitucional, como veremos a continuación.

3.1. La posición constitucional del Gobierno

La constitucionalización del Gobierno ha motivado que se deje atrás su concepción clásica como poder extralegal, para incorporarlo como una función esencial del Estado democrático de derecho.

En ese sentido, el derecho constitucional ha contribuido a la comprensión del rol de gobierno desde los siguientes enfoques:

1. El estudio de las competencias constitucionales, que permiten a ciertos poderes tener mayor incidencia en la dirección política del Estado.
2. El estudio de la política constitucional, como el parámetro en el cual se despliega la acción gubernamental.

El primero de estos temas nos permite entender la posición del Gobierno a través de sus competencias. Mientras que el segundo nos permite conocer la posición del Gobierno con base en su función primordial: el cumplimiento y desarrollo de la política constitucional. Sobre estos puntos nos detendremos brevemente.

3.1.1. Competencias constitucionales del Gobierno (dimensión orgánica)

Podemos aproximarnos a la posición del Gobierno a través de las competencias que le confiere la constitución.

---

[24] Por mucho tiempo, la teoría más aceptada sobre los actos de gobierno fue la del "móvil político", desarrollada por el Consejo de Estado Francés, según la cual, el acto de gobierno se califica como tal por su fin político, sin importar su naturaleza. Cfr. Roberto Ríos Elizondo, *El acto de gobierno* (México: Porrúa, 1975), 393-413.

[25] Ignacio de Otto y Pardo, "La posición constitucional del gobierno", *Documentación Administrativa*, n.° 188 (1980): 139-182, 172.

[26] Ignacio Fernández Sarasola, "Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional", *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.° 4 (2003): 151-195.

Lo que caracteriza a esas competencias es que permiten al órgano de gobierno influir de manera significativa en la dirección política del Estado, lo cual es posible, regularmente, a través de la facultad de tomar decisiones de alcance general y con un amplio margen para actuar. En el caso peruano, por ejemplo, se entiende que la posición de gobierno la ostenta el Poder Ejecutivo.[27] La Constitución establece que el presidente es el jefe de Estado y personifica a la nación (art. 110), y que dirige la política general del Gobierno (art. 118, inc. 3). Asimismo, ejerce las demás funciones que la Constitución y las leyes le encomiendan (art. 118, inc. 24).

En ese entendido, el presidente de la República tiene el poder de emitir decretos legislativos previa autorización del Congreso (art. 104), emitir decretos de urgencia en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (art. 118, inc. 19), declarar estados de excepción (art. 137), disolver el Congreso si se ha negado la confianza a su gabinete ministerial en dos ocasiones (art. 135), etc.

Ahora bien, ciertamente, conocer las competencias del órgano de gobierno nos permite entender cuál es su posición en el Estado constitucional, pero no termina de explicar cuál es la función que debería cumplir. Para esto, es necesario aproximarse al concepto de Gobierno desde su dimensión sustancial o material.

3.1.2. El Gobierno como órgano encargado de dirigir la política constitucional (dimensión material)

Debido a su posición en el Estado constitucional, el órgano de gobierno se constituye como el encargado de dirigir la política constitucional, es decir, es el responsable de que se adopten las medidas necesarias para cumplir con el proyecto político establecido en la constitución.

Esto quiebra por completo con el antiguo dogma de que la función de gobierno es extralegal y, por tanto, exenta del control jurisdiccional. La realidad es que, si bien el gobierno ostenta una amplia discrecionalidad para conducir la política de Estado, dicho margen de acción se encuentra circunscrito y orientado por la constitución y, en caso de que el gobierno contravenga dichos mandatos, entonces, la justicia constitucional deberá intervenir para corregir tales excesos, defectos u omisiones.

Desde esta aproximación, siguiendo al profesor Gomes Canotilho, podemos definir la función de gobierno como aquel conjunto de funciones legislativas, reglamentarias, planificadoras, administrativas y militares, de carácter económico, social, financiero y cultural, destinadas a la individualización y graduación de las prestaciones constitucionalmente establecidas.[28]

---

[27] César Landa Arroyo, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2023).

[28] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoría da constituiçao, 7.ª* ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 648.

3.2. Políticas públicas

Las políticas públicas son el principal instrumento para que el órgano de gobierno, en ejercicio de sus competencias, pueda cumplir con su función de materializar los fines y proyectos establecidos en la constitución.

La noción de políticas públicas tiene sus primeros trazos en el artículo "The policy orientation" (1951) del reconocido profesor Harold Laswell, en el cual el autor llama la atención sobre una tendencia asentada en diferentes gobiernos en el mundo a "racionalizar" los procesos de toma de decisiones políticas.

Las políticas públicas se conciben como aquellas decisiones gubernamentales que implican la selección y el desarrollo de una serie de fines, sobre la base de evidencia y conocimientos técnicos, con el propósito de solucionar problemas de interés general.[29]

Sin embargo, no se debe perder de vista que las políticas públicas también ostentan una dimensión ética o política, por cuanto son medidas con proyección de gobierno. Como lo expresa André-Noel Röth, son actos que tienen como objeto "la concretización de los principales objetivos de la sociedad y del Estado".[30]

En consecuencia, las políticas públicas no se deben analizar como decisiones seculares o exentas de control jurisdiccional debido a su naturaleza técnica (a esto se le denomina la "objeción técnica"[31] del control de políticas públicas), lo cual además es subsanable permitiendo una mayor actividad probatoria en el proceso,[32] sino que se les debe entender como actos de gobierno que, por tanto, deben conducirse en el marco de la constitución.

La proyección de gobierno que ostentan las políticas públicas las hace, pues, objeto de control por parte de los jueces constitucionales y, en dicho escenario, como

---

[29] Gema Pastor Albaladejo, "Elementos conceptuales y analíticos de las políticas públicas", en *Teoría y práctica de las políticas públicas*, ed. por Gema Pastor Albaladejo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 17-45.

[30] André-Noel Röth Deubel, "Introducción para el análisis de las políticas públicas", *Cuadernos de Administración*, n.° 30 (2003): 113-128, 115.

[31] El profesor Sosa Sacio menciona que existen tres principales objeciones contra el control jurisdiccional de políticas públicas sociales: 1) la objeción funcional; 2) la objeción técnica; y 3) la objeción democrática. Cfr. Juan Manuel Sosa Sacio, "Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir", en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucion*al, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 73.

[32] En el caso peruano, uno de los principales retos para el control constitucional de políticas públicas es la ausencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales de tutela de derechos. En estos casos habría que ver cuáles son las posibilidades y los límites que ofrece el artículo 13 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que establece: "En los procesos constitucionales los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación. Sólo son procedentes aquellos que no requieren actuación, *lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso*" (énfasis agregado).

lo veremos a continuación, la política constitucional es un elemento esencial como parámetro de control.

4. El control constitucional de las políticas públicas como control de la política constitucional

La política constitucional es el principal parámetro para el control constitucional de políticas públicas, pues establece el marco de orientación y los confines de los emprendimientos políticos del Estado.

Como consecuencia de ello, el proceso de control de políticas públicas debe estructurarse de tal manera que permita la debida actuación de la política constitucional que, como se ha explicado, se trata de un entramado de normas con la pretensión de ordenar y dirigir la vida estatal, pero, al mismo tiempo, incompleta y abierta a los procesos de cambio (por eso, Peter Häberle ha dicho que la política constitucional es la "creación consciente y el desarrollo ulterior de la Constitución").[33]

Considerando lo anterior, las piezas clave para el control constitucional de políticas públicas son, en primer lugar, una interpretación prospectiva, concordante con el pensamiento de la posibilidad y, en segundo lugar, el establecimiento de una estructura procesal participativa.

Sobre lo primero, la interpretación prospectiva[34] consiste en que el juez no reduzca su análisis a las infracciones normativas ocurridas, sino que "construya", sobre la base de la norma y la realidad, directrices o medidas concretas de gobierno, que permitan el desarrollo de la política constitucional. Esta labor debe desarrollarse en armonía con un pensamiento institucional, es decir, transformando el carácter abierto de la norma constitucional en una posibilidad de acción y permitiendo que sean los ciudadanos los que, sobre la base de razones públicas constitucionales, decidan la marcha política del Estado.

En ese sentido, resultan interesantes propuestas de control de constitucionalidad suave, como la que desarrolló la Corte Constitucional de Sudáfrica en el Caso South Africa v. Grootboom. En este caso, la mencionada Corte evaluó la situación de un importante grupo de ciudadanos que terminaron en situación de indigencia tras haber sido expulsados de un terreno en el que habitaron durante muchos años por necesidad, ante lo cual el Gobierno de Sudáfrica no había adoptado ninguna medida, a pesar de que la Constitución reconocía el derecho a una vivienda.

Lo particular del caso es que la sentencia de la Corte solo contenía una "declaración" de la violación de derechos y algunas indicaciones de los aspectos en los que la política pública se mostraba deficiente, sin "órdenes específicas" respecto a

---

[33] Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Ciudad de México: UNAM, 2016), 282.

[34] Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review* 89, n.° 7 (1976): 1281-1316.

las políticas públicas por implementar.[35] De este modo, la justicia constitucional se limitaba a sentar las razones públicas constitucionales sobre las cuales los órganos de gobierno podrían evaluar la mejor adopción de medidas.

Sobre este asunto también podemos mencionar la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que estableció como tesis de repercusión general el Tema 698. Esta controversia surgió de una demanda planteada por el Ministerio Público contra el municipio de Río de Janeiro debido a las malas condiciones en que se encontraba el Hospital Municipal Salgado Filho.[36]

Inicialmente, la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado declaró fundada la demanda y ordenó una serie de acciones específicas contra el municipio, como la realización de un concurso público para médicos y empleados técnicos del hospital, con fijación de plazo y multa por incumplimiento. El municipio interpuso recurso extraordinario contra esta decisión.

El Supremo Tribunal Federal declaró fundado parcialmente el recurso extraordinario por considerar que la decisión del Tribunal de Justicia del Estado interfería de manera irrazonable en las competencias de la administración pública. Asimismo, como parte de su sentencia, el Supremo Tribunal estableció una serie de pautas para el control jurisdiccional de las políticas públicas, que el Tribunal de Justicia del Estado debe tomar en cuenta para reformar su decisión. Como parte de estas pautas se determinó que "la resolución judicial, por regla general, en lugar de ordenar medidas concretas, debe señalar los objetivos a alcanzar y ordenar a la Administración Pública que presente un plan y/o los medios adecuados para conseguir el resultado".

Como se puede advertir, en este caso, la posición del Supremo Tribunal está orientada a un control suave de constitucionalidad en el que, de manera similar al caso South Africa v. Grootboom, se prefiere que el juez establezca los objetivos constitucionales hacia los cuales se debe orientar la acción de gobierno (política constitucional), pero sin zanjar la discusión de manera concluyente, reservando la materialización del programa constitucional a la deliberación ciudadana y el diálogo institucional.

No obstante lo anterior, también es posible que se presenten situaciones en las que el incumplimiento de la política constitucional sea sistemático y, además, coincida con una democracia defectuosa que no permite que los ciudadanos participen en el desarrollo de la política constitucional (bloqueo institucional). En estos casos se justificará un control más fuerte de la política constitucional, en el que los jueces constitucionales fijen las bases de las políticas de gobierno o que, directamente, emitan órdenes contra los órganos de gobierno.

---

[35] Felipe Johan León Florián, "La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades" (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), 145.

[36] Entre los problemas que afrontaba el Hospital estaba el déficit de personal (personal médico y personal de seguridad), la falta de equipamiento (falta de una pantalla de cirugía de hernia, aparatos de rayos X en mal estado, entre otros) y el déficit de infraestructura (necesidad de crear una UCI infantil y neonatal).

Como ejemplo de esto podemos destacar el emblemático caso "Viceconte" en Argentina (Causa 31, 777/96). Esta controversia surgió en el marco de una grave epidemia de fiebre hemorrágica argentina, la cual brotaba periódicamente y con diferente intensidad en determinadas zonas desde 1958. Sin embargo, a la fecha de la demanda, el Estado no había adoptado las medidas adecuadas para proteger del contagio a la población.

Es importante mencionar que, en 1991, el Estado adquirió una vacuna de una institución extranjera, lo cual permitió que los contagios se redujeran. Sin embargo, ya no había dosis suficientes y la compra de vacunas no era una opción, pues, como la enfermedad brotó únicamente en Argentina, su producción no era rentable en el extranjero.

A pesar de esto, desde 1991, el Estado no mostraba avances significativos en la construcción de un centro para la producción de la vacuna en Argentina. Ante esta situación, Mariela Cecilia Viceconte presentó una demanda para que el Estado adoptara "todas las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina".

La Cámara Contencioso Administrativa Federal declaró fundada la demanda de la señora Viceconte y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social cumplir con un cronograma para la construcción de la unidad de fabricación de vacunas, elaborado por el instituto nacional responsable del proyecto. Además, se encomendó al defensor del pueblo el seguimiento y control de dicho cronograma. Cabe mencionar que, cuando en el año 2000 se constató que no había un cumplimiento notorio de la sentencia, el órgano judicial impuso astreintes y, además, el embargo del presupuesto de la nación para el año 2001.[37] De esta manera, recién en 2006 se concluyó la obra.

Como se puede apreciar, en este caso, debido a la gravedad de los hechos y ante la persistente inacción de los órganos de gobierno, la justicia argentina determinó que era necesario establecer un mandato mucho más concreto porque, de no hacerlo, se afectaría directamente el deber del Gobierno de garantizar el derecho a la vida y la salud.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que en los casos de control de políticas públicas la justicia constitucional debe instaurarse como una salida democrática para que, ante la deficiencia o inoperancia de los órganos de representación política, los ciudadanos puedan postular sus pretensiones en un debate abierto. Por eso, la interpretación constructiva de los jueces debe ir de la mano de una estructura procesal participativa.

La estructura procesal participativa implica que el proceso de control de políticas públicas contenga canales que permitan la intervención de los diferentes actores públicos y privados que participan del desarrollo de la política constitucional. Asimismo, es importante que esta apertura democrática se traduzca en el fallo y que,

[37] León Florián, "La eficacia de los derechos sociales entre particulares", 145.

además, en virtud del principio democrático, el juez constitucional tome en cuenta que la salida más adecuada siempre es la que permita que los ciudadanos sean los protagonistas en el desarrollo de la política constitucional.

Para conseguir estos objetivos, las cortes constitucionales han implementado una serie de instituciones, como la intervención de los *amicus curiae*, el establecimiento de audiencias públicas, o de seguimiento y ejecución de sentencias, entre otras.

Un ejemplo de cómo se puede hacer uso de estas instituciones dialógicas lo encontramos en el caso Beatriz Silvia Mendoza vs. Estado Nacional y otros, resuelto por la Corte Suprema de la Nación argentina. En este caso, un grupo de ciudadanos planteó una demanda colectiva contra el Estado nacional y 44 empresas por su responsabilidad en la contaminación del río Matanza-Riachuelo, con el fin obtener una indemnización y que se implementaran las medidas necesarias para la recuperación del medio ambiente.

Lo particular de este caso es que la Corte Suprema se propuso alcanzar una solución a través del diálogo entre los órganos del Estado y la sociedad civil, para lo cual se convocó a una serie de audiencias públicas. En la primera, en 2006, los distintos niveles de gobierno presentaron un plan de limpieza del río. Sobre esa base, en adelante, se realizaron otras audiencias en las cuales participaron ciudadanos, organismos no gubernamentales, universidades, entre otros. Con estos antecedentes, en julio de 2008, la Corte pronunció su decisión en la que definió las obligaciones que correspondían a cada parte, tomando en cuenta los aspectos debatidos en las audiencias antes mencionadas.[38] En este caso, también se encargó la supervisión de la ejecución de la sentencia al defensor del pueblo.

Como se puede ver, la estructura participativa del proceso hace que este cumpla una función democratizadora, pues permite que sectores de la población que muchas veces son excluidos del proceso de toma de decisiones puedan ejercer su derecho a intervenir en la creación de políticas públicas. Esto es especialmente importante en países como los latinoamericanos, en que los órganos de representación tienen poca legitimidad. En este marco, la judicialización de las políticas de Estado genera una nueva variante en el ejercicio democrático a través de lo que Roxana Cortina ha denominado "ciudadano-litigante".[39]

---

[38] Roberto Gargarella, "Justicia dialógica y derechos sociales", en *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coord. por Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 132-134.

[39] Roxana Marina Cortina Mendoza, "Determinación de las funciones de la jurisdicción constitucional a partir del análisis de la justiciabilidad de las cuestiones políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales" (tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006).

Conclusiones

El proceso de control de políticas públicas, entendido como control de la política constitucional, garantiza una suerte de "gobernanza constitucional" en la cual los jueces concretizan la política constitucional en opciones de gobierno y propician un debate abierto entre los ciudadanos.

En este ejercicio, la política constitucional sirve como un horizonte que permite desarrollar al máximo el proyecto político constitucional y, al someterlo al debate ciudadano, reactualiza su legitimidad.[40]

Por estas razones, la política constitucional debe ser entendida como una herramienta que permite perfeccionar el proceso de gobierno. Esto se logra al conectar de manera coherente el proceso de formulación de políticas públicas, con las prioridades establecidas en la constitución, y al coadyuvar a que la deliberación ciudadana se realice con base en razones públicas constitucionales.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede ignorar el contexto de los gobiernos actuales en la región, donde se están expandiendo prácticas de constitucionalismo autoritario,[41] en que se invoca la carta con el fin de legitimar prácticas antidemocráticas. En ese sentido, se debe defender una comprensión abierta de la política constitucional, concordante con el pensamiento de la posibilidad.

De esta manera, la política constitucional no puede servir de ningún modo para el establecimiento de un dirigismo estatal que neutralice la participación ciudadana, sino todo lo contrario, esta debe entenderse como el marco jurídico dentro del cual se debe fomentar una amplia deliberación pública. Así pues, la máxima debería ser que, a mayor intervención de la jurisdicción constitucional en las cuestiones de gobierno, mayor deberá ser la participación ciudadana en el debate constitucional.

Bibliografía

Bercovici, Gilberto. "A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro". *Revista de Informação Legislativa* 36, n.° 142 (1999): 35-51.

Canosa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Canosa Usera, Raúl. "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional". *Revista de Derecho Político*, n.° 67 (1990): 125-152.

Cappelletti, Mauro. "¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 17 (1986): 9-46.

[40] Canosa, *Interpretación constitucional...*, 267-270.

[41] Mark Tushnet, "Authoritarian Constitucionalism", *Cornell Law Review*, n.° 100 (2015): 391-461.

Cortina Mendoza, Roxana Marina. "Determinación de las funciones de la jurisdicción constitucional a partir del análisis de la justiciabilidad de las cuestiones políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales". Tesis de licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

De Otto y Pardo, Ignacio. "La posición constitucional del gobierno". *Documentación Administrativa*, n.° 188 (1980): 139-182.

De Otto y Pardo, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes,* 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1988.

De Vega García, Pedro. *La problemática constitucional del Estado contemporáneo*. Lima: Palestra, 2023.

Díaz Revorio, Franciso Javier. *Valores constitucionales e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Fernández Sarasola, Ignacio. "Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional". *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.° 4, (2003): 151-195.

Gargarella, Roberto. "Justicia dialógica y derechos sociales". En *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coordinado por Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez, 132-134. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Giménez Sánchez, Isabel M. "Indirizzo político, dirección política, impulso político: el papel del parlamento". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, n.° 8 (2008): 83-108.

Gomes Canoltilho, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito constitucional e teoría da constituiçao 7.ª* ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Grosman, Lucas. "El control judicial de las políticas sociales". En *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, coordinado por Pablo Riberi. Ciudad de México: UNAM, 2019.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM, 2016.

Chayes, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review* 89, n.° 7 (1976): 1281-1316.

Landa Arroyo, César. "Ética y justicia constitucional". *Revista de Derecho Político*, n.° 75-76 (2009): 245-272.

Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático,* 4.ª ed. Lima: Palestra, 2022.

Landa Arroyo, César. *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2023.

León Florián, Felipe Johan. "La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades". Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

León Vásquez, Jorge. *Derecho procesal constitucional e interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra, 2023.

Lucas Verdú, Pablo. *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1955.

Lucas Verdú, Pablo. "El derecho constitucional como derecho administrativo". *Revista de Derecho Político*, n.º 13 (1982): 7-52

Lucas Verdú, Pablo. *Curso de derecho político*. Tomo IV. Madrid: Tecnos, 1986.

Pastor Albaladejo, Gema. "Elementos conceptuales y analíticos de las políticas públicas". En *Teoría y práctica de las políticas públicas*, editado por Gema Pastor Albaladejo, 17-45. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

Pellegrini Grinover, Ada. "O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário". *Revista de Processo* 33, n.º 164 (2008): 9-37.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. "Ética, política y derecho: el paradigma de la modernidad". *Revista de Derecho Público*, n.º 61 (1999): 104-130.

Ríos Elizondo, Roberto. *El acto de gobierno*. México: Porrúa, 1975.

Röth Deubel, André-Noel. "Introducción para el análisis de las políticas públicas". *Cuadernos de Administración*, n.º 30 (2003): 113-128.

Sosa Sacio, Juan Manuel. "Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir". En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucion*al, coordinado por Juan Manuel Sosa Sacio. Lima: Palestra, 2017.

Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Tajadura Tejada, Javier. *El preámbulo constitucional*. Granada: Editorial Comares, 1997.

Tushnet, Mark. "Authoritarian constitucionalism". *Cornell Law Review*, n.º 100 (2015): 391-461.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 153-173, ISSN 2346-0849

Pol W. Roman Andrade* **(Bolivia)**

La interpretación conforme en el ámbito judicial y la acción de inconstitucionalidad concreta**

RESUMEN

El presente artículo se circunscribe al ámbito de la aplicación judicial de la Constitución, debido a que nos interesa saber la manera en que el ordenamiento jurídico boliviano resuelve la controversia judicial en la que el juez advierte la inexistencia de una interpretación conforme a la Constitución de la disposición legal que debe aplicarse al caso concreto. Aquí se precisa el valor normativo de la Constitución, para establecer los alcances de la interpretación conforme. A partir de estos cánones teóricos se describe la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta y, posteriormente, se evalúa la necesidad e idoneidad de dicha acción para, con base en ello, concluir que la inexistencia de una interpretación conforme a la Constitución de cualquier disposición legal no puede suspender, ni suprimir el ejercicio de la función judicial, y que la carta fundamental debe ser la norma aplicable de forma preferente para la resolución de cualquier controversia judicial.

Palabras clave: Constitución; interpretación conforme; acción de inconstitucionalidad concreta.

Conforming Interpretation in the Judicial Sphere and Specific Unconstitutionality Actions

ABSTRACT

This article is confined to the judicial application of the Constitution, as we are interested in understanding how the Bolivian legal system solves judicial disputes in which

* Abogado, Universidad Mayor de San Simón. Docente, Universidad Privada San Francisco de Asís (USFA) y Universidad Tecnológica Boliviana (UTB). lawromanbolivia@gmail.com / https://orcid.org/0009-0002-1358-8731

** El presente trabajo es una síntesis del proyecto de investigación presentado a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede La Paz, para optar al título de Magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

the judge discerns there is no constitutional interpretation of the legal provision to be applied to the specific case. In this instance, the Constitution's normative value is defined in order to establish the scope of conforming interpretation. Based on these theoretical canons, the article first describes the legal regulation that governs specific unconstitutionality actions and, then, it evaluates the need and suitability of such action in order to conclude that the lack of constitutional interpretation for a legal provision cannot suspend or suppress the exercise of the judicial function and that the Constitution should be the preferred applicable norm to solve any judicial dispute.

Keywords: Constitution; conforming interpretation; specific unconstitutionality action.

Die rechtskonforme Auslegung vor Gericht und die konkrete Verfassungsbeschwerde

ZUSAMMENFASSUNG

Im Kontext der Umsetzung der Verfassung durch die Gerichte geht der vorliegende Artikel der Frage nach, welche Lösungen die bolivianische Rechtsordnung für Kontroversen anbietet, in denen ein Richter das Fehlen einer verfassungskonformen Auslegung der im konkreten Fall anzuwendenden Bestimmungen feststellt. Zunächst wird der normative Wert der Verfassung präzisiert, um den Geltungsbereich der verfassungskonformen Auslegung zu bestimmen. Auf der Grundlage dieses theoretischen Kanons erfolgt sodann eine Beschreibung der gesetzlichen Regelung der konkreten Verfassungsbeschwerde und eine Bewertung der Notwendigkeit und Angemessenheit der genannten Beschwerde, die zu dem Schluss kommt, dass das Fehlen einer verfassungskonformen Auslegung von rechtlichen Bestimmungen aller Art die Ausübung der Gerichtsbarkeit weder suspendieren noch aufheben kann und dass bei der Lösung aller rechtlichen Kontroversen die Verfassung vorrangig anzuwenden ist.

Schlagwörter: Verfassung; rechtskonforme Auslegung; konkrete Verfassungsbeschwerde.

Introducción

La Constitución ocupa el escalón jerárquico más alto dentro de la estructura del ordenamiento jurídico, en tanto fundamento de validez del mismo. En consecuencia, la carta política determina también las relaciones entre las distintas normas que componen el ordenamiento jurídico. Dicha relación entre las normas jurídicas y de estas con la Constitución debe ser coherente, es decir, no deberían observarse contradicciones entre las distintas normas y la ley fundamental. Sin embargo, no es posible evitar que estas existan, razón por la cual, la misma Constitución ha previsto "instrumentos o medios […] para que las normas consagradas

en la Constitución adquieran eficacia",[1] eficacia que también ayuda a dirimir estas controversias normativas.

De ahí que la Constitución *norma normarum* del ordenamiento jurídico vincula, por su fuerza normativa, a todos los órganos públicos y personas en el momento de su aplicación. En consecuencia, la fuerza normativa de esta impone el imperativo de la interpretación conforme,[2] entendido como la obligatoriedad que tienen todos los órganos públicos y personas privadas de interpretar cualquier norma del ordenamiento jurídico de conformidad con los principios y las reglas constitucionales.[3] Al respecto, Boris Arias ha señalado que este "tipo de interpretación que mantiene incólume el texto de una disposición, pero a la vez implica la expulsión del ordenamiento jurídico de una determinada interpretación de la disposición es habitual en la actividad jurisdiccional de todo juez".[4] Un ejemplo de este ejercicio hermenéutico se ha dado con ocasión de la interpretación del artículo 134 del Código de Procedimiento Penal realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1036/2002-R de 29 de agosto.[5]

Ahora bien, dada la obligatoriedad del órgano judicial, y concretamente de los jueces, de interpretar cualquier disposición del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución para la resolución de los casos específicos sometidos a su conocimiento, existe en este escenario la posibilidad de que un juez o tribunal no pueda asignar un significado[6] a la disposición conforme a la Constitución para su resolución. De hecho, el acontecimiento de que una disposición no tenga un significado conforme a la Constitución en el ámbito judicial es posible, lo que, a su vez, implicaría la inaplicabilidad de la disposición o su anulación según el sistema de control de constitucionalidad adoptado por el ordenamiento jurídico.

---

[1] Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2.ª ed. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998), 89.

[2] Eduardo Aldunate, "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 32 (2009): 446.

[3] Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª ed. (Madrid: Civitas, 2006), 101.

[4] Boris Wilson Arias López, "El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 21 (2014): 3-15.

[5] En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, sujetándose al mandato constitucional de celeridad procesal consagrado por el artículo 116 de la Constitución (abrogada), estableció que el cómputo de los seis meses previstos por el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal para el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza a partir de que el juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal; ello, a efectos de la aplicación de la extinción de la acción penal.

[6] Siguiendo a Guastini, nos referimos a significado para designar al contenido específico de la disposición resultado del ejercicio interpretativo. Cfr. Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999).

El problema descrito se resuelve *prima facie* con la aplicación preferente de la Constitución sobre cualquier otra disposición jurídica, atendiendo a su fuerza normativa. Lo anterior, siguiendo lo establecido por el parágrafo I del artículo 15 de la Ley 025 del Órgano Judicial, que en su parte *in fine* ordena: "En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria". Conviene en este punto subrayar que la aplicación preferente de la Constitución opera justamente cuando la disposición jurídica no tiene una interpretación conforme a la Constitución. Sin embargo, el ordenamiento jurídico boliviano ha instituido también la acción de inconstitucionalidad concreta, regulada por los artículos 73 al 79 y siguientes del Código Procesal Constitucional, respecto de la cual la jurisprudencia ha señalado que 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 que debe ser aplicada para resolver un proceso judicial o administrativo".[7] El presupuesto de procedencia de dicha acción es la duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma a aplicarse al caso concreto para su resolución, lo que implica la inexistencia de un significado de la disposición jurídica conforme a la Constitución, en cuya eventualidad, la referida regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta manda al juez o tribunal en el ámbito judicial[8] la remisión al Tribunal Constitucional Plurinacional para que esta jurisdicción proceda a su respectiva resolución.

Entonces, el juez o tribunal en el ámbito judicial, ante la inexistencia de un significado de la disposición jurídica conforme a la Constitución, se encuentra compelido, en primer lugar, por la fuerza normativa de la Constitución, a proceder a su aplicación preferente frente a cualquier otra disposición jurídica; en segundo lugar, la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta compele al juez o tribunal a someter a control de constitucionalidad vía acción concreta, remitiendo la causa al Tribunal Constitucional Plurinacional, para la resolución de una falta de significado de la disposición conforme a la Constitución. En el escenario propuesto, el juez o tribunal se encuentra compelido a dos situaciones totalmente contrarias, que le impiden resolver de forma inexcusable la controversia puesta en su conocimiento para tutelar un derecho material. Justamente este conflicto es el que constituye el objeto de la presente investigación.

1. El valor normativo de la Constitución

Los fundamentos del valor normativo de la Constitución radican esencialmente en lo que Kelsen denominó "Constitución formal" y "Constitución material" o lo que

---

[7] Cfr. Sentencia Constitucional 1053/2013-AIC de 28 de junio.

[8] A los efectos de la presente investigación, solo nos interesa el ámbito judicial, no el administrativo.

también se viene denominando "supremacía formal y material de la Constitución".[9] Es decir, en la distinción de la Constitución con el resto de las normas y la jerarquía que ocupa en el ordenamiento jurídico; a ello se suma que la Constitución refleja, además, la voluntad popular y convierte su ejercicio en un poder reglado por esta.

El fundamento de supremacía de la Constitución está estrechamente ligado al concepto de Constitución formal, es decir, a la Constitución escrita o codificada para nuestra tradición jurídica, pero su supremacía deviene concretamente de una explicación normativa y política. Se trata, por supuesto, de una supremacía normativa respecto de las demás normas jurídicas. Sobre el particular, Kelsen señala que la Constitución es la norma *normarum*, la norma de normas, debido a que esta constituye el fundamento de validez de todas las normas del ordenamiento jurídico.[10] Esta cualidad permite que la Constitución sea la norma suprema del ordenamiento jurídico, ya que todas las normas, por lo menos desde un punto de vista material, deben obligatoriamente remitirse a la Constitución para ser consideradas como válidas. Esta es una cualidad que es propia y exclusiva de las normas constitucionales.

Bajo este entendido, la supremacía normativa de la Constitución –dada por ser fuente de todo el orden jurídico– tiene las siguientes características: 1) que en todo proceso de producción normativa deben aplicarse las normas constitucionales con preferencia a cualquier otra; 2) que la pluralidad de normas que forman el sistema debe interpretarse conforme a la unidad de las normas constitucionales; 3) que ante interpretaciones distintas debe preferirse aquella cuya disconformidad con las normas constitucionales no sea manifiesta.[11]

Entonces, la supremacía normativa de la Constitución tiene estas características justamente porque en cualquier mecanismo de control de constitucionalidad funge como criterio de control, de evaluación de las normas infraconstitucionales. Si no existe una norma de carácter supremo a la cual todas las demás normas tengan que remitirse en su validez, no hay posibilidad de control, debido a que la norma que pueda ser acusada de inconstitucional no puede ser confrontada con otra que ocupe el mismo grado jerárquico dentro del orden jurídico. En todo caso, siempre tendrá que ser una norma de grado superior, de ahí que la supremacía normativa de la Constitución se constituye en un supuesto del control del poder político.

Siguiendo lo anterior, por añadidura a la fuerza normativa de la Constitución establecida a partir de su supremacía como norma jurídica y su configuración en fuente del ordenamiento jurídico, se entiende que toda norma constitucional es de aplicación inmediata y directa.[12] Esto se debe adicionalmente a la vinculatoriedad

---

[9] Marcos Francisco del Rosario-Rodríguez, "La supremacía constitucional: naturaleza y alcances", *Díkaion* 20, n.° 1 (2011): 100, doi: https://doi.org/10.5294/dika.2011.20.1.5

[10] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983), 232.

[11] Horacio Andaluz, *Aplicación judicial de la Constitución* (Santa Cruz de la Sierra: Editorial El País, 2010), 39.

[12] García de Enterría, *La Constitución*…, 69.

que irradia la Constitución para con todos sus órganos públicos y las personas naturales o jurídicas, como sucede por ejemplo con la previsión del artículo 410.I de la Constitución Política boliviana, que establece en consecuencia el principio de vinculatoriedad directa, es decir, cuando la misma Constitución otorga a sus previsiones la calidad de ser disposiciones constitucionales directamente aplicables.

A partir de la vinculatoriedad se desprende la cuestión del ámbito de aplicación de la Constitución y los órganos o autoridades a los que les corresponde dicha aplicación. Por supuesto, no hay discusión respecto de la aplicación de la carta a todos los sujetos que se encuentren vinculados a ella, como los órganos públicos, personas naturales o jurídicas. Sin embargo, la adopción del sistema concentrado de control de constitucionalidad y el consecuente establecimiento de tribunales constitucionales ha forjado la idea errónea de que dichos tribunales tienen el monopolio de la interpretación de la Constitución y, por lo tanto, también de su aplicación. Sobre el particular, García de Enterría señaló que el único monopolio del Tribunal Constitucional es el del rechazo (*Verwerfung*) de la ley inconstitucional, rechazo que reviste la forma de anulación formal con efectos *erga omnes*.[13]

De ahí que los tribunales constitucionales no ostentan un monopolio de la interpretación ni de la aplicación de la Constitución; por el contrario, sí queda establecido que solo los tribunales constitucionales tienen la facultad de declarar una norma jurídica como inconstitucional y expulsarla del ordenamiento jurídico, de lo cual resulta que quienes están llamados a la aplicación de la Constitución son todos los sujetos vinculados por ella, entre ellos, los órganos del Estado, especialmente los jueces y tribunales que ejercen la función judicial, quienes por la vinculatoriedad de la Constitución se encuentran obligados a que sus decisiones judiciales se ajusten a la Constitución. En otras palabras, debe existir una interpretación de las disposiciones jurídicas a aplicarse al caso concreto que sea siempre conforme a la Constitución.

2. El principio de interpretación conforme a la Constitución

La interpretación de las disposiciones jurídicas conforme a la Constitución se deriva de su fuerza normativa, así como de su vinculatoriedad y eficacia inmediata y directa, por lo que todo órgano o autoridad pública está obligado a realizar una interpretación conforme a las previsiones constitucionales con la finalidad de garantizar la vigencia y eficacia del texto constitucional. Veamos algunas de sus implicancias que devienen específicamente de la adopción del sistema concentrado de control de constitucionalidad y tienen su punto de partida en el proceso previo a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, proceso que se encuentra regido por el principio de presunción de constitucionalidad como garantía de conservación de

[13] *Ibid.*, 72.

las normas ante el *horror vacui*.[14] A partir de la presunción de la constitucionalidad de las normas de los ordenamientos jurídicos se ha establecido la regla de la inexistencia de una ley, *a priori* inconstitucional; es decir que las disposiciones jurídicas se presumirán constitucionales y conformes a la Constitución por su origen democrático.[15] Esta regla encuentra un sustento en la previsión de que las leyes solo pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico por derogación o por inconstitucionalidad después de haber sido sometidas a juicio de inconstitucionalidad bajo la forma y por la autoridad competente, donde se la declare contraria a la Constitución.[16] En consecuencia, resulta válido que una ley no sea declarada inconstitucional y, en consecuencia, anulable si la misma puede ser interpretada de manera conforme a la Constitución.

Sobre el concepto del principio de interpretación, Aldunate, citando a Zapata Larraín, señala que la interpretación conforme es una alternativa menos drástica que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y que esta se expresa en las sentencias interpretativas.[17] De lo anterior se debe tomar en cuenta que el principio de interpretación conforme a la Constitución no es un principio de interpretación de esta, sino que, por el contrario, es un principio de interpretación de la ley[18] o de cualquier otra norma jurídica, de modo que al momento de su aplicación vía interpretativa, esta sea conforme a la Constitución, imponiéndose así la obligatoriedad de interpretar todas las normas de grado inferior a la carta política.

Entre los variados puntos de vista a partir de los cuales se puede o debe conceptualizar el principio de interpretación conforme a la Constitución, se encuentra la idea de considerar este principio como proceso y resultado,[19] pues la interpretación se entiende como un proceso que busca un resultado: el proceso es la forma específica de interpretar, y el resultado es dado por una interpretación de la norma jurídica conforme a la Constitución. Este resultado refuerza aún más el principio de presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas, toda vez que las mantiene aplicables y válidas dentro del ordenamiento jurídico. Cabrales Lucio también ha precisado que la interpretación conforme a la Constitución puede ser conceptualizada como técnica de interpretación constitucional, aunque aclara que esto en

---

[14] José Miguel Cabrales Lucio, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional* (México: Porrúa, 2015), 98.

[15] *Ibid*., 9.

[16] Sobre este aspecto, Kelsen precisa que la expresión "ley inconstitucional" constituye un *contradictio in adjecto*, dado que la Constitución no solo quiere la validez de la ley constitucional, sino también de la ley inconstitucional, de modo que la misma solo puede ser expulsada vía derogación o bajo el procedimiento previsto para resolver la falta de correspondencia de cualquier norma con la Constitución. Para una profundización, ver Kelsen, *Teoría pura*..., 277.

[17] Aldunate, "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", 446.

[18] Cabrales Lucio, *El principio...*, 154.

[19] *Ibid*., 156.

realidad consiste en la selección de la interpretación de la norma que sea conforme a la Constitución;[20] empero, esta conceptualización puede inducirnos al error de creer que los tribunales constitucionales tienen el monopolio de la interpretación y aplicación de la Constitución, olvidando que esta tarea interpretativa de la producción y aplicación de normas jurídicas como funciones, no está concentrada, ni monopolizada en los tribunales constitucionales.

De ahí que, Cabrales Lucio también precisa que la interpretación conforme puede conceptualizarse como meta de criterio hermenéutico, para subordinar todo proceso interpretativo de una norma a la Constitución,[21] de lo cual se generaría un impacto interpretativo de esta hacia todas las normas del ordenamiento jurídico, incidiendo además en la validez de dichas normas. Este aspecto también ha sido abordado por Kelsen cuando establece que la verificación de correspondencia de una norma inmediatamente subordinada a la Constitución se sujeta al criterio de control dado por esta,[22] lo cual implica establecer la carta política como criterio hermenéutico.

Por otra parte, bajo la vinculatoriedad de la Constitución, quienes se encuentran obligados a realizar una interpretación conforme son todas las autoridades de los órganos del Estado. Sin embargo, queda claro también que los jueces y tribunales en ejercicio de la función judicial constituyen el órgano del Estado que realiza la aplicación de las leyes u otras normas jurídicas para la resolución de casos concretos. Entonces, el órgano judicial es el aplicador del derecho por excelencia, de ahí que en el ejercicio de la función judicial se establezca la obligación de realizar la interpretación, conforme a la Constitución, de las disposiciones a aplicarse al caso concreto. Al respecto, Kelsen precisa: "Si la constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen".[23]

En este punto, es importante hacer una distinción a los efectos de la práctica de la interpretación conforme dentro del ámbito judicial. Esta distinción se realiza en atención a la adopción del sistema concentrado de control de constitucionalidad y el consecuente establecimiento de la jurisdicción constitucional como jurisdicción distinta de la ordinaria. En el caso de que la interpretación conforme sea practicada por jueces y autoridades de la jurisdicción constitucional, esta se circunscribe al juicio de constitucionalidad de una norma jurídica que, como resultado de la interpretación conforme, tendrá la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica y su consecuente anulación si fuera el caso. En este proceso interpretativo en ejercicio

---

[20] *Ibid*., 158.

[21] *Ibid*., 159 y ss.

[22] Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), 73 y ss.

[23] Kelsen, *Teoría pura*..., 278.

del control de constitucionalidad, sea vía incidental o no, se realiza con total abstracción de los hechos; es decir, el proceso interpretativo no se encuentra alimentado por hechos concretos, lo que equivale a decir que la interpretación conforme en la jurisdicción constitucional se lleva a cabo de puro derecho.[24] Por el contrario, en el caso de la jurisdicción ordinaria que corresponde a los jueces y tribunales que aplican disposiciones jurídicas a casos concretos, la práctica de la interpretación conforme se hace sobre leyes u otras normas jurídicas bajo un escenario de hechos controvertidos y su resultado claramente no es la constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino por el contrario la aplicabilidad o inaplicabilidad de una disposición jurídica al caso concreto para su resolución. Esto, por supuesto, dependiendo de si existe o no una interpretación conforme de la norma a aplicarse al caso concreto. Además, este proceso también implicaría la primacía de la Constitución, debido a que en caso de no existir una interpretación conforme, la norma en cuestión se inaplica y la Constitución viene a aplicarse con preferencia sobre la otra.

A pesar de la referida distinción, el sesgo erróneo de un monopolio de la interpretación y aplicación de la Constitución en favor de los tribunales constitucionales ha implicado, por lo menos en el caso del ordenamiento jurídico boliviano, que la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta[25] estableciera que las autoridades judiciales deben promover dicha acción en caso de entender que la decisión judicial que resuelva el proceso judicial depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición jurídica aplicable al caso concreto. En mérito de este fundamento, las autoridades judiciales se encuentran facultadas para promover la acción de inconstitucionalidad concreta ante el Tribunal Constitucional, cuando la denominada duda razonable no es más que la falta de una interpretación conforme de la disposición jurídica con la Constitución, lo que termina por invalidar cualquier práctica de la interpretación conforme a la carta política en el ámbito judicial por los jueces o tribunales.

3. La acción de inconstitucionalidad en la Constitución boliviana

Ahora bien, todo aquello que Kelsen ha denominado "garantías de la regularidad constitucional", y específicamente respecto al modo de inicio del procedimiento del control de constitucionalidad,[26] se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico como la acción de inconstitucionalidad, conocida en otros países como recurso de inconstitucionalidad o acción pública de inconstitucionalidad.

---

[24] Artículo 72 del Código Procesal Constitucional.

[25] Artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

[26] Kelsen, *La garantía...*, 34 y ss.

La acción de inconstitucionalidad se entiende como aquel derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional para someter a verificación la correspondencia de una disposición jurídica con la Constitución, aunque para Kelsen se trata del modo de inicio de la referida verificación constitucional.[27] Ahora bien, nuestra atención se centra en el objeto de esta acción; a ese respecto, la jurisprudencia constitucional señala:

> …. el control de constitucionalidad 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 determinación de mantener 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; 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, su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas. Es en ese marco que resolverá la problemática planteada en el presente recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad.[28]

Concretamente, el objeto de la acción de inconstitucionalidad es la verificación de la compatibilidad y correspondencia de cualquier disposición legal con las normas o previsiones de la Constitución, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra facultado para realizar la interpretación de cualquier disposición legal sometida a control y confrontarla con la Constitución, para finalmente, en caso de incompatibilidad o no correspondencia, determinar la expulsión del ordenamiento jurídico de dicha norma jurídica por su inconstitucionalidad. Bajo este entendido, la Constitución ha señalado en su artículo 132 el carácter de derecho de acción que asiste a las personas en caso de afectación por una norma jurídica contraria a la Constitución. Vale decir que se reconoce a las personas el derecho de una acción directa de inconstitucionalidad sin la

---

[27] *Ibid.*, 87.

[28] Cfr. Sentencia Constitucional 0051/2005 de 18 de agosto.

intervención de ningún tipo de autoridad administrativa, política o judicial.[29] A partir de esta regulación constitucional se tiene que la Constitución ha establecido una acción de inconstitucionalidad de carácter popular, algo que no fue recomendando por Kelsen, debido a que siempre existe un interés político en la eliminación de las disposiciones jurídicas acusadas de inconstitucionalidad, lo cual devendría en acciones temerarias y el inminente congestionamiento de procesos de inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional.[30]

En este mismo sentido, la Constitución como regulación de la acción de inconstitucionalidad ha establecido:

> 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. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.[31]

De esto se desprende que la acción de inconstitucionalidad se tramita en única instancia ante el Tribunal Constitucional Plurinacional como asunto de puro derecho. En esa misma línea, la citada previsión constitucional en su parte *in fine* añade que si la acción es de carácter abstracto solo podrá ser interpuesta por determinadas autoridades políticas. La Constitución, de forma incompleta, introduce la clasificación de la acción de inconstitucionalidad en abstracta y concreta, que fue establecida por el Código Procesal Constitucional.

Si bien en la regulación constitucional de la acción de inconstitucionalidad solo se hace referencia a la acción directa y a la de tipo abstracto, el Código Procesal Constitucional en su artículo 73 señala que la acción de inconstitucionalidad es de carácter abstracto y concreto, a instancia de las autoridades públicas definidas por el mismo Código. Respecto de la acción de carácter abstracto, estableció que solo pueden interponerla el presidente del Estado, cualquier miembro de la asamblea legislativa o de los órganos legislativos de las entidades territoriales autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, así como el defensor del pueblo; mientras que para la acción de carácter concreto, la autoridad pública es la judicial o administrativa con legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad. En suma, el Código Procesal Constitucional ha dejado sin aplicación la acción directa de inconstitucionalidad prevista en el artículo 132 de la Constitución Política boliviana y ha otorgado legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad a determinadas autoridades públicas.

---

[29] Carlos Alberto Goitia Caballero, "El derecho de una acción directa de inconstitucionalidad", *Ciencia y Cultura*, n.º 35 (2015): 85-105.

[30] Kelsen, *La garantía*..., 88.

[31] Cfr. numeral 1 del artículo 202 de la Constitución Política del Estado.

4. La configuración legal de la acción de inconstitucionalidad concreta en Bolivia

La acción de inconstitucionalidad de carácter concreto solo puede promoverse en el ámbito judicial o administrativo y su resolución de la causa depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición jurídica a aplicarse. Al respecto, Rivera Santivañez señala:

> La Acción de Inconstitucionalidad Concreta es una vía de control de constitucionalidad a través de la cual se realiza la impugnación de una disposición legal cuyas normas son incompatibles con las de la Constitución. Es concreta porque la aparente incompatibilidad de la disposición legal con la Constitución surge en la proyección aplicativa de la disposición legal a un caso concreto a resolverse en un proceso judicial o administrativo.[32]

La acción de inconstitucionalidad concreta, además de tener como finalidad la verificación de la constitucionalidad de la disposición legal a aplicarse al caso concreto, pretende garantizar el juzgamiento con normas acordes con la Constitución, en los ámbitos administrativo o judicial. Sin embargo, esta, al momento de su resolución, no considerará ninguno de los aspectos que hagan a la causa, debido a que la acción concreta, al igual que la acción de tipo abstracta, también se resuelve como asunto de puro derecho.[33]

Ahora bien, la acción de inconstitucionalidad concreta tiene dos presupuestos para su tratamiento: uno corresponde a su admisibilidad y el otro a su resolución. A continuación, los abordaremos, sin perjuicio de lo señalado en el presente acápite.

4.1. La duda razonable como presupuesto de admisibilidad

El Código Procesal Constitucional, en el numeral 2 del artículo 72, ha establecido que la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto 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. Vale decir que la autoridad judicial o administrativa entiende que la resolución de la causa depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal que pretende aplicarse.

La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica a ser aplicada por la autoridad judicial o administrativa es lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la "duda razonable", que funge como presupuesto para la

---

[32] José Antonio Rivera Santiváñez, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 3.ª ed. (Bolivia: Editorial Kipus, 2011), 251.

[33] Artículo 72 del Código Procesal Constitucional.

admisibilidad e interposición de la acción. En este sentido, la Sentencia Constitucional 0067/2003 de 22 de julio determinó:

> … se debe tener en cuenta que el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad es una vía de control concreto de constitucionalidad, por ello conforme la norma prevista por el art. 59 LTC, las condiciones de procedencia de este recurso son: *1° la existencia de una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal aplicable al caso concreto*; 2º la vinculación entre la validez constitucional de la disposición legal con la decisión que deba adoptar la autoridad judicial o administrativa, es decir que la decisión que deba adoptar el juez dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, lo que significa que el recurso sólo procede cuando la disposición legal sobre cuya constitucionalidad exista duda, tenga que ser necesariamente aplicada a la resolución del caso dilucidado dentro del proceso judicial. (Énfasis agregado)

Entonces, la interposición de la acción de inconstitucionalidad concreta dentro de un proceso judicial o administrativo se funda en la existencia de una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma que pretende ser aplicada en la resolución de la causa. Esta duda razonable implica que la autoridad no tiene certeza de si el significado de la disposición legal atribuido por su interpretación es conforme a la Constitución. Dicho de otra manera, la autoridad no ha podido asignar una interpretación conforme a la disposición legal para su aplicación en la resolución de la causa, en cuya situación, la autoridad judicial o administrativa debe promover la acción de inconstitucionalidad concreta para su resolución como asunto de puro derecho por el Tribunal Constitucional.[34] En este punto opera una *réferé iudex constitution*, debido a la falta de confianza en una autoridad judicial, por lo que se entiende que el monopolio de la interpretación y aplicación de la Constitución lo ostenta únicamente el Tribunal Constitucional Plurinacional.

4.2. Presupuesto de resolución de la acción de inconstitucionalidad concreta

En su artículo 72, el Código Procesal Constitucional ha establecido que la acción de inconstitucionalidad, sea tipo abstracta o concreta, se resuelve de puro derecho. Ello implica que su resolución se sujeta a parámetros normativos y no a hechos controvertidos, por lo que resulta innecesario un periodo de prueba.

De lo anterior queda establecido que la resolución de la acción de inconstitucionalidad, sea abstracta o concreta, requiere únicamente la verificación de la correspondencia o compatibilidad de la disposición legal con la Constitución. Esa

[34] Artículo 79.III del Código Procesal Constitucional.

verificación es meramente jurídica, ya que no se considera ningún elemento fáctico, por lo que en la tramitación de una acción de inconstitucionalidad no se determinan hechos a probar, no se apertura un periodo probatorio y menos se disponen o establecen los hechos probados. De ahí su carácter de acciones de puro derecho.

En el caso particular de la acción de inconstitucionalidad concreta, a pesar de estar vinculada a una causa judicial o administrativa y depender su resolución de la constitucionalidad de la norma que pretende aplicarse, esta se resuelve de puro derecho, considerando incluso que, en la tramitación de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional no puede analizar los hechos de la causa judicial o administrativa que motivaron la interposición de la acción.

5. La acción de inconstitucionalidad concreta y las colisiones con el orden constitucional boliviano

Anteriormente habíamos precisado que abordar el principio de supremacía de la Constitución no es una mera cuestión de jerarquía, como erróneamente suele entenderse. La supremacía de la Constitución en realidad comporta una serie de componentes como la vinculación y su aplicación inmediata y directa sobre cualquier otra disposición jurídica. Al respecto, la Sentencia 0680/2012 ha referido:

> El principio de supremacía constitucional "[…] determina qué norma se encuentra en la cúspide de ese entramado normativo de modo que aquéllas de jerarquía inferior sean conformes en contenido y forma con las normas de jerarquía superior" (Así lo estableció la SC 0015/2006 de 4 de abril). En igual sentido, aunque desde otra perspectiva la SC 0066/2005 de 22 de septiembre, establece que el principio de la supremacía constitucional: "[…] garantiza y posibilita la realización material de los principios acuñados por la Constitución; nace de la cualidad específica de la Constitución, como base, sustento y marco que uniforma todo el sistema normativo" y del cual, según refiere la citada Sentencia nacen a su vez "los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución".

Bajo ese entendido, cualquier regulación legal –como la de la acción de inconstitucionalidad concreta,[35] que impide la aplicación directa y preferente de la Constitución en virtud de su fuerza normativa– implica una colisión del principio de supremacía constitucional, en razón de que esta, primeramente, suprime toda práctica de interpretación conforme en el ámbito judicial, debido a que los jueces, ante la duda razonable sobre la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas a aplicarse al caso concreto para su resolución, se encuentran obligados a la remisión

[35] Artículo 73, numeral 2, y artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

de la causa al Tribunal Constitucional, para que sea esta jurisdicción la que practique una interpretación conforme a la Constitución y proceda a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, más su expulsión del ordenamiento jurídico en este último caso. A esto se añade que la supresión de la práctica de la interpretación conforme, y en realidad de todo otro ejercicio hermenéutico hecho por los jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria, deviene en la inaplicabilidad de las normas constitucionales. Lo anterior, porque los jueces o tribunales se ven imposibilitados de aplicar de forma preferente la Constitución a un caso concreto, por lo que esta pierde su fuerza normativa y, en consecuencia, su cualidad de norma jurídica de aplicación inmediata, directa e incluso preferente, ya que todo ejercicio hermenéutico solo cobra sentido si la interpretación de la norma resulta en su aplicación.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado sobre la aplicación directa de la Constitución en casos concretos en el ámbito judicial, precisando al respecto:

> La directa aplicación de la Constitución, implica que las autoridades judiciales y administrativas, utilicen a tiempo de resolver una problemática, el método de la interpretación desde y conforme al bloque de constitucionalidad, verificando que la ley formal o material, se encuentre conforme a la parte dogmática de la Norma Suprema y en caso sea contraria a la misma, corresponderá que apliquen esta última e inapliquen la norma infraconstitucional al caso concreto, sin que ello signifique que dichas autoridades, estén usurpando funciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, puesto que las mismas no declararán en ningún momento la inconstitucionalidad de la norma, sino sólo harán prevalecer la Constitución por encima de la ley formal o material, ante la posible colisión de normas aplicables a un caso específico.[36]

En suma, la primacía de la Constitución y, por ende, su carácter vinculante, no debe estar sujeta a condiciones de las que dependa su eficacia, ni estar sometida a la necesidad de una mediación por vía de otras fuentes del derecho u otros actos normativos.[37] La vinculatoriedad a la que se encuentran sujetos todo órgano público y las personas depende únicamente de la fuerza normativa de la Constitución y no se encuentra condicionada a otra forma normativa, ni acto posterior. La regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta no solo afecta la supremacía de la Constitución, sino que también la condiciona a un acto posterior del Tribunal Constitucional Plurinacional, cuando el juez o la autoridad judicial, por la fuerza de la Constitución y su vinculatoriedad, deben aplicar la misma de forma preferente para la resolución del caso concreto.

---

[36] Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0479/2018-S3.

[37] Aldunate, "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", 450.

Por otra parte, la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta también genera una suspensión de la función judicial, motivo por el que no podemos dejar de examinar la problemática planteada con relación a la función judicial. Al respecto, Bandrés precisa que la independencia del poder judicial se manifiesta en primer término por la separación del órgano judicial de los otros poderes del Estado y por la atribución exclusiva a los jueces de la función judicial o jurisdiccional;[38] en otras palabras, la función de aplicación de disposiciones jurídicas en casos concretos y controversiales para su resolución. De este modo, la función judicial comprende a los jueces como funcionarios técnicos, los cuales cumplen el papel de boca de la ley, debido a que, ante un conflicto concreto, el juez debe averiguar los hechos y encuadrarlos en las leyes y aplicar las mismas para la resolución del caso concreto.[39]

Ahora bien, la función judicial ejercida por los jueces tiene un carácter único[40] y su ejercicio se encuentra vinculado por la Constitución, debido a su supremacía, de modo que en el ámbito judicial la misma goza de aplicación inmediata, directa y preferente. Al respecto, la Ley 025 del Órgano Judicial ha dispuesto: "En materia judicial la Constitución se aplicará con preferencia a cualquier otra disposición legal o reglamentaria".[41] Además, debe considerarse que la función judicial está sujeta al principio de inexcusabilidad, que manda a los jueces la obligación de resolver cualquier caso concreto puesto en su conocimiento, imponiendo la restricción de excusarse de resolver el mismo por cualquier motivo, sea por falta, oscuridad o insuficiencia de la ley; este principio tiene por finalidad garantizar el ejercicio de la función judicial ante todo conflicto y de manera inexcusable,[42] incluso cuando la disposición jurídica no tenga una interpretación conforme a la Constitución.

No obstante lo señalado, la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta genera una afectación e intervención en la función judicial, debido a que impide a los jueces el ejercicio de dicha función ante la falta de una interpretación de la disposición jurídica conforme a la Constitución. Nuevamente en este caso, la previsión normativa que ordena la interrupción del proceso judicial, una vez que se encuentre para resolución o sentencia hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional,[43] contraviene la función judicial en su principio de inexcusabilidad y sujeta además su ejercicio a un acto posterior, justamente el que emita el Tribunal Constitucional resolviendo la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, ya que este acto es el que habilita al juez o tribunal para la resolución del caso concreto.

---

[38] José Manuel Bandrés, *Poder judicial y Constitución* (Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987), 11.

[39] Ricardo G. Guibourg, "La función judicial", *Pensar en Derecho* 4, n.° 6 (2015): 46.

[40] Artículo 179.I de la Constitución Política del Estado.

[41] Artículo 15 de la Ley 025.

[42] Patricio Martínez Benavides, "El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional", *Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 1 (2012): 115.

[43] Artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, es necesario establecer una relación entre la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta con el derecho a la tutela judicial efectiva,[44] el cual ha tenido una evolución desde el concepto de acción en materia procesal, pasando por el derecho de acción y el derecho a la jurisdicción, actualmente configurado como el derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional para obtener una respuesta fundada en derecho a una determinada pretensión de tutela de un derecho fundamental.[45] La garantía del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la técnica procesal y el procedimiento idóneo, toda vez que a partir del mismo se otorgará o no la tutela solicitada, lo cual implica por principio el libre acceso a la jurisdicción.[46] Este principio conlleva la imposibilidad de restringir el acceso a la jurisdicción en cualquier materia, es decir, las personas pueden acudir ante el órgano jurisdiccional y solicitar tutela en cualquier materia, sea civil, penal, regulatoria e incluso constitucional.[47]

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva también impone a los legisladores, y especialmente a los jueces, el deber de configurar un procedimiento adecuado para lograr la máxima efectividad de la tutela. Luiz Guilherme Marinoni ha precisado que es importante entender que las personas no tienen un simple derecho a la técnica procesal evidenciada en la ley, sino un derecho a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar reglas procesales acordes con las necesidades del derecho a efectos de maximizar la tutela;[48] con ello se obliga al juez a suplir omisiones legislativas en la norma procesal e inclusive a realizar la interpretación de disposiciones jurídicas conforme a la Constitución para maximizar la tutela, misma que se trasluce en la sentencia o resolución judicial como el derecho al proveimiento adecuado y oportuno, en razón de que la tutela es efectiva solo si es oportuna.

Ahora bien, la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta colisiona inicialmente con el principio de libre acceso a la jurisdicción, toda vez que restringe su acceso en materia constitucional a todas las personas, ya que estas no cuentan ni siquiera con legitimación activa, es decir, no son sujetos procesales para esta acción,[49] suprimiendo su derecho a la tutela judicial efectiva. Las personas, bajo este entendido, no podrían obtener tutela respecto de su derecho al debido proceso en su elemento de ser juzgadas por normas acordes con la Constitución, es decir, por normas constitucionales, por lo que la regulación legal de la acción de

---

[44] Artículo 115.I de la Constitución Política del Estado.

[45] Vanesa Aguirre Guzmán, "El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos", *Foro. Revista de Derecho*, n.º 14 (2010): 8.

[46] Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Lima: Palestra Editores, 2007), 240.

[47] Un ejemplo de acceso a la jurisdicción constitucional es la acción directa de inconstitucionalidad prevista por el artículo 132 de la Constitución Política del Estado.

[48] Marinoni, *Derecho fundamental...*, 280.

[49] Artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

inconstitucionalidad concreta resulta inadecuada para la tutela de sus derechos, simplemente porque no pueden acceder a la jurisdicción.

En definitiva, la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta colisiona con el derecho a la tutela judicial efectiva en su componente del derecho al proveimiento adecuado y oportuno, debido a que las previsiones legales de la referida acción interrumpen el procedimiento, suspendiéndolo hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma a aplicarse para la resolución del caso concreto. Ello implica que la sentencia o resolución judicial resulte inoportuna, por cuanto la tutela otorgada de forma extemporánea no sería efectiva para el derecho material, ya que la jurisdicción no cumple su finalidad de resolver el caso concreto, otorgando tutela en los derechos de la persona afectada. Lo anterior, sin lugar a dudas, es la afectación más importante ocasionada por la regulación de la referida acción de inconstitucionalidad.

6. Evaluación de la idoneidad y necesidad de la acción de inconstitucionalidad concreta

Con el fin de examinar la constitucionalidad de la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta desde el parámetro del subprincipio de idoneidad, debemos establecer, en primer lugar, qué fin busca la referida acción y si es lícito constitucionalmente. En ese entendido, la acción de inconstitucionalidad concreta, como dijimos, es un proceso constitucional dentro del ámbito del control normativo posterior, ya que a través de su instauración se busca restablecer la Constitución cuando ha sido desconocida o vulnerada.[50] Por consiguiente, la acción de inconstitucionalidad concreta constituida en un mecanismo procesal de defensa de la ley fundamental tiene ineludiblemente la finalidad de garantizar su supremacía en elementos como su vinculatoriedad y aplicación inmediata, directa y preferente, por dar algunos ejemplos, cuya finalidad es lícita constitucionalmente.[51]

Determinada esta licitud constitucional, corresponde ahora definir la idoneidad de dicha regulación para alcanzar el fin señalado. Se debe determinar si la regulación legal de dicha acción contribuye a la materialización del fin constitucional de la supremacía de la Constitución. En ese sentido, primero, se debe considerar que el supuesto de procedencia de la acción[52] está dado por la duda razonable sobre la constitucionalidad de la disposición jurídica a aplicarse al caso concreto para su

---

[50] Fix-Zamudio, *Introducción...*, 26.

[51] La supremacía de la Constitución boliviana y su vinculatoriedad hacia todos los órganos públicos y a las personas naturales y jurídicas ha sido definida por el artículo 410 de la Constitución Política del Estado, por cuanto la instauración de mecanismos procesales que aseguren su vigencia persigue fines constitucionales legítimos.

[52] Artículo 73, numeral 2, y artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

resolución.[53] Acaecido este supuesto, la autoridad judicial debe remitir la acción al Tribunal Constitucional Plurinacional para su conocimiento y resolución,[54] el cual, mediante una interpretación conforme de la disposición jurídica a la Constitución, resolverá la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma. Sin embargo, el supuesto de procedencia de dicha acción implica una afectación a la fuerza normativa de la Constitución y su vinculatoriedad, ello porque la Constitución no puede ser aplicada por la autoridad judicial al caso concreto cuando se advierta una duda razonable sobre la constitucionalidad de la disposición jurídica aplicable al mismo, de este modo la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta impide la materialización de la supremacía de la Constitución, a pesar de que este sea el fin constitucional que persigue dicha regulación legal.

No debemos perder de vista que la fuerza normativa de la Constitución vincula a toda autoridad judicial a aplicarla de forma directa y con preferencia a cualquier otra disposición jurídica. Restringir la aplicación directa, inmediata y preferente de la Constitución o condicionarla a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional implica una supresión de la fuerza normativa de la Constitución en virtud de su cualidad de norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. En suma, la regulación legal de la referida acción no es idónea para materializar la supremacía de la Constitución; por el contrario, suprime su fuerza normativa, más aún cuando la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta[55] precisa que el proceso judicial debe continuar hasta antes de la emisión de la sentencia o la resolución judicial. El proceso se interrumpe en ese momento hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional emita su pronunciamiento, por lo que este mecanismo procesal no es idóneo.

Ahora bien, todas estas afectaciones y restricciones generadas por la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta no solo son un menoscabo a la supremacía de la Constitución, sino también respecto de la función judicial. La medida legislativa igualmente impide el ejercicio de la función judicial al imposibilitar que la autoridad judicial resuelva el caso concreto sujetando la resolución del mismo a un pronunciamiento posterior de otro órgano jurisdicción como el Tribunal Constitucional.

Continuando con el análisis sobre el cumplimiento del subprincipio de necesidad por la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta corresponde determinar si no existen otras opciones para satisfacer el principio de supremacía de la Constitución, para lo cual es necesario que una medida legislativa o de cualquier otro género garantice la fuerza normativa de la ley fundamental y, en consecuencia, de su aplicación inmediata, directa y preferente con fin constitucionalmente legítimo. Lo

---

[53] Como señalamos anteriormente, la duda razonable debe ser entendida como la falta de una interpretación conforme de la disposición jurídica con la Constitución.

[54] Artículo 80.III del Código Procesal Constitucional.

[55] Artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

anterior para determinar que las regulaciones legales de la acción de inconstitucionalidad concreta sean indispensables, necesarias para dicho fin, entendiéndose que garantizar la supremacía de la Constitución no se cumpliría sin dichas previsiones legales. Si esto fuera absolutamente verdadero, todos los ordenamientos jurídicos, inclusive los de tradición del *common law,* tendrían instituida la referida acción de inconstitucionalidad bajo la misma configuración legal. Sin embargo, existen otras opciones legislativas o judiciales para garantizar la supremacía de la Constitución, como el sistema difuso de control de constitucionalidad o la acción directa de inconstitucionalidad, e inclusive un sistema mixto de control de constitucionalidad. Entonces, la regulación legal de la acción concreta no resulta indispensable para justificar las afectaciones que viene generando.

Conclusiones

Luego de contrastar el principio de interpretación conforme a la Constitución en el ámbito judicial con la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta, es evidente que esta última afecta la supremacía de la Constitución en su fuerza vinculante, su aplicación preferente, la función judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha regulación legal no es conforme a las previsiones de la Constitución, bajo cuyo entendimiento debería eliminarse cualquier tipo de impedimento legal para que el juez pueda aplicar de forma preferente la Constitución.

Sin embargo, a partir de los argumentos anteriormente esbozados, se puede dar por sentado que, en el ejercicio de su función, las autoridades judiciales se encuentran vinculadas por la fuerza normativa de la Constitución, lo que las obliga a interpretar las disposiciones jurídicas conforme a ella. Ante la falta de una interpretación conforme de la disposición jurídica, pueden entonces aplicar la ley fundamental de forma inmediata, directa y preferente por sobre cualquier otra norma jurídica, sin que la función judicial sea suspendida o suprimida por la regulación legal de la acción de inconstitucionalidad concreta. Así, se pueden sentar las bases para estructurar un sistema mixto de control de constitucionalidad que permita a las personas acceder a la jurisdicción constitucional, a fin de obtener la tutela de sus derechos, los cuales se encuentran amparados en normas jurídicas conformes a la Constitución.

Bibliografía

Doctrina

Aguiló Regla, Josep. *La Constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Palestra-Temis, 2004.

Aguirre Guzmán, Vanesa. "El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos". *Foro. Revista de Derecho*, n.º 14 (2010): 5-43.

Alexy, Robert. "La fórmula de peso". En *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, coordinado por Miguel Carbonell, 11-38. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

Aldunate, Eduardo. "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 32 (2009): 443-84.

Andaluz, Horacio. *Aplicación judicial de la Constitución*. Santa Cruz de la Sierra: Editorial El País, 2010.

Arias López, Boris Wilson. "El modelo de control de constitucionalidad en Bolivia". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 21 (2014): 3-15.

Bandrés, José Manuel. *Poder judicial y Constitución*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987.

Cabrales Lucio, José Miguel. *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2015.

Del Rosario-Rodríguez, Marcos Francisco. "La supremacía constitucional: naturaleza y alcances". *Díkaion* 20, n.º 1 (2011): 97-117. https://doi.org/10.5294/dika.2011.20.1.5

Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*. 2.ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4.ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

Goitia Caballero, Carlos Alberto. "El derecho de una acción directa de inconstitucionalidad". *Ciencia y Cultura*, n.º 35 (2015): 85-105.

Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Guibourg, Ricardo A. "La función judicial". *Pensar en derecho* 4, n.º 6 (2015): 33-65.

Guilherme Marinoni, Luiz. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2.ª ed. España: Editorial Tecnos, 1999.

Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Martínez Benavides, Patricio. "El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional". *Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 1 (2012): 113-47.

Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*. 3.ª ed. La Paz: Editorial Kipus, 2011.

Sagüés, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 175-198, ISSN 2346-0849

Ricardo J. Sepúlveda I.* **(México)**

El sistema de control constitucional en México, una evaluación de treinta años**

RESUMEN

El presente artículo ofrece un análisis descriptivo del sistema de control constitucional en México, así como de su evolución y perspectivas futuras. De manera particular, ahonda en lo que han sido los treinta años transcurridos desde su instalación formal. En él se estudian de manera específica algunas reformas y precedentes que han sido relevantes en la conformación del sistema actual, logrando una plausible consolidación. En la prospectiva se hace referencia a las iniciativas recientes que pretenden modificar el Poder Judicial, llevando a sus integrantes a procesos de elección popular y que ponen en riesgo su independencia.

Palabras clave: control constitucional; defensa constitucional; poder judicial.

Mexico's Constitutional Review System, a Thirty-Year Evaluation

ABSTRACT

This article offers a descriptive analysis of Mexico's constitutional review system, as well as its evolution and future perspectives. In particular, it delves into the thirty years that have passed since its formal implementation. It specifically studies some of the reforms and precedents that have been relevant in shaping the current system, achieving a plausible consolidation. Looking toward the future, we refer to recent initiatives that seek to reform the judiciary, involving its members in popular election processes and jeopardizing its independence.

Keywords: Constitutional review; constitutional defense; judicial power.

---

* Catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Universidad Panamericana y Universidad Anáhuac de México. rjsepulvedaoo@gmail.com / https://orcid.org/0009-0007-9780-6367

** Agradezco la invitación para colaborar en esta significativa edición del *Anuario de Derecho Constitucional* que publica el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Das mexikanische Normenkontrollverfahren: eine Evaluierung nach dreißig Jahren

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine deskriptive Analyse des mexikanischen Normenkontrollsytems und seiner Entwicklung und Zukunftsperspektiven vor. Dabei befasst er sich insbesondere mit den dreißig Jahren seit seiner formellen Einführung. Im Einzelnen werden Reformen und Präzedenzfälle untersucht, die für die Herausbildung des derzeitigen Systems relevant waren und seine Konsolidierung plausibel machten. Mit Blick auf die Zukunft werden die jüngsten Initiativen zur Modifizierung der Justiz angesprochen, die eine Direktwahl ihrer Mitglieder durch die Bevölkerung vorsehen und ihre Unabhängigkeit gefährden.

Schlagwörter: Normenkontrolle; verfassungsrechtlicher Beistand ; rechtsprechende Gewalt.

Introducción

El sistema de control constitucional es parte fundamental de la solidez de un sistema jurídico y, por ende, de la efectividad del Estado de derecho en un determinado país. Su importancia radica especialmente en mantener el equilibrio entre los órganos de poder y salvaguardar en la práctica el goce y ejercicio de los derechos humanos.

El surgimiento de los sistemas de control constitucional sigue siendo reciente y, por lo tanto, persisten muchas áreas donde aún existen indefiniciones o aspectos que deben delimitarse y precisarse.[1] A pesar de lo anterior, su desarrollo ha sido exponencial y hoy los diferentes medios de control constitucional se han ido perfeccionando y fortaleciendo.

Este panorama es precisamente el que se ha vivido en México, comenzando con las reformas llevadas a cabo en 1994, las que dieron lugar a que la Suprema Corte de Justicia asumiera cabalmente su papel de tribunal constitucional. En este artículo se hará una evaluación de este proceso, analizando su consolidación y también sus limitaciones. El artículo concluye con algunas reflexiones en torno a la perspectiva futura del sistema de control de constitucionalidad, haciendo énfasis principalmente en los retos que enfrenta.

Cabe señalar que al analizar el sistema de control constitucional se incluyen los medios de control de convencionalidad, ya que conforme al texto del artículo 1º constitucional, que da rango constitucional a las normas de fuente internacional y a

[1] Héctor Fix Zamudio, "Significado actual del control constitucional en México", en *El significado actual de la Constitución. Memoria del Simposio internacional* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998), 209, http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9104

la interpretación de la Suprema Corte, el control de convencionalidad queda inmerso dentro del control de constitucionalidad, como una de sus vertientes.

El diálogo jurisprudencial que se ha abierto entre los tribunales constitucionales y las cortes de la región latinoamericana, particularmente en materia de derechos humanos, vincula de manera esencial a los sistemas de control constitucional entre países, por lo que hoy el análisis se debe hacer de manera integral manteniendo una perspectiva regional.

1. Descripción del sistema de control constitucional en México

El objetivo de este apartado es presentar de manera descriptiva cómo se conforma el sistema de control constitucional en México. Se procurará hacer un análisis estructurado relacionando los medios de control entre sí y mostrando sus principales notas distintivas.

Debemos comenzar por señalar que el sistema mexicano, como la mayor parte de los que existen, contiene tanto medios de control de fuente internacional, como de fuente constitucional. De forma tal, que una violación constitucional, en materia de derechos humanos, puede ser presentada ante organismos nacionales, pero también ante los internacionales.

Asimismo, en el sistema jurídico mexicano se pueden distinguir los tres ámbitos que diferenciaba Cappelletti: la justicia de libertad, la justicia orgánica y los ámbitos de índole transnacional.[2] Los primeros obedecen a la protección, el respeto, la promoción y garantía de los derechos de todas las personas a nivel constitucional, centrando toda la actividad del Estado en el individuo y sus derechos; los segundos corresponden a los medios para salvaguardar los principios que rigen a los órganos de poder y al ejercicio de sus facultades, destacando los medios para evitar las invasiones de competencia, por acción y por omisión, y los terceros se relacionan con el ámbito transnacional o internacional, que son los medios orientados a vigilar la aplicación de las normas de fuente internacional incorporadas en el texto constitucional. Especial mención merecen en este ámbito los medios de control de las normas de los tratados internacionales.

Cabe señalar, igualmente, que, dentro de los medios de control jurisdiccional, el sistema ha incorporado todo el ámbito electoral, con lo que ha quitado la excepcionalidad que durante mucho tiempo existió en esta materia. Este paso se dio de manera evolutiva, a partir de la creación del Tribunal Federal Electoral.[3]

---

[2] Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional. Estudio de derecho comparado* (México: Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2007).

[3] Diario Oficial de la Federación (DOF), 6 de abril de 1990, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4651333&fecha=06/04/1990#gsc.tab=0

Para entender el sistema de control constitucional en México, es necesario detenerse en el amparo, como el medio de defensa de derechos constitucionales por antonomasia. Para ello debe observarse su permanente evolución, ya que, a pesar de tratarse de una figura casi bicentenaria, ha ido adaptándose a las exigencias de cada época, fortaleciendo su efectividad en materia de protección de derechos humanos, logrando una mayor protección de los derechos sociales y de los intereses colectivos o difusos.[4] Esta evolución se puede observar también en la adecuación que han ido teniendo algunos de sus principios, por ejemplo, el de relatividad, según el cual los efectos de las sentencias de amparo deben circunscribirse a las partes en el proceso, aunque hoy esto tiene excepciones, como se comentará más adelante.

Desde las bases originales concebidas por el jurista Manuel Crescencio Rejón, el juicio de amparo ha sido concebido como una poderosa garantía constitucional. A nivel federal se introdujo en el Acta de Reformas de 1847; posteriormente, quedó incorporado a la Constitución Federal de 1857 (arts. 101 y 102). A partir de entonces, experimentó una expansión importante en cuanto a sus alcances protectores, tal y como se recoge en la actual carta magna de 1917 (arts. 103 y 107), y en la Ley de Amparo vigente donde se definen sus cinco sectores diferenciados: a) el amparo de libertad individualizado, con las funciones del *habeas corpus*; b) el amparo contra resoluciones judiciales, que equivale al recurso de casación; c) el amparo contra leyes, como mecanismo para impugnar su inconstitucionalidad; d) el amparo como proceso contencioso administrativo, y e) el amparo social, para la protección de los derechos agrarios.[5]

Finalmente, para entender el alcance de los medios de control, y con el objeto de tener un panorama más general de estos instrumentos jurídicos que defienden el orden constitucional, no pueden dejar de mencionarse los medios de control no jurisdiccionales, que tienen como competencia fundamental la protección de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales respectivos, a través de la emisión de recomendaciones no vinculantes.

Una de las últimas piezas de este sistema son las comisiones de atención a víctimas, que son instancias administrativas con facultades para dictar medidas de reparación integral en caso de delitos, pero también de violaciones de los derechos humanos.[6]

---

[4] Ricardo Ojeda Bohórquez, "Actualidad del juicio de amparo a 100 años de la Constitución mexicana de 1917", en *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana. Pasado, presente y futuro*, coord. por Eduardo Ferrer y Alfonso Herrera (México: UNAM, 2017), 213, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/1.pdf

[5] Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *El derecho de amparo en el mundo* (México: Porrúa, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2006), 3-39.

[6] La Ley General de Víctimas, derivada de la obligación de reparar establecida en el artículo 1 de la Constitución mexicana, se publicó el 9 de enero de 2013. Ley General de Víctimas de 9 de enero de 2013, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf

Como se observa, se trata de un sistema integral y complementario, con medios de control que pueden producir efectos generales o particulares, que pueden ser vinculatorios o recomendatorios, de naturaleza jurisdiccional, cuasijurisdiccional o administrativa, de control abstracto o que proceden a instancia de parte agraviada.

Aunque se trate de un medio de control que no ha tenido aplicación práctica hasta ahora por ser de naturaleza política, incluido en la Constitución, y para que este análisis resulte integral, es necesario mencionar la figura del juicio político, que es un medio cuya finalidad es procesar y sancionar ante la Cámara de Senadores a personas servidoras públicas por atentados graves a la Constitución. Es un juicio que sanciona determinadas conductas de quienes se encuentran investidos de un nombramiento de alta responsabilidad que los obliga a conducirse con respeto a los principios constitucionales de honradez, imparcialidad, eficiencia, transparencia, integridad, profesionalismo y lealtad. Es un medio procesal para la aplicación de la norma sustantiva en materia de responsabilidad política.[7]

En la tabla 1 se presentan de manera esquemática los medios de control constitucional del sistema jurídico mexicano.

Para concluir este apartado quisiéramos referirnos a la conocida división que existe entre los sistemas austriaco (europeo) y americano, particularmente por su diferencia en cuanto a los órganos competentes para actuar, siendo el primero un sistema concentrado y el segundo un sistema difuso.[8]

Las ventajas y desventajas de uno y otro han hecho que ambos sistemas se hayan ido acercando y que, por tanto, hoy encontremos muchos casos donde los sistemas se pueden denominar mixtos o híbridos.[9] Este es precisamente el caso del sistema de control constitucional mexicano, un sistema de control difuso en materia de derechos humanos y, a la vez, de control concentrado respecto del resto de la materia constitucional.

2. Evolución del sistema de control constitucional en México

Para abordar este punto, realizaremos el análisis desde tres perspectivas: primero, identificando las principales reformas constitucionales que han dado forma y efectividad al sistema. Segundo, dando seguimiento a las principales reformas respecto

---

[7] Abelardo Esparza Fausto, "El juicio político", en *Cuadernos de la Judicatura*, año II, n.° 11 (México: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2001), 21.

[8] Laura Márquez Martínez, *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia* (México: SCJN, 2017), 16, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-02/Control%20difuso%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derecho.pdf

[9] *Idem.*

Tabla 1. Medios de control constitucional en México

Medio de control	Naturaleza	Materia	Órgano competente	Efectos	Legitimación
Juicio político	Política	Atentado contra los intereses públicos fundamentales	Cámara de Senadores como jurado de sentencia y Cámara de Diputados como jurado de acusación	Particulares	Cualquier persona
Acción de inconstitucionalidad	Jurisdiccional	Normas generales violatorias de la Constitución (incluyendo tratados internacionales)	Suprema Corte de Justicia de la Nación	Generales	Minorías parlamentarias, Poder Ejecutivo, órganos constitucionales autónomos y Fiscalía General de la República
Controversia constitucional	Jurisdiccional	Invasión de competencias que atentan contra la Constitución	Suprema Corte de Justicia de la Nación	Generales o particulares dependiendo de si es un acto o una norma general	Poderes federales, locales y municipales; órganos constitucionales autónomos federales o locales
Juicio de amparo	Jurisdiccional	Violación de derechos humanos contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales	Jueces de distrito, tribunales colegiados de circuito y Suprema Corte de Justicia de la Nación	Particulares	Personas privadas o públicas con un interés jurídico directo o con un interés legítimo
Declaratoria general de inconstitucionalidad	Jurisdiccional	Leyes o disposiciones declaradas inconstitucionales en amparo indirecto y que constituyen jurisprudencia	Suprema Corte de Justicia de la Nación	Generales	Órganos jurisdiccionales

Procedimiento ante las comisiones de derechos humanos	Cuasijurisdiccional	Derechos humanos, reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales	Comisión Nacional de Derechos Humanos y comisiones estatales de derechos humanos	Particulares	Cualquier persona u organización. También se puede iniciar de oficio
Procedimiento ante las comisiones de víctimas	Administrativo	Reparación del daño por delitos o violaciones de derechos humanos	Comisiones de víctimas, federal y locales	Particulares	Persona con calidad de víctima declarada por una autoridad competente
Responsabilidad patrimonial del Estado*	Administrativo	Reparación del daño por actividad administrativa irregular	Autoridades administrativas y Tribunal Federal de Justicia Administrativa	Particulares	Persona que alegue haber sufrido un daño
Juicio para la protección de los derechos político-electorales	Jurisdiccional	Violaciones de los derechos políticos	Sala Superior y salas regionales del Tribunal Federal Electoral	Particulares	Ciudadanas y ciudadanos
Juicio de inconformidad	Jurisdiccional	Actos o resoluciones relativos a la elección del presidente, senadores y diputados	Sala Superior y salas regionales del Tribunal Federal Electoral	Generales o particulares	Partidos políticos y candidatos
Juicio de revisión constitucional electoral	Jurisdiccional	Actos o resoluciones relativos a elecciones federales	Sala Superior y salas regionales del Tribunal Federal Electoral	Generales o particulares	Partidos políticos a través de sus representantes

* Incluimos el procedimiento de Responsabilidad Patrimonial del Estado, por tratarse de un derecho fundamental de acceso a la justicia, en esto seguimos al maestro Héctor Fix Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenami*ento mexicano (México: Porrúa, 2011), 189 y ss.
Fuente: Elaboración propia con base en la información obtenida del texto constitucional y de legislación secundaria.

a cada uno de los medios de control y, tercero, haciendo un sucinto recorrido por los principales precedentes que han definido los actuales alcances del sistema.

En cuanto a los principales momentos que ha tenido el sistema, se pueden identificar tres. El primero de ellos se dio con la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, que marcó propiamente su inicio al darle a la Suprema Corte facultades para dictar resoluciones con efectos generales, tratándose de normas generales que resultaran inconstitucionales. Por otro lado, también se le dieron facultades para dirimir conflictos entre poderes por invasión de competencias, con efectos vinculativos y definitivos.[10]

Una segunda reforma que ha resultado un hito en cuanto a los alcances del sistema tuvo lugar en 2011, con la creación del parámetro de control de regularidad constitucional de derechos humanos y la incorporación de los principios de la doctrina internacional en la materia, a nivel constitucional. Si bien esta reforma no creó ningún nuevo medio de control ni incidió en la parte orgánica, solo en la sustantiva, precisamente lo que se detonó con este marco constitucional fue una creciente interpretación a favor de la protección de los derechos humanos en todos los ámbitos.

De manera concomitante con la reforma mencionada, hubo una reforma al juicio de amparo, modificando de manera profunda sus principios y fortaleciéndolo como un verdadero medio de protección de derechos humanos.

Los principales cambios al amparo, a nivel constitucional, fueron:

1. La mención explícita en el texto constitucional de que el amparo procede contra las violaciones de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales ratificados por México (art. 103).
2. La inclusión del interés legítimo como requisito para la procedencia de la acción, a la par del interés jurídico directo (art. 107, I).
3. La creación de la declaratoria general de inconstitucionalidad como un procedimiento que se puede seguir para dar efectos generales a las sentencias dictadas en amparo indirecto en revisión, contra leyes, cuando la sentencia toma fuerza de jurisprudencia y el órgano legislativo no enmienda la inconstitucionalidad en un plazo de 90 días. En este supuesto, la Corte puede expulsar la norma del orden jurídico, con efectos generales[11] (art. 107, II).
4. Otra modificación relevante fue la de abrir la posibilidad de que se puedan presentar juicios de amparo contra actos de particulares, que por sus características resultan equivalentes a los de una autoridad.

---

[10] DOF, 31 de diciembre de 1994, https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4782280&fecha=31/12/1994&cod_diario=205917

[11] Aunque hemos hecho mención de la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad dentro del juicio de amparo, estrictamente se puede considerar como un medio independiente, ya que se trata de un procedimiento autónomo que no podría incidir en el sentido de la resolución del amparo que le da origen. Ley de Amparo, artículo 234, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf

5. Se clarificaron los requisitos que se deben observar por parte los jueces para otorgar la suspensión, que son: el interés social y la apariencia del buen derecho.

La tercera gran reforma que impactó el sistema de control constitucional ocurrió en 2021 y consistió en la creación de una nueva vía de integración de jurisprudencia por precedentes obligatorios para la Suprema Corte de Justicia. Con ella, se abandonó el anterior sistema de reiteración por el cual se necesitaba que hubiera cinco sentencias en el mismo sentido y se estableció que todos los criterios utilizados por la Corte, para sus resoluciones, se volverían obligatorios para los tribunales del país, tanto federales como locales.

En cuanto a las reformas específicas a los medios de control, señalaremos las más relevantes y que consideramos que han implicado un fortalecimiento del sistema en su conjunto. Para ello, nos abocaremos a las reformas experimentadas por la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo.

2.1. Acción de inconstitucionalidad

Los principales cambios hechos en esta vía de control estuvieron encaminados, primeramente, a legitimar las comisiones de derechos humanos para presentar demandas de acción de inconstitucionalidad contra leyes o normas que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales respectivos. Esta reforma se dio como parte del fortalecimiento del sistema nacional de defensa y protección de derechos humanos.[12]

Una segunda reforma consistió en darle facultades a la Corte para resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes electorales y, por lo tanto, legitimar a los partidos políticos con registro nacional y los partidos políticos con registro estatal, para presentarla.[13]

2.2. Controversia constitucional

Respecto a la controversia constitucional se identifican dos reformas de trascendencia. Una de ellas fue para la incorporación de los órganos constitucionales autónomos,[14] como parte legitimada, lo que tiene toda la justificación, tomando en cuenta el desarrollo que han tenido estos organismos en el sistema constitucional

[12] DOF, 14 de septiembre de 2006, file:///D:/Usuarios/jlopez/Downloads/Decreto_FAI_CNDH.pdf

[13] DOF, 22 de agosto de 1996, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4896725&fecha=22/08/1996#gsc.tab=0

[14] DOF, 14 de septiembre de 2006, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4931335&fecha=14/09/2006#gsc.tab=0

mexicano y al tratarse de ámbitos de competencia independientes de los tres órganos primarios constitucionales.[15]

Una segunda reforma se dio en el año 2021, y consistió en subrayar de manera explícita que a través de esta vía solamente se podrían tratar asuntos de constitucionalidad directa, y no de legalidad. Para ello se reformó el artículo 105 constitucional en los siguientes términos:

> Artículo 105.
> […] En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones a esta Constitución, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

La razón de ser de esta reforma estriba en el hecho de que muchas cuestiones planteadas a través de la controversia eran conflictos de aplicación de leyes, particularmente locales, con el argumento de que tenían implicaciones en los ámbitos de competencia y esos derivaban de la Constitución.

2.3. Juicio de amparo

Las principales reformas se dieron en 2011 y ya fueron analizadas, por lo que solo faltaría referirse a la más reciente, del 14 de junio de 2024, dirigida a limitar de manera explícita los alcances de la suspensión del acto reclamado, para que no tengan efectos generales en ninguno de los supuestos. El argumento de ello se basa en el principio de relatividad, que es originario de esta figura y que, además, se constituyó como uno de sus principios míticos. Este principio establece que los efectos de la sentencia de amparo se limitarán a proteger a la parte demandante, sin que pueda tener efectos generales.

La razón de ser de esta reforma surgió de la práctica de algunos jueces de otorgar efectos generales a la suspensión, cuando la naturaleza del acto reclamado así lo requiriera, a fin de que no se consumara de modo irreparable y el juicio quedara sin materia. Esta práctica, que obedecía en parte a la nueva dinámica de protección de derechos humanos, especialmente los de carácter social, fue atajada con esta reforma. Puede observarse, sin embargo, que esta interpretación era acorde con el precedente sentado por la Suprema Corte sobre la necesidad de reinterpretar el principio de relatividad y era un avance progresivo en cuanto a la protección de los derechos humanos; la reforma vino a ser, en ese sentido, regresiva.[16]

---

[15] Cabe señalar que esta reforma se debió, en parte, al número creciente de órganos a los que se fue dotando de autonomía constitucional en materia electoral, de derechos humanos, de estadística nacional, de transparencia, de telecomunicaciones, del banco central, etc.

[16] Al respecto, puede consultarse este precedente: Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011", Tesis 1a. XXI/2018 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016425

Nos corresponde pasar ahora a los precedentes que han denotado cambios significativos en los alcances del sistema de control constitucional. Dentro de estas piezas mencionaremos dos: el Expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011.

En el Expediente Varios 912/2010,[17] emitido por la Suprema Corte con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, se dio el viraje de un control concentrado a uno de carácter difuso en materia de derechos humanos.[18] Por otro lado, fue en esta resolución en la que se estableció la obligación de realizar el control de convencionalidad *ex oficio* en materia de derechos humanos, por parte de todos los jueces.

Para una breve explicación al respecto, debemos referirnos a lo señalado en el artículo 133 constitucional:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Como se lee claramente en este texto, la Constitución vigente establecía el control difuso para todos los jueces locales, lo que les daba facultad para examinar la constitucionalidad de las normas en los asuntos de su competencia y, en caso de ser necesario, omitir su aplicación en un evento concreto. La SCJN interpretó durante mucho tiempo que esta parte no era aplicable literalmente:

> Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.[19]

Este criterio, que era contrario a la interpretación literal, se sostuvo con base en dos argumentos fundamentales: el primero de ellos derivaba de una interpretación

---

[17] SCJN, Expediente Varios 912/2010, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23183

[18] Puede observarse que en la resolución, la Corte hace constante referencia al artículo 1º, en ese momento recién reformado.

[19] SCJN, "Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución", Tesis P./J. 74/99, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/193435

sistemática del texto de la Constitución, en la cual se establecía que la jurisprudencia constitucional correspondía a los tribunales federales.[20] Un segundo argumento señalaba que el control difuso era innecesario, ya que existía otro medio, la vía de amparo, para lograr la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, el criterio adoptado por el máximo tribunal, que no dejaba de ser una interpretación contraria a la literalidad, además de que restringía la protección de derechos, fue superado en criterios posteriores,[21] y definido a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011.

Efectivamente, fue con el Expediente Varios 912/2010, que la Suprema Corte modificó su criterio; la razón de esto se debió fundamentalmente a la reforma constitucional que se llevó a cabo en 2011. En este criterio, la Suprema Corte menciona de manera expresa que en el sistema de control constitucional existen dos grandes vertientes, una que se ejerce por los órganos del Poder Judicial federal, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el amparo directo e indirecto, y otra, que se ejerce de manera incidental por parte de todos los juzgadores del país.[22] En la tesis que se emitió a este respecto, se hizo mención expresa de que quedan sin efectos los anteriores criterios, con lo que, a partir de esa fecha, el sistema de control constitucional en México se convirtió en un sistema mixto o híbrido.[23]

Fue también en esta resolución donde se empezó a utilizar el concepto de control de convencionalidad y se estableció su obligatoriedad, señalando que debía hacerse *ex officio* y por parte de todos los jueces.

La segunda sentencia por analizar es la Contradicción de Tesis 293/2011, que dio continuidad a la línea jurisprudencial sobre el control de convencionalidad, pero que estableció una excepción que supuso una regresión en materia de restricciones constitucionales en derechos humanos. Sobre esto nos ocuparemos en las siguientes líneas.

De manera concreta podemos señalar como puntos relevantes de esta sentencia los siguientes criterios:

---

[20] Así lo establecía la Constitución en el siguiente párrafo del artículo 94: "La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción".

[21] SCJN, "Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Su ejercicio no limita ni condiciona el del control concentrado", Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010144; SCJN, "Control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Sus diferencias", Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010143

[22] SCJN, "Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano", Tesis P. LXX/2011 (9a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160480

[23] Cfr. el siguiente precedente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, "Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad", Tesis P. LXVII/2011(9a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160589

a) La determinación de la identidad de rango entre las normas internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos tuvo la intención de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos, sin importar que su fuente sea la propia Constitución o los tratados internacionales, a efecto de que los operadores jurídicos las utilicen para interpretar el sistema normativo mexicano, erigiéndose así como parámetro de control de regularidad constitucional.

   De esta manera, ante el escenario de que un derecho humano contenido en un tratado internacional del que México sea parte no esté previsto en una norma constitucional, la propia Constitución en su artículo 1º contempla la posibilidad de que su contenido se incorpore al conjunto de derechos de que gozarán todas las personas y que tendrán que respetar y garantizar todas las autoridades, conforme a los cuales deberán interpretarse los actos jurídicos tanto de autoridades como de particulares a efecto de que sean armónicos y coherentes con dichos contenidos fundamentales.

b) La obligación de guiarse por la interpretación conforme y el principio pro persona para lograr su armonización, lo que quiere decir que en caso de que tanto normas constitucionales como internacionales se refieran a un mismo derecho, estas se articularán de manera armónica y se determinarán aquellas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular.

c) La obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana para todas las autoridades mexicanas, en todos los casos. Tomando como base la suscripción y aceptación de nuestro país de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desde 1981, los criterios emitidos por la Corte IDH (intérprete de la Convención) se presumen parte del instrumento internacional y son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país.

Sin embargo, como lo mencionamos líneas arriba, la Contradicción de Tesis 293/201 incluyó un criterio regresivo al establecer: "cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional".[24] Dicho criterio ha resultado muy controvertido y cuestionado por los especialistas.[25] La razón es que contradice el principio pro persona establecido en el mismo artículo.

---

[24] SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito y el séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito. M. P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 68, https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf

[25] Ver el estudio realizado por Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones (los dilemas de la justicia)* (México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México), 2015.

Este criterio se ha reiterado en otros casos, como en el Expediente Varios 1396/2011, el cual se emitió a raíz de la sentencia de la Corte IDH en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, ambos contra México. En esta resolución se confirmó el criterio de que cuando un tribunal internacional condene al Estado mexicano, este debe adecuarse a lo que determine la Constitución, por cuanto hace a las restricciones que ella establezca, aun cuando esto suponga contravenir la sentencia dictada por ese órgano jurisdiccional internacional.[26] Cabe señalar, que la expresión *restricciones a los derechos humanos* se ha generalizado y ha tomado carta de nacionalidad en el quehacer jurisprudencial, lo que sin duda debilita los principios constitucionales de reconocimiento y protección de derechos humanos.

No obstante lo anterior, al mismo tiempo es claro que esta línea de interpretación constitucional restrictiva no ha sido obstáculo para que se siga avanzando en una doctrina jurisprudencial en materia de derechos humanos, particularmente para la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Muestra de ello son todos los criterios que se han ido emitiendo en materia de protección de derechos humanos, ampliando sus alcances, especialmente para los grupos en mención.

3. Evaluación del sistema de control constitucional

A pesar de que no existen muchos estudios sobre cómo evaluar los sistemas de control constitucional, y mucho menos parámetros universales, no quiere decir que no existan formas de medirlos. Para ello, se hará una primera distinción entre una valoración cuantitativa y otra de carácter cualitativo.

Comenzando por el análisis cuantitativo, hay que mirar el comportamiento numérico de los diferentes medios de control constitucional. Antes de mostrar los números, vale la pena recordar que muchas de las críticas iniciales al sistema se referían al temor de que se tratara de medios (especialmente la acción de inconstitucionalidad o la controversia constitucional) que se iban a utilizar poco. El tiempo ha demostrado su utilidad práctica y la frecuencia en su aplicación.

A partir de los datos obtenidos del *Semanario Judicial de la Federación*, en la tabla 2 se muestran las cifras de acciones y controversias que, conforme al artículo 105 de la Constitución federal, se han tramitado en la SCJN.

La tabla 2 nos muestra que el número de juicios es constante y creciente. Si bien las controversias constitucionales suelen ser más recurrentes que las acciones, esto se debe a su ámbito de aplicación, es decir, al amplio número de supuestos en los que puede proceder. Recordemos que las controversias constitucionales se presentan cuando uno de los poderes, órganos autónomos o ámbitos de gobierno consideran que una norma, acto u omisión invaden su esfera de competencia, vulnerando el

[26] SCJN, Expediente Varios 1396/2011, M. P. Alberto Pérez Dayán, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/SjIl3ngB_UqKst808-IU/*

Tabla 2. Ejercicio de medios de control constitucional en México

Año	Controversias constitucionales	Acciones de inconstitucionalidad
2000	56	15
2001	54	31
2002	66	19
2003	78	27
2004	173	18
2005	69	11
2006	28	40
2007	42	149
2008	86	36
2009	49	44
2010	33	27
2011	62	10
2012	94	49
2013	46	29
2014	58	23
2015	27	43
2016	157	65
2017	98	25
2018	59	44
2019	525	91
2020	176	70
2021	97	194
2022	203	155
2023	183	154
2024 (julio)	114	86

Controversias constitucionales: 2.633 de 2000 a julio de 2024.
Acciones de inconstitucionalidad: 1.455 de 2000 a julio de 2024.

Fuente: Elaboración propia, con información obtenida del *Semanario Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/home

orden constitucional; mientras que las acciones de inconstitucionalidad tienen lugar cuando se considera que una norma general (ley, tratado internacional, reglamento o decreto) no respeta lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, en ambos casos, la tendencia es igualmente creciente.

También resulta interesante revisar los datos sobre las declaratorias generales de inconstitucionalidad, ya que se trata de una institución de control constitucional reciente y novedosa. Conforme a los datos publicados por la misma Suprema Corte, se tienen registrados 45 procedimientos iniciados y 8 declaratorias declaradas procedentes.

A partir de estos datos puede observarse que se trata de una figura que está en proceso de consolidación, y que por su propia regulación tiene una aplicación excepcional. Esto no es en demérito de su importancia, ya que si bien de los 45 procedimientos abiertos desde 2012, solo se han declarado procedentes y fundados ocho de ellos, otros han derivado en que los propios órganos legislativos, una vez que son notificados de que se ha formado jurisprudencia respecto a una norma que ellos emitieron, la modifican *motu proprio*, con lo cual se consigue el objetivo final, que es el de restablecer el orden constitucional.[27]

Una vez hechas estas valoraciones de índole cuantitativo, nos referiremos a otras de carácter cualitativo. Para ello nos serviremos del contexto de debate que se ha generado entre los poderes Ejecutivo y Judicial en los últimos años en México, y que ha llevado a que públicamente se cuestione la legitimidad de la Suprema Corte de Justicia para declarar inconstitucionales las leyes aprobadas por el Congreso, que fueron enviadas por iniciativa del Ejecutivo. Este contexto ha derivado de las resoluciones que ha emitido la Suprema Corte declarando inconstitucionales leyes iniciadas y promovidas por el Poder Ejecutivo.[28]

El debate ha obligado a profundizar en la justificación de todo el sistema de control constitucional y ha enfrentado las opiniones de quienes consideran que el creciente número de decisiones de inconstitucionalidad es reflejo de la invasión de

---

[27] La anterior información se puede verificar en la página web creada exprofeso por la Suprema Corte de Justicia Mexicana para dar seguimiento a esta figura: "Sistema de seguimiento a declaratoria general de inconstitucionalidad", SCJN, https://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/consultagenerales.aspx

[28] En los siguientes textos periodísticos se da seguimiento a esta situación de encono: "AMLO: reforma al Poder Judicial va a servir para que jueces se conviertan en 'siervos de la nación'", *El Universal,* 13 de junio de 2024, https://www.eluniversal.com.mx/nacion/amlo-reforma-al-poder-judicial-va-a-servir-para-que-jueces-se-conviertan-en-siervos-de-la-nacion/; Gaspar Vela, "AMLO se lanza contra ministros de la SCJN tras rechazar eliminación de fideicomisos", *Milenio*, 16 de mayo de 2024, https://www.milenio.com/politica/amlo-critica-ministros-scjn-rechazar-eliminar-fideicomisos; Georgina Zerega, "López Obrador cuestiona a la Suprema Corte por anular el 'plan B' electoral: '¿Con qué autoridad moral?'", *El País*, 23 de junio del 2023, https://elpais.com/mexico/2023-06-23/lopez-obrador-cuestiona-a-la-suprema-corte-por-anular-el-plan-b-electoral-con-que-autoridad-moral.html

esferas competenciales y del exceso de la actuación judicial.[29] Sin embargo, también existe la opinión contraria de quienes consideran que esto es precisamente una muestra de la necesidad del control constitucional por parte la Suprema Corte de Justicia y, en general, de los tribunales del Poder Judicial Federal, ante una tendencia creciente de amenazas al régimen constitucional vigente.[30]

El crecimiento del número de decisiones de inconstitucionalidad declaradas se debe, también, a que han sido más frecuentes los casos en los que abiertamente y a sabiendas se legisla en contra de la Constitución, por necesidades o intereses coyunturales. Lo anterior nos habla de la necesidad de fortalecer, o incluso ampliar con otros medios preventivos, el sistema de control constitucional.

Este contexto nos es útil para valorar el impacto real que ha tenido el sistema de control constitucional como mecanismo, no solamente para detener las violaciones a la Constitución, sino para lograr el adecuado equilibrio entre los poderes.

En ese sentido, podemos concluir que el sistema de control constitucional en México se ha consolidado y ha dado resultados tangibles, constituyendo un medio esencial para la defensa de los derechos y el equilibrio de los órganos de poder. Obviamente existen áreas de oportunidad que deben atenderse para su fortalecimiento, e incluso espacios de falta de protección constitucional, lo que, en el contexto de la tensa relación entre los órganos de poder que se vive en México, resulta acuciante. Dentro de estas lagunas se destaca la falta de medios para hacer frente a las reformas constitucionales que pudieran resultar lesivas de los derechos fundamentales o de los principios democráticos. Hasta la fecha, no existen en la legislación ni en el desarrollo constitucional precedentes que establezcan límites claros al órgano reformador de la Constitución.[31]

---

[29] Josafat Cortés Salinas, "Análisis cualitativo comparado: las decisiones de la Suprema Corte contra el Ejecutivo en México", *Revista Mexicana de Sociología* 76, n.º 3 (2014)."La Suprema Corte no puede seguir tomando decisiones anticonstitucionales amparada en que sus decisiones son inatacables. Es cierto que los juicios deben tener una instancia de cierre, pero eso no quiere decir que los acuerdos generales que dicta la Suprema Corte o su jurisprudencia puedan estar por arriba de la Constitución o de las leyes mexicanas. Por eso hablamos de excesos. Una cosa es que la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura tengan facultades reglamentarias para facilitar (vía acuerdos generales) la impartición de justicia, y algo muy distinto es que esos acuerdos generales sean la ley suprema de la Unión". Ministra Lenia Batres, en Eduardo Murillo, "SCJN se ha extralimitado al confundir su jerarquía: Lenia Batres", *La Jornada*, 5 de enero de 2024, 8.

[30] "La función de la Suprema Corte no es ser un contrapeso político, la Corte tiene que ceñirse a la aplicación de la norma, particularmente de la Constitución. La Corte no puede tener contrastes políticos, es un equilibrio constitucional, un equilibro institucional, pero no tiene postura política". "Lucha debe ser por el Congreso y el equilibrio, indica Valadés", *El Financiero*, 15 de mayo de 2023.

[31] Hasta ahora, la doctrina jurisprudencial se ha definido en este sentido. Al respecto pueden consultarse los siguientes precedentes: SCJN, "Procedimiento de reformas y adiciones a la constitución federal. No es susceptible de control jurisdiccional", Tesis P./J. 39/2002, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/185941; SCJN, "Reforma constitucional, amparo contra

El actual sistema de reforma constitucional en México es limitado en cuanto a sus alcances, señalando que la Constitución puede ser adicionada o reformada y que esto le corresponde al Congreso de la Unión, con el voto de las dos terceras partes de los presentes y la mayoría de los congresos o las legislaturas de los estados. Sin embargo, consideramos que, siguiendo la doctrina constitucional moderna, no existen razones que justifiquen dejar fuera del ámbito de control a los órganos encargados de modificar la Constitución, cuando se trata de reformas que tocan principios constitucionales fundamentales.[32]

De manera particular también podríamos señalar, respecto a los medios de control constitucional en específico, que siendo el juicio político un mecanismo que nunca se ha llevado a la práctica, habría que revisar, desde una perspectiva política y constitucional, las causas de esta falta de aplicabilidad.

En cuanto a los medios en materia electoral, estos son de aplicación cada vez más habitual, y se ha generado un importante acervo de precedentes en la materia, derivados tanto de casos de defensa de derechos particulares como de protección de los procesos electorales, incluso con efectos de nulidad de elecciones.[33]

Por lo que corresponde al sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos (defensor del pueblo), podemos advertir que, gracias a la existencia de organismos competentes en cada una de las entidades federativas y uno con competencia a nivel nacional, se cuenta con un entramado institucional capaz de atender violaciones de derechos humanos en todo el territorio del país.

Finalmente, en cuanto a las Comisiones de Víctimas, estas han sido una alternativa real para el acceso a la reparación integral de las víctimas por violaciones de derechos humanos. Queda pendiente aún que se conformen comisiones en todas las entidades federativas y que se sigan simplificando y agilizando sus procedimientos, especialmente los de reparación.

4. Perspectivas del sistema de control constitucional

En un ejercicio de evaluación es fundamental basarse en un diagnóstico que refleje la situación real del presente, pero en este esfuerzo de revisión también es necesario hacer una suerte de prospectiva partiendo de los retos identificados y relacionándolos con posibles propuestas de mejora.

---

su proceso de creación. Para su procedencia no se requiere de la expresión, en exclusiva, de violaciones relacionadas con el artículo 135 de la constitución", Tesis P. LXVI/99, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/193253

[32] Richard Albert, *Reformas constitucionales: elaborar, romper y cambiar constituciones* (Bogotá: Universidad de la Sabana, 2023).

[33] Esta información se puede consultar en: "Dirección General de Jurisprudencia, Seguimiento y Consulta, buscador virtual", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, https://www.te.gob.mx/IUSEapp/

En el caso del sistema mexicano, para este ejercicio, es necesario detenerse en la iniciativa de reforma constitucional al Poder Judicial, tanto federal como local, que envió el titular del Poder Ejecutivo en el mes de febrero de 2024, y en la que se plantea modificar de manera trascendental la estructura del órgano judicial, su funcionamiento y algunas de sus facultades.

Esta iniciativa ha provocado intensos debates en la palestra nacional sobre sus implicaciones respecto a la independencia judicial y en cuanto al potencial debilitamiento del sistema de control constitucional.[34] Si bien aún se encuentra en proceso, es necesario tenerla en cuenta en el escenario futuro, ya que lo más probable es que en algunas de sus partes termine aprobándose, lo que repercutirá en el sistema de control constitucional.

Comenzaremos por hacer un resumen sucinto de sus principales puntos, haciendo referencia especial a los que tienen impacto en el sistema de control constitucional. En la iniciativa se contempla:

a) Establecimiento de la forma de elección popular para todos los cargos de ministros, magistrados y jueces, tanto federales como locales.[35]
b) Reducción de integrantes de la Suprema Corte, de 11 a 9; eliminación de sus dos salas y reducción de la duración del cargo de 15 a 12 años.
c) Separación del Consejo de la Judicatura Federal de la Suprema Corte de Justicia y creación de un órgano de administración judicial que no será encabezado por el presidente o la presidenta de la Suprema Corte.
d) Creación de un Tribunal de Disciplina Judicial, independiente del órgano de administración, con magistrados electos *ad hoc*.
e) Tope salarial para funcionarios judiciales por debajo del salario del presidente de la República, cancelación del haber de retiro para ministras y ministros.
f) Prohibición de que los medios de control constitucional puedan tener la suspensión como medida cautelar, con efectos generales.

El argumento que se ha esgrimido, tanto en la iniciativa de reforma como en los debates públicos, ha sido la necesidad de recuperar la credibilidad social del Poder Judicial y su legitimidad, argumentando que en los últimos años ha estado a expensas de grupos oligárquicos de interés. En este sentido se orienta el contenido

[34] La reforma ha suscitado una serie de rechazos por parte de organismos nacionales e internacionales, como es el caso de la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, Margaret Satterthwaite; la Asociación Internacional de Jueces con sede en Roma, las embajadas de Estados Unidos y Canadá, el Consejo Coordinador Empresarial, la Canacintra, las barras de abogados mexicanas y diversas facultades de Derecho de algunas universidades.

[35] Conforme a los datos oficiales, actualmente en México hay 910 magistrados y 737 jueces, según el Censo Nacional de Impartición de Justicia 2023 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi). La iniciativa entonces renovaría 1.686 cargos del Poder Judicial federal, a partir de una selección de más de 10.000 candidaturas.

de la exposición de motivos del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Ejecutivo federal el 5 de febrero de 2024.[36]

Los contraargumentos, sin negar la necesidad de fortalecer y mejorar los órganos judiciales, federales y locales, señalan los riesgos de debilitamiento y falta de independencia del Poder Judicial. Así se observa, por ejemplo, en los posicionamientos de la Presidenta de la SCJN en cuanto a vulnerar o perder un baluarte como lo es la independencia judicial. "Nadie tiene la bola de cristal de lo que ocurrirá en el porvenir y menos aún si no se cuenta con un diagnóstico serio y pormenorizado sobre el significado y la enorme trascendencia de la independencia judicial".[37]

Si bien la iniciativa sigue en discusión, es muy plausible que en sus puntos fundamentales se termine aprobando.[38] Debido a las complejidades y los costos que significaría renovar integralmente el Poder Judicial federal y los locales, se puede presumir que el proceso adoptará un esquema de gradualidad que de alguna manera garantice la continuidad y la profesionalización de la judicatura.

La reducción de la Suprema Corte de 11 a 9 miembros, y su estructuración solo en un pleno, también es una razón de debilitamiento, tomando en cuenta la gran carga de asuntos que pesa sobre ella, ya que además la iniciativa no atiende las causas de esta problemática.

Pasando de esta coyuntura que no puede obviarse y analizando el sistema desde una perspectiva integral, podemos reiterar que, siguiendo lo explicado en líneas anteriores, el sistema de control constitucional en México se ha ido consolidando hasta cubrir prácticamente todo el espectro de los actos de autoridad, con mecanismos cada vez más especializados.

Dentro de estos mecanismos, el más relevante es, sin duda, el juicio de amparo, ya que, como lo afirmaba Fix Zamudio, es un medio de control que engloba lo

---

[36] "El gobierno de la Cuarta Transformación sostiene que una de las causas estructurales relacionadas con la impunidad y la falta de justicia que ha padecido nuestro país en las últimas décadas ha sido […] el distanciamiento cada vez más profundo que existe entre la sociedad mexicana con las autoridades judiciales que conocen y atienden sus conflictos en los Juzgados de Distrito, los Tribunales Colegiados de Circuito y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que ha restado credibilidad en su actuación y pérdida de legitimidad en sus actuaciones". Cámara de Diputados, LXV Legislatura, 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 Federal, Gaceta Parlamentaria XXVII, 6457-15 de 5 de febrero de 2024.

[37] SCJN, Ministra presidenta, Norma Lucía Piña Hernández, parte del discurso pronunciado en la inauguración del Encuentro Internacional sobre Independencia Judicial, 12 de agosto de 2024.

[38] Esta reforma se aprobó y fue publicada el 15 de septiembre de 2024. Al momento de cerrar la elaboración de este ensayo, se encuentra en proceso de implementación, sin que se haya modificado ninguno de sus puntos.

que en otros sistemas se encuentra diseminado en diversas figuras.[39] Ahora bien, no obstante la reforma integral a la que nos hemos referido, que se llevó a cabo en 2011, debemos reconocer que aún dista de ser un medio de control sencillo y accesible, que atienda de manera integral y efectiva las posibles violaciones de derechos humanos. Especialmente, siguen pesando sobre él muchas críticas que lo señalan como un medio selectivo, técnicamente especializado y que está plagado de formalismos que hacen que en la mayor parte de los casos derive en un desechamiento.[40]

Esta reflexión abre una disyuntiva entre seguir pensando en simplificar y hacer accesible el amparo, o bien establecer otra vía para situaciones de urgencia –tratándose de violaciones de derechos humanos–, que proceda de manera más ágil y práctica.

En cuanto a los demás medios, se han señalado algunos puntos en que se podría mejorar, lo que debe ser un trabajo constante de revisión y perfeccionamiento.

De manera particular, cabe señalar la importancia que tiene el que se establezcan medios de control para las reformas constitucionales, que cada vez apuntan más a convertirse en posibles espacios de violación de derechos plasmados en la Constitución. Siempre se ha promovido la modificación del mecanismo de reforma constitucional mexicano para hacerlo verdaderamente rígido, pero también participativo; sin embargo, esto no obsta para que, independientemente del procedimiento, pueda existir como una última salvaguarda la intervención del Poder Judicial de la Federación cuando se materialice una afrenta a los derechos constitucionales desde la propia Constitución.

La doctrina constitucional actual ha superado los debates especulativos entre la soberanía y la sumisión al derecho. Ahora sabemos que, poniendo los derechos humanos como último fin, el derecho y todas sus normas no pueden imponerse por encima de ninguna persona y ninguno de sus derechos.[41]

Uno de los aspectos que resulta especialmente relevante para valorar el desarrollo que ha tenido el sistema de control constitucional es el avance de la doctrina jurisprudencial en los últimos años, particularmente en materia de derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 2011, a la que se ha hecho referencia.

Con lo dicho, puede advertirse que en el transcurso de estos primeros treinta años el sistema de control constitucional en México ha logrado su consolidación. Como en cualquier otro caso, siguen existiendo ámbitos de mejora, pero hoy se puede afirmar que este proceso ha sido plausible y ha contribuido a hacer prevalecer

---

[39] Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (México: Porrúa, 2005).

[40] Juan Carlos Quintero Cornejo, "La crisis del juicio de amparo como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos", *Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana* (2020): 47-53, https://juridica.ibero.mx/index.php/juridi/article/view/90/63

[41] "Los derechos fundamentales y las normas fundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad". Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), 505.

los principios constitucionales fundamentales, como son el de respeto y protección de los derechos humanos y los de la salvaguarda del equilibrio y control del poder. Sin embargo, queda aún pendiente conocer el desenlace final de la propuesta de reforma al Poder judicial que, sin duda, tendrá implicaciones directas en el sistema de control constitucional en México.

Bibliografía

Doctrina

Albert, Richard. *Reformas constitucionales. Elaborar, romper y cambiar constituciones.* Bogotá: Universidad de La Sabana, 2023.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional. Estudio de derecho comparado.* México: Porrúa, UNAM, 2007.

Carpizo, Jorge. "El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* n.º 12 (2009).

Cortés Salinas, Josafat. "Análisis cualitativo comparado: las decisiones de la Suprema Corte contra el Ejecutivo en México". *Revista Mexicana de Sociología* 76, n.º 3 (2014).

Esparza Fausto, Abelardo. "El juicio político", en *Cuadernos de la Judicatura*, año II, número 11. México: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2001.

Fix Zamudio, Héctor. "Significado actual del control constitucional en México", en *Memoria del simposio internacional "El significado actual de la Constitución"*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

Fix Zamudio, Héctor. *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano.* México: Ed. Porrúa, 2011.

Fix Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. México: Porrúa, 2005.

Fix Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords. *El derecho de amparo en el mundo.* México: Porrúa, UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2006.

Márquez Martínez, Laura. *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia.* México: SCJN, 2017.

Ojeda Bojórquez, Ricardo. "Actualidad del juicio de amparo a 100 años de la Constitución mexicana de 1917". En *El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana. Pasado, presente y futuro,* coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera. México: UNAM, 2017.

Quintero Cornejo, Juan Carlos. "La crisis del juicio de amparo como recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos". *Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana* (2020).

Jurisprudencia

Cámara de Diputados, LXV Legislatura, 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 Federal, Gaceta Parlamentaria XXVII, 6457-15 de 5 de febrero de 2024.

DOF, 6 de abril de 1990, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4651333&fecha=06/04/1990#gsc.tab=0

DOF, 31 de diciembre de 1994, https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4782280&fecha=31/12/1994&cod_diario=205917

DOF, 22 de agosto de 1996, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4896725&fecha=22/08/1996#gsc.tab=0

DOF, 14 de septiembre de 2006, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4931335&fecha=14/09/2006#gsc.tab=0

Ley de Amparo, artículo 234, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf

Ley General de Víctimas del 9 de enero de 2013, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, "Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad", Tesis P. LXVII/2011(9a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160589

SCJN, "Sistema de seguimiento a declaratoria general de inconstitucionalidad", https://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/consultagenerales.aspx

SCJN, "Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución", Tesis P./J. 74/99, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/193435

SCJN, "Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. Para su procedencia no se requiere de la expresión, en exclusiva, de violaciones relacionadas con el artículo 135 de la constitución", Tesis P. LXVI/99, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/193253

SCJN, "Procedimiento de reformas y adiciones a la constitución federal. No es susceptible de control jurisdiccional", Tesis P./J. 39/2002, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/185941

SCJN, Expediente Varios 912/2010, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23183

SCJN, Expediente Varios 1396/2011, M. P. Alberto Pérez Dayán, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/SjIl3ngB_UqKst808-IU/*

SCJN, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito y el séptimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito. M. P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf

SCJN, "Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011", Tesis 1a. XXI/2018 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016425

SCJN, "Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano", Tesis P. LXX/2011 (9a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160480

SCJN, "Control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Sus diferencias", Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010143

SCJN, "Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Su ejercicio no limita ni condiciona el del control concentrado", Tesis 1a. CCXC/2015 (10a.), https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010144

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 199-214, ISSN 2346-0849

Paúl Córdova Vinueza* **(Ecuador)**

Estudios de género en el derecho procesal constitucional: transformar la disciplina jurídica para innovar la administración de justicia

RESUMEN

Los problemas estructurales de la administración demandan propuestas innovadoras en la formación de los profesionales del derecho. La universidad debe renovar los componentes curriculares de las carreras de derecho para preparar juristas que entiendan el contexto, el enfoque y la perspectiva de género que deben ser aplicados en los litigios judiciales. El presente artículo recoge las principales secciones de una propuesta metodológica para la incorporación de unidades temáticas sobre género y administración jurisdiccional en el derecho procesal constitucional.

Palabras clave: formación de abogados; cultura jurídica; administración de justicia.

Gender Studies in Constitutional Procedural Law: Transforming Legal Discipline to Innovate the Administration of Justice

ABSTRACT

The administration's structural problems demand innovative proposals to train legal professionals. The university should update law school curricula to train jurists who understand the context, the approach and the gender perspective that should be applied during litigation. This article presents the main sections of a methodological proposal to include thematic units on gender and judicial administration into constitutional procedural law.

Keywords: Lawyer training; legal culture; administration of justice.

* Profesor de la Universidad Internacional SEK y de la Universidad Internacional del Ecuador. hocordovavi@uide.edu.ec / holger.cordova@uisek.edu.ec / https://orcid.org/0000-0002-3125-5861

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Genderstudien im Verfassungsprozessrecht:
Transformation der Rechtswissenschaft für die Innovation der Rechtspflege

ZUSAMMENFASSUNG

Die strukturellen Probleme der Rechtspflege machen innovative Vorschläge für die Juristenausbildung erforderlich. Die Universitäten müssen die Curricula der Studiengänge und ihre einzelnen Komponenten aktualisieren, um Juristen auszubilden, die mit dem Genderkonzept und der geschlechterspezifischen Perspektive vertraut sind, die in den Verfahren anzuwenden sind. Der vorliegende Beitrag stellt die wichtigsten Abschnitte eines methodischen Ansatzes zur Einführung von Themeneinheiten über Gender und Rechtspflege in das Verfassungsprozessrecht vor.

Schlagwörter: Juristenausbildung; Rechtskultur; Rechtspflege.

Introducción

Los fundamentos epistemológicos del estudio del derecho procesal constitucional (DPC), los aprendizajes de esta disciplina, así como las orientaciones metodológicas y conceptuales de su "enseñanza" carecen de otras dimensiones cognitivas e interpretativas de la realidad jurídica, pues se sustentan prioritariamente desde la matriz formalista dominante en el pensamiento jurídico moderno. Adicionalmente, su carácter de preservación de los compartimentos estancos del modelo cultural, del modelo normativo y del modelo pedagógico como parcelas, al mantenerse desintegrados, impide la formación de un paradigma integral para otra racionalidad educativa y estratégica que transmita los saberes jurídicos a partir de otras lógicas de análisis incluyentes y diversificadoras.

Las preguntas que guían esta propuesta son: ¿por qué incorporar la perspectiva de género en la cultura organizacional y las dinámicas formativas de los abogados y servidores públicos administrativos y judiciales para transformar su aprendizaje?, ¿qué elementos serían determinantes para modificar las formas jurídicas de razonar y argumentar desde el enfoque de género durante el proceso de enseñanza-aprendizaje en el DPC?, ¿cómo cambiar la formación y especialización en aspectos como la igualdad y no discriminación para no reproducir los cánones culturales patriarcales?

Las esferas de formación pueden responder a códigos simbólicos y rituales que moldean las formas de enseñar-aprender a pensar, razonar y argumentar.[1] A partir de esa consideración, esta propuesta plantea que mediante la reinvención de aquellas dimensiones podremos modificar su epistemología y las razones normativas y democráticas que en ellas se construyen. Finalmente, sin ánimo de interferir en

[1] Pierre Bordieu, "La fuerza del derecho: hacia una sociología del campo jurídico", en *La fuerza del derecho*, ed. por Pierre Bordieu y Gunther Teubner (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000).

el círculo virtuoso de la libertad académica y la misión universitaria, se presentan algunos elementos programáticos y pragmáticos para crear un derecho otro en los niveles de grado y posgrado con perspectiva de género, donde no solamente se lo aborde para la especialización de justicia de género en los procesos de adjudicación y de las decisiones judiciales, sino que este enfoque se adopte en la epistemología jurídica, la administración pública, la cultura organizacional y las dinámicas procesales de la administración de justicia y de las vertientes que intervienen en su gestión: los operadores judiciales, los docentes universitarios, los abogados en libre ejercicio y los administradores públicos.

1. La delimitación del estudio del derecho procesal constitucional clásico y su innovación hacia el enfoque de género

El objeto de estudio del derecho procesal constitucional estuvo dirigido por la evolución constitucional de los Estados. Así, su temática de indagación analítica estuvo orientada a los procesos y procedimientos o garantías constitucionales:

1. Competencias exclusivas para conocer las acciones de inconstitucionalidad.
2. Controversias constitucionales, conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del Estado.
3. Sistema de control constitucional de cada Estado.
4. Procedimientos ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos.
5. Procedimientos específicos configurados para la defensa de la normativa constitucional.
6. Decisiones que se dictan en procesos jurisdiccionales y sus alcances a partir de reglas de precedentes.[2]

Fix-Zamudio sugería distinguir entre el derecho procesal constitucional, que corresponde a una rama del derecho procesal, y el derecho constitucional procesal, cuyo estudio se encuentra en el ámbito del derecho constitucional. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por

[2] Ver Diego A. Dolabjian, "Sobre el derecho constitucional", *Derecho constitucional profundizado* (Buenos Aires: Ediar, 2017), 57-97, donde, a partir del desarrollo académico en la materia en Argentina, hace una aproximación al derecho constitucional, con especial énfasis en las cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

los órganos del poder. El segundo examina las instituciones procesales previstas en la Constitución, como jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes.[3]

Si se consideran las ideas de Fix-Zamudio, el derecho procesal constitucional incluye los siguientes sectores:

Derecho procesal constitucional de las libertades, que comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos, como los mecanismos que protegen la parte dogmática de la Constitución, así como los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

a) Derecho procesal constitucional orgánico, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos de poder, entre los que se encuentran las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.
b) Derecho procesal constitucional trasnacional, que constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones, debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales.[4]

A esos ámbitos, Ferrer Mac-Gregor agrega un derecho procesal constitucional local, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no las constituciones federales o nacionales, sino los ordenamientos, constitucionales o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.[5]

El derecho procesal constitucional ha centrado su ámbito de estudio en los procedimientos que se utilizan para demandar garantías jurisdiccionales con el propósito de tutelar los derechos constitucionales, así como en el análisis de las decisiones judiciales que interpretan y aplican la Constitución. De esta manera, las constituciones de los Estados han trascendido como instrumentos jurídicos de solución cotidiana de conflictos, debido a que contienen mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de sus derechos y ya no solamente documentos que incluyen una amplia enumeración de libertades.

Empero, así como la norma suprema ha reforzado sus principales medios de reclamo ciudadano para enfrentar problemas básicos que sufren los justiciables,

---

[3] Héctor Fix-Zamudio, "Sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), 93-4.

[4] Héctor Fix-Zamudio, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Derecho procesal constitucional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Porrúa, 2002), 110-22.

[5] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica* (Ciudad de México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política / Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002), 53.

no es un código exhaustivo ni completo, sino un instrumento formal fragmentario y abierto que debe ser concretado en las situaciones particulares.[6] Más todavía cuando se evidencian fenómenos complejos en el rol de los juzgadores, como la presencia de estereotipos y prejuicios de género en la administración de justicia que pueden desnaturalizar los principios del derecho procesal constitucional.

Los estereotipos de género en que incurren servidores judiciales en casos de vulneraciones de derechos de las mujeres afectan la labor judicial, vista como un derecho y como un servicio. Por ello, es necesario aplicar una perspectiva de género en todas las etapas del proceso judicial en todas las materias, en especial, la constitucional, porque de esa manera se podrá garantizar un real acceso a la justicia y, consecuentemente, fortalecer los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres.[7]

En consecuencia, el DPC debe ampliar su objeto de estudio para incluir dimensiones que erradiquen los estereotipos que luego se convierten en discriminación y, a su vez, en violencia. Por tanto, esa asignatura puede contribuir a la eliminación de los estereotipos negativos y a abordar nuevos criterios analíticos para sensibilizar y proyectar el uso de procedimientos constitucionales para enfrentar los patrones socioculturales en contra de las mujeres. El DPC puede promover la inclusión de temas que identiquen aquellos discursos, representaciones e imágenes para que las juezas y los jueces no incurran en estereotipos de género y, al mismo tiempo, se amplíe el abordaje de las garantías jurisdiccionales desde su dimensión, contexto, enfoque y perspectiva de género.

2. Justificación de una propuesta metodológica y formativa para los estudios de género en el DPC

Esta propuesta está orientada a construir una nueva racionalidad jurídica educativa que incorpore la perspectiva de género a la formación del derecho procesal y no a la educación legal, señalando las restricciones en esta área debido a la compartimentación y fragmentación en los enfoques educativos. El camino sería entonces una deconstrucción discursiva, metodológica y práctica que, desde una mirada global y profunda, interpele a un modelo que reproduce un sistema de sociedad de dominación patriarcal, que puede producir efectos discriminatorios para la mujer, pero que igualmente, como cultura, afecta a los varones y menoscaba su propia posibilidad de realización humana. Al decir de Jacques, es un modelo definido desde la

---

6 Dolabjian, *Derecho constitucional …*, 87.

7 Ximena Ron Erráez, "Estereotipos de género en la administración de justicia: un análisis del discurso jurisprudencial en la Corte IDH", en *Argumentación, interpretación y motivación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana,* ed. por Paúl Córdova Vinueza (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones / Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, 2024), 137-9.

fragmentación entre el cuerpo y el alma, el cuerpo y el espíritu, que además genera una fractura frontal entre racionalidad y sensibilidad, reproduce símbolos y valores que niegan la posibilidad de autonomía y de libertad, y que, a través de un modelo de dominación y sumisión, niega la satisfacción de necesidades fundamentales de vida y, por ende, de felicidad humana.[8]

A continuación se presenta el diseño de una incorporación de estudios de género en el DPC para abogados, servidores públicos administrativos y judiciales, mediante la descripción de los elementos del plan microcurricular, la descripción de la asignatura, sus objetivos, los resultados del aprendizaje por competencias, las indicaciones metodológicas para el aprendizaje y las referencias de las unidades didácticas de una propuesta de asignatura para las carreras y los programas de posgrado en ciencias jurídicas.

Asimismo, en las siguientes secciones se expone la caracterización de la asignatura, incluyendo la proyección de categorías actitudinales, cognitivas y procedimentales, en todos los niveles, para proyectar lo que serían los objetivos y la estructura de la asignatura, así como los contenidos temáticos elementales para el desarrollo de su malla curricular.

3. Un nuevo paradigma que transforma las dimensiones educativa, jurídica y cultural desde los estudios de género

La educación legal en las instituciones de educación superior legitima el poder y crea marcos de legalidades para la formación jurídica y de la administración pública. Este contexto se reproduce desde una matriz caracterizada, según Jacques, por los siguientes factores: a) En la dimensión de género, existe un modelo patriarcal que utiliza una estrategia de reproducción cultural lo que genera como efecto y visibilidad un estado de subordinación; b) desde la perspectiva del derecho, la naturaleza está determinada con base en el modelo racional-formal que opera mediante la estrategia central del legalismo. Esta define el criterio de validez de la norma, su justicia y su eficacia y la verdad jurídica en torno a la idea de la razón legal, produciendo como efecto visible la igualdad formal, esto es, la conquista declarativa legal como expresión de satisfacción; c) desde el componente educativo, su identidad está constituida por un modelo de cooptación cuya estrategia relevante se expresa en formas de trabajo pedagógico mediante un tecnologismo educativo. Este está centrado, en mayor medida, en cómo enseñar, más que en cómo aprender, poniendo énfasis en la valoración de técnicas y medios para lograr resultados, enmascarando

[8] Manuel Jacques, "¿Género en la justicia o justicia de género?", *Polis* 1 (2001): 1, http://journals.openedition.org/polis/8138

a niveles de efectos un currículo oculto que subyace en los mensajes y las conductas pedagógicas.[9]

El desafío de los estudiantes que quieren ser abogados y abogadas o administradores públicos es cambiar su preparación y mejorar su formación. El desafío de quienes ya lo son es *desaprender lo aprendido para volver a estudiar derecho y administración pública* con otras dimensiones cognitivas y epistémicas, más la inclusión de nuevas sensibilidades y enfoques interculturales e interdisciplinarios. Ningún abogado o administrador público puede sentirse conforme con los sistemas institucionales injustos que imperan en las realidades latinoamericanas. La necesidad urgente radica en modificar la formación y cultura jurídica de abogados, operadores de justicia, juristas y servidores administrativos, para ser gestores de un cambio que fomente la paridad y la perspectiva de género. Para efectos del presente estudio, la perspectiva de género se refiere a

> ... la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres; que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género.[10]

Para ello, este artículo examina críticamente los saberes, actores, contextos y modelos para formular nuevos procesos de enseñanza-aprendizaje, donde el derecho y la administración del Estado puedan ser asumidos como instrumentos y oportunidades para pensar las sociedades hacia sus innovaciones y cauces más igualitarios en género.

4. Deconstruir los saberes existentes para construir pedagogías críticas en derecho y género

El derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino; por eso, refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses, como lo afirma Jaramillo.[11] Por tanto, considerando que la

---

[9] *Ibid*., 3.

[10] Blanca Rosa Salomón Zárate, "La importancia de la perspectiva de género en Bolivia", *Revista Curso Solidario Internacional: "Constitucionalismo latinoamericano, derechos y jurisprudencia constitucional"* (2020): 99.

[11] Isabel Cristina Jaramillo, "La crítica feminista al derecho", en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comp. por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / UnIfem, 2009), 122.

visión masculina y sus intereses pueden tener implicaciones en la forma de producir el derecho y en su reproducción, el feminismo ha realizado varios aportes para los estudios críticos del derecho.

Las feministas radicales afirman que el punto de vista masculino y los intereses masculinos se reducen a la apropiación de la sexualidad femenina y, por esta vía, a la modelación del ser y el deseo femenino, mientras que las feministas culturales o de la diferencia proponen que el punto de vista masculino incluye la comprensión del sujeto como ser aislado que valora la autonomía y le teme a la intimidad.[12] Por otra parte, cuando el derecho protege los intereses y las necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por parte de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. Jaramillo cita el trabajo de Susan Estrich sobre la violación, donde demuestra que, a pesar de que está penalizada y de que los niveles de impunidad son bajos según las cifras oficiales, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye, sobre cómo se prueba y sobre las actitudes "correctas" de las mujeres, "llevan a la despenalización de facto de las violaciones de los conocidos (*acquaintance rape*) y de las violaciones en citas (*date rape*)".[13]

Por lo expuesto, para Jaramillo, las posibilidades de crear una teoría del derecho feminista que trascienda el nivel de la crítica son distantes, particularmente desde el feminismo radical, porque en sociedades patriarcales las mujeres no contarían con un punto de vista propio desde el cual construir una teoría del derecho feminista. Sin embargo, se requiere conciliar las intuiciones de las feministas radicales y las feministas de la diferencia con el propósito de que tanto el derecho como la administración de justicia introduzcan un balance entre los valores de la ética de la justicia y de la ética del cuidado.[14]

Es pertinente evocar a Walsh, cuando menciona que las condiciones materiales de la subjetivización siempre se entretejen con el espacio y el lugar. Entonces, sí tienen importancia el sitio particular y la coyuntura temporal dentro de los cuales los sujetos están marcados y construidos, "desde donde la cultura-como-lucha-política está realizada y desde donde los autores escriben".[15] Para ella, se suele dividir el objeto y el sujeto del conocimiento para oscurecer las relaciones de poder enraizadas en el aparato epistemológico y resalta la importancia de "localizarnos en relación a lugares definidos y lugares apropiados a través de la experiencia, la identidad y el

---

[12] *Idem*.

[13] *Idem*.

[14] *Ibid.*, 124.

[15] Catherine Walsh, "La (re)articulación de subjetividades políticas y diferencia colonial en Ecuador. Reflexiones sobre el capitalismo y las geopolíticas del conocimiento", en *Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino,* ed. por Catherine Walsh, Freya Schiwy y Santiago Castro Gómez (Quito: Abya Yala / Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2002), 176.

poder, y con relación a los sujetos/objetos que pretendemos estudiar".[16] Ahora, las tendencias modernistas en las ciencias sociales descorporalizan al autor del texto y dividen el sujeto y el objeto del conocimiento, contribuyendo de esta manera a una serie de formas de disciplinar la subjetividad. Esta disciplina recuerda las fórmulas de dominación y, a la vez, la misma experiencia colonial: la disciplina para organizar y controlar el cuerpo y la disciplina a través del conocimiento para marginar, excluir y obliterar identidades y memorias colectivas, a fin de destruir formas alternativas de vida y de conocimiento.[17]

5. Componentes de los estudios de género para incorporar en el objeto de aprendizaje del derecho procesal constitucional

5.1. Resultados de aprendizaje de la asignatura y enfoques temáticos

- Comprende los conceptos, realidades y naturaleza del género en el derecho y en la administración pública, así como sus relaciones con otras disciplinas. Los servidores o estudiantes estarán en capacidad de identificar, diferenciar y examinar tipos y manifestaciones de violencias de género en el país y la región.
- Formula criterios teóricos y metodológicos para una gestión y políticas públicas hacia la erradicación de las violencias basadas en género.
- Identifica factores en las políticas sociales, el acceso a la justicia y la gestión pública que crean desigualdades estructurales para el desarrollo de derechos.
- Analiza los procedimientos necesarios para alcanzar la atención, sanación y reparación integral en torno a las violencias de género.
- Aplica conocimientos para el diseño de planes, proyectos y programas orientados a la prevención, intervención, atención y erradicación de las violencias para resolver conflictos.
- Utiliza metodologías adecuadas para la comprensión de dinámicas socioeconómicas, políticas y culturales que profundizan los estereotipos y las discriminaciones sustentadas en género.

5.2. Trabajos autónomos

Las y los estudiantes de derecho, así como los servidores administrativos y judiciales, serán capacitados para ejecutar componentes prácticos, como estudios de casos y espacios de talleres donde se discutan los nudos críticos en los ámbitos de la

[16] *Idem*.
[17] *Idem*.

administración de justicia, la administración pública y las interrelaciones sociales por cada tema tratado. Lo que se buscará es que los contenidos vayan más allá de lo teórico para dotar de herramientas de aplicación, a fin de garantizar que el estudio del enfoque de género y los derechos se impartan con parámetros específicos para una formación especializada.[18]

Asimismo, se requieren abordajes de contenidos que en todo momento estén relacionados directamente con los procedimientos legales aplicables para cada tema. Además de comprender las nociones conceptuales, es necesario que los cursantes tengan herramientas para que dichos conceptos tengan puedan aplicarse en la formulación de políticas públicas, la gestión de procesos administrativos y los procedimientos para la sustanciación, investigación y juzgamiento de infracciones de violencia basada en género contra las mujeres y la niñez.

5.3. Mecanismos de evaluación

La metodología de evaluación promoverá exámenes con preguntas generadoras del quehacer práctico del servicio público y la administración de justicia al tratar casos de violencia basados en género. Las preguntas generadoras que guian la forma de introducir contenidos aplicables a los casos serán también utilizadas en pruebas para abordar las relaciones de poder en situaciones de violencia de género, así como la utilización de preguntas de identificación de los factores para determinar y analizar aquellas relaciones de poder en causas de violencias concretas, todo lo cual implica un enfoque interdisciplinario en el abordaje y diseño de contenidos y metodologías evaluativas.

Unidades curriculares

a) **Violencia de género contra las mujeres y la niñez**
   - Criterios teóricos y metodológicos para el análisis de las violencias.
   - Construcción social del género y la sexualidad.
   - De la invisibilidad de la violencia contra las mujeres al reconocimiento como un problema social, político y de salud pública.
   - Perspectivas socioculturales y políticas de las violencias basadas en género.
   - Las relaciones de poder en las violencias de género.
   - Derechos humanos y constitucionales de las mujeres y la niñez: no discriminación y una vida libre de violencias.
   - Mujeres, niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos.
   - Tipos de violencia.

[18] Luisa Fernanda Cano Blandón, "¿Hacia un constitucionalismo feminista? El feminismo jurídico crítico en la jurisprudencia constitucional colombiana", *Revista Derecho del Estado,* n.° 60 (2024): 9-28.

- Violencias interseccionales.
- Ciclos de violencia, género y derechos humanos.
- Enfoques de igualdad y no discriminación en el tratamiento de violencia basada en género: de diversidades, de género, de derechos humanos, de interés superior de la niñez, discapacidades, movilidad humana, intercultural.
- Femicidio y feminicidio.

b) Instrumentos internacionales y estándares constitucionales de derechos humanos con énfasis en mujeres, niñas, niños y adolescentes

- Instrumentos internacionales.
- Fundamentación, características de los derechos humanos y sus principios rectores.
- Enfoque de género, niñez y derechos humanos: sujetos de derechos humanos diversos.
- Principios de responsabilidad (responsabilidad estatal y responsabilidad privada).
- Funcionamiento de los sistemas de protección de derechos humanos.
- Estándares internacionales y análisis de fallos internacionales.

c) Jurisdicción en género

- Estándares constitucionales.
- Garantismo constitucional desde el enfoque de derechos y género.
- Jurisprudencia constitucional.
- Género y justicia.
- Análisis de jurisprudencia nacional en violencia de género.
- Las instituciones jurídicas de la Ley Orgánica para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres y la niñez.

d) Administración de justicia y gestión pública especializada para la erradicación de la violencia[19]

- Los ejes de la justicia y la administración pública especializada en violencia.
- Competencia jurisdiccional en violencia.
- Ciencia penal con perspectiva de género y niñez.
- El rol de los operadores de justicia en el proceso de violencia: jueces, fiscales, defensores públicos especializados.
- De víctimas a sujetos de derechos en el proceso penal: verdad, justicia y reparación.
- Tutela efectiva de derechos de las víctimas de violencia basada en género.
- Procedimientos y rutas de atención especializada a víctimas de violencia basada en género.
- Revictimización y victimización secundaria.

[19] Esta unidad puede modificarse en plan de estudios dependiendo si la asignatura va dirigida a servidores públicos administrativos o jurisdiccionales.

- La reparación integral de las víctimas en casos de violencia de género.
- Sensibilización de los operadores de justicia ante la violencia de género.[20]

e) **El enfoque de género en el procedimiento judicial de violencia contra las mujeres y la niñez**
- Contravenciones de violencia.
- Delitos de violencia.
- Procedimiento especial y expedito para sustanciar contravenciones y delitos de violencia contra las mujeres y la niñez.
- Suspensión condicional del proceso en delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
- Flujos procesales en violencia.
- Herramientas para la investigación especializada en infracciones de violencia contra las mujeres y la niñez.[21]

f) **Violencia sexual**
- Los delitos sexuales contra mujeres y niñez como expresión de la exacerbación de relaciones de poder basadas en la construcción del género.
- Interés superior del niño como norma de procedimiento, derecho y principio.
- Principio de inmediatez y celeridad en procesos de delitos contra la integridad sexual.
- Órganos administrativos y jurisdiccionales especializados.
- Protección especial y debida diligencia.
- Rutas a seguir frente a hechos de violencia sexual (detección, entornos de vulnerabilidad, indicadores y factores de riesgo).
- Forma de obtención de pruebas en casos de delitos contra la integridad sexual de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

---

[20] Esta unidad puede modificarse en plan de estudios dependiendo si la asignatura va dirigida a servidores públicos administrativos o jurisdiccionales, para agregar temas como la teoría del delito: tipicidad objetiva.

[21] Según se trate del plan de estudios de carrera o programa, a los temas expuestos se pueden agregar los siguientes:

Diligencias probatorias especializadas y su práctica según tipos penales:
- Garantía del testimonio anticipado de la víctima.
- Protocolos procesales: protocolo de Estambul y protocolo de entrevista forense para escucha especializada en delitos sexuales.
- Criterios desde el enfoque de género para valoración y pertinencia de la actividad probatoria.
- Herramientas para la aplicación de estándares jurídicos sobre los derechos de las mujeres y la niñez en actuaciones y decisiones jurisdiccionales.
- Sistema de protección de víctimas.
- Dogmática y tratamiento procesal de los femicidios.
- Responsabilidad estatal en femicidios.
- Los signos e indicios en casos de femicidios.
- Argumentación jurídica y teoría del delito para la configuración del tipo penal femicidio.

- Criterios para la valoración de las pruebas en delitos contra la integridad sexual y reproductiva.
- Técnica de escucha especializada a víctimas de violencia sexual.
- La prueba testimonial y garantía del testimonio anticipado a víctimas de violencia sexual.
- Diligencias en cámara de Gessel.

g) Políticas públicas en torno al enfoque, contexto y perspectiva de género[22]

- Diagnóstico, formulación e implementación de políticas públicas en torno a las violencias de género.
- Feminismos, desigualdades e identidades de género.
- Instrumentos de política pública para promover la igualdad y una vida sin violencias.

Bibliografía

Doctrina

Aragón Reyes, Manuel. "La Constitución como paradigma", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007.

[22] Para el caso de carreras de Derecho y programas de posgrado se propone este tipo de unidad general, pero esta también puede modificarse para el caso de especializaciones y maestrías dirigidas a servidores judiciales, donde es posible tratar la siguiente unidad en el respectivo plan de estudios:

Peritajes con enfoque de género, diversidades, derechos humanos en causas de violencia contra las mujeres y la niñez:

- Peritajes garantistas de la tutela judicial efectiva.
- Especificidades de las pericias técnicas forenses: psicología, medicina y trabajo social.
- Pericias de contexto en femicidios y delitos sexuales.
- Informes periciales médicos, psicológicos y de trabajo social: estándares y contenidos con perspectiva de género y derechos.
- Cadena de custodia en delitos de violencia de género.
- Manejo, toma y envío de muestras al laboratorio.
- Sustentación y defensa oral de informes periciales.
- Medidas de protección a víctimas de violencia: mujeres y niñez.
- Fundamentación.
- Medidas de protección.
- La inmediatez de las medidas de protección.
- Medidas de protección administrativas en violencia de género y violencia contra la niñez: competencia, reglas de otorgamiento y tipos.
- Control judicial de medidas administrativas de protección: Ley de Violencia y Código de la Niñez.
- Medidas de protección judiciales: otorgamiento, notificación y seguimiento.
- Actuaciones urgentes.
- Acciones frente al incumplimiento de medidas de protección.
- Módulo automatizado de medidas de protección.

Bordieu, Pierre. "La fuerza del derecho: hacia una sociología del campo jurídico". En *La Fuerza del Derecho,* editado por Pierre Bordieu y Gunther Teubner. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000.

Buchely, Lina. "Catharine Mackinnon. El efecto mariposa: cómo producir cambio social para las mujeres mediante el activismo jurídico". En *Teorías contemporáneas del derecho. Mapas y lecturas,* editado por Jorge González Jácome y Nicolás Parra Herrera. Bogotá: Legis, 2021.

Cano Blandón, Luisa Fernanda. "¿Hacia un constitucionalismo feminista? El feminismo jurídico crítico en la jurisprudencia constitucional colombiana". *Revista Derecho del Estado,* n.° 60 (2024): 9-28.

Córdova Vinueza, Paúl. *Informe de la fase preparatoria para la construcción del Plan Integral de Formación para la especialización de juezas, jueces, fiscales, defensoras públicas, defensores públicos, equipos técnicos y jurisdiccionales que intervienen en la investigación, procesamiento y juzgamiento de infracciones de violencia contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, femicidio, delitos contra la integridad sexual y reproductiva,* en Resolución 005-2021, de 7 de abril de 2021, del Consejo Directivo de Escuela de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura, Art. 1 y Anexos.

Córdova Vinueza, Paúl. *Plan Integral de Formación para la Especialización de Juezas, Jueces, Fiscales, Defensoras Públicas, Defensores Públicos, Equipos Técnicos y Jurisdiccionales que intervienen en la investigación, procesamiento y juzgamiento de infracciones de violencia contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, femicidio, delitos contra la integridad sexual y reproductiva*, en Resolución 005-2021, de 7 de abril de 2021, del Consejo Directivo de Escuela de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura, Art. 1 y Anexos.

Consejo de Educación Superior. "Reglamento de Régimen Académico". *Registro Oficial* 136, segundo suplemento, de 3 de diciembre de 2013.

Curiel, Ochy. "Hacia la construcción de un feminismo descolonizado". En *Aproximaciones críticas a las prácticas teórico-políticas del feminismo latinoamericano*, coordinado por Yuderkys Espinosa Miñoso y compilado por Lucía de Leone, Mayra Leciñana, Ana Laura Martín, María Aluminé Moreno y Guadalupe Salomón. Buenos Aires: En la Frontera, 2010.

Dolabjian, Diego A. *Derecho constitucional profundizado.* Buenos Aires: Ediar, 2017.

De Baggis, Gustavo Federico. "Solicitud de hábeas corpus para la orangután Sandra. Comentario a propósito de la Sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014". http://www.derechoanimal.info/images/pdf/GFB-Habeas-Corpus-Sandra.pdf

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Ciudad de México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.

Ferreyra, Raúl Gustavo. "Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Haberle", *Estudios Constitucionales* 8, n.° 1 (2010), 379-398, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000100014&script=sci_arttext

Ferreyra, Raúl Gustavo. "Enfoque sobre el mundo del derecho. Constitución y derechos fundamentales", *Academia* 11, n.° 21 (2013): 246.

Fix-Zamudio, Héctor. "Sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional". En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Fix-Zamudio, Héctor. "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Derecho procesal constitucional,* coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Ciudad de México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Porrúa, 2002.

Herrera, Marisa y Natalia de la Torre. "Palabras de bienvenida". En *Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*, coordinado por Marisa Herrera y Natalia de la Torre. Buenos Aires: Editores del Sur / Red de Profesoras de Facultad de Derecho UBA, 2021.

Olsen, Frances. "El sexo del derecho". En *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Naciones Unidas Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Unifem, 2009.

Oyarzún, Kemy. "Feminismos latinoamericanos: interseccionalidad de sujetos y relaciones de poder". En *Aproximaciones críticas a las prácticas teórico-políticas del feminismo latinoamericano*, coordinado por Yuderkys Espinosa Miñoso y compilado por Lucía de Leone, Mayra Leciñana, Ana Laura Martín, María Aluminé Moreno y Guadalupe Salomón. Buenos Aires: En la Frontera, 2010.

Pabón-Mantilla, Ana Patricia y Javier Orlando Aguirre-Román. "Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología". *Entramado* 16, n.° 2 (2020): 186-201.

Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional.* Madrid: Marcial Pons, 2010.

Rabinovich-Berkman, Ricardo. "La triste historia del vikingo Sigurd Haraldsson o de cómo si algo anda mal, suele convenir cambiarlo", En *Letra* 2, n.° 4 (2015), 5-11.

Ron Erráez, Ximena. "Estereotipos de género en la administración de justicia: un análisis del discurso jurisprudencial en la Corte IDH". En *Argumentación, interpretación y motivación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*, editado por Paúl Córdova Vinueza. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones / Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha, 2024.

Ruiz, Alicia E. C. "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo". En *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho,* 2.ª ed., compilado por Christian Courtis. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

Salgado Álvarez, Judith. *Manual de formación en género y derechos humanos.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013.

Salomón Zárate, Blanca Rosa. "La importancia de la perspectiva de género en Bolivia", *Revista Curso Solidario Internacional: "Constitucionalismo latinoamericano, derechos y jurisprudencia constitucional"* (2020): 99-105.

Tillman, Rachel Elaine. "Género e interdisciplinariedad: el rol constitutivo del género en la generación del conocimiento", *Revista Temas Socio Jurídicos* 33, n.°66 (2014): 16-31.

Tushnet, Mark. "La inevitable globalización del derecho constitucional". Presentación para el taller "El papel cambiante de los tribunales superiores en un mundo internacionalizado" (La Haya, Academia de Derecho Internacional, 23-24 de octubre de 2008), traducido por Fernanda de Carvalho Lage, Francisco Manuel Balbín, María Rosario Tejada y revisión de Mariano Vitetta para el seminario "Fundamentos Constitucionales del Estado" de la cátedra de Raúl Gustavo Ferreyra (Universidad de Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015).

Walsh, Catherine. "La (re)articulación de subjetividades políticas y diferencia colonial en Ecuador. Reflexiones sobre el capitalismo y las geopolíticas del conocimiento". En *Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino,* editado por Catherine Walsh, Freya Schiwy y Santiago Castro Gómez. Quito: Abya Yala / Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2002.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 215-231, ISSN 2346-0849

Melina Girardi Fachin*(Brasil)
Catarina M. V. Ramos (Brasil)**

O Constitucionalismo feminista multinível e a fé nas mulheres

RESUMO

Este texto examina o conceito de "constitucionalismo feminista multinível" e sua importância no contexto do direito latinoamericano. Ele explora como o feminismo pode ser incorporado em múltiplos níveis dos sistemas jurídicos regionais, desde as constituições nacionais até os tratados internacionais, a fim de promover a igualdade de gênero e os direitos humanos das mulheres. Ao longo do texto, são analisados casos de estudo e exemplos práticos que demonstram como o constitucionalismo feminista multinível pode transformar o cenário do constitucionalismo latinoamericano.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; feminismo interseccional; constitucionalismo multinível.

Constitucionalismo feminista multinivel y la fe en las mujeres

RESUMEN

Este texto examina el concepto de "constitucionalismo feminista multinivel" y su importancia en el contexto del derecho latinoamericano. Explora cómo el feminismo puede incorporarse en múltiples niveles de los sistemas legales regionales, desde constituciones nacionales hasta tratados internacionales, para promover la igualdad de género y los derechos humanos de las mujeres. A lo largo del texto se analizan estudios de caso y ejemplos prácticos que demuestran cómo el constitucionalismo

* Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (NESIDH) e do Centro de Estudos da Constituição (CCONS), ambos da UFPR. melinafachin@gmail.com / https://orcid.org/ 0000-0002-6250-1295

** Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos - NESIDH. catamvramos@gmail.com / https://orcid.org/0000-0002-4173-0443

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

feminista multinivel puede transformar el panorama del constitucionalismo latinoamericano.

Palabras clave: Sistema interamericano de derechos humanos; feminismo interseccional; constitucionalismo multinivel.

Multilevel Feminist Constitutionalism and Faith in Women

ABSTRACT

This text examines the concept of "multilevel feminist constitutionalism" and its importance in the context of Latin American law. It explores how feminism can be incorporated into multiple levels of the region's legal systems, ranging from national constitutions to international treaties, to promote gender equality and women's human rights. Throughout the text, case studies and practical examples are analyzed to demonstrate how multilevel feminist constitutionalism can transform the landscape of Latin American constitutionalism.

Keywords: Inter-American Human Rights System; intersectional feminism; multilevel constitutionalism.

Mehrstufiger feministischer Konstitutionalismus und das Vertrauen in die Frauen

ZUSAMMENFASSUNG

Der Text befasst sich mit dem Konzept des „mehrstufigen feministischen Konstitutionalismus" und seiner Bedeutung im Kontext des lateinamerikanischen Rechts. Er geht der Frage nach, wie sich der Feminismus in die unterschiedlichen Ebenen der regionalen Rechtssysteme – von Staatsverfassungen bis zu internationalen Verträgen – integrieren lässt, um zur Förderung der Geschlechtergleichheit und der Menschenrechte von Frauen beizutragen. Fallstudien und praktische Beispiele im Text zeigen, wie der mehrstufige feministische Konstitutionalismus das Gesamtbild des lateinamerikanischen Konstitutionalismus verändern kann.

Schlagwörter: Interamerikanisches Menschenrechtssystem; intersektioneller Feminismus; mehrstufiger Konstitutionalismus.

Introdução

o que eu não sei agora/ eu ainda posso aprender
se estou sozinha agora/ estarei com elas depois
se estou fraca agora/ posso me tornar forte
devagar devagar/ se eu aprendo posso ensinar outras
se outras aprenderem antes/ eu devo acreditar
que elas retornarão e me ensinarão. (Tradução livre)

Fran Winant, 1980

O constitucionalismo feminista multinível é uma abordagem teórica que examina como o direito constitucional pode ser transformado para promover a igualdade de gênero e proteger os direitos das mulheres, analisando criticamente as normas e estruturas constitucionais existentes que perpetuam desigualdades de gênero e propõe formas de reformá-las, buscando propor uma lente de gênero desestigmatizadora e porosa entre os sistemas nacionais e regional. Por este motivo, tem como uma de suas premissas básicas o diálogo. É uma das principais bases tanto para o feminismo quanto para a dimensão multinível, que objetivam o termo. Paulo Freire afirma que "[n]ão há também diálogo se não há uma intensa fé nos homens. Fé no seu poder de fazer e refazer. De criar e recriar. Fé na sua vocação de *ser* mais, que não é privilégio de alguns eleitos, mas direito dos homens. A fé nos homens é um dado *a priori* do diálogo".[1] Ressalvadas as circunstâncias de local e época do grande pedagogo, a ideia trazida é focada na transliteração de "homem" como "humanidade", o que acaba por apagar a mulher como sujeita desse meio dialógico e dominado por uma visão de mundo pretensamente neutra, mas que privilegia os homens.

Continua dizendo que o "homem dialógico tem fé nos homens antes de encontrar-se frente a frente com eles".[2] Este trecho relembra o poema "coma arroz e tenha fé nas mulheres", de Fran Winant, que versa acerca do feminismo interseccional e intergeracional, e que menciona a questão de acreditar – ou seja, ter fé, naquelas que não se conhecem ainda, mas que têm o mesmo ideal: "se eu estiver sozinha agora/ estarei com elas mais tarde/ se estou fraca agora/ posso me tornar forte/ lentamente, lentamente/ se eu aprender, posso ensinar às outras/ se as outras aprenderem primeiro/ devo acreditar/que elas voltarão e me ensinarão".[3]

Do mesmo modo, ainda concernente ao diálogo como modo de conhecimento, continua o poema/manifesto: "devemos estudar durante toda a nossa vida [...] preciso acreditar que estaremos juntos e criar conscientização suficiente, para que quando eu tiver que lutar sozinha, haverá irmãs que ajudariam se soubessem, irmãs que virão para me apoiar mais tarde". Neste sentido, é importante que o diálogo de fontes (como no constitucionalismo multinível) e de feminismos (como a interseccionalidade), bem como das duas ideias entre si, crie um constitucionalismo que permita visibilizar grupos vulnerabilizados e marginalizados.

Neste sentido, este texto examina o conceito de "constitucionalismo feminista multinível" e sua importância no contexto do direito latinoamericano. Ele explora como o feminismo pode ser incorporado em múltiplos níveis dos sistemas jurídicos regionais, desde as constituições nacionais até os tratados internacionais, a fim de promover a igualdade de gênero e os direitos humanos das mulheres. Ao longo do texto, são analisados casos de estudo e exemplos práticos que demonstram como o

---

[1] Paulo Freire, *Pedagogia do oprimido* (São Paulo: Editora Paz na Terra, 2019), 99.

[2] Freire, *Pedagogia,* 101.

[3] Fran Winant, "Eat Rice Have Faith in Women", www.scribd.com/document/533543539/eat-rice-have-faith-in-women-by-Fran-Winant

constitucionalismo feminista multinível pode transformar o cenário do constitucionalismo latinoamericano.

Após, foi realizada, por meio de pesquisa quantitativa, pesquisa acerca das menções à igualdade de gênero em constituições nacionais, para então analisar casos prototípicos de jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por fim, será abordado o ativismo feminista, bem como os obstáculos da implementação do constitucionalismo feminista multinível, demonstrando como este é necessário.

1. Contextualização do constitucionalismo feminista

A Constituição brasileira de 1988 é conhecida como "cidadã", mas é necessário observar de onde surgiu esse discurso, uma vez que cria uma ideia de igualdade substancial com base em previsões normativas que precisam ser analisadas em prática. Mesmo em sua construção, conquanto 26 mulheres estivessem presentes na Constituinte originária brasileira, a narrativa histórica traz grande apagamento da representatividade feminina,[4] ou a marginaliza, com o chamado "Lobby do Batom".

Isso pois a Constituição foi feita para um grupo específico de pessoas, ainda pretensamente mais democrática, de modo a manter uma minoria presentada por homens brancos, heterossexuais e cristãos, de classe alta prevalecer em estruturas de poder. Assim, tais lacunas e críticas devem ser compreendidas e enfrentadas, de modo a entender a democracia como plural e dialógica.

O constitucionalismo feminista busca, assim, repensar conceitos fundamentais do constitucionalismo,[5] permitindo uma abertura epistemológica que não demonstra apenas o machismo entranhado na sociedade, como também diversas outras estruturas marginalizantes, como a branquitude, a cis-heteronormatividade, dentre muitas outras, o que enfatiza seu potencial transformador. Concernente a isso, ele pode ser considerado como resposta epistemológica, teórica, metodológica, reconhecendo direitos fundamentais, mas de forma crítica, ao passo em que jurisdiciza relações de poder, criando uma hermenêutica renovada.

Uma abordagem teórica do constitucionalismo feminista pode ser dividida em 3 pontos: i) questionar as implicações de gênero de regras e práticas que podem, em primeiro momento, parecer neutros ou objetivos – *ask the woman question;* ii) utilizar a razão prática feminista, trazendo aspectos do modelo clássico aristotélico com foco feminino, e das perspectivas que foram excluídas – *feminist practical reasoning;*

---

[4] Jânia Saldanha, "'Carta das Mulheres' para o mundo? O direito das mulheres na intersecção entre o direito internacional, a jurisprudência da Corte IDH e o direito constitucional brasileiro", em *Constitucionalismo Feminista,* coord. por Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin (Salvador: Editora Juspodivm, 2018), 112.

[5] Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana, *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 259.

iii) e conscientização sobre experiências coletivas de opressão – *consciouness-raising*. A consciência coletiva cria a consciência de explorar experiências comuns e padrões que emergem de narrativas semelhantes.[6]

A ideia é de um constitucionalismo inclusivo e tolerante, sob uma ótica democrática de igualdade de políticas econômicas e sociais no constitucionalismo, principalmente com análise comparada e com o constitucionalismo multinível como lente que possibilite a abertura emancipatória em relação aos demais sistemas de proteção de direitos humanos.[7]

Neste contexto, é necessário fazer alguns comentários acerca da pluralidade de feminismos e a escolha da lente deste artigo como sendo a interseccionalidade. O feminismo interseccional, diante de uma retomada histórica, é fruto do feminismo negro, como um movimento revolucionário contra a invisibilidade. Assim, o diálogo, como a busca de trocas e enriquecimento, auxilia na construção de um conhecimento transgressor e libertador que critica as bases presumidamente mais sólidas de uma sociedade.

Tanto é que, quando conceituam interseccionalidade, Patricia Collins[8] e Kimberlé Crenshaw[9] o fazem ressaltando principalmente gênero, raça e classe, como feito por Angela Davis. No entanto, as autoras ressaltam como o importante não é o que a interseccionalidade é, mas sim, o que ela faz,[10] sendo um instrumental analítico para identificar problemas sociais, potencializar o ativismo e reconhecer a diversidade das relações de poder e opressão. Bell hooks[11] inclusive salienta que "apesar de o foco ser a mulher negra, nossa luta pela libertação somente tem significado se acontecer dentro de um movimento feminista que tenha por objetivo fundamental a libertação de todas as pessoas".

Desta forma, o feminismo, sob uma perspectiva crítica do capitalismo liberal, se coloca como um modo de denunciar opressões relacionadas à subordinação da reprodução social à produção que visa ao lucro. Assim, enquanto o capitalismo busca regular a sexualidade, numa perspectiva racista e imperial, o feminismo busca

---

6 Katherine Bartlett, "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review* 103, n.º 4 (1990): 837-863.

7 Cristina Telles de Araújo Silva, "Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero" (dissertação de Mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016).

8 Patricia Hill Collins, *Interseccionalidade* (São Paulo: Boitempo, 2021).

9 Kimberle W. Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum,* n.º 1 (1989).

10 Sumi Chi, Kimberle Williams Crenshaw e Leslie Mccall, "Towards a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38, n.º 4 (2013) *apud* Patricia Hill Collins, *Interseccionalidade* (São Paulo: Boitempo, 2021), 18.

11 Bell hooks, *E eu não sou uma mulher?: mulheres negras e feminismo* (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020).

liberação antirracista e anti-imperialista, reconhecendo como contraproducentes as proclamações abstratas de sororidade.[12] Por isso, desde já se depreende que a análise dos feminismos não deve ter apenas uma leitura multicultural. Mais do que isso: é necessária uma leitura transcultural, e decolonial.

Isso pois o gênero, conforme indica Butler,[13] "é o próprio processo pelo qual os corpos se tornam matéria. Afinal, nós não somos nossos corpos, nós fazemos nossos corpos".[14] Talvez seja a isso que Paulo Freire se refere quando menciona o inacabamento do ser humano, e como a inconclusão é própria da experiência vital e da necessidade do nosso suporte afetivo. É vendo os outros que nos vemos melhor, "não há inteligibilidade que não seja comunicação e intercomunicação e que não se funde na dialogicidade. O pensar certo é o pensar dialógico e não polêmico".[15]

Necessário criticar o uso do termo feminista como algo inerente a cada mulher, ou mesmo exclusivo às mulheres, tendo em vista que a interseccionalidade é a união de forças, e não a fragmentação de um movimento ou a "competição" de quem é mais oprimido,[16] com papéis estáticos de oprimidos e opressores.

Isso pois pontos focais acerca da necessidade de sororidade focam na paz e na ideia de acolhimento, o que só pode acontecer quando munidas de conhecimento e ferramentas que permitam reconhecer as opressões, e entender quem está conosco na luta, mesmo que não se assemelhem a nós. Por isso o diálogo é tão importante, assim como um constitucionalismo que escute essas diferenças e busque a ampliação da proteção das mulheres e grupos vulnerabilizados, tendo em vista suas vicissitudes.

2. Abordagens multiníveis no constitucionalismo

Diante do que foi trazido acerca do constitucionalismo feminista, a visão multinível se coloca como hábil e idônea a esta proteção, uma vez que a porosidade e dialogicidade desta teoria se coaduna com os princípios ampliativos de proteção que o constitucionalismo feminista preza, o que permite superar excessivos formalismos em prol do respeito e garantia substancial de direitos humanos.

Neste sentido, busca-se analisar o contexto da América Latina, sendo esta a região mais desigual do mundo[17] e dividindo muitas características e similaridades

---

[12] Cinzia Arruza, Tithi Bhattacharua e Nancy Fraser, *Feminismo para os 99%: um manifesto* (São Paulo: Editora Boitempo, 2019), 51-81.

[13] Judith Butler, *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade* (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2017).

[14] Letícia Carolina Pereira do Nascimento, *Transfeminismo* (São Paulo: Jandaíra, 2021), 40.

[15] Paulo Freire, *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013), 39-50.

[16] Carla Akotirene, I*nterseccionalidade* (São Paulo: Editora Jandaíra, 2020).

[17] Gerardo Lissardy, "Por que a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'", *BBC News Brasil*, 16 fevereiro 2020, https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51406474

históricas entre os países que a integram. A herança das ditaduras vivenciadas e da impunidade delas decorrentes ainda traz até hoje certa desconfiança das instituições, o que não tem sido abrandado com as investidas conservadoras e populistas atuais. Assim, o crescente empoderamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua força catalizadora na região é fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível[18] por meio de uma abertura e permeabilidade mútuas, emergindo o diálogo com os sistemas nacionais e a sociedade civil.

Isso se dá com a interpretação ampliativa dos instrumentos de proteção de direitos humanos, de modo que devem ser pensados como *living instruments,* passando a "incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Este processo permite ecoar a 'voz própria do Sul'".[19]

Constitucionalismo multinível, então, é mais que a mera utilização de jurisprudência de outro sistema, mas sim a escuta, alteridade e a inclusão de diversos atores:[20] não se esgota na função jurisdicional, mas em outros poderes, com a sociedade civil, entre países, entre sistemas, sempre buscando a resolução de questões concretas. Este processo gera a internacionalização dos sistemas e dos comportamentos judiciários nacionais e numa 'nacionalização' do direito e dos procedimentos internacionais.[21]

No que concerne ao sistema regional, o diálogo interamericano se dá pela adequação dos dispositivos nacionais aos regionais, de modo que a Convenção Americana de Direitos Humanos impõe a adequação dos sistemas legislativos nacionais à norma convencional, em seu artigo 2º; bem como adequação da aplicação do regional no nacional por outro, seja por meio de cláusulas constitucionais abertas, como também incluem a jurisprudência convencional americana entre os parâmetros do controle de convencionalidade".[22]

A verticalidade aqui deve ser entendida como reciprocidade, e não superioridade do sistema regional sobre os demais, e inclui a possibilidade de divergência, em que deve reinar a normativa ou jurisprudência mais ampliativa para a proteção dos direitos humanos. Por outro lado, diálogos horizontais podem se dar entre ordenamentos jurídicos nacionais do mesmo sistema regional de proteção de direitos humanos, e entre os próprios sistemas de proteção, considerando-se as jurisprudências mais

---

[18] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano", *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n.º 36 (2016).

[19] Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos* (São Paulo: Saraiva, 2012), 54.

[20] Melina Fachin, "Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos", *Revista Ibérica do Direito* 1, n.º 1 (2020), 57.

[21] Laurence Burgorgue-Larsen, "A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França"*, Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial 7,* n.º 1 (2010): 261-304, 262.

[22] *Ibid.,* 284.

sólidas já mencionadas. É nesse contexto que emerge a criação do *Ius Constitutionale Commune* da América Latina (Iccal).

O Iccal é um grande instrumento de proteção e fortalecimento da democracia, da combinação de 3 (três) importantes fatores ao longo do processo de democratização na região: 1) o crescente empoderamento do SIDH e seu impacto transformador na região; 2) a emergência de Constituições latinoamericanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3) o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.[23]

Por meio do respeito à diversidade, a hierarquia formal própria do conceito clássico de soberania estatal dá lugar a um bloco de constitucionalidade amplo, tendo como principal objetivo a igualdade material e a garantia de todos e todas de exercer seus direitos, com base na observância do princípio *pro persona*.[24] O pluralismo constitucional, neste sentido, não é apenas a pluralidade de fontes, mas sim mais de uma fonte na mesma jurisdição, o que permite a harmonização e a convivência pacífica do direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional, como o uso de cláusulas abertas, o respeito pela jurisprudência da Corte IDH, o controle de convencionalidade e a interpretação conforme.

Do mesmo modo, permite maior contato com normas e ações de outros Estados membros do SIDH, que podem seguir como parâmetro interpretativo ou inspiração para políticas públicas. O diálogo, portanto, favorece a dinâmica de cada corte, ao invés de resultar em perda de sua autonomia, seja no monitoramento, como na amplitude da utilização de mecanismos e decisões judiciais, que possibilitam justamente essa absorção de demandas atuais, inclusão de grupos invisibilizados, e construção de diretrizes mínimas de direitos e garantias.

É neste ponto que o feminismo interseccional e o constitucionalismo multinível convergem e dialogam harmoniosamente como lente interpretativa e instrumento de aplicação: assim como o primeiro busca afastar a perspectiva de hierarquizar sofrimento, vez que este está interceptado pelas estruturas,[25] o segundo não busca hierarquizar sistemas, mas entendê-los como mecanismos de ampliação de efetivação e proteção de direitos humanos.

---

[23] 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), 1360.

[24] Armin Von Bogdandy, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador" *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015): 16-17.

[25] Carla Akotirene, *Interseccionalidade* (São Paulo: Editora Jandaíra, 2020), 46.

2.1. Constituições nacionais e igualdade de gênero

No presente tópico, serão analisadas as 17 constituições dos países que integram a OEA e são latinoamericanos.[26] A pesquisa fora realizada da seguinte maneira: foram pesquisados os termos "mulher/mujer", "gênero/género" e "sexo", e analisados quais termos mencionavam direitos às mulheres ou artigos de igualdade de gênero.

Impende salientar que a extensão, as reformas e a proposta da constituição – constituições políticas e programáticas, ou legais e procedimentais–,[27] conquanto importantes para outras análises, não é o principal foco desta.

País	"Mulher"	"Gênero""	"Sexo"
Constitución de la Nación Argentina	3	-	-
Constitución Política del Estado - Bolívia	18	10	2
Constituição da República Federativa do Brasil	12	-	3
Constitución Política de la República de Chile	2	-	-
Constitución Política - Colômbia	-	-	1
Constitucion Política de la Republica de Costa Rica	3	2	-
Constitución de la República de El Salvador	3	-	3
Constitucion de la República del Ecuador	30	13	2
Constitución Política de Honduras	4	-	4
Constitución Política de la República de Guatemala	5	-	1
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	15	18	3
Constitución Política de la República de Nicaragua	11	3	4
Constitución Política de la República de Panamá	3	1	6
Constitución de la República de Paraguay	16	-	4
Constitucion Política del Peru	1	1	1
Constitución de la República Dominicana	13	6	-
Constitución de la República Oriental del Uruguai	8	-	-

[26] 1. Argentina (1853 com reformas em 1860, 1866, 1898, 1957, 1994), 2. Bolívia (2009), 3. Brasil (1988), 4. Chile (1980, com reforma de 2010), 5. Colômbia (1991), 6. Costa Rica (1949, com reforma de 2015), 7. El Salvador (1983), 8. Ecuador (2008), 9. Honduras (1982), 10. Guatemala (1985 com reformas de 1993), 11. México (1917), 12. Nicaragua (1987), 13. Panamá (1972 com reformas de 1978, 1983, 1993, 1994, 2004) 14. Paraguay (1992), 15. Peru (1993), 16. República Dominicana (2015), 17. Uruguai (1967).

[27] Mark V. Tushnet, "Varieties of Constitutionalism", *Harvard Public Law Working,* n.º 23-31 (2023), 12, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4490965

A tabela acima, elaborada pelas autoras, ilustra os resultados obtidos.

Neste sentido, é possível perceber que, em alguns países como Colômbia, Peru e Chile, as previsões são apenas normas genéricas de igualdade entre gêneros/"sexos". Entretanto, outros países como Bolívia, Equador, Paraguai, República Dominicana e Brasil, demonstraram variedades maiores de direitos previstos às mulheres, como direitos sociais de trabalho seguro e proteção durante o parto. Interessante observar, entretanto, que todas as constituições apresentam ao menos uma norma, ainda que genérica, acerca de paridade de gênero, como Chile e Colômbia.

A Bolívia, além desta, ainda apresenta normas de mulheres privadas de liberdade (art. 73), contra a violência sexual (art. 15), maternidade segura (art. 45), mercado de trabalho (art. 48), educação (art. 78), desenvolvimento de políticas para mulheres (art. 300), mulheres indígenas, campesinas e interculturais (art. 395), dentre outros.

As interseccionalidades de mulheres indígenas também são mencionadas na Constituição guatemalteca (art. 66), bem como na do México (art. 2º), Peru (art. 191), e das campesinas na do Paraguai (art. 115).

O México, além de prever que as mulheres devem cumprir pena em regimes separados, contou com um decreto que reformou os artigos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 e 115 da Constituição mexicana, em matéria de paridade de gêneros.

A Nicarágua protege as mulheres privadas de liberdade (art. 39) e os direitos políticos (art. 48) das mulheres. O Brasil também faz menção ao cumprimento de pena (art. 5) e à participação política das mulheres (art. 17)

O Equador proíbe todo o deslocamento arbitrário, e conhece a interseccionalidade de vulnerabilidades de meninas, meninos, adolescentes, mulheres grávidas, mães com filhas ou filhos menores, idoso, pessoas com deficiência para receberem assistência humanitária preferencial e especializada (art. 42). Apresenta uma seção acerca de mulheres grávidas *(sección cuarta)*, meninas, meninos e adolescentes *(sección quinta)*, pessoas privadas de liberdade *(sección octava)*, bem como diversas normativas sobre paridade de gêneros na participação política.

O trabalho, principalmente das mulheres grávidas, também é trazido em diversas constituições. A Guatemala traz os direitos da mulher trabalhadora (art. 102), assim como a costarriquenha (art. 71), do Paraguai (art. 89), do Brasil (art. 7), do Panamá (arts. 70 e 72), do México (art. 123), do Uruguai (art. 54), da Nicarágua (art. 74), da República Dominicana (art. 62), e de El Salvador (art. 41). Honduras prevê o direito de descanso da trabalhadora grávida e parturiente.

Ainda que com poucas menções a gênero, a Constituição argentina prevê a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (art. 22), como superior às leis, bem como políticas de afirmação (art. 23) para promover real igualdade de oportunidades para as mulheres.

Ainda assim, é possível perceber que as Constituições não são uníssonas nos assuntos enfrentados – e nem se busca esse uníssono, justamente para ampliar o diálogo –, e nessa rede é que o SIDH se coloca como peça imprescindível para a proteção de direitos humanos na região, não apenas para preencher lacunas, mas

para poder trazer a análise do princípio *pro persona* em sua forma mais efetiva, com a pluralidade de fontes e a interpretação integrada.

2.2. Casos de litígios e jurisprudência multinível e obstáculos na implementação efetiva

Preliminarmente, do mesmo modo em que se menciona a necessidade de analisar o apagamento estrutural de mulheres na história da garantia de direitos constitucionais, o mesmo se faz importante nos mecanismos de Direito Internacional de Direitos Humanos, principalmente considerando vulnerabilidades contingentes. Nele, ainda é possível analisar o androcentrismo do conceito clássico de direitos humanos, bem como na sua evolução histórica, tem gerado graves entraves ao reconhecimento dos direitos das mulheres, inclusive nos documentos internacionais,[28] uma vez que a análise de gênero no SIDH é algo recente.[29]

Ainda que os sistemas regionais de Direitos Humanos, como o Interamericano, realcem o processo de especificação do sujeito de direito,[30] o que auxilia a posicionar as sujeitas no tempo e espaço, ainda é necessário saber quais vicissitudes as interseccionam. Em diversos casos do SIDH há grandes avanços da perspectiva de gênero, servindo de caixa de ferramentas a um constitucionalismo feminista multinível ainda mais equipado. Alguns casos paradigmáticos e prototípicos –à sua época– serão trazidos para analisar a importância da lente multinível.

Por exemplo, o Caso González e Outras ("Campo Algodoeiro") vs. México[31] é extremamente emblemático para o uso do termo "feminicídio" e pela análise expressa da competência da Corte IDH para julgar violações da Convenção de Belém do Pará. Contextualmente, esta reconheceu que o México à época enfrentava uma grande e desenvolvida rede de tráfico de drogas – e de pessoas, que afetavam de especial modo mulheres e crianças para a exploração sexual. Em sua própria defesa, o Estado do México pontuou que o aumento da violência de gênero se deu com a maior empregabilidade das mulheres nas empresas maquilhadoras, o que fez com que elas saíssem mais às ruas, e fossem mais competitivas e independentes.

"Não está desaparecida, anda com o namorado ou anda com os amigos de gandaia",[32] "se lhe aconteceu isso era porque ela procurava, porque uma menina bem

---

[28] Arati Rao, "Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human", *National Law School Journal* 1 (1993): 62-81 *apud* Patrick Hayden, *The philosophy of human rights* (Sr. Paul: Paragon House, 2001), 507.

[29] Rocío Villanueva Flores, "Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos", em *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos* (Costa Rica: Editorama, 2008).

[30] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador".

[31] Corte IDH, Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México, Decisão de 16 de novembro de 2019, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, No. 205.

[32] *Ibid.*, §147.

comportada, uma mulher bem comportada, fica em sua casa"[33] foram alguns dos comentários que as familiares das vítimas foram submetidas, aumentando sua dor e reforçando que o cometimento dos crimes havia sido em razão de gênero, tendo em vista como era a relação sistêmica de dominação aos corpos das mulheres.

Já concernente ao caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala,[34] uma jovem desapareceu, sendo encontrado posteriormente seu cadáver, com claros indícios de violência sexual, pois seus familiares ouviram que os fatos não foram averiguados pois os policiais pensaram tratar-se de uma prostituta, "cuja morte não deve ser investigada".[35] O Estado guatemalteco culpabilizou claramente a vítima, com flagrante violência e discriminação baseada em gênero, consubstanciada na posterior dificuldade de acesso à Justiça.

A Corte IDH versou sobre o problema dos estereótipos de gênero, prevendo como garantias de não repetição a obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, sendo o caso, sancionar os responsáveis, solicitou programas educativos em matéria de não discriminação e violência contra a mulher, o fortalecimento institucional da investigação de casos de violência contra a mulher, com um sistema de Produção de Informação Estatística e com a capacitação de autoridades estatais.

Já o caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador[36] é prototípico por tratar não apenas de precedente sobre a preservação dos direitos sexuais reprodutivos das meninas e das adolescentes no âmbito escolar, como relacionar o direito à educação com o próprio direito à existência e à vida digna. Paola del Rosario Guzmán Albarracín era uma estudante de 14 anos que foi coagida pelo vice-reitor do seu colégio, a passá-la de ano em troca de relações sexuais. Após um ano de abuso e constrangimento, a menina cometeu suicídio, deixando cartas contando o ocorrido e como se sentiu enganada com toda a situação a que foi submetida, sendo ainda considerada "menina-adolescente sedutora", por qual se culpabilizou a violência sexual que sofreu.[37]

A Corte IDH traz um importante ampliativo do conceito de violência sexual, ao estabelecer que, de acordo com a Convenção de Belém do Pará e a Convenção sobre os Direitos da Criança, "a violência sexual contra mulheres e meninas deve ser entendida não somente como atos de natureza sexual cometidos por meio de violência física, mas também como atos de natureza sexual cometidos por outros meios igualmente prejudiciais aos direitos da mulher ou menina ou que causam seu dano ou sofrimento".[38]

---

[33] *Ibid.*, §198.

[34] Corte IDH, Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala, Decisão de 19 de novembro de 2015, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, No. 194.

[35] *Ibid.*, §181.

[36] Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador, Decisão de 24 de junho de 2020, Mérito, Reparações e Custas, Série C, No. 405.

[37] *Ibid.*, §132.

[38] *Ibid.*, §124.

Todos estes standards se unem para trazer maior diversidade e garantia efetiva aos blocos de constitucionalidade dos países integrantes do SIDH, de modo a inovar em normas que apresentam lacunas, trazer interpretações extensivas, ou incitar novos diálogos nos ordenamentos internos.

Dois principais obstáculos podem ser mencionados na implementação efetiva do constitucionalismo multinível feminista: 1) o machismo sistêmico e estrutural da sociedade e, principalmente, das autoridades estatais, que julgam os casos, legislam, implementam políticas públicas e consubstanciam previsões legais; 2) o apego a conceitos demasiado formalistas, como hierarquia de fontes e soberania nacional.

Ademais, o constitucionalismo multinível coloca a cooperação internacional e o diálogo regional acima de ideia clássica de soberania que não mais cabem à teórica constitucional, permitindo que a interpretação mais ampla e mais protetiva seja aplicada em um caso de violação de direitos humanos, de modo a garantir uma reparação mais completa e justa.

Isso pois a estrutura globalizante atual não comporta mais elementos clássicos basilares da Teoria do Estado, modificando a definição teórica de poder. Antes conceituada como externa ao direito, foi paulatinamente sendo inserida na teorização normativa quanto à sua regulamentação e teorização, relativizando o conceito absoluto anteriormente adotado. A isso são somados aspectos concretos, como relativização de fronteiras e dinamicidade dos meios de comunicação.[39]

Destarte, "a perda de soberanias nacionais em favor de poderes privados e corporativos de tanta envergadura que nem mesmo a ficção científica pôde prever",[40] não apenas no sentido de novos atores internacionais, como empresas e organizações, mas dos próprios mecanismos do monitoramento externos, como os sistemas universal e regional de proteção de direitos humanos.

Assim, é necessário compreender que, se a luta para a efetivação de direitos constitucionalmente previstos já se coloca como um desafio, a adjetivação de feminista e de multinível adiciona novos desafios, partindo de uma iniciativa pautada em premissas diferentes das normalmente estruturadas em dinâmicas de poder já há muito tempo sedimentadas.

3. Desafios contemporâneos e o papel contínuo do constitucionalismo feminista multinível

O constitucionalismo feminista multinível emergiu como um paradigma inovador na América Latina, buscando integrar o feminismo em diversas camadas dos

---

[39] Raphael Carvalho de Vasconcelos, *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte* (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016), 39-40.

[40] Joaquín Herrera Flores, *A reinvenção dos direitos humanos* (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2020), 20.

sistemas jurídicos para promover a igualdade de gênero e os direitos das mulheres. Este esforço tem se mostrado frutífero em várias instâncias, mas enfrenta desafios significativos, reflexo das dinâmicas sociopolíticas e econômicas contemporâneas. Além disso, novas perspectivas se desdobram no horizonte, sinalizando caminhos possíveis e necessários para o avanço da agenda.

Um dos principais desafios para o constitucionalismo feminista multinível é a necessidade contínua de atualizar e contextualizar suas análises à luz de dados e eventos recentes. A América Latina, dinâmica e diversificada, passa por constantes transformações sociais, políticas e econômicas que impactam diretamente os direitos das mulheres. Assim, é imprescindível que estudos e análises futuras incorporem dados atualizados, refletindo não apenas as mudanças legislativas e judiciais, mas também as novas formas de ativismo feminista, as transformações nas políticas públicas e os avanços tecnológicos. Essa atualização constante permitirá não apenas uma compreensão mais precisa da realidade atual, mas também a identificação de novos desafios e oportunidades para o constitucionalismo feminista.

A dinâmica social, política e econômica está em constante evolução, e a atualização contínua de informações permite não apenas compreender as mudanças no cenário dos direitos das mulheres, mas também ajustar as abordagens para enfrentar novos desafios.

Outro aspecto fundamental para enriquecer o constitucionalismo feminista multinível é a comparação com experiências de outras regiões do mundo. Embora a América Latina possua características únicas que moldam sua abordagem ao constitucionalismo feminista, há muito a aprender com as lutas e vitórias de mulheres em outras partes do globo. Essa análise comparativa pode revelar estratégias eficazes, desafios comuns e soluções inovadoras que transcendem fronteiras nacionais. Além disso, pode fortalecer os laços de solidariedade global entre movimentos feministas, ampliando o suporte e a visibilidade das demandas das mulheres latino-americanas no cenário internacional.

Por um lado, a América Latina se destaca pelo seu ativismo vibrante e pela adoção de políticas progressistas em algumas áreas, como a descriminalização do aborto em certos países. Por outro lado, desafios como a violência de gênero e a desigualdade econômica são universais, embora suas manifestações possam variar, sendo necessário reconhecer as diferenças contextuais, como a diversidade cultural e os legados históricos.

A implementação efetiva do constitucionalismo feminista exige uma tradução cuidadosa dos princípios teóricos em políticas públicas concretas e eficazes. Nesse sentido, é crucial analisar como as normativas derivadas do constitucionalismo feminista estão sendo aplicadas na formulação e execução de políticas públicas em áreas críticas, como saúde reprodutiva, educação, e combate à violência de gênero.

Os obstáculos à plena realização dos direitos das mulheres na América Latina são multifacetados, incluindo resistências culturais, estruturais e institucionais. Para superar esses desafios, é imperativo desenvolver estratégias robustas e adaptativas. Isso

envolve a ampliação do diálogo entre diferentes atores sociais, incluindo movimentos feministas, instituições estatais, organizações internacionais e o setor privado. Além disso, é essencial fortalecer os mecanismos de litígio estratégico e *advocacy*, utilizando as ferramentas do constitucionalismo feminista para desafiar as normas e práticas discriminatórias, com educação e a sensibilização da sociedade para uma mudança cultural profunda. A educação e a sensibilização da sociedade também são fundamentais, visando a uma mudança cultural profunda que reconheça e valorize os direitos das mulheres como direitos humanos universais.

Olhando para o futuro, o constitucionalismo feminista na América Latina enfrenta o desafio de se adaptar a um cenário em rápida mudança, marcado por crises políticas, ambientais e de saúde pública. A pandemia de covid-19, por exemplo, exacerbou muitas das desigualdades existentes e destacou a importância da resiliência e da adaptação das políticas de gênero. As estratégias de recuperação devem, portanto, levar em conta as necessidades específicas das mulheres e incorporar a perspectiva de gênero de forma transversal nas políticas de saúde, econômicas e sociais.

É de suma importância reconhecer que a observância do princípio *pro persona* significa superar antigos conceitos engessados, e permitir a abertura epistemológica para diálogos que nem sempre serão consensos. Este é uma forma de, muitas vezes, conquistar mais com o processo, do que propriamente com o resultado. Ao permitir e garantir essa porosidade entre sistemas, é possível que a construção de soluções seja amplificada, considerando importantes obstáculos e soluções que advém dos fatores subjetivos de cada sistema, como seu ordenamento jurídico, suas autoridades estatais, e sua sociedade civil.

O constitucionalismo multinível feminista se baseia em uma ideia intrínseca de diálogo. Se a fé nos homens é imprescindível para criar diálogos, a fé nas mulheres é imprescindível para criar diálogos inclusivos, que protejam normativamente grupos vulnerabilizados. Precisamos acreditar e criar conscientização suficiente, para que quando tivermos que lutar sozinhas, virão nos apoiar mais tarde.

Bibliografia

Doutrina

Akotirene, Carla. I*nterseccionalidade*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

Arruza, Cinzia, Tithi Bhattacharua e Nancy Fraser. *Feminismo para os 99%: um manifesto.* São Paulo: Editora Boitempo, 2019.

Baines, Beverley, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana. *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Bartlett, Katherine. "Feminist Legal Methods". *Harvard Law Review* 103, n.º 4 (1990).

Burgorgue-Larsen, Laurence. "A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França". *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial* 7, n.º 1 (2010): 261-304.

Butler, Judith. "O que é a crítica: um ensaio sobre a virtude de Foucault". *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 1, n.º 22 (2013).

Butler, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

Cho, Sumi, Kimberle Williams Crenshaw e Leslie Mccall. "Towards a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis". *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38, n.º 4 (2013) .

Crenshaw, Kimberle W. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989).

Fachin, Melina. "Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos". *Revista Ibérica do Direito*1, n.º 1 (2020).

Freire, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. São Paulo: Editora Paz na Terra, 2019.

Hayden, Patrick. *The philosophy of human rights*. Sr. Paul: Paragon House, 2001.

Herrera Flores, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2020.

Hill Collins, Patricia. *Interseccionalidade*. São Paulo: Boitempo, 2021.

hooks, bell. *E eu não sou uma mulher?: mulheres negras e feminismo*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

Lissardy, Gerardo. "Por que a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'". *BBC News Brazil*, 16 fevereiro 2020. https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51406474

Nascimento, Letícia Carolina Pereira do. *Transfeminismo*. São Paulo: Jandaíra, 2021.

Piovesan, Flávia. "Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano". *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n.º 36 (2016).

Piovesan, Flávia. "*Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios". *Revista Direito e Práx* 8, n.º 2 (2017).

Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Rao, Arati. "Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human". *National Law School Journal 1* (1993): 62-81.

Villanueva Flores, Rocío. "Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos". Em *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Costa Rica: Editorama, 2008.

Saldanha, Jânia. "'Carta das Mulheres' para o mundo? O direito das mulheres na intersecção entre o direito internacional, a jurisprudência da Corte IDH e o direito constitucional brasileiro". Em *Constitucionalismo Feminista*, coordenado por Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Silva, Cristina Telles de Araújo. "Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero". Dissertação de Mestrado Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2016.

Tushnet, Mark V. "Varieties of Constitutionalism". *Harvard Public Law Working* (2023). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4490965

Vasconcelos, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

Von Bogdandy, Armin. "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015).

Winant, Fran. "Eat Rice Have Faith in Women". www.scribd.com/document/533543539/eat-rice-have-faith-in-women-by-Fran-Winant

Jurisprudência

Corte IDH, Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México, Decisão de 16 de novembro de 2019, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Série C, n.º 205.

Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador, Decisão de 24 de junho de 2020, *Mérito, Reparações e Custas*, Série C, n.º 405.

Corte IDH, Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala, Decisão de 19 de novembro de 2015, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, *Série C*, n.º 194.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 233-251, ISSN 2346-0849

Erland Cristian Salazar Quille* **(Bolivia)**

Condiciones para la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad: un análisis crítico de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Bolivia

RESUMEN

Este artículo analiza el alcance y la aplicación del principio de favorabilidad o pro persona en el sistema constitucional boliviano, en el marco de los conceptos de supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, que permiten identificar la configuración de este principio. Además, se estudia la Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 del 9 de julio, evaluando su aplicación concreta debido a su relación directa con la temática planteada.

Palabras clave: principio de favorabilidad; principio pro persona; supremacía constitucional; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

Conditions for the Application of the Pro Persona or Favorability Principle: A Critical Analysis of Constitutional and Conventionality Control in Bolivia

ABSTRACT

This article analyzes the scope and application of the favorability or pro persona principle in the Bolivian constitutional system, in the context of the concepts of constitutional supremacy, constitutional bloc, constitutional and conventionality control, which allow identifying how this principle is shaped. In addition, it studies

* Abogado constitucionalista, Universidad Mayor de San Andrés (UMSA). Docente de Derecho Constitucional, Universidad de Aquino Bolivia; profesional de la Dirección de Desarrollo Normativo y Constitucional del Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional del Estado Plurinacional de Bolivia. El artículo se elabora en el marco de las investigaciones de la tesis de la maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UMSA). erlandcris@gmail.com / https://orcid.org/0009-0004-4276-8605

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Plurinational Constitutional Ruling 32/2019 of July 9, assessing its concrete application in light of its direct relationship with the topic under discussion.

Keywords: Favorability principle; pro persona principle; constitutional supremacy; constitutional control; conventionality control.

Voraussetzungen für die Anwendung des Pro-Persona- oder Günstigkeitsprinzips: eine kritische Analyse der Verfassungskontrollen und Konformitätsprüfungen in Bolivien

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht den Geltungsbereich und die Anwendung des Günstigkeits- oder Pro-Persona-Prinzips im bolivianischen Verfassungssystem im Rahmen der folgenden Konzepte, die es ermöglichen, das genannte Prinzip im Einzelnen auszugestalten: Verfassungsvorrang, Verfassungsblock, Normenkontrolle und Prüfung der Vertragskonformität. Desweiteren wird auf das Urteil des Plurinationalen Verfassungsgerichts Nr. 32/2019 vom 9. Juli eingegangen, um seine konkrete Anwendung angesichts seines direkten Bezugs zur vorliegenden Thematik zu beurteilen.

Schlagwörter: Günstigkeitsprinzip; Pro-Persona-Prinzip; Verfassungsvorrang; Normenkontrolle; Prüfung der Vertragskonformität.

Introducción

Con el célebre Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[1] presentó la tesis del control de convencionalidad, al tenor que estableció que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico que, a su vez, se encuentra integrado por tratados en materia de derechos humanos cuando hayan sido ratificados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de tal manera que los jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El control de convencionalidad tiene su fundamento en la obligación internacional que asumen los Estados de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

[1] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

jurisdicción, sin discriminación alguna" (art. 1.1 CADH);[2] es decir, en la obligación de respeto y, particularmente, de garantía de los derechos humanos; en el compromiso de los Estados parte de "adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2 CADH),[3] y en las normas de interpretación de los tratados de derechos humanos (art. 29 CADH).[4]

La Corte IDH, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile refirió que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esa tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana.[5]

Ante esta situación, se ha tornado común, como una herramienta del control de convencionalidad, la aplicación del principio pro persona o de favorabilidad y su estudio en espacios académicos. Sin embargo, los criterios de la academia y de los operadores jurídicos no son unívocos, situación que conlleva una incorrecta –y a veces, arbitraria– aplicación de este principio.[6]

El principio pro persona o de favorabilidad no es una entidad que existe empíricamente en sentido estricto, sino que responde a categorías conceptuales emergentes del sujeto cognoscente. Esto significa que está relacionado con las condiciones de posibilidad[7] que los juristas y estudiosos del derecho brindan para delimitar su contenido y configuración, por lo que no es posible conocer este principio en su totalidad como un noúmeno, pero sí podemos entenderlo a través de categorías conceptuales del saber jurídico en tanto fenómeno; es decir, a través del pensamiento que nos permite arribar a su configuración, sin ignorar sus litaciones, sobre todo cuando estas categorías se expresan a través del lenguaje, que puede presentar zonas de penumbra, ambigüedades o vaguedades al momento de aplicarse a una situación jurídica concreta.[8]

Desde esta perspectiva, este artículo se propone analizar el fenómeno del principio pro persona o de favorabilidad[9] en el sistema constitucional boliviano, con el objetivo de identificar su configuración y alcance, más que ofrecer una definición estricta. Se examina su relación con los conceptos de supremacía constitucional,

---

[2] Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 22 de noviembre de 1969, *Gaceta Oficial* 9460, 11 de febrero de 1978.

[3] *Idem*.

[4] *Idem*.

[5] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

[6] En este artículo se propone abordar este problema en el contexto boliviano.

[7] Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura* (Madrid: Gredos, 2022).

[8] Herbert Hart, *El concepto de derecho,* 2.ª ed., trad. por Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968), cap. VI.

[9] Se hará referencia de forma indiferente como principio pro persona o de favorabilidad.

bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, explorando cómo estos principios permiten entender su aplicación en Bolivia.

Además del análisis teórico, se estudia con mayor grado de concreción la Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 del 9 de julio,[10] evaluando su aplicación e interpretación del principio de favorabilidad. Esta sentencia, aunque es la que ha abordado con profundidad la temática en Bolivia, no necesariamente es clara; por ello, nos servirá para realizar un análisis concreto a fin de superar las imprecisiones tanto teóricas como prácticas del principio pro persona o de favorabilidad. Sin perjuicio de que lo estudiado en este artículo pueda ser objeto de crítica, consideramos que es fundamental poner sobre la mesa cuestiones clave para el debate académico, cuyo análisis se traduce en la aplicación práctica en temas vinculados a la justicia constitucional. El objetivo de este estudio no es profundizar en el fundamento moral, iusnaturalista o positivista del principio, sino centrarse en delimitar su configuración y aplicación dentro del sistema constitucional boliviano, dejando para futuros desarrollos filosóficos la exploración de su fundamento y los eventuales debates éticos o metajurídicos que, pese a su importancia, exceden los objetivos de este estudio.

1. Una aproximación al principio de favorabilidad

Existe una constelación de principios a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) que nos ofrece herramientas clave para la interpretación de los derechos, sin una jerarquía o prelación clara entre ellos. Entre estos principios se encuentran la inviolabilidad, universalidad, prohibición de la discriminación, progresividad, no retrocesión, indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Sin embargo, el principio pro persona, fundamentado en la dignidad humana, se destaca como un eje transversal que sustenta a los demás principios; aunque esto no supone su jerarquía superior, este principio permea en los otros, lo que justifica su consideración especial en la interpretación jurídica. De ahí que se ha considerado que el principio pro persona emana justamente del objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, que es la protección de derechos de los seres humanos.[11]

Una definición del principio pro persona es la aportada por el juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante, en la Opinión Consultiva OC 7/86, quien se refirió al principio *pro homine* como un criterio "que impone la naturaleza misma de los

[10] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 de 9 de julio, Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, Expediente 28497-2019-57-AIA.

[11] Álvaro Amaya, "El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 337-380.

derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen".[12]

Por su parte, Mónica Pinto refiere que

> … es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.[13]

Asimismo, Néstor Sagüés y Edgar Carpio Marcos han identificado dos variantes del principio pro persona: 1) la preferencia interpretativa, que exige elegir la interpretación que mejor optimice los derechos, y 2) la preferencia normativa, que obliga a aplicar la norma más favorable a la persona.[14]

Por lo que, además de estos elementos definitorios, el derecho internacional establece que toda entidad o persona que ejerza funciones públicas en un Estado, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, es responsable de cumplir con estas obligaciones. Los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH[15] permiten entrever que un Estado debe aplicar la norma o interpretación más favorable a los derechos humanos, lo que se alinea con la obligación internacional de cumplir con las disposiciones de los tratados, siguiendo el principio *pacta sunt servanda*, que establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.[16]

La obligación internacional no recae únicamente en un órgano específico, sino en el Estado en su conjunto. En este contexto, la Corte IDH precisamente abordó este tema en el emblemático Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. [17] En esta sentencia, la Corte definió que, como parte de la CADH, un Estado debe implementar una especie de control de convencionalidad para garantizar que las disposiciones del Pacto de San José no sean contravenidas por leyes internas que vayan en contra

---

[12] Corte IDH, Opinión Consultiva 7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. y 2 CADH), 29 de agosto de 1986, Serie A, No. 7, párrafo 36.

[13] Mónica Pinto, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, ed. por Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997), 45.

[14] Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 16, 15-26 de junio de 1998, San José; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional* (San José: IIDH, 1998).

[15] CADH, cit.

[16] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, artículo 26 *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

[17] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

de sus objetivos y fines. La Corte IDH se basó en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[18] que establecen la obligación de no utilizar el derecho interno como justificación para incumplir las obligaciones internacionales. En este sentido, el principio de favorabilidad, como transversal a otros principios, a su vez se vincula con la doctrina del control de convencionalidad, extensible al ámbito interno de los Estados partes de la CADH.

Estas definiciones representan un punto de partida, como herramientas operativas, para comprender el principio de favorabilidad, también conocido como principio pro persona o, en ciertos contextos, *pro homine*.

1.1. Principio de favorabilidad en el contexto boliviano

Como se señaló, el principio pro persona o de favorabilidad es la preferencia normativa o interpretativa que exige la aplicación de la norma más favorable para la persona. Este principio tiene su correlato en el artículo 256 de la Constitución boliviana, que establece que

> … los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables que los previstos en la Constitución, tendrán prioridad en su aplicación. Además, los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos que contengan normas más favorables.[19]

En el contexto boliviano, el artículo 256 de la Constitución Política del Estado (CPE) define la aplicación del principio de favorabilidad al momento de identificar la norma o la interpretación más favorable. Además, la interpretación constitucional debe considerarse en el marco del "máximo estándar" de protección de los derechos fundamentales a la luz del artículo 203 de la CPE para el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) que tienen carácter vinculante. Este enfoque implica adoptar la interpretación más favorable de estas sentencias, cuando sobrevengan supuestos fácticos idénticos o análogos en un litigio constitucional, reconociendo que la Constitución establece valores que deben ser protegidos y que las decisiones judiciales deben orientarse hacia la realización de estos valores.[20] Esto no implica necesariamente que la última sentencia emitida por el TCP sea la más favorable, sino que la decisión más favorable o estándar más alto puede encontrarse

[18] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, cit.

[19] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, artículo 256.

[20] Boris Arias, *Introducción al análisis de la jurisprudencia*, vol. 45, Colección Jurídica (Bolivia: Editorial El País, 2018).

incluso en una sentencia anterior sobre un determinado tema o sobre el mismo. En la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2233/2013[21] se adoptó la doctrina del estándar jurisprudencial más alto. Esta doctrina, basada en los principios de progresividad y prohibición de regresividad, establece que el precedente vigente será aquel que desarrolle el derecho de manera más favorable y progresiva.

2. Configuración del principio de favorabilidad en Bolivia a la luz de la supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad

2.1. Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad

En principio, queda claro que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no basta con que aquella así lo afirme; se requiere un garante para su cumplimiento, conforme al artículo 196 de la CPE.[22] Este artículo establece que el TCP vela por la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales que están contenidos en ella. Este criterio permite identificar que el garante de la Constitución en Bolivia adopta un sistema concentrado de constitucionalidad. Además, es importante comprender que la tarea de garante del TCP recae en la Constitución en un sentido amplio; no solo como el texto formal, sino en su integración total, dado que los tratados en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 410 de la CPE: "II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país".

El profesor Horacio Andaluz,[23] con absoluta precisión, refiere que la primera mención del bloque de constitucionalidad se hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 95/2001-RDI de 21 de diciembre; luego, en la STC 1662/2003-RAC de 17 de noviembre. Estas sentencias interpretaban que el artículo 35 de la Constitución anterior a la vigente era considerado como norma integradora de otras normas que

[21] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 2233/2013 de 16 de diciembre.

[22] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, artículo 196: "I. El Tribunal Constitucional Plurinacional 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. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto".

[23] Horacio Andaluz, *Aplicación judicial de la constitución* (Bolivia: Editorial El País, 2011).

no estaban expresamente en la Constitución de ese entonces: "Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma Republicana de gobierno"; [24] este criterio se amplía en la STC 45/2006-RDI de 2 de junio.[25]

Desde esta perspectiva interpretativa, la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad también implicaba que su significado jurídico se entendiera de acuerdo con las interpretaciones de los órganos autorizados (nótese que este paso se da con anterioridad al célebre Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).[26] Así, los precedentes de la Corte IDH también se convirtieron en parte del bloque de constitucionalidad por interpretación del Tribunal Constitucional boliviano.[27] El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia interamericana hasta 2010, en la STC 110/2010-AAC de 10 de mayo, y en concordancia con el artículo 410 de la actual CPE de 07 de febrero de 2009.[28]

Es decir, primero la interpretación constitucional del bloque de constitucionalidad y, luego, la misma Constitución dotaron de carácter constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos, y permitieron comprender que la relación de estos tratados con las normas del texto formal de la Constitución debe definirse mediante un criterio intranormativo, como el de especialidad. Este criterio establece que, en caso de antinomia entre una norma del texto formal y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto debe demostrar que no hay antinomia real. Esto se logra interpretando la norma del texto formal de manera lo suficientemente general para incluir el supuesto especial del tratado internacional, aplicando preferentemente este último. En ese marco, el artículo 256, inciso II, introduce en el sistema una norma sobre la producción jurídica que establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos.[29]

2.2. Integración del control de convencionalidad al control de constitucionalidad

En ese marco, es pertinente comprender el alcance y la configuración del principio de favorabilidad en el contexto boliviano. Inicialmente, como fue referido, su incorporación se dio a través del concepto del bloque de constitucionalidad, que

---

[24] Constitución Política del Estado, promulgada el 13 de abril de 2004, artículo 35; esta redacción es similar al artículo 13IV de la Constitución de 07 de febrero de 2009, ahora vigente.

[25] Andaluz, *Aplicación judicial...*

[26] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

[27] Andaluz, *Aplicación judicial...*

[28] *Idem*.

[29] *Idem*.

integra los derechos humanos. Sin embargo, esta introducción ahora está impulsada, además, por la jurisprudencia de la Corte IDH, tal como se estableció en el caso Almonacid Arellano.

El control de convencionalidad se manifiesta de dos formas: una concentrada, ejercida por la Corte IDH, y otra difusa, realizada por los jueces nacionales en el ámbito interno. El control concentrado es una facultad inherente a la Corte IDH, que actúa como guardián e intérprete final de la CADH. Este control se ejerce cuando la Corte resuelve casos contenciosos que le son presentados, con la responsabilidad exclusiva de garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de esos derechos, incluyendo el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Estas atribuciones están establecidas en el artículo 63 de la CADH.[30]

Por otro lado, el control difuso es una obligación que recae sobre los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los Estados que han suscrito o adherido a la CADH, especialmente aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. Este tipo de control representa una manifestación de la "constitucionalización" o "nacionalización" del derecho internacional. El control difuso de convencionalidad implica que los jueces nacionales deben examinar la compatibilidad de las normas y los actos nacionales con la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.[31]

Ahora, este criterio de control de convencionalidad podría parecer en conflicto con el sistema constitucional boliviano, ya que aparentemente implicaría la imposición de un control difuso de constitucionalidad, mientras que la Constitución establece un sistema de control concentrado. Sin embargo, es importante considerar la precisión de la doctrina del control de convencionalidad, que determina que los jueces deben llevar a cabo este control de oficio, pero siempre dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo que sugiere una manera de graduar la intensidad de este control.[32]

El principio de favorabilidad en el marco de la convencionalidad se aplica con diferentes grados de intensidad, dependiendo de las competencias de los operadores de la administración de justicia y de la administración en el ámbito interno.[33] Esto es relevante porque no se impone un modelo único de control de constitucionalidad, como se desarrollará a continuación. Además, la doctrina de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, como criterio de preferencia, surge en

---

[30] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 531-622.

[31] *Idem*.

[32] 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, párrafo 128.

[33] *Idem*.

principio por mandato de la propia Constitución, a partir del bloque de constitucionalidad, dotando de igual jerarquía a estos tratados en tanto relacionamiento intranormativo.[34] Es decir, la relación entre los tratados de derechos humanos y la Constitución no es de jerarquía, sino de especialidad, y la definición de la norma especial (favorable) para un caso concreto, en el marco del control de convencionalidad, se realiza de acuerdo con las competencias de las entidades estatales. Conforme a los razonamientos de la Corte IDH, esta no impone un modelo específico de control de constitucionalidad para la implementación del control difuso dentro de los Estados.

La aplicación de este control dependerá de las competencias específicas de cada sistema, y su gradualidad y forma de implementación varían. En un sistema de control concentrado, el control de convencionalidad permitiría que un tribunal constitucional invalide o expulse del ordenamiento jurídico una norma contraria a la CADH. Sin embargo, esto no se aplicaría a la Constitución (su invalidez), ya que esta es la norma suprema del ordenamiento jurídico.

En el caso de otros órganos de la administración pública o de justicia, estos no tienen la facultad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico, pero sí pueden realizar interpretaciones conforme a la Constitución y la CADH, de acuerdo con el artículo 13 IV para el caso de Bolivia. Esto implica buscar una interpretación armonizada o, en su caso, identificar la norma más favorable cuando existan dos o más aplicables al caso concreto. El Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo con su configuración constitucional y la naturaleza de sus atribuciones, está facultado para realizar el control de constitucionalidad según lo establece el artículo 196 de la Constitución, pero también está obligado a efectuar el control de convencionalidad. Esto significa que, al realizar el control de convencionalidad, el tribunal no está autorizado para inaplicar normas constitucionales, pero sí puede hacer interpretaciones conformes, de acuerdo al artículo 13 IV para el caso de Bolivia. Solo en el caso de normas infraconstitucionales contrarias a la Convención, el tribunal puede expulsarlas del ordenamiento jurídico, pero no así con la Constitución. Esto se debe al carácter vinculante de la norma fundamental, al efecto útil de la CADH y a la interrelación entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dado que existe una relación intranormativa entre ellos.[35] Veamos si estos criterios son comprendidos en un caso concreto.

---

[34] Andaluz, *Aplicación judicial...*

[35] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párrafo 124; Corte IDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso ("Aguado Alfaro y otros") vs. Perú, cit., párrafo 128; Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, párrafo 225; Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párrafo 239.

3. Análisis concreto del principio de favorabilidad en la SCP 032/2019[36]

En el contexto boliviano, en una acción de inconstitucionalidad, los demandantes solicitaron la inaplicabilidad del artículo 238.3 CPE, que establece la causal de inelegibilidad por renuncia con noventa días de anticipación a la elección para autoridades electas. Argumentaron que esta disposición es presuntamente contraria a los artículos 1.1, 23, 24 y 29 de la CADH, así como a los artículos 26 y 28 de la misma Constitución, y a los artículos 2, 7 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en concordancia con los artículos 13, 133, 256 y 410.II de la CPE. Alegaron que la disposición representa una limitación discriminatoria al ejercicio de sus derechos políticos en comparación con la excepción prevista para los cargos de presidente y vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia. Por lo tanto, el análisis se enfocará en verificar lo alegado exclusivamente en relación con los cargos electivos, tal como se expuso en la acción de inconstitucionalidad abstracta.[37]

En la SCP 032/2019 del 9 de julio se presentaron los siguientes argumentos: 1) la aplicación preferente del control de convencionalidad difuso, como un elemento indispensable para el respeto y la garantía de los derechos; 2) que al aplicar el test de razonabilidad de la discriminación al artículo 238.3 de la CPE, se advierten diferencias en las causales generales de inelegibilidad entre unas y otras, con la restricción de los derechos de las autoridades electas, haciendo una excepción expresa para el caso del presidente y vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, considerándose esta como discriminatoria (cabe precisar que no se precisó cuál es la discriminación); 3) los precedentes de la Corte IDH establecieron el parámetro de convencionalidad en relación con el derecho al acceso y permanencia en condiciones de igualdad a los cargos políticos, constituyéndose en la garantía de acceso y permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación.[38]

Al respecto cabe observar que, no es posible conceptualmente que una determinada disposición que se encuentra dentro de la Constitución se contraponga a la misma norma suprema, tal como se plantea en la acción de inconstitucionalidad ahora referida. Corresponde precisar el análisis sobre los siguientes puntos:

1. Impertinencia de plantear la acción de inconstitucionalidad abstracta (AIA) contra la propia Constitución y su traslado a la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) de Bolivia.
2. La contradicción en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

---

[36] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

[37] *Idem*.

[38] *Idem*.

3. Falta de desarrollo del test de desigualdad y el test de razonabilidad de la discriminación.
4. Falta de precisión de la disposición convencional aplicable de forma preferente, en cuanto a su alcance y relación intranormativa con el artículo 23 de la CADH.
5. La procedibilidad de la reforma total o parcial de la Constitución si se pretende modificar el contenido al artículo impugnado.

3.1. Impertinencia de plantear la AIA contra la propia Constitución y su traslado a la ALP de Bolivia

En principio, la Constitución boliviana dispone en su artículo 202.1 que el TCP 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*; así, la AIA corresponde ser trasladada a la entidad pertinente que emitió la disposición objeto de control de constitucionalidad.[39]

La Constitución no prevé, entonces, que la AIA pueda ser planteada contra la misma Constitución, integrada no solo por su texto formal, sino también por el bloque de constitucionalidad, en virtud de la cláusula incorporante[40] prevista en el artículo 410 de la norma suprema. Por lo referido, la Constitución no es objeto de control de constitucionalidad y menos corresponde su traslado a la Asamblea Legislativa, considerando que el origen de la Constitución es diferente al resto de las disposiciones legales; es decir, la norma suprema del ordenamiento jurídico no tiene su origen en la Asamblea Legislativa Plurinacional. En el presente caso, el traslado de la misma a la ALP no fue pertinente, aspecto que debió observarse de inicio, en cuanto presupuesto procesal, antes de emitir la SCP 32/2019 y no ingresar al análisis de fondo.

3.2. La contradicción en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

La SCP 32/2019 señala que existe una relación jerárquica entre la CADH y la Constitución, al punto de afirmar que corresponde aplicar el control de convencionalidad incluso sobre el contenido constitucional, como si se tratara de cualquier otra disposición del orden jurídico interno, dado que la Corte no distingue entre normas legales y constitucionales.[41]

---

[39] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

[40] Andaluz, *Aplicación judicial...*, 38.

[41] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

La sentencia señala expresamente: "la referida jurisprudencia emitida por la Corte IDH hace de las normas internas el objeto del control de convencionalidad, [y] no hace ninguna distinción entre las disposiciones legales y las constitucionales, *entendiéndose que el control de convencionalidad abarca todo el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución Política del Estado*" (énfasis agregado).[42]

Más adelante la decisión señala:

> … el control de convencionalidad es entendido como una vía para que el Estado boliviano cumpla con su deber de adoptar y emprender todo lo que se encuentra a su alcance para materializar el "*corpus iuris*" de derechos humanos y evitar incurrir en responsabilidad internacional, *incluso al grado de inaplicar su propia Norma Suprema, aplicando preferentemente el "corpus iuris" de derechos humanos*; todo esto, a partir de los arts. 13.IV y 256 de la CPE. (Énfasis agregado)

De lo referido, la SCP 32/2019 comprende que, cuando de aplicación preferente y control de convencionalidad se habla, la Constitución se encuentra en una posición de subordinación a la CADH. Por otro lado, que la aplicación preferente de los tratados de derechos humanos supone la inaplicación de la norma suprema; es decir, la SCP 32/2019 no considera que existe unidad entre la CPE y los dispositivos internacionales en materia de derechos humanos.[43]

Conceptualmente, este entendimiento es erróneo, puesto que la Constitución no se limita al texto formal, ya que existe una relación de unidad entre la Constitución, los tratados y los convenios en materia de derechos humanos. Si bien existe aplicación preferente de derechos humanos (bajo el criterio de especialidad), esto no supone la inaplicación de la Constitución, precisamente, por su amplitud integradora o de incorporación de los tratados y convenios en materia de derechos humanos: no es lógico aplicar e inaplicar a la vez la Constitución incorporante.[44]

Pese a ello, aparentemente, la SCP 32/2019 reencauza su entendimiento (decimos aparentemente, porque no queda claro) al señalar: "Siguiendo con el razonamiento desarrollado, al contar Bolivia con una Constitución convencionalizada, resulta irrelevante –para efectos de aplicación– realizar diferenciación entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, ya que, el control de convencionalidad difuso se ejerce mediante el control de constitucionalidad".[45] Pese a ello, la sentencia referida no deja claro que no existe aplicación e inaplicación de la Constitución integrada a la vez.

---

[42] *Idem*.

[43] Andaluz, *Aplicación judicial...*,

[44] *Idem*.

[45] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019, cit.

La SCP 32/2019 no desarrolla con precisión cómo se aplica el bloque de constitucionalidad. Si bien acierta señalando que el control de convencionalidad se efectúa a través del control de constitucionalidad, no acierta al pretender explicar que la Constitución cede su jerarquía a la CADH. Se debió considerar que entre la Constitución y la Convención existe una relación de unidad, no de jerarquía, en virtud del bloque de constitucionalidad; en palabras de Horacio Andaluz, las normas del bloque son tales por virtud de sus "cualidades intrínsecas". Las cualidades intrínsecas (materia) que debe tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad son decididas por la propia Constitución.[46]

Por ello, es improcedente la pretensión de inaplicar la Constitución (aplicando preferentemente la CADH, que es parte de la norma fundamental), en donde los accionantes no solo consideran que la Constitución se encuentra en antinomia con la CADH, sino, también, que sería contraria a los artículos 26 y 28 de la Constitución (texto formal). La SCP 32/2019 no se pronuncia sobre este último aspecto pero, de acuerdo con nuestra economía procesal constitucional y como se señaló, no se establece la posibilidad de plantear la acción de inconstitucionalidad contra la misma Constitución. Cabe recordar lo señalado en el artículo 72 del Código Procesal Constitucional (CPCo), que resalta un criterio de orden procesal (ya establecido en la Constitución): "Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una *Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado*, a instancia de las autoridades públicas señaladas en este Código" (énfasis agregado).

3.3. Falta de desarrollo de los test de desigualdad y de razonabilidad de discriminación

Sobre el análisis de discriminación en el caso concreto se debería aplicar el test de razonabilidad de la desigualdad, desarrollado por la Sentencia Constitucional 49/2003 de 21 de mayo, así como el test de razonabilidad de la discriminación. Sin embargo, estos análisis no se llevan a cabo de manera efectiva, solo se mencionan superficialmente. La SCP se limita a señalar que, cuando se identifiquen acciones afirmativas o normas que, en la percepción de una persona o colectivo social, generen situaciones de discriminación, la jurisdicción constitucional debe someter dicha denuncia al test de razonabilidad de la discriminación, sin profundizar en su aplicación. En este contexto, se observa que el artículo 238.3 de la CPE establece una restricción de derechos para las autoridades electas, exceptuando expresamente al presidente y al vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta excepción revela, según los magistrados, una diferencia en los supuestos de hecho aplicables únicamente a estos dos cargos. Dado que las demás autoridades de esa misma

[46] Andaluz, *Aplicación judicial...,*

categoría también son elegidas por voto popular y tienen la posibilidad de optar por la reelección, resulta inaceptable que existan diferencias en las causales generales de inelegibilidad entre unas y otras.

Lo aseverado no considera que todo tratamiento jurídico diferente no es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana por sí misma. En esa línea, la Opinión Consultiva OC-4/84 de la Corte IDH señaló:

> No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[47]

Es decir, que si bien existe una distinción en el artículo 238.3 de la CPE, los accionantes y la SCP 32/2019 no demuestran que esta distinción lesione derechos objetivamente, de forma irracional; para ello se debió realizar el test de razonabilidad (no solo enunciar); además, debió precisarse cuáles son los derechos en colisión o tensión, lo que en el caso concreto no fue desarrollado por los accionantes ni por el razonamiento de la SCP referida.

3.4. Falta de precisión de la disposición convencional aplicable de forma preferente. Alcance del artículo 23 de la CADH: criterio de especialidad para resolver antinomias entre la Convención y la Constitución

Frente a este argumento, es preciso recordar lo establecido en el artículo 23 de la CADH,[48] referente a los derechos políticos:

> 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 elegido; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e

[47] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

[48] Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1144 UNTS 123, 22 de noviembre de 1969.

igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Habida cuenta de que los tratados de derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, sus relaciones con las normas que integran el texto formal de la Constitución solo pueden definirse por un criterio de relacionamiento intranormativo de unidad. Esto significa que como no corresponde aplicar las metarreglas de jerarquía o temporalidad ante una aparente y eventual antinomia, el criterio para resolverla es la metarregla de especialidad.

Siguiendo el desarrollo teórico de Horacio Andaluz,[49] de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto consiste en interpretar el supuesto de hecho de la norma del texto formal como lo suficientemente general para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminando la antinomia con la aplicación de la metarregla de especialidad, esto es, la aplicación preferente a que hace referencia el artículo 256 de la CPE.

En este caso, la norma especial se encuentra en la disposición prevista en el artículo 238 de la Constitución del texto formal. No existe argumento de peso para establecer que el artículo 23 de la CADH introduzca una regla especial (favorable) sobre el supuesto de hecho referido a la renuncia a cargos electos, designados y de libre nombramiento; tampoco se estableció cuál es su contenido y alcance específico sobre el tema a partir de la interpretación realizada por la Corte IDH, como se señaló en el punto III.2.4. La Sentencia 32/2019 desarrolla otros contenidos del artículo 23 convencional que nada tienen que ver con la temática en cuestión, por lo que en este caso no corresponde la aplicación preferente de la CADH, dado que no cuenta con una disposición especial. En caso de existir una norma especial, no significa la inaplicación de la Constitución porque, como se explicó, existe unidad con el bloque de constitucionalidad.

3.5. En caso de otorgar otro contenido al artículo constitucional impugnado, corresponde la reforma de la Constitución

Finalmente, como se señaló, cuando se da una aparente antinomia entre la Constitución formal y las disposiciones de orden internacional en materia de derechos humanos, se aplica la norma especial (preferente) que puede estar contenida en

[49] Andaluz, *Aplicación judicial...*

una disposición de orden internacional, lo que no significa la inaplicación de la Constitución a título de favorabilidad; pero si la norma especial se encuentra en el texto formal de la CPE, y no en la CADH, y en el supuesto caso de que se esté en desacuerdo con el contenido de esta disposición del texto constitucional y no quepa ninguna interpretación conforme al bloque de convencionalidad, el único camino para modificar (reformar) su contenido es a través de la reforma de la Constitución, tal cual lo establece el artículo 411 constitucional.[50]

Por lo que llegamos a la misma conclusión: la acción de inconstitucionalidad no puede ser planteada contra disposiciones de la misma Constitución en sentido amplio. La Sentencia 32/2019 debió observar este aspecto procesal que deriva en una cuestión de fondo.

Conclusiones

El principio pro persona o de favorabilidad debe ser entendido en un contexto específico, es decir, en función de un sistema constitucional. Este artículo ha demostrado la importancia de comprender la supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, ya que estos conceptos permiten entender cómo se configura el principio de favorabilidad en concreto.

La doctrina del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad nos enseña que, aunque existe un control difuso de convencionalidad, este debe ser aplicado en diferentes grados y de acuerdo con las competencias correspondientes. En el caso del Tribunal Constitucional, si pretende realizar un control de convencionalidad, puede hacerlo excluyendo una norma infraconstitucional contraria al bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en ningún caso puede inaplicar la Constitución (determinar su invalidez); solo puede hacer una interpretación conforme a la CADH. Por otro lado, el resto de los operadores de justicia y la administración pública deben realizar el control de convencionalidad a través de la aplicación de la interpretación conforme; de no identificarse dicha interpretación, lo pertinente es promover la acción de inconstitucionalidad concreta, pues estos mecanismos sí están en el marco de sus competencias de acuerdo con el ordenamiento jurídico boliviano.

Finalmente, en el análisis del caso concreto se evidenció que no se aplicó correctamente el principio pro persona o de favorabilidad, ni el control de convencionalidad, ya que se determinó la invalidez de la norma suprema a título del principio de favorabilidad, lo cual no es correcto; se debió realizar una interpretación conforme de la CPE en el marco de la CADH. Así las cosas, 1) no fue pertinente que la acción de inconstitucionalidad abstracta se planteara contra la misma Constitución, y fue un error someterla a consideración de la ALP. 2) Se debió reconocer la unidad entre

[50] Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

la Constitución y las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos, en una relación de especialidad, sin jerarquía entre ellas; no se debió resolver la antinomia intraconstitucional por jerarquía. 3) El artículo 238.3 de la CPE establece una condición que fue impugnada por ser supuestamente discriminatoria, pero ni el accionante ni la Sentencia 32/2019 fundamentaron cómo esta disposición vulnera el derecho a la igualdad. 4) No se consideró que los derechos no son absolutos, sino que pueden ser limitados razonablemente. Se debió demostrar que la condición establecida en el artículo 238.3 limitaba irracionalmente los derechos, ya que no toda distinción de trato es discriminatoria por sí misma. 5) En la parte dispositiva no correspondía decidir por la aplicación preferente del artículo 23 de la CADH, ya que no contiene una disposición especial que precise un derecho más favorable; se observa que solo se enuncia el principio, pero no se argumenta su materialización en el caso concreto. 6) La acción de inconstitucionalidad abstracta no es un mecanismo adecuado para cambiar (reformar) el contenido del artículo 238 constitucional; para ello, debieron considerarse los procedimientos de reforma constitucional.

Bibliografía

Doctrina

Abregú, Martín y Christian Courtis (Eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 1997.

Andaluz, Horacio. *Aplicación judicial de la constitución.* Bolivia: Editorial El País, 2011.

Arias, Boris. *Introducción al análisis de la jurisprudencia*, vol. 45. En *Colección Jurídica.* Bolivia: Editorial El País, 2018.

Amaya, Álvaro. "El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del estado". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 337-380.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 531-622.

Hart, Herbert. *El concepto de derecho,* 2.ª ed. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Gredos, 2022.

Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional.* San José: IIDH, 1998.

Normas y jurisprudencia

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 22 de noviembre de 1969, *Gaceta Oficial* 9460, 11 de febrero de 1978.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.

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, Opinión Consultiva 7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 29 de agosto de 1986.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 32/2019 de 9 de julio, Acción de Inconstitucionalidad Abstracta, Expediente 28497-2019-57-AIA.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 2233/2013 de 16 de diciembre.

Mônia Clarissa Hennig Leal* **(Brasil)**
Eliziane Fardin de Vargas** **(Brasil)**

Jurisdição Constitucional transformadora na perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano: litigância estrutural e proteção de grupos em situação de vulnerabilidade via controle jurisdicional de políticas públicas***

RESUMO

O artigo tem a pretensão de averiguar a forma como a atuação jurisdicional transformadora, ínsita ao Iccal, pode desempenhar um papel significativo na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, especialmente em casos de litigância estrutural que busquem a correção de políticas públicas que desempenhem uma proteção insuficiente desses grupos. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem

* Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6628165246247243 / https://orcid.org/0000-0002-3446-1302. moniah@unisc.br

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista Prosuc/Capes, modalidade I. Mestre (2022) e graduada (2020) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, com bolsa PRO-SUC/Capes modalidade II e bolsa Prouni, respectivamente. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculados ao CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7125626353321424 / http://orcid.org/0000-0002-3192-659X. elizianefardin@hotmail.com/elizianefvargas@mx2.unisc.br

*** 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 do

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

dedutivo e o método de procedimento analítico para, em um primeiro momento, perpassar-se pelo potencial transformador das Cortes Constitucionais, impulsionado pela perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, levantado as principais críticas à atuação jurisdicional transformadora e buscando superá-las a partir dos pressupostos do ativismo judicial dialógico. Na sequência, expõem-se a interligação necessária entre Cortes Constitucionais transformadoras e a litigância estrutural diante de situações de afronta aos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade em razão da prestação insuficiente de políticas públicas.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano; litígios estruturais; Supremo Tribunal Federal.

Jurisdicción Constitucional Transformadora desde la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano: litigio estructural y protección de grupos vulnerables a través del control jurisdiccional de las políticas públicas

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo investigar cómo la acción jurisdiccional transformadora, inherente a la Iccal, puede jugar un papel significativo en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente en casos de litigios estructurales que buscan la corrección de políticas públicas que juegan un papel de protección insuficiente de estos grupos. Para ello, se utiliza el método del enfoque deductivo y el método del procedimiento analítico para, en un primer momento, recorrer el potencial transformador de los Tribunales Constitucionales, impulsado por la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, planteando las principales críticas al sistema judicial transformador buscando superarlos a partir de los supuestos del activismo judicial dialógico. A continuación, se expone la necesaria interconexión entre Tribunales Constitucionales transformadores y el litigio estructural en situaciones de vulneración de derechos de grupos en situación de vulnerabilidad por la insuficiente provisión de políticas públicas.

Palabras clave: *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano; disputas estructurales; Tribunal Supremo Federal.

projeto de pesquisa "'Fórmulas' de aferição da 'margem de apreciação do legislador' (Beurteiligungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela Fapergs (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – Cieppp (financiado pelo Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financi-ado pelo Finep), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

Transformative Constitutional Jurisdiction from the Perspective of Latin American *Ius Constitutionale Commune*: Structural Litigation and Protection of Vulnerable Groups through the Judicial Review of Public Policy

ABSTRACT

The article investigates how transformative judicial action, inherent to Iccal, can play a significant role in protecting vulnerable groups, particularly in cases involving structural litigation that seeks to correct public policies that provide insufficient protection to these groups. To this end, this article uses the methods of deductive approach and analytical procedure to, firstly, examine the transformative potential of Constitutional Courts, driven by the perspective of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, presenting the main criticisms to the transformative judicial system and aiming to overcome such criticisms through the assumptions of dialogic judicial activism. Subsequently, the article discusses the required interconnection between transformative Constitutional Courts and structural litigation in situations where the rights of vulnerable groups are infringed when the provisions of public policies fall short.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; structural disputes; Federal Supreme Court.

Das Verfassungsrecht als transformatives Recht aus der Perspektive des *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika: strukturbezogene Streitfälle und Schutz gefährdeter Gruppen durch die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Politik

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag geht der Frage nach, inwiefern die dem *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika (span. Iccal) inhärente transformative Rechtsprechung einen signifikanten Beitrag zum Schutz gefährdeter Gruppen spielen kann, vor allem bei strukturbezogenen Rechtsstreitigkeiten, die eine Korrektur öffentlicher Politikansätze zum Ziel haben, deren Beitrag zum Schutz solcher Gruppen ungenügend ist. Mithilfe eines deduktiven Methodenansatzes und eines analytischen Verfahrens erfolgt zunächst eine Betrachtung des transfomativen Potenzials der Verfassungsgerichte aus der Perspektive des *Ius Consitutionale Commune* in Lateinamerika, wobei die Hauptkritikpunkte am transformativen Rechtssystem in der Absicht dargelegt werden, sie ausgehend vom dialogischen Rechtsaktivismus zu überwinden. Anschließend wird auf die Notwendigkeit der Vernetzung von transformativen Verfassungsgerichten bei strukturbezogenen Rechtsstreitigkeiten im Falle der Verletzung von Rechten gefährdeter Personengruppen durch unzulängliche öffentliche Politikmaßnahmen eingegangen.

Schlagwörter: *Ius Constitutionale Commune* in Lateinamerika; strukturbezogene Streitfälle; Bundesverfassungsgericht.

Introdução

O movimento do novo constitucionalismo Latino-Americano, denominado como *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal), busca promover mudanças substanciais nas realidades desiguais e discriminatórias dos países do Sul global. Essa renovada vertente constitucional tem como base não só uma postura ativa e forte dos magistrados das Cortes Constitucionais, como exige uma ampla abertura à participação e escuta da sociedade civil, empoderando as pessoas afetadas pela ação ou omissão que leva à violação sistêmica de direitos.

Nessa via, os litígios estruturais, compreendidos como sendo aqueles que são judicializados em face de um problema ou demanda com o objetivo de obter-se uma alteração da realidade social, por meio da determinação de medidas de caráter estruturante, demonstram ser *um locus* para promover o empoderamento e a participação ativa no processo jurisdicional, uma vez que a integração das partes e o diálogo são pressupostos para a construção dessa modalidade de decisão.

Perante esse cenário constitucional proposto pelo Iccal, tem-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: de que forma a postura transformadora da jurisdição constitucional, no contexto do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, pode contribuir para a correção dos fatores que levam à discriminação estrutural de grupos em situação de vulnerabilidade, bem como corrigir défices na prestação de políticas públicas relacionadas à proteção desses grupos quando da judicialização desses casos através de litígios estruturais?

Para o desenvolvimento da pesquisa é utilizado o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica. A fim de responder ao problema de pesquisa proposto, têm-se como objetivos específicos: 1º Analisar o papel transformador da jurisdição constitucional e regional rumo à concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano, também elucidar os argumentos que levam à superação das objeções traçadas contra a atuação transformadora da jurisdição em casos estruturais, considerando-se que constitucionalismo transformador latino-americano requer a ampliação da participação cidadã junto aos processos estruturais e uma postura jurisdicional pautada em um ativismo judicial dialógico. 2º Na sequência, explorar as especificidades da litigância estrutural – especialmente naqueles casos em que a jurisdição constitucional é demandada com o intuito de prover, face à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, a proteção dos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade – destacando-se a sua contribuição para o empoderamento da sociedade para buscar, junto à jurisdição constitucional, as profundas e necessárias mudanças dos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que levam à discriminação estrutural.

1. Atuação da jurisdição constitucional transformadora na perspectiva do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano e do ativismo dialógico

No ano de 1998 Karl E. Klare cunhava, em um de seus artigos científicos,[1] o termo "constitucionalismo transformador", utilizando-o para definir as inclinações transformadoras da Constituição da África do Sul, de 1996, no período posterior ao *Apartheid.* Klare denomina como constitucionalismo transformador o influxo rumo à persecução de uma aplicação e interpretação dos ditames constitucionais que pretenda transformar aquelas instituições políticas e sociais que não operam sob uma lógica igualitária, democrática e participativa. Sendo assim, a partir dessas ideias, busca-se gerar a indução de mudanças sociais profundas, a partir de processos políticos não violentos, calcados no respeito ao Direito.[2]

O constitucionalismo transformador se compromete, portanto, a dar concretude às principais promessas elencadas constitucionalmente, concedendo enfoque, principalmente, à proteção do Estado de Direito, em garantir a implementação da democracia e promover a ampla proteção dos direitos humanos e fundamentais.[3]

Observa-se que os ideais do constitucionalismo transformador não permaneceram restritos à África do Sul, tendo, igualmente, lançado seus ecos em direção à realidade da América Latina, possibilitando acrescer as contribuições do constitucionalismo transformador ao cenário jurídico da região, uma vez que as suas Constituições muito se assemelham com o caráter transformador da Constituição sul-africana, configurando verdadeiros documentos transformadores.[4]

Mas, para que ocorra uma segura importação desse instituto denominado constitucionalismo transformador, bem como para que seja possível uma "migração constitucional" de experiências judiciais estrangeiras, faz-se necessário estar ciente dos riscos provenientes do mero transplante acrítico de procedimentos jurisdicionais estrangeiros para a resolução de litígios estruturais, pois, sem uma adequada tradução jurídico-cultural, esse influxo poderá causar, inclusive, um agravamento do problema que se busca combater.[5]

---

[1] Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.

[2] *Ibid.*, 150.

[3] Patrícia Perrone Campos Mello, "El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia", *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 05 (2020): 01-32, 04.

[4] Ana Carolina Lopes Olsen e Bianca M. Schneider van der Broocke, "Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL", *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 11, n.º 3 (2021): 549-580, 557.

[5] Francisco Gérson Marques de Lima e Matheus Casimiro Gomes Serafim, "Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o Brasil?", *Revista Quaestio Iuris* 14, n.º 01 (2021): 193-216, 194.

A análise comparada das experiências de Cortes Constitucionais estrangeiras na resolução de litígios estruturais é de estimado valor para que se possa aprender com os erros e acertos dos demais países, especialmente diante do movimento Latino-Americano rumo ao constitucionalismo transformador. Para a aplicação desses modelos decisórios é necessário um elaborado processo de tradução jurídico-cultural dos procedimentos a serem importados, que considere o contexto de origem dessa decisão e/ou procedimentos em relação à realidade para a qual estão sendo transladados. Portanto, esse processo deve observar as diretrizes metodológicas da similaridade, da contextualização e da justificação.[6]

Atento à questão dos riscos do transplante acrítico de modelos estrangeiros e pretendendo realizar essa adequada tradução jurídico-cultural, transportando a dimensão do constitucionalismo transformador para a América Latina, tal perspectiva é integrada ao projeto do *Ius Constitutionale Commun*e (Iccal), reinterpretando-o conforme as particularidades regionais. O Iccal almeja – considerando as similaridades históricas e culturais compartilhadas pelos países da região – o desenvolvimento de um direito comum que promova a sobreposição das dificuldades comuns (violência, desigualdade, exclusão, concentração de riqueza, corrupção, dificuldade no acesso a serviços públicos básicos e déficits institucionais) e que se comprometa em conceder a máxima efetivação da proteção aos direitos humanos.[7]

A proposta do Iccal é, portanto, promover uma integração entre o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos (formado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) e seus Estados-membros, para que, através da concretização de um diálogo judicial cooperativo, possam, de maneira conjunta, elaborar padrões de proteção mínimos em matéria de proteção aos direitos humanos, atentos às especificidades regionais.[8]

Sendo assim, agregados dessa dimensão cooperativa, os diálogos judiciais servem ao sistema constitucional multinível idealizado pelo *Ius Constitutionale Commune*, "ao mesmo tempo em que preserva margens de deferência para as particularidades locais, sem implicar discursos unificadores que prejudiquem o pluralismo".[9]

Nesse diapasão, importa ressaltar que a responsabilidade pelo desenvolvimento de *standards* comuns de direitos humanos recai sobre as funções jurisdicionais nacionais e regional, sendo que ambas acabam contribuindo para a criação desses padrões de proteção, de modo não hierarquizado e dentro de um processo dialógico constante, aberto para acolher as particularidades existentes em cada ordenamento

---

6 Lima e Serafim, "Direito comparado e processos estruturais", 211.

7 Mello, "El papel del Juez Transformador en Brasil", 04-05.

8 Ana Carolina Lopes Olsen, *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021), 216.

9 Ana Carolina Lopes Olsen e Melina Girardi Fachin, "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano", en *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito,* ed. por Itamar Luís Gelain e André Phillipe Pereira (Pelotas: NEPFIL Online, 2022), 166-187, 174.

jurídico. Nesse processo, nota-se como um diálogo judicial cooperativo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e Cortes Constitucionais, baseado no *Ius Constitutionale Commune*, pode representar uma estratégia para frear processos políticos dirigidos ao retrocesso. Isto porque, através do diálogo, podem ser discutidos os *cases* de sucesso no que condiz à proteção de direitos humanos, formando uma articulação jurisdicional regional disposta a impedir que leis e/ou políticas públicas inadequadas afrontem direitos humanos.[10]

Nessa tarefa de desenvolver *standards* normativos aos direitos humanos para a região, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel de destaque, considerando que, a partir de suas decisões contenciosas e opiniões consultivas, emite diretrizes e padrões mínimos de proteção, os quais devem ser considerados como basilares e norteadores das atuações dos juízes constitucionais e dos demais órgãos de poder estatal, devendo ser incorporados, de ofício, pelos Estados, via controle de convencionalidade.[11] Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos ocupe esse lugar de destaque no processo de fixação de padrões protetivos em matéria de direitos humanos, salienta-se que essa também é uma posição que pode e deve ser ocupada pelas Cortes Constitucionais nacionais, sendo elas igualmente capazes de evoluir e de criar padrões protetivos. Portanto, conforme demarcam Olsen e Fachin,[12] por meio desse movimento de interação recíproca que define os diálogos judiciais, é possível observar que os princípios jurídicos do *Ius Constitutionale Commune* podem emergir a partir de contribuições regionais ou nacionais, por meio de um intensivo intercâmbio argumentativo. Nesse contexto, a construção de normas comuns, característica distintiva do diálogo judicial cooperativo, deve

---

[10] Olsen e Fachin, "Diálogo judicial cooperativo", 167.

[11] Esse dever fica reconhecido pela Corte IDH na decisão do Caso Almonacid Arellano vs. Chile: "A Corte está ciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, têm a obrigação de aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ele. Isso os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam reduzidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, as quais, desde o início, carecem de efeitos jurídicos.

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas em casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele tem sido feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana (Tradução própria). Corte IDH, Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile, decisão de 26 de setembro de 2006, 53. Veja também Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas, "Os desafios da consolidação do Ius Constitucionale Commune Latino-americano: a noção de "categoria suspeita" de discriminação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua incorporação pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para a superação da desigualdade estrutural", en *Diálogos Constitucionais Transformadores,* ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 115-136, 121.

[12] Olsen e Fachin, "Diálogo judicial cooperativo ", 172.

ser desprovida de inclinações autoritárias. Isso significa que nem a predominância exclusiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem a defesa incondicional da soberania nacional como justificativa para todas as práticas são adequadas. A viabilização desse diálogo judicial cooperativo requer, por sua vez, a simultânea abertura, tanto dos Estados quanto da Corte Interamericana.[13]

Percebe-se, portanto, que os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana são marcados pela reciprocidade, não sendo suficiente que somente os juízes nacionais incorporem na elaboração de suas decisões os padrões determinados "pelas normas convencionais e jurisprudência da Corte Interamericana, como também convém aos juízes interamericanos atentarem-se aos julgados nacionais".[14]

É possível observar que a jurisdição interna dos Estados igualmente executa importante missão transformadora, pois, muito embora as Constituições da região sejam munidas de um viés transformador, por conta da previsão de um amplo rol de direito fundamentais, sociais, coletivos, dentre tantos outros, essa previsão não implica, de pronto, na imediata prestação e respeito a tais direitos fundamentais, carecendo de concretização pela via jurisdicional. As características simbólicas e não instrumentais que são a tônica desse amplo rol de direitos não asseguram a sua concretização, o que pode desaguar em prejuízos na efetivação dos direitos fundamentais, de onde surgem as omissões políticas que conformam o epicentro dos processos estruturais.[15]

Face à afronta aos direitos fundamentais gerada pela omissão ou insuficiência da atuação do Poder Público em articular e implementar as políticas públicas aptas a garantirem o gozo dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, os indivíduos ou grupos afetados recorrem ao Poder Judiciário, a fim de buscar uma solução para a falta de atuação estatal, surgindo, assim, "os processos estruturais, demandas complexas que envolvem múltiplos interesses e intentam modificar a estrutura de determinadas instituições, geralmente públicas".[16]

No entanto, apesar de a concretização e efetivação desses direitos depender de amplas ações coordenadas entre as instituições que integram o Poder Público do Estado, essas mesmas Constituições que abarcam um amplo rol de direitos, em contraposição, têm mantido "um modelo de distribuição de poder que não é coerente nem funcional com o objetivo de tornar efetivas ou transformar em realidade as grandiosas promessas constitucionais.".[17]

---

[13] *Idem*.

[14] *Ibid.*, 170.

[15] Lima e Serafim, "Direito comparado e processos estruturais", 196.

[16] *Idem*.

[17] Jorge Ernesto Roa Roa, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*, n.º 49 (2021): 35-58, 39.

Assim, Gargarella[18] define que as Constituições latino-americanas contêm declarações de direitos "progressistas", mas que, por outro lado, conservam estruturas de gestão que detêm o monopólio do poder. O autor ainda define essa situação como "el problema de la sala de máquinas" das novas Constituições latino-americanas.

Diante dessa realidade é que o constitucionalismo transformador confia às Cortes Constitucionais a tarefa de revisar – a partir de decisões judiciais imbuídas de elevadas cargas de justificação racional, fundamentadas nos precedentes e normas legais e nos valores morais da nova ordem constitucional – aquelas estruturas que minam a realização dos compromissos constitucionais, abrindo espaço para um ativismo judicial dialógico, direcionado a conceder uma interpretação às normas constitucionais que opere como fundamento à promoção da máxima da inclusão.[19]

Ainda, diante de possíveis insuficiências e/ou inércia na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na prestação dos direitos fundamentais, é que a atuação jurisdicional (nacional e internacional), se converte em verdadeira concretizadora de mudanças sociais, através da incorporação de uma postura jurisdicional ativa, na linha do constitucionalismo transformador. Nessa situação, a jurisdição constitucional deve ser ativista no sentido material de desbloquear as vias que possibilitam a promoção de mudanças rumo à democracia social, de modo que "as cortes constitucionais podem assumir o papel de representantes argumentativos dos grupos sociais negligenciados pelos processos políticos tradicionais".[20]

Esse pensamento se alinha, em certa medida, aos posicionamentos traçados por Ely,[21] quando defende que a jurisdição constitucional permanece encarregada pela garantia da observância das regras do jogo democrático e pela constante manutenção da abertura dos canais de participação e de mudança política, principalmente quando se trata de "minorias insulares".

Pretendendo afastar eventuais críticas antidemocráticas traçadas contra essa atuação judicial transformadora, Garavito e Franco[22] reforçam que, diante dos frequentes casos de "bloqueio" institucional – os quais refletem na frustração da realização dos direitos constitucionais e na falta de políticas públicas suficientes para tratar dos problemas sociais urgentes –, desde uma perspectiva democrática, as Cortes Constitucionais configuram um instrumento de desobstrução do funcionamento

---

[18] Roberto Gargarella, "La revisión judicial en democracias defectuosas", *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 153-169, 154.

[19] Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki, "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF", *Suprema: revista de estudos constitucionais* 1, n.º 1 (2021): 82-118, 95.

[20] *Ibid.*, 96.

[21] John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010), 136-137.

[22] 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), 17.

do Estado e auxiliam na proteção dos direitos e na aproximação daqueles que têm dificuldade de ingressar nos ambientes democráticos.

Em defesa dessa renovada concepção de atuação ativa das Cortes Constitucionais e afastando a crítica antidemocrática das decisões de cunho transformador, Garavito e Franco afirmam que:

> O novo ativismo judicial, portanto, parte da constatação de situações recorrentes de bloqueio institucional ou político que impedem a realização dos direitos. Nesses casos, frequentes nas democracias contemporâneas, o Judiciário, embora não seja a instância ideal ou esteja dotado de todas as ferramentas para cumprir a tarefa, aparece como o único órgão do Estado com a independência e o poder para agitar tal estagnação. Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e por meio dos mecanismos adequados, seus efeitos, em vez de serem antidemocráticos, são dinamizadores e promotores da democracia.[23] (Tradução própria)

Assim, o constitucionalismo transformador defende, principalmente diante de cenários de presidencialismo acentuado ou de hiperpresidencialismo (usualmente presentes em democracias em fase de consolidação, típicas dos países da América Latina), que aos tribunais constitucionais seja atribuída a tarefa de reestabelecer o equilíbrio entre os Poderes, não permitindo que a última palavra a respeito da interpretação Constitucional permaneça sob a incumbência de um Poder Legislativo pouco independente do Executivo ou nas mãos de um Poder Executivo demasiadamente influente e poderoso.[24]

O diálogo é outro ponto de desmantelamento da crítica a respeito dos riscos da centralidade do Poder Judiciário no constitucionalismo transformador latino-americano (Iccal), já que esse é um dos principais pressupostos desse modelo. A indispensabilidade do diálogo nas decisões estruturais que visam à transformação social decorre do fato de que, para que sejam adequadas e efetivas, a natureza dessas decisões exige complexas ações coordenadas entre atores institucionais e a sociedade civil, não podendo ser dispensadas, durante esse processo, as interações dialógicas entre sociedade, poder público e órgão jurisdicional. Em vista disso, o modelo dialógico serve bem à tarefa de facilitar a cooperação entre os mais diversos atores.[25]

Interligando-se a isso, além das críticas antidemocrática e ativistas direcionadas às atuações judiciais estruturais, igualmente é questionada a capacidade das Cortes

---

[23] *Ibid.*, 39.

[24] Jorge Ernesto Roa Roa, "O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano", en *Diálogos Constitucionais Transformadores*, ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 99-114, 104.

[25] Olsen e Kozicki, "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural ", 96.

de promoverem transformações estruturais, uma vez que, na maioria dos casos, decidem casos individuais, não possuindo conhecimentos suficientes sobre políticas públicas e, ademais, dependem da atuação colaborativa dos demais ramos do Poder Público para que suas decisões sejam efetivadas. Em resumo, a crítica é calcada na alegação de que as Cortes "carecen de la visión de conjunto, la planeación a largo plazo, la información técnica y el poder coercitivo para resolver problemas colectivos".[26]

Desse ponto de vista crítico ignora-se o fato de que o ativismo dialógico, característico dos casos estruturais e pressuposto do Iccal, implica no constante diálogo entre Poder Judiciário, órgãos públicos, organizações da sociedade civil, cidadãos e os Poderes Executivo e Legislativo, para que, a partir dessa interlocução, possam articular salutar resposta para o problema estrutural.

Nesse sentido, explorando os reflexos do ativismo judicial dialógico sobre os direitos econômicos sociais e culturais, Garavito destaca que:

> As sentenças dialógicas estabelecem fins gerais e processos de execução claros, com prazos firmes e exigência de relatórios de progressos na execução, ao mesmo tempo em que deixam as decisões substanciais e os resultados detalhados para os órgãos administrativos. As ordens dessa natureza não só são compatíveis com o princípio da separação de poderes, como também podem promover a eficácia geral de uma determinada decisão. Em segundo lugar, uma abordagem dialógica dos casos de DESC (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) fomenta os mecanismos participativos de acompanhamento, como as audiências públicas, as comissões de fiscalização nomeadas pelo tribunal e os convites à sociedade civil e aos órgãos administrativos para que apresentem informações relevantes e participem de debates promovidos pelo tribunal. Esses mecanismos promovem a deliberação democrática e melhoram os efeitos das intervenções dos tribunais.[27] (Tradução própria)

Ou seja, a prática do ativismo judicial dialógico possibilita ao magistrado buscar suplantar os obstáculos estruturais, superar a ausência de condições de concretização de um diálogo entre os atores que fazem parte da situação e, ainda, exige dos órgãos públicos a adequação dos procedimentos que ocasionaram a violação, ao mesmo tempo que envolvam e dialoguem com os demais atores nesse processo de planejamento da mudança, seja através de mecanismos como as audiências públicas, *amicus curiae,* entre outros.[28]

---

[26] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 36.

[27] César Rodríguez Garavito, "El activismo dialógico y el impacto de los fallos dobre derechos sociales", *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2, n.º 14 (2013): 1-27, 07.

[28] Alfonso Renato Vargas Murillo, "Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade", *Revista de la Faculdad de Derecho*, n.º 49 (2020): 01-34, 16.

Sendo assim, os juízes constitucionais, no constitucionalismo judicial dialógico, operam como garantidores das condições mínimas de diálogo entre os atores, pretendendo, com isso, afastar as objeções antidemocráticas, diante da garantia de mecanismos de participação discursiva dos cidadãos no processo de construção da decisão jurisdicional.[29]

Ainda, segundo Franco e Garavito, as próprias características do ativismo dialógico podem mitigar as críticas relacionadas a possível "juristocracia" e incapacidade das Corte Constitucionais de promoverem transformações significativas, pois

> As sentenças da jurisprudência dialógica tendem a abrir um processo de acompanhamento que incentiva a discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado na sentença. Os detalhes das políticas, portanto, tendem a surgir ao longo do processo de acompanhamento, não na própria sentença. Com frequência, além disso, as ordens das sentenças não implicam obrigações de resultado muito precisas, mas sim o dever das autoridades públicas de projetar e implementar políticas que avancem na proteção dos direitos violados.
>
> Em segundo lugar, a implementação das sentenças ocorre por meio de mecanismos de acompanhamento periódicos e públicos. Ao manter sua competência sobre o caso após a sentença, os tribunais dialógicos costumam proferir novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, e incentivar a discussão entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas.
>
> Em terceiro lugar, por essa razão, as sentenças dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais nesse processo de acompanhamento. Além do próprio tribunal e das entidades públicas destinatárias das ordens, a implementação envolve todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse legítimo no resultado do caso estrutural. Isso inclui as vítimas cujos direitos foram violados, as organizações da sociedade civil relevantes, os organismos internacionais de direitos humanos e outros atores cuja participação seja útil para a proteção dos direitos objeto do caso, desde organizações de base até centros acadêmicos.[30] (Tradução própria)

Dessa forma, essa renovada visão do constitucionalismo exige que os magistrados permaneçam comprometidos com os valores constitucionais, para que possam produzir impactos transformadores e empoderar os movimentos sociais a partir de suas decisões, objetivando facilitar a inclusão, no processo democrático, de grupos que enfrentam barreiras significativas na realização de suas demandas junto às

---

[29] Murillo, "Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade", 17.

[30] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 55-56.

autoridades detentoras de poder, com o propósito de fomentar o fortalecimento da participação da sociedade civil.[31]

Como visto até então, quando as Cortes Constitucionais desempenham um esforço transformador em suas decisões, para que adquiram efetividade, necessariamente devem contar com o apoio de aliados sociais e institucionais, tais como os cidadãos, as organizações da sociedade civil e os demais órgãos e Poderes do Estado.[32] Assim, observa-se que só há espaço para o constitucionalismo transformador dentro daqueles contextos sociais em que o Estado, como um todo, valendo-se da sua Constituição como instrumento e pretendendo dar-lhe efetividade, esteja compromissado em promover transformações sociais.[33]

No entanto, quando não há uma nítida convergência entre todos os Poderes do Estado em aceitar o mandado transformador, os juízes constitucionais devem adequar sua atuação, a depender da natureza da agenda contraposta, se conservadora ou regressiva, pois, diante da primeira, deverão limitar-se a promover as mudanças, identificando pontos cegos e cargas de inércia; já no caso da segunda, devem optar por preservar os avanços galgados em épocas de progresso social, pretendendo evitar retrocessos por intermédio de sua atividade jurisdicional.[34]

A respeito da possibilidade de ocorrerem, durante o processo legislativo, "pontos cegos" ou de "inércia" na fase de criação legislativa ou de implementação das normas constitucionais, tais fatores comprometem em demasia a ordem constitucional, o que justifica a adoção de medidas pelos demais atores (como as Cortes Constitucionais), "a fim de realizar um desbloqueio tanto pelo aspecto discursivo e racional de seus processos quanto pela coercitividade de suas decisões".[35]

Não obstante ao fato de que a Corte IDH e os juízes constitucionais do Estados desempenhem um papel central no desenvolvimento de mudanças sociais importantes através de suas decisões, importa salientar que outro pilar do projeto do constitucionalismo transformador latino-americano é o de reconhecer e empoderar os atores não institucionais (como as organizações não-governamentais e a sociedade civil) para que desempenhem, conjuntamente com os demais órgãos do Estado, a proteção dos direitos humanos.[36]

---

31 Olsen, *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano*, 240.

32 Roa Roa, "O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano", 107.

33 Olsen e Broocke, "Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19 ", 556.

34 Roa Roa, "O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano", 108.

35 Olsen e Kozicki, "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural ", 98.

36 Roa Roa, "O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano", 111.

Esse incentivo à participação social decorre do fato de que um dos princípios fundantes do Iccal é promover a inclusão, garantindo e promovendo uma maior inserção e acesso dos cidadãos junto aos sistemas nacionais e internacionais de justiça. Com isso, essa expansão do acesso dos cidadãos aos Tribunais acresce não só o potencial transformador – por possibilitar a oitiva daqueles que estão expostos diretamente à situação violadora –, bem como incorpora dimensões legitimadoras às decisões judiciais, mitigando a visão das instituições públicas com instâncias distantes e ineficazes. Essa ampliação dos espaços de participação e acesso do cidadão aos tribunais não lança efeitos apenas na legitimidade da decisão e no aumento da confiabilidade em relação às instituições públicas, possibilita uma maior aproximação dos juízes com os problemas sociais, viabiliza um maior controle da sociedade civil sobre a agenda judicial e reaproxima as instituições dos compromissos constitucionais.[37]

Essa aproximação e maior espaço para a escuta dos cidadãos igualmente promove efeitos positivos quando se trata de casos envolvendo situações de violações sistêmicas de direitos humanos decorrentes de discriminação estrutural,[38] considerando-se o habitual silenciamento desses grupos dentro dos espaços de deliberação democrática. Sendo assim, com o empoderamento social e a abertura das Cortes Constitucionais, os grupos em situação de vulnerabilidade, que sofrem os efeitos da discriminação estrutural, são encorajados a levar ao Poder Judiciário as suas demandas através da propositura de litígios estruturais e, por meio desses, requerer medidas transformativas, capazes de cessar a situação violadora.

Levando-se em consideração que os litígios estruturais atuam como mecanismos capazes de levar as demandas de grupos em situação de violação estrutural ao Poder Judicial, requerendo decisões transformadoras, integradas por medidas estruturantes, na sequência serão abordadas as suas particularidades.

---

[37] *Ibid.*, 112-113.

[38] "Com esta expressão, podemos nos referir a situações de desigualdade social, subordinação ou dominação em que não é possível individualizar uma conduta específica ou identificar um tratamento ao qual se possa imputar a proibição jurídica da discriminação. Portanto, são situações que ficam fora do conceito jurídico de discriminação. Trata-se de um tipo de desigualdade baseada no status, no poder de definição de identidades e na tomada de decisões. São dinâmicas sociais reiteradas que levam à persistência de estruturas de subordinação e a resultados sistematicamente desvantajosos para certos grupos, mesmo na ausência de motivos discriminatórios explícitos reconhecidos pelo direito. [...] As características da discriminação estrutural mostram que se trata de processos sociais difusos e sistêmicos – independentemente da intencionalidade ou vontade das pessoas individualmente consideradas – que se reproduzem institucionalmente, pois atravessam ou se projetam em todas as dimensões da existência. Isso ocorre tanto no âmbito público e social quanto no privado e doméstico, interseccionando-se com as variáveis sociais de maior relevância". (Tradução própria). *Isonomía*, n.º 39 (2013): 127-157, 148.

2. Litígios estruturais: reivindicação de medidas estruturantes junto à jurisdição constitucional transformadora

No presente estudo, ao empregar-se a terminologia "litígio estrutural",[39] não se objetiva obliterar a existência e utilização de outras definições, tais como "litígio estratégico",[40] "conflito/litígio de interesse público",[41] "litígio de reforma estrutural",[42] "conflitos estruturais",[43] dentre tantas outras definições dadas pelos pesquisadores da área.

Concedendo enfoque para os termos geralmente mais empregados, na doutrina há um intenso debate em relação aos conceitos de "litígio estratégico" e "litígio

---

[39] Opta-se pela terminologia "litígio estrutural" com base nos escritos produzidos por Mariela Puga, especialmente sua tese doutoral intitulada "Litigio Estructural".

[40] Diversos autores empregam a definição "litígios estratégicos": Evorah Lusci Cardoso Costa, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012); María Sofía Sagües, "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*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi e Rogelio Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétero, 2018), 129-178. Leticia Marques Osorio, "Litígio Estratégico em Direitos Humanos: Desafios e Oportunidades para Organizações Litigantes", *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 571-592. Sandra Carvalho e Eduardo Baker, "Experiências de litígio estratégico no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos", *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos* (2014): 465-475. Ligia Fabris Campos, "Litígio estratégico para igualdade de gênero: O caso das verbas de campanha para mulheres candidatas", *Revista Direito e Práxis* 10, n.º 1 (2019): 593-629. Lucía B. Bellochio, "Litígios Estratégicos: revisão da jurisprudência argentina", *Revista Jurídica* 03, n.º 44 (2016): 411-425. Brunela Vincenzi, Gustavo Silva Alves e Priscilla Correa Gonçalves de Rezende, "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. Filipe Rodrigues de Souza, "O acesso à justiça pela via do litígio estratégico: enfrentando a litigiosidade habitual predatória", *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*, n.º 7 (2022): 109-131.

[41] Aplicam a definição "conflito/litígio de interesse público": Samuel Paiva Cota e Leonardo Silva Nunes, "Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público", *Revista de Informação Legislativa: RIL* 55, n.º 217 (2018): 243-255. María Carlota Ucín, "El rol del juez en el litigio de interés público", *Revista da Faculdade de Direito da FMP* 13, n.º 2 (2018): 61-77.

[42] Como exemplos de expoentes dessa terminologia: Francisco Verbic, "Execução de sentenças em litígios de reforma estrutural na República Argentina: dificuldades políticas e procedimentais que incidem sobre a eficácia dessas decisões", *Revista de Processo* 45, n.º 305 (2020): 403-424. Pablo S. Carducci, "¿Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez em el litigio de reforma estructural", en *El Control de la Actividad estatal II*, ed. por Enrique M. Alonso Regueira (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016), 59-73.

[43] Ver: Camila Perez Yeda Moreira de Santos, *Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas* (São Paulo: Almedina, 2021), 62.

estrutural". Tratando de desanuviar esta controvérsia, Vitorelli[44] advoga que, por mais que se encontre em publicações nacionais o termo "litígio estratégico", essa expressão, possivelmente, tem raiz em uma tradução equivocada do termo *strategic litigation*, que tem como significado o termo "processo estratégico". Para ele, o que poderá ser caracterizado como estratégico é o processo, já que o litígio/conflito nunca poderá ser estratégico, uma vez que esse tem origem na realidade, estando intrinsecamente ligado à situação de oposição dos interesses das partes ou em razão da dissonância de seu comportamento em relação ao que prevê o ordenamento jurídico.

Em outra linha, defendendo a existência do termo "litígio estratégico", para autores como Nóbrega e França[45] o litígio estrutural é o objeto da adjudicação, enquanto o litígio estratégico é a ação que adjudica o objeto. Sendo assim, considera-se um litígio estratégico o ato de judicializar um problema ou demanda social a fim de, por meio dele, obter-se uma alteração da realidade social; já os litígios estruturais "consistem no problema que se pretende transpor, podendo, se judicializado, dar ensejo a um processo estrutural no qual o Judiciário poderá determinar medidas estruturantes".[46]

Em resumo, os litígios estruturais conformam o problema que deságua em uma violação sistêmica de direitos fundamentais, devendo essa situação ser enfrentada a partir da ferramenta judicial denominada "processo estrutural". Salienta-se, portanto, que nem todas as situações que envolvam um litígio estrutural serão judicializadas, mas, quando for o caso, é desejável que sejam tratadas via processo estrutural.[47]

Sobre esse instituto processual, Owen Fiss, um dos precursores dessa abordagem, explica que:

> O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injuction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.[48] (Tradução própria)

---

[44] Edilson Vitorelli, "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", *Revista de Processo* 284 (2018): 333-369, 345.

[45] 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): 01-12, 06.

[46] Nóbrega e França, "Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público)", 10.

[47] Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e Eduarda Peixoto da Cunha França, "A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas", *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)* 9, n.º 2 (2021): 210-238, 213-214.

[48] "The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means

Assim, passando-se para o retrospecto histórico do surgimento dessa espécie de litigância, esses conflitos de interesse público, que tutelam a proteção de direitos fundamentais coletivos, surgem na década de 50, no direito norte-americano, a partir do julgamento do caso Brown vs. Board of Education of Topeka pela Corte Warren,[49] que inaugura uma nova fase da atividade judicial, onde é possível observar-se de maneira mais evidente a renovação do compromisso daquela Corte em relação à proteção das minorias.[50]

Naquela reforma estrutural promovida pelo Tribunal pode-se observar um intenso empenho para que se colocasse em prática a decisão do caso Brown vs. Board of Education of Topeka, tendo-se em vista que o caso exigia da Corte uma postura que possibilitasse uma transformação radical. Diante disso "Os tribunais tiveram que superar a resistência mais intensa e, ainda mais problematicamente, tiveram que penetrar e reestruturar organizações de grande escala, como os sistemas públicos de ensino".[51]

Esse e outros casos julgados na sequência trilharam uma doutrina na qual se reconhece que certos casos de litígios em direito público exigem um tratamento distinto daquele dispensado aos litígios tradicionais, que preveem efeitos apenas sobre as partes diretamente ligadas à contenda. Os litígios em direito público, por envolverem uma coletividade – muitas vezes dispersa, indeterminada ou indeterminável –, bem como por questionarem o funcionamento e pretenderem a reestruturação de instituições (públicas e/ ou privadas) ou de serviços públicos (como, por exemplo, sistemas educacional, carcerário e instituições de saúde mental), exigem medidas distintas daquelas características dos modelos clássicos de litígio, tendo em vista que as soluções, nos casos de conflito de interesse público, deveriam ser arbitradas a longo prazo.[52]

---

by which these reconstructive directives are transmitted". Owen Fiss, "The Forms of Justice", *Harvard Law Review* 93 (1979): 01-58, 02.

[49] A definição "Corte de Warren" é utilizada para se referir ao período em que a Supremo Corte norte-americana foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre os anos de 1953 até 1969. Para o magistrado, a Corte desempenhava um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais, de modo que esse período é conhecido como um dos mais progressista sobre a matéria. Fábio Periandro de Almeida Hirsch e Jailce Campos e Silva, "A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 21, n.º 86 (2021): 177-204, 195.

[50] Mariela G. Puga, "El control de constitucionalidad y la Litis estructural en Brown v. Board of Education", *Ideas & Derecho. Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* 9 (2013): 121-183, 123.

[51] "The courts have had to overcome the most intense resistance and, even more problematically, have had to penetrate and restructure large-scale organizations such as public school systems". Owen Fiss, *The Civil Rigths Injunctions* (Bloomington: Indiana University Press, 1978), 02-03.

[52] Roberto Omar Berizonce, "Los conflictos de interés público", en *O processo para solução de conflitos de interesse público*, ed. por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henrique Costa (Salvador: Editora Juspodivm, 2017), 261-285, 266-267.

Diante disso, com o julgamento da *class action* (ação coletiva) do caso Brown vs. Board of Education of Topeka, a jurisdição constitucional estadunidense inaugurou uma nova forma de atuação, voltada para a efetiva implementação de reformas nas estruturas de funcionamento das instituições burocráticas do Estado que iam de encontro com os ditames constitucionais. Tais readequações partem do pressuposto colaborativo entre juízes e partes envolvidas, sendo instrumentalizados pelas denominadas *structural injunctions*, que podem ser traduzidas como "ordens estruturais" ou "medidas estruturais".[53]

As *structural injunctions*, portanto, são as ações coordenadas e complexas proferidas nas ações estruturais, definidas por Owen Fiss[54] como *structural reform litigation* e denominadas por Abram Chayes[55] como *public law litigation*. Diante desses casos, o juiz constitucional acaba investido no papel de "criador e gestor de formas complexas de reparação contínua, que têm efeitos generalizados sobre as pessoas que não estão presentes no tribunal, e exigem o envolvimento contínuo do juiz na administração e implementação".[56]

Por mais que a origem dos litígios estruturais esteja atrelada às decisões da Suprema Corte Norte-Americana sobre segregação racial, percebe-se que, concomitantemente aos acalorados debates desenvolvidos no Estados Unidos sobre o tema –impulsionado por escritos como os de Sabel e Simon–[57] na América Latina, essas intervenções judiciais estruturais, que visam a solucionar complexas situações de inconstitucionalidade, têm demonstrado ser um instrumento crucial para promover processos de mudanças sociais, muito especialmente em cenários marcados por problemas como a desigualdade e a insuficiente salvaguarda de direitos fundamentais. Essas intervenções se destacam como uma das manifestações mais notáveis da judicialização da política[58] e, na prática, as sentenças estruturais têm realmente gerado uma direta interferência contínua dos Tribunais no âmbito de atuação das autoridades representativas, com o propósito de modelar as ações

---

53 Bianca M. Schneider van der Broocke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas* (Londrina, PR: Thoth, 2021), 25.

54 Fiss, *The Civil Rigths Injunctions*.

55 Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.

56 "Creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge's continuing involvement in administration and implementation". Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 1284.

57 Charles F. Sabel e William H. Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2004), 1016-1101.

58 Mônia Clarissa Hennig Leal, "Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido", en *Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario*, ed. por Marie-Christine Fuchs e Mônia Clarissa Hennig Leal (Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2022), 13-77.

públicas do Estado para que sejam corrigidos eventuais episódios de violações de direitos humanos.[59]

Como exemplo dessa influência, que faz com que os problemas estruturais passem a ser observados com maior zelo pelas Cortes Constitucionais na América-Latina, pode-se mencionar o desenvolvimento jurisprudencial da figura do "estado de coisas inconstitucional" pela Corte Constitucional da Colômbia, que demonstra a atuação ativa e transformadora daquele tribunal no que diz respeito à "concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais, por meio da adoção de um novo mecanismo procedimental que busca a solução dos denominados 'litígios estruturais'".[60]

Assim, há uma similaridade entre os casos estruturais discutidos pela doutrina comparada norte-americana e a teoria colombiana do "estado de coisas inconstitucional", pois ambos têm como característica: 1º) A situação de falha generalizada das políticas públicas e a violação repetida e em larga escala de direitos, e; 2º) Um bloqueio no processo político ou institucional que parece resistente aos mecanismos convencionais de ajuste e correção das políticas públicas.[61]

Contextualizando o debate na doutrina brasileira, Vitorelli[62] afirma que o litígio estrutural pode ser caracterizado como uma *litis* com elevado grau de complexidade, que conta com uma multiplicidade de polos de interesse, sendo que, através desse tipo de ação, perante a via jurisdicional, é reivindicada a efetivação e proteção de determinados valores públicos juridicamente relevantes, os quais não foram prestigiados de maneira espontânea pela sociedade.

Nota-se, portanto, que há, no âmago dos litígios estruturais, uma série de elementos intrínsecos a esses casos, os quais permitem a sua identificação. Na perspectiva de Puga, são sete as características centrais de um litígio estrutural:

> (1) *A intervenção de múltiplos atores processuais*.
> (2) Um *coletivo de afetados* que não intervêm no processo judicial, mas que, no entanto, são representados por alguns de seus pares e/ou por outros atores legalmente autorizados.
> (3) Uma causa fonte que determina a violação de direitos em escala. Tal causa se apresenta, em geral, como uma regra legal, *uma política ou prática (pública ou privada), uma condição ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistêmica ou estrutural, embora não sempre homogênea*.
> (4) Uma *organização estatal ou burocrática que funciona como o quadro da situação ou condição social que viola direitos.*

---

[59] Broocke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo*, 55.

[60] *Ibid.*, 25.

[61] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 40.

[62] Edilson Vitorelli, "Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual", en *Processos Estruturais*, ed. por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna (São Paulo: Juspodivm, 2022), 351-398, 352-353.

(5) A invocação ou reivindicação de valores de caráter constitucional ou público com propósitos regulatórios a nível geral, e/ou demandas de direitos econômicos, sociais e culturais.
(6) Pretensões que envolvem a redistribuição de bens.
(7) *Uma sentença que implica um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada.*[63] (Tradução própria)

Franco e Garavito,[64] igualmente pretendendo identificar traços característicos desses "litígios estruturais" ou "casos estruturais", afirmam que esses casos são marcados pelos seguintes traços: 1) Envolvem um amplo contingente de indivíduos que reivindicam face a violação de seus direitos, sendo representados diretamente ou por meio de organizações que litigam em prol da causa; 2) Diversas entidades estatais são demandadas como responsáveis pela violação devido às falhas sistêmicas em políticas públicas; e, 3) Implicam no proferimento de decisões de execução complexa, as quais compreendem diversas ações coordenadas a serem executadas sob a responsabilidade de entidades públicas, a fim de proteger toda a população afetada, não permanecendo tais medidas da decisão judicial restrita a proteger apenas as partes envolvidas no caso demandado judicialmente.

Deste modo, diante de situações de bloqueio político institucional e de violações massivas de direitos humanos e fundamentais, o conflito de interesse público ou litígio estrutural é um instrumento valioso para a transformação da realidade social daqueles grupos vulneráveis que, recorrentemente, não têm seus interesses prestigiados pela agenda política. Assim, o litígio estrutural configura uma demanda judicial que reivindica a superação de falhas persistentes na prestação de políticas públicas, derivadas de atuações insuficientes,[65] inadequadas ou omissões reiteradas do Poder Público, que levam a uma violação dos direitos constitucionalmente protegidos e exige uma reestruturação dos arranjos institucionais que seja apta a incorporar um novo estado de coisas.[66]

Dessa forma, esses litígios podem ser utilizados como meios de desmantelamento de uma violação sistêmica de direitos humanos e fundamentais, superando a violação a partir de uma reforma instrumentalizada pela via processual, por meio da adoção de medidas de caráter estrutural. Assim, em contextos de desigualdade social

---

[63] Mariela Puga, "El litigio estructural", *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2 (2014), 41-82, 45-46.

[64] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 16.

[65] Mônia Clarissa Henning 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).

[66] Bianca M. Schneider von der Broocke, "Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal", en *Diálogos Constitucionais Transformadores*, ed. por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022), 137-160, 146.

e proteção insuficiente dos direitos fundamentais, as decisões judiciais que pretendem solver um litígio estrutural configuram uma via que oportuniza um processo de transformação social impulsionado pela atuação jurisdicional.[67]

Tratando-se da proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, muitas vezes são necessárias ações afirmativas de discriminação inversa, a fim de combater a desigualdade estrutural que vulnerabiliza tais grupos, convertendo-se as ações afirmativas em instrumentos com vocação transformadora das realidades sociais.[68]

Porém, conforme Fraser e Honneth,[69] no contexto das demandas estruturais, as medidas transformativas podem ser mais efetivas do que ações afirmativas, pois:

> As estratégias afirmativas para reparar a injustiça tentam corrigir os resultados desiguais dos acordos sociais sem tocar nas estruturas sociais subjacentes que os geram. Em vez disso, as estratégias transformadoras aspiram corrigir os resultados injustos reestruturando, precisamente, o quadro gerador subjacente. [...] O cerne do contraste está no nível em que se aborda a injustiça: enquanto a afirmação se concentra nos resultados, no estado final, a transformação aborda as causas últimas.

Em vista disso, diante de litígios estruturais, a sua solução dependerá de medidas jurisdicionais transformativas – não excluindo a possibilidade de serem integradas por medidas de ações afirmativas, quando essas forem necessárias para a solução da lide estrutural –, típicas das decisões estruturais, por meio das quais o Poder Judiciário se envolve em maior intensidade com a gestão das estruturas democráticas e, em certa medida, acaba supervisionando políticas e práticas institucionais.[70]

As decisões ou sentenças estruturais oportunizam que, através da intervenção judicial, sejam concedidas respostas as omissões políticas do Estado, adequando as métricas de operação daquelas instituições envolvidas no litígio estrutural,

---

[67] Katya Kozicki e Bianca M. Schneider van der Broocke, "Litígios estruturais e a tomada de decisão participativa: perspectivas para uma justiça eficaz e inclusiva", en *Novas Reflexões Sobre O Pacto Global E Os ODS Da ONU*, ed. por Danielle Anne Pamplona *et al.* (Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020), 585-600, 586.

[68] María Sofía Sagües, "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*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Masriela Morales Antoniazzi e Rogelio Pantoja (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétero, 2018), 129-178, 177.

[69] Nancy Fraser e Axel Honneth, ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico (Madrid: Ediciones Morata, 2006), 72.

[70] Francisco Verbic, "Ejecución de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones", en *Processos Estruturais*, ed. por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna (São Paulo: Juspodivm, 2022), 67-86, 69.

reorganizando-as para que resolvam as omissões violadoras, ou que, até mesmo, intervenham na criação ou readequação de políticas públicas existentes.[71]

Essas decisões estruturais interconectam-se e dependem diretamente da postura transformadora estimulada pelos preceitos do *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano (Iccal), assim como apostam no ativismo judicial dialógico e no experimentalismo como estratégias de desmantelamento das estruturas que perpetuam a desigualdade e discriminação estrutural na região e que, por via reflexa, criam situações de massivas violações de direitos humanos.

No entanto, importa destacar que, na lógica do ativismo judicial dialógico e da abordagem experimentalista[72]/catalisadora,[73] nas decisões estruturantes os magistrados não estabelecem, analítica e previamente, todas as atividades que o demandado deverá realizar para saldar a pretensão resguardada pela decisão, sendo que, nesses casos, os juízes somente indicarão os resultados que se deve atingir durante a fase da execução da sentença, permanecendo o modo como se chegará na finalidade especificada na decisão ao encargo do obrigado ou do órgão condenado pela violação.[74]

Nota-se que tanto Puga quanto Franco e Garavito elencam como característica típica das decisões em litígios estruturais uma extensa prospecção para o futuro, o que exige do juiz uma postura distinta das típicas decisões judiciais tradicionais (munidas de imposições rígidas e verticalizadas). A atuação dos juízes em litígios estruturais requer uma abordagem catalisadora, a qual instiga que as partes formem um processo deliberativo para a formulação de medidas judiciais estruturais pertinentes à solução da lide e, posteriormente, que o juiz catalisador avalie a adequação da solução resultante da deliberação das partes e estabeleça prazos para o cumprimento das medidas, criando mecanismos de monitoramento desse cumprimento.[75]

A abordagem definida por Susan Sturm como "catalisadora" é denominada por Sabel e Simon como "experimentalista", sendo que essas duas definições permanecem imbricadas, pois, de forma semelhante à definição catalisadora, a noção experimentalista dá espaço para que as partes firmem um diálogo e negociem entre si as medidas necessárias para a solução do conflito, soluções essas que, dado seu caráter provisório, permanecem sujeitas a uma revisão contínua, devido à transparência e publicidade dos processos judiciais.[76]

Sendo assim, esse modelo demanda que os remédios judiciais experimentalistas, definidos entre as partes envolvidas no conflito, sejam submetidos a um permanente processo de autorrevisão participativa e ramificada. No entanto, os Tribunais

---

[71] Lima e Serafim, "Direito comparado e processos estruturais", 197.

[72] Sabel e Simon, "Destabilization Rights ".

[73] Susan Sturm, "Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons", *University of Pennsylvania Law Review* 138 (1990): 805-912.

[74] Verbic, "Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina", 70.

[75] Sturm, "Resolving the Remedial Dilema ", 856-857.

[76] Berizonce, "Los conflictos de interés público", 268.

permanecem distantes da tarefa de definir o modo de cumprimento, já que essa é uma tarefa daqueles que fazem parte do conflito.[77] Nas intervenções experimentalistas, portanto, "Pelo menos em perspectiva, as exigências sobre as capacidades de gestão do tribunal, e o risco para a sua legitimidade política, são menores neste processo colaborativo contínuo do que na reforma de cima para baixo sob a direção do tribunal".[78]

Esse modelo de intervenção judicial experimentalista, caracterizado pela integração de decisões flexíveis e provisórias, juntamente com procedimentos que promovem a participação contínua das partes, trazendo medidas de *accountability*, demonstra ser uma resposta judicial altamente eficaz na promoção do cumprimento das obrigações constitucionais, pois, à medida que os Tribunais passam a desempenhar um papel substancial na formulação de políticas públicas, não só a independência judicial, bem como a eficiência e a *accountability*, passam a ser critérios democráticos essenciais para a revisão judicial (*judicial review*).[79]

Outro intenso debate sobre o tema está relacionado com a efetividade das respostas judiciais em litígios estruturais, ou melhor, com a mensuração dos impactos fáticos positivos dessas decisões na transformação das realidades inconstitucionais.

De um lado, desconfiando do potencial transformador dos Tribunais Constitucionais na implementação de mudanças sociais, Gerald Rosenberg, ao analisar empiricamente os impactos instrumentais e diretos da decisão do caso Brown vs. Board of Education, conclui que a sentença da Suprema Corte Norte-Americana, por si própria, não promoveu, de fato, uma efetiva mudança social da situação de segregação,[80] conformando, portanto, em certa medida, uma "esperança vazia" (*hollow hope*) quanto ao papel da Corte como indutora de mudanças sociais (Rosenberg, 2008).

---

[77] No original: "In cases that take the experimentalist approach, the courts are both more and less involved in reconstituting public institutions than they were when Chayes wrote. They are more involved because experimentalist remedies contemplate a permanent process of ramifying, participatory self-revision rather than a one-time readjustment to fixed criteria. But the courts are less involved because the norms that define compliance at any one moment are the work not of the judiciary, but of the actors who live by them". Sabel y Simon, "Destabilization Rights ", 1019-1020.

[78] "At least in prospect, the demands on the managerial capacities of the court, and the risk to its political legitimacy, are smaller in this continuous collaborative process than in top-down reform under court direction". Sabel e Simon, "Destabilization Rights ", 1020.

[79] Broocke, *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo,* 63.

[80] A afirmação toma como base o fato de que as autoridades públicas americanas dos Estados ao Sul manifestaram resistência em acatar a determinação judicial proferida no caso *Brown*, essa situação recalcitrante culminou na mobilização política característica dos anos de 1960, sendo que foi tal mobilização e a legislação antidiscriminação dela derivada que promoveram uma efetiva dessegregação racial. Em resumo, essa legislação e mobilização política, mais do que a própria decisão judicial, desempenharam um papel preponderante na concretização do processo de dessegregação racial na região sul dos Estados Unidos. Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 22.

No entanto, contrapondo o pensamento de Rosenberg, uma corrente inspirada na visão construtivista da relação entre direito e sociedade tem expandido os horizontes para além da averiguação restrita aos efeitos instrumentais e diretos dos litígios estruturais em direitos humanos.[81]

Debruçando-se sobre os efeitos indiretos, ignorados na análise crítica de Rosenberg, Michael McCann defende que os efeitos indiretos e "irradiados" dos litígios podem lograr impactos mais significativos do que aqueles efeitos diretos da decisão judicial, pois, "Embora as vitórias judiciais muitas vezes não se traduzam automaticamente na mudança social desejada, elas podem ajudar a redefinir os termos das lutas imediatas e de longo prazo entre grupos sociais".[82]

Esses efeitos simbólicos e indiretos de um litígio estrutural também podem ser verificados diante da hipótese de uma decisão contrária à demanda que advoga uma transformação social; mesmo nessa situação é possível constatar que o procedimento judicial pode engendrar consequências de cunho transformativo, que se manifestam, por um lado, ao conferir visibilidade ao tema em questão nos canais de comunicação em massa e, por outro, ao estabelecer laços duradouros entre as organizações ativistas envolvidas. Tais laços, inclusive, podem subsistir após a emissão da decisão judicial e propiciar ações políticas coletivas em prol da mesma causa, em contextos que transcendem o âmbito dos tribunais. Esses contextos podem abranger, por exemplo, o Congresso Nacional, manifestações populares nas ruas ou instâncias internacionais dedicadas aos direitos humanos.[83]

Diante disso, a dimensão estrutural do constitucionalismo transformador levanta inquietações sobre por questões relacionadas à democratização do acesso às Cortes Constitucionais e Regionais, uma vez que os litígios estruturais não dependem apenas de uma cultura jurídica adaptada, conforme já aventado, bem como necessitam de uma intensa mobilização daquelas pessoas que sofrem com a violação de seus direitos, juntamente com as organizações sociais que auxiliam na propositura da demanda.

Tais laços de mobilização social com os organismos comprometidos em promover a concretização dos direitos reforçam a ideia que defende o potencial da sociedade em promover pressão almejando mudanças de "baixo" (da sociedade civil) para "cima" (para os Poderes constituídos), ou seja, a realização judicial de direitos emerge da pressão exercida de "baixo para cima", sendo originada a partir da atuação organizada e estratégica dessa infraestrutura de suporte.[84]

---

[81] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 22.

[82] "Although judicial victories often do not translate automatically into desired social change, they can help to redefine the terms of both immediate and long-term struggles among social groups". Michael McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (Chicago: Chicago University Press, 1994), 285.

[83] Garavito e Franco, *Cortes y cambio social*, 23.

[84] Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, "A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais "de

Em defesa dos efeitos indiretos e simbólicos dos litígios estruturais, em sentido similar ao que preconizam Fraco e Garavito, Cardoso[85] afirma que, ainda que a decisão judicial não se incline a favor das pretensões do caso paradigmático em análise, ou mesmo quando a sua implementação se apresenta improvável, é importante salientar que outros objetivos podem subsistir e continuar a impulsionar o propósito subjacente. Entre esses objetivos destaca-se a função de elucidar a interpretação do direito em contextos subsequentes, oferecendo orientações para futuras instâncias judiciais. Ademais, o processo pode servir como um meio para capacitar juízes e advogados na aplicação da linguagem de proteção dos direitos humanos, contribuindo assim para a formação e aprimoramento profissional no campo do direito.

Além disso, a litigância estrutural pode desempenhar um papel significativo na promoção da *accountability* governamental, ao expor ações questionáveis e fornecer um meio para exigir a responsabilização por tais atos. Outra dimensão relevante é a capacidade de influenciar a opinião pública, moldando a consciência e a compreensão da sociedade sobre questões relacionadas aos direitos humanos e, por conseguinte, fomentar um ambiente propício à mudança social. Por fim, a busca por justiça através da litigância estrutural pode desempenhar um papel fundamental na proteção e promoção dos direitos de grupos minoritários, fornecendo um mecanismo para garantir que seus interesses sejam considerados e respeitados no âmbito jurídico.[86]

Como já aventado, a intervenção judicial estrutural tem um marcante caráter dialógico e deliberativo, o que faz com que esses mecanismos participativos e deliberativos contribuam para a implementação das medidas estruturais na fase de execução da decisão. Porém, conforme salientam Nunes, Cota e Faria,[87] a natureza dos litígios estruturais requer uma releitura da operacionalidade de determinados institutos processuais tradicionais, tendo em vista que, diante de sua estrutura complexa e polimorfa, alguns desses pressupostos, como é o caso dos pedidos da ação e da fase de execução, necessitam ser readequados, para que possam atender as particularidades dos litígios estruturais.

Em relação à imprescindível reinterpretação da etapa processual de formulação dos pedidos, aponta-se a impossibilidade de o autor, no momento da propositura do litígio estrutural, ter amplo e suficiente conhecimento a respeito dos contornos da causa, das medidas que possam ser implementadas e das providências finais mais adequadas à situação em litígio. Diante desses casos, é habitual e necessário que o pedido seja constantemente reinterpretado, adaptado ou reformulado no

---

baixo para cima" ou "de cima para baixo"?", *Revista Opinião Jurídica* 20, n.º 34 (2022): 85-113, 103.

[85] Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 56.

[86] *Idem*.

[87] Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria, "Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos", en *Dos litígios aos processos estruturais*, ed. por Leonardo Silva Nunes (Belo Horizonte: D'Plácido, 2022), 15-36, 30-31.

decorrer do pleito processual e, por consequência das contínuas transformações da realidade fática, essa situação acaba implicando na necessidade de adaptação da causa de pedir.[88]

Já a necessidade de uma releitura do modelo de execução processual clássico diante dos litígios estruturais decorre do fato de que uma condenação hermética, que visa, exclusivamente, à reparação do dano, não terá efeito sobre os diversos direitos materiais e seus respectivos titulares abrangidos pelo litígio estrutural, de modo que as medidas executivas típicas, características dos litígios tradicionais e bipolares, demonstram-se insuficientes para assegurar a eficácia e executoriedade das decisões de matriz estrutural.[89]

Portanto, é necessário haver um rompimento com a lógica tradicional (direito--obrigação-violação-reparação) acerca de como as violações de direitos humanos são resolvidas pelo Judiciário, já que a mera reparação individual das vítimas lesadas não impede a perpetuação da sistemática violatória, sendo "preciso tomar a violação como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece".[90]

Assim, dada a complexibilidade dessa espécie de litígio e as múltiplas possibilidades de tutela, ascendem críticas sobre a denominada discricionariedade judicial, uma vez que caberá ao juiz responsável pelo processo estrutural definir a alternativa mais adequada.[91]

Porém, deve-se ter em vista que as decisões estruturantes constituem uma exceção dentro do regime clássico de separação de Poderes; por conta disso, devem ser empregadas de forma subsidiária, tanto no aspecto interno quanto externo. Com isso, na dimensão externa, decisões de natureza estrutural devem ser requeridas somente diante de situações em que se constate uma falha contínua na operacionalidade dos organismos políticos ordinários, especialmente aquelas relacionadas à promoção de direitos através de políticas públicas articuladas de maneira deficitária pelos Poderes Legislativo e Executivo ou diante da falta de vontade política em concretizá-las. E, na dimensão interna, a subsidiariedade é prestigiada pelo primado dos mecanismos de implementação da decisão que sejam flexíveis e dialógicos; dessa forma, "as intervenções mais profundas nas demais esferas de poder só serão legítimas acaso precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso".[92]

À luz das análises e investigações realizadas neste estudo sobre litígios estruturais e seu potencial para promover mudanças sociais significativas, é possível concluir

---

[88] *Ibid.*, 30.

[89] *Ibid.*, 31.

[90] Vitorelli, "Litígios estruturais", 353.

[91] *Ibid.*, 360.

[92] Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Schinemann, "Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais", *Revista Estudos Institucionais* 04, n.º 01 (2018): 211-244, 227.

que a jurisdição constitucional desempenha um papel crucial na busca por justiça e igualdade para grupos em situação de vulnerabilidade. Através de decisões estruturais de cunho catalisador/experimentalista e do ativismo judicial dialógico, as Cortes têm a possibilidade de enfrentar os fatores que perpetuam a discriminação estrutural e de corrigir as deficiências na prestação de políticas públicas relacionadas à proteção desses grupos.

Além disso, a litigância estrutural se revela uma ferramenta fundamental para o aprimoramento do acesso à justiça e empoderamento da sociedade. Quando os Poderes Legislativo e Executivo se mostram inertes, a jurisdição constitucional pode ser acionada para assegurar a proteção dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade. Isso não apenas fortalece a capacidade da sociedade de reivindicar mudanças nos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que perpetuam a discriminação estrutural, mas também contribui para a consolidação do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, na perspectiva de um "constitucionalismo transformador".

Conclusão

Com o estudo, identifica-se que a postura transformadora da jurisdição constitucional pretende concretizar direitos, ao mesmo tempo que opera sob as bases da proteção do Estado de Direito, dos direitos humanos e da democracia. No contexto da América Latina, essa ideia é agregada ao movimento do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, o qual não só almeja a criação de *standards* mínimos em direitos humanos, como também tem a intenção de promover o rompimento das situações de violação sistêmica de direitos e sobrepor as dificuldades regionais no sentido de sua concretização.

Apesar de serem imbuídas desse papel transformador, as Cortes Constitucionais, por si sós, não possuem força e *expertise* suficiente para promover mudanças sociais significativas, sendo que a eficácia de suas decisões depende da participação social democrática e de um intenso diálogo judicial cooperativo.

Nesse ponto é que os litígios estruturais complementam a atuação transformadora das Cortes Constitucionais, já que, com a promoção do empoderamento social e abertura das Cortes Constitucionais, os grupos em situação de vulnerabilidade são encorajados a levar ao Poder Judiciário suas demandas, por meio da propositura de litígios estruturais e, através deles, requerer medidas transformativas, com a pretensão de buscar cessar a situação violadora. Portanto, as Cortes Constitucionais podem desempenhar um papel significativo na proteção de grupos vulneráveis, por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, no entanto, para isso, dependem de provocação, a qual não só pode como deve decorrer de uma litigância estrutural.

Em vista disso, o litígio estrutural é um instrumento que busca a proteção dos direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, especialmente em casos em que

a jurisdição constitucional é demandada com o intuito de prover, face à inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a correção de políticas públicas que desempenhem uma proteção insuficiente desses grupos. Nesse sentido, a interligação necessária entre Cortes Constitucionais transformadoras e litigância estrutural se dá pela possibilidade de a jurisdição constitucional, quando demandada via litígios estruturais, por meio de decisões estruturais, promover mudanças sociais significativas.

Assim, a litigância estrutural é um importante instrumento de empoderamento social e de reivindicação de medidas estruturantes junto à jurisdição constitucional transformadora, contribuindo para o aprimoramento do acesso à justiça e empoderamento da sociedade enquanto agente apto a reivindicar, junto à jurisdição constitucional, as profundas e necessárias mudanças dos padrões institucionais e sociais estigmatizantes que levam à discriminação estrutural.

Bibliografia

Doutrina

Berizonce, Roberto Omar. "Los conflictos de interés público". *En O processo para solução de conflitos de interesse público*, editado por Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Susana Henrique Costa, 261-285. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Broocke, Bianca M. Schneider van der. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

Broocke, Bianca M. Schneider von der. "Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal". En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos, 137-160. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Cardoso, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Chayes, Abram. "The Role of the Judge in Public Law Litigation". *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.

Ely, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2010.

Fachin, Melina Girardi e Caio Cesar Bueno Schinemann. "Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais". *Revista Estudos Institucionais* 04, n.º 01 (2018): 211-244, 2018.

Fiss, Owen. "The Forms of Justice". *Harvard Law Review* 93 (1979): 01-58.

Fiss, Owen. *The Civil Rigths Injunctions*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

França, Eduarda Peixoto da Cunha e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. "A judicialização de litígios estruturais como estratégia de mobilização política: mudanças sociais "de baixo para cima" ou "de cima para baixo"?". *Revista Opinião Jurídica* 20, n.º 34 (2022b): 85-113.

Fraser, Nancy e Axel Honneth. ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

Garavito, César Rodríguez. "El activismo dialógico y el impacto de los fallos dobre derechos sociales". *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2, n.º 14 (2013): 1-27.

Garavito, César Rodríguez 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.

Gargarella, Roberto. "La revisión judicial en democracias defectuosas". *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 153-169.

Hirsch, Fábio Periandro de Almeida e Jailce Campos e Silva. "A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 21, n.º 86 (2021): 177-204.

Klare, Karl E. "Legal culture and transformative constitucionalism". *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.

Kozicki, Katya e Bianca M. Schneider van der Broocke. "Litígios estruturais e a tomada de decisão participativa: perspectivas para uma justiça eficaz e inclusiva". En *Novas Reflexões Sobre O Pacto Global E Os ODS Da ONU*, editado por Danielle Anne Pamplona, Daniella Maria Pinheiro, Melina Girardi Fachin e Rafaella Mikos Passos, 585-600. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020.

Lima, Francisco Gérson Marques de e Matheus Casimiro Gomes Serafim. "Direito comparado e processos estruturais: é possível transplantar sentenças estrangeiras para o brasil?". *Revista Quaestio Iuris* 14, n.º 01 (2021): 193-216.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Eliziane Fardin de Vargas. "Os desafios da consolidação do Ius Constitucionale Commune Latino-americano: a noção de "categoria suspeita" de discriminação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua incorporação pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para a superação da desigualdade estrutural". En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos, 115-136. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Leal, Mônia Clarissa Hennig. "Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido". En *Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina Un análisis a partir del matrimonio civil igualitário*, editado por Marie-Christine Fuchs e Mônia Clarissa Hennig Leal, 13-77. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2022.

Leal, Mônia Clarissa Henning e Rosana Helena Maas. *"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

McCann, Michael. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: Chicago University Press, 1994.

Mello, Patrícia Perrone Campos. "El papel del juez transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia". *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n.º 05 (2020): 01-32.

Murillo, Alfonso Renato Vargas. "Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidade". *Revista de la Faculdad de Derecho*, n.º 49 (2020): 01-34.

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.

Nóbrega, Flavianne Fernanda Bitencourt e Eduarda Peixoto da Cunha França. "A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas". *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)* 9, n.º 2 (2021): 210-238.

Nunes, Leonardo Silva, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria. "Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos". En *Dos litígios aos processos estruturais*, editado por Leonardo Silva Nunes, 15-36. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

Olsen, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no* Ius Constitutionale Commune *latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

Olsen, Ana Carolina Lopes e Bianca M. Schneider van der Broocke. "Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL". *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 11, n.º 3 (2021): 549-580.

Olsen, Ana Carolina Lopes e Melina Girardi Fachin. "Diálogo judicial cooperativo: oportunidade para o Supremo Tribunal Federal ingressar no *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano". En *Direitos humanos: filosofia, teologia e direito*, editado por Itamar Luís Gelain e André Phillipe Pereira, 166-187. Pelotas: NEPFIL Online, 2022.

Olsen, Ana Carolina Lopes e Katya Kozicki. "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF". *Suprema: revista de estudos constitucionais* 1, n.º 1 (2021): 82-118.

Puga, Mariela. "El control de constitucionalidad y la Litis estructural en Brown v. Board of Education". *Ideas & Derecho. Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* 9 (2013): 121-183.

Puga, Mariela. "El litigio estructural". *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2 (2014), 41-82.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano". *Revista Derecho del Estado* 49 (2021): 35-58.

Roa Roa, Jorge Ernesto. "O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano". En *Diálogos Constitucionais Transformadores*, editado por Ana Carolina Lopes Olsen, Melina Girardi Fachin e Patrícia Perrone Campos, 99-114. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Roig, María José Añón. "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". *Isonomía* 39 (2013): 127-157.

Sabel, Charles F. e William H. Simon. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds". *Harvard Law Review* 117, n.º 4 (2014): 1016-1101.

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 e Rogelio Pantoja, 129-178. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétero, 2018.

Sturm, Susan. "Resolving the Remedial Dilema: Strategies of Judicial Intervention in Prisons". *University of Pennsylvania Law Review* 138 (1990): 805-912.

Verbic, Francisco. "Ejecución de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones". En *Processos Estruturais*, editado por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna, 67-86. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Vitorelli, Edilson. "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças". *Revista de Processo* 284 (2018): 333-369.

Vitorelli, Edilson. "Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual". En *Processos Estruturais*, editado por Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim e Gustavo Osna, 351-398. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Jurisprudência

Corte IDH, Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile, Decisão de 26 de setembro de 2006.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 285-319, ISSN 2346-0849

Pablo A. Proaño* **(Ecuador)**
Ema Gamboa Loaiza** **(Ecuador)**

Líneas jurisprudenciales de los dictámenes de constitucionalidad en los estados de excepción por pandemias en el Ecuador***

RESUMEN

Los estados de excepción permiten la acumulación de facultades exorbitantes para sobrellevar circunstancias que afecten la seguridad del Estado, las instituciones o los derechos humanos de los ciudadanos, como en el caso de una pandemia mundial. Esta institución, que se fundamenta en el derecho internacional, tiene en Ecuador normas y controles constitucionales que la regulan bajo los dictámenes de la Corte Constitucional, que tiene la competencia exclusiva en su regulación. Este artículo presenta un análisis de 111 dictámenes de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre estados de excepción, de los cuales, once refieren a pandemias mundiales. El objetivo aquí es establecer la línea jurisprudencial de los estados de excepción por pandemia, siguiendo la metodología del profesor colombiano Diego López Medina, a partir de la extracción de criterios de la Corte Constitucional en lo relativo a causales, elementos que los justifican, y los ámbitos territorial y temporal de la declaratoria.

Palabras clave: estados de excepción; derecho constitucional; pandemia; línea jurisprudencial.

* Abogado, Universidad San Francisco de Quito, y magíster en Derecho Constitucional, Universidad Técnica Particular de Loja. Coordinador general y cofundador de la organización Dignidad y Derecho. paproano@dignidadyderecho.org / https://orcid.org/0000-0002-9222-353X

** Estudiante de Derecho, Universidad Central del Ecuador. Pasante de la Organización Dignidad y Derecho y de la compañía Gamboa&Group. eagamboa@uce.edu.ec / https://orcid.org/0009-0005-8950-7821

*** Extracto de la tesis de maestría de Pablo A. Proaño para obtener del título de magíster en Derecho Constitucional, Universidad Técnica Particular de Loja.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Jurisprudential Lines in the Constitutional Rulings on States of Emergency Derived from Pandemics in Ecuador

ABSTRACT

States of emergency allow the accumulation of exorbitant powers to address circumstances that affect national security, the institutions, or the human rights of citizens, for instance, during a global pandemic. In Ecuador, this institution, rooted in international law, is regulated by constitutional norms and controls established in the rulings of the Constitutional Court, who has exclusive competence to regulate it. This article analyzes one hundred eleven rulings of the Ecuadorian Constitutional Court concerning states of emergency, eleven of which refer to global pandemics. The aim is to establish the jurisprudential line on states of emergency that arise from pandemics, following the methodology of Colombian professor Diego López Medina, by extracting the Constitutional Court's criteria regarding the grounds, the elements that justify it, and the territorial and temporal scope of the state of emergency declaration.

Keywords: States of emergency; constitutional law; pandemic; jurisprudential line.

Fortlaufende Rechtsprechung bei Entscheidungen über die Verfassungskonformität von pandemiebedingten Ausnahmezuständen in Ecuador

ZUSAMMENFASSUNG

Ausnahmezustände ermöglichen die Akkumulation außergewöhnlicher Befugnisse zur Überwindung von Umständen, die die Sicherheit des Staates, der Institutionen oder der Menschenrechte der Bürgerinnen und Bürger, z. B. im Falle einer globalen Pandemie, beeinträchtigen. Diese aus dem Völkerrecht stammende Institution unterliegt in Ecuador Verfassungsnormen und -kontrollen, die es mithilfe der Entscheidungen des Verfassungsgerichts regeln, das über die ausschließliche Regelungsbefugnis verfügt. Der Beitrag stellt eine Analyse von einhundertelf Entscheidungen des ecuadorianischen Verfassungsgerichts zu Ausnahmezuständen vor, von denen elf sich auf globale Pandemien beziehen. Ziel ist es, die fortlaufende Rechtsprechung zu pandemiebedingten Ausnahmezuständen nach der Methode des kolumbinischen Professors Diego López Medina durch die Herausarbeitung der Kriterien des Verfassungsgerichts hinsichtlich der Rechtsgründe, rechtfertigenden Elemente und territorialen und zeitlichen Begrenzung ihrer Verhängung zu bestimmen.

Schlagwörter: Ausnahmezustände; Verfassungsrecht; Pandemie; fortlaufende Rechtsprechung.

Introducción

Los estados de excepción son una institución del Estado de derecho que se caracteriza por la concentración temporal y parcial de facultades constitucionales,

normalmente repartidas entre distintos poderes del Estado, y que permiten la suspensión temporal del ejercicio de ciertos derechos constitucionales.[1]

A pesar de ser una institución jurídica activada con mucha frecuencia en nuestro país, puesto que entre 2008 y junio de 2023 se han expedido 136 decretos ejecutivos que crearon, modificaron, renovaron o extinguieron estados de excepción, en el derecho constitucional ecuatoriano no se han realizado profundas investigaciones al respecto.

Esta falencia podría incluso traducirse en responsabilidad internacional del Estado ante la violación de varios estándares del sistema interamericano de derechos humanos y los artículos alegados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), incluso en contra del Ecuador, como es el Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador, en el cual no se especificó el alcance material de la suspensión del estado de excepción decretado el 3 de septiembre de 1992, lo que generó un perjuicio para las víctimas y sus familiares. Esta es una de las razones por las que un adecuado estudio en la materia es, no solo pertinente, sino también necesario, considerando que las disposiciones constitucionales y normativas que regulan los estados de excepción no han sufrido cambios en tu texto desde su promulgación.

Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador ha ido especificando y dotando de contenido estas normas a lo largo de sus 111 dictámenes de constitucionalidad en la materia a lo largo de estos últimos 15 años de vigencia de la carta constitucional. De estos 111 dictámenes, 11 contienen criterios jurisprudenciales relacionados con las pandemias mundiales.[2]

A esto se le deben sumar los criterios emitidos por la CIDH,[3] entidad que considera la importancia del establecimiento de estas instituciones y su consecuente restricción de derechos para proteger la vida y salud de los ciudadanos. Es decir que, a pesar de que no existe una clasificación global de estados de excepción por pandemia, tanto la CIDH como la Corte Constitucional del Ecuador han emitido criterios relativos a dichas medidas en estas condiciones en particular. Serán estos criterios los que analizaremos para establecer la línea jurisprudencial de estados de excepción por pandemia en el Ecuador.

Para cumplir con este objetivo, en primer lugar, se expondrá un marco general de los estados de excepción, su historial y los instrumentos internacionales actuales que los avalan. Seguidamente, nos centraremos en el estudio histórico de los estados de excepción en Ecuador, exponiendo antecedentes en constituciones pasadas, realizando un breve análisis de las disposiciones respecto a un control externo y la restricción de derechos. De igual manera, presentaremos la normativa constitucional

---

[1] Leandro Despuy, *Los derechos humanos y los estados de excepción* (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 34.

[2] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-23-EE/23 de 2023, J. P. Carmen Corral Ponce.

[3] CIDH, *Pandemia y derechos humanos en las Américas* (Washington: OEA, 2020), 5-7.

y legal actual sobre la cual se fundamenta el vigente control de constitucionalidad. Finalmente, después de la exposición de los resultados de la investigación en su dimensión cuantitativa global de todos los estados de excepción a partir de 2008, entraremos de lleno a la determinación y el análisis del nicho citacional, para así establecer los parámetros y la expresión gráfica de la línea jurisprudencial ecuatoriana en estados de excepción por pandemias.

1. Generalidades de los estados de excepción

Cuando nos referimos a los estados de excepción, estamos hablando de una amplia gama de instituciones constitucionales, tales como el estado de emergencia, el estado de excepción, los poderes de emergencia, los estados de alarma, los poderes extraordinarios y demás instituciones análogas que se caracterizan por la suspensión de derechos constitucionales y la acumulación excepcional y temporal de facultades en un solo poder del Estado.[4]

Hablar en términos generales sobre teorías de esta institución resulta un trabajo amplísimo, puesto que cada Estado ha desarrollado, sobre el marco internacional vinculante, sus propias reglas, límites y regulaciones internas.[5] Sin embargo, en esta sección se realiza una breve compilación de antecedentes a los regímenes de excepción modernos para establecer un importante contexto histórico. Después, se desarrollarán expresiones doctrinarias relevantes y se establecerán en breves rasgos los elementos vinculantes del derecho internacional en esta materia, para el posterior análisis de los estados de excepción en Ecuador y su jurisprudencia constitucional.

En el Ecuador, en palabras del profesor Juan Pablo Aguilar, el estado de excepción es "la institución que autoriza a concentrar poderes en una autoridad, limitar ciertos derechos o, en general, adoptar medidas que no se admiten en circunstancias normales",[6] por lo que se trata de una institución que confiere "potestades extraordinarias"[7] al presidente por medio de la acumulación de facultades.

En palabras de la Corte Constitucional del Ecuador,[8] cuando existe una afectación a los pilares de un Estado democrático "por hechos que ocurren en forma inesperada

---

4 Despuy, *Los derechos…*, 12.

5 Ver Rosa Melo Delgado, *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional Quito, 2015), 12; Héctor Fix-Zamudio, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 37, n.° 111 (2004): 111.

6 Juan Pablo Aguilar Andrade, "Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción", *Revista Iuris Dictio* 9, n.° 13 (2010): 61.

7 Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2006), 327.

8 Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, 007-11-DEC-CC de 27 de julio de 2011, 6.

y exigen del Estado una mayor capacidad de respuesta", se prevé la figura del estado de excepción, mismo que "se corresponde con el surgimiento de eventos que irrumpen el funcionamiento común de un Estado democrático y además obstruyen o, en su defecto, desestabilizan la organización social" y que tiene como fin "proteger y sostener la organización social democrática que cuenta con un funcionamiento estructural usual y previsible". Esta institución permite "la suspensión del ejercicio y funcionamiento de derechos, garantías e instituciones que responden a la naturaleza de un estado democrático" bajo una institución limitada.

Los estados de excepción en Ecuador tienen una regulación constitucional y legal. En la Constitución vigente,[9] los artículos 164, 165 y 166 regulan a grandes rasgos las facultades del presidente y las condiciones de los estados de excepción. Empezaremos por desglosar los elementos aquí contenidos, complementando con las disposiciones constitucionales que amplían e interpretan estos criterios.

El primer inciso del artículo 164 indica:

> La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

De este apartado se desprende que el presidente de la república es el encargado de decretar un régimen de excepción en las causas previamente citadas y establecer tanto las restricciones correspondientes al estado de excepción como sus condiciones temporales y territoriales. Al respecto, la Corte Constitucional en su Dictamen 1-21-EE/21 determinó que es el presidente en su decreto quien debe establecer los términos de una medida de restricción de derechos de modo claro y justificado, y que dicha facultad no puede ser delegada a otras instituciones.[10]

Además, el artículo 164 aborda el problema de la causal, misma que existe de forma taxativa en el texto constitucional: "En caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural". Sin embargo, la Corte Constitucional nunca ha declarado inconstitucional un estado de excepción cuando el presidente invoca una causal no contemplada en este texto. Al contrario, existe una tendencia no determinada por la ley a subsanar la falta de causal explícita en el decreto, por cuanto se trata de "un requisito formal que no involucra en sí mismo un pronunciamiento negativo de la constitucionalidad del decreto" y que se puede desprender "del análisis de los hechos que dieron

[9] Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

[10] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-21-EE/21 de 2021. J. P. Agustín Grijalva Jiménez, párrafo 55.

lugar a la adopción de esta situación excepcional".[11] La Corte incluso ha corregido la causal cuando se colige más de otra de las establecidas en la ley conforme a una lectura integral del decreto y cuando las circunstancias expuestas "corresponden con mayor propiedad a la ocurrencia" de una causal diferente. Entonces, el "error en la identificación de la causal" no es, en sí mismo, un incumplimiento de este requisito.[12] Sin embargo, en un fallo de 2020,[13] la Corte ha recordado que "la causal no puede ser invocada de manera ambigua o abusiva".

Respecto del ámbito territorial del estado de excepción, durante años, la Corte Constitucional no estableció ningún parámetro sobre cómo establecerlo. Sin embargo, en 2019, mediante Dictamen 4-19-EE/19, la Corte dispuso que "para cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad, las medidas que se adopten en un estado de excepción deben limitarse al ámbito espacial o territorial en el que estén ocurriendo los hechos que justifican tales medidas, sin afectar los derechos de personas ajenas a esta situación".[14] Este parámetro se complementa con el Dictamen 6-20-EE/20, donde se determina que para establecer un estado de excepción en todo el territorio nacional, es obligación del Ejecutivo "justificar expresamente las razones" por las que se abarca todo el ámbito territorial.[15] Caso contrario:

> ... Se identifica claramente la delimitación geográfica, estableciendo concretamente la jurisdicción o jurisdicciones cantonales, provinciales o regionales sobre las que rige el estado de excepción; y, se acompaña la suficiente información objetiva que da cuenta de la real ocurrencia de los hechos en las jurisdicciones específicas sobre las que se declara el estado de excepción y su situación calamitosa en comparación con otras jurisdicciones.[16]

Sin embargo, ante la falta de esta determinación, la Corte presume que se trata de hechos con un impacto a nivel nacional,[17] por lo que se colige que la indeterminación o falta de argumentación sobre la determinación territorial tampoco es causal de inconstitucionalidad en sí misma.

---

[11] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 007-11-DEC-CC de 2011, 9.

[12] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-23-EE/23 de 2023. J. P. Carmen Corral Ponce, párrafo 32-33.

[13] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 3-20-EE/20 de 2020, párrafo 120. J. P. Enrique Herrería Bonet.

[14] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-1-EE/19 de 2019.

[15] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 6-20-EE/20 de 2020. J. P. Daniela Salazar Marín.

[16] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-21-EE/21 de 2021, párrafo 7.4.5.1. J. P. Carmen Corral Ponce.

[17] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 6-20-EE/20 de 2020, párrafo 31. J. P. Daniela Salazar Marín.

El segundo inciso del artículo 164 de la Constitución del Ecuador establece los parámetros que luego serán recogidos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[18] (LOGJCC) referidos a elementos que se revisan en el control de constitucionalidad. Dicho artículo de la Constitución indica claramente que deben observarse parámetros de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Además, determina todas las disposiciones que deben estar contenidas en el decreto: causal, motivación, ámbitos territorial y temporal, medidas a implementarse, derechos suspendidos y notificaciones. Posteriormente, el artículo 165 de la Constitución del Ecuador dispone los derechos que pueden ser suspendidos o limitados, nuevamente como una lista taxativa y una lista de las medidas que puede ejecutar el presidente dentro de los estados de excepción, a saber: derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información. Por último, el inciso final del artículo 165 de la Constitución establece la responsabilidad de los funcionarios públicos por cualquier abuso cometido en ejercicio de sus funciones durante el régimen excepcional. Este criterio se complementa con lo dispuesto en el Dictamen 7-21-EE/21, donde en su párrafo 53 puntualiza el alcance de esta responsabilidad al siguiente tenor:

> Esta Corte previene [...] que los Estados de excepción o los dictámenes que se dicten en torno a estos no enervan ni condicionan los deberes y responsabilidades existentes en el régimen ordinario y que son atribuidas de forma expresa a la Función Ejecutiva –ni de los órganos que la componen–, a la Policía Nacional ni de la coordinación debida con otros órganos o entidades del Estado para el cumplimiento de los fines institucionales y garantía de los derechos constitucionales de las personas.[19]

El artículo 166 de la Constitución, seguidamente, en su primer inciso establece el deber de notificación, el control constitucional y la facultad de revocatoria de la Asamblea Nacional. Los incisos segundo y tercero fijan las condiciones de temporalidad y renovación, delimitando como plazo máximo 60 días y una renovación de hasta 30 días cuando las causas que lo motivaron persisten. No existe disposición en contrario respecto de estados de excepción sucesivos o limitaciones a la cantidad de declaratorias que el presidente puede establecer. En cuanto a la terminación, el mismo artículo dispone que, de no renovarse un estado de excepción, este se considerará caducado al término de los 60 días. Además, permite su terminación anticipada cuando las causas que lo motivaron desaparezcan.

---

[18] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], *Registro Oficial Suplemento* 52, 22 de octubre de 2009.

[19] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 7-21-EE/21 de 2021. J. P. Carmen Corral Ponce.

Respecto de la temporalidad, de igual forma la Corte resolvió recientemente la obligación del Ejecutivo de justificar las razones por las que decide extender el estado de excepción o su renovación al máximo tiempo permitido, sin que ello constituya tampoco una causa de inconstitucionalidad.[20]

Por lo que se refiere a la renovación, la Corte también ha establecido condiciones expresas para esta. En los dictámenes 4-21-EE[21] y 7-21-EE/21[22] la Corte decide por primera vez que, para aceptar una renovación, se verifiquen tres elementos: i) que las causas que motivaron el estado de excepción persistan (presupuesto fáctico), ii) que el estado de excepción se encuentre vigente al momento de la renovación (temporalidad), iii) que se notifique de forma expresa la renovación (formalidad). Sin perjuicio de estos criterios, no existe hasta ahora un decreto de renovación que haya sido declarado inconstitucional por incumplir estos criterios.

Finalmente, existen criterios jurisprudenciales en cuanto a la instauración de un nuevo estado de excepción sobre los mismos hechos y causal posterior a la terminación de un estado de excepción o su respectiva renovación. Sin embargo, nos remitiremos a estos criterios en el apartado siguiente.

En cuanto a los criterios de control constitucional de los estados de excepción, estos se encuentran especificados en la LOGJCC, a partir del artículo 119, donde se determina que el objeto debe "garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos". Este control constitucional debe realizarse de oficio, y no afecta la vigencia del estado de excepción. En el control formal se busca determinar que el decreto ejecutivo contenga la identificación de los hechos, la causal invocada, la justificación de la declaratoria, los ámbitos territorial y temporal, los derechos limitados de ser el caso y las notificaciones correspondientes (art. 120). Luego, cada medida debe cumplir con la formalidad de ser de las enumeradas por la norma constitucional y enmarcarse en las competencias materiales, especiales y temporales de los estados de excepción (art. 122).

Por otro lado, el control material de la declaratoria verifica la ocurrencia de los hechos, la configuración de la causal, que no puedan ser superados por el régimen ordinario y que la declaratoria se enmarque en los límites temporales y espaciales establecidos por la Constitución.[23] Finalmente, se realiza un control material de cada medida adoptada, donde se verificará su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, que exista una relación de causalidad directa entre la medida y los hechos alegados,

---

[20] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 6-20-EE/20 de 2020, párrafo 28. J. P. Daniela Salazar Marín.

[21] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-21-EE/21 de 2021, párrafo 15. J. P. Daniela Salazar Marín.

[22] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 7-21-EE/21 de 2021, párrafo 10. J. P. Carmen Corral Ponce.

[23] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 22 de octubre de 2009, artículo 121.

que no afecte el núcleo esencial de los derechos ni los derechos intangibles y que no altere o interrumpa el normal funcionamiento del Estado.[24]

En este orden de ideas, para Ecuador, los parámetros de derecho internacional que rigen los estados de excepción emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Además, organismos como la CIDH han emitido informes vinculantes para el Estado ecuatoriano,[25] que forman parte del *corpus iuris* internacional y son relevantes por su subsidiariedad y complementariedad al momento de realizar interpretaciones sobre el marco jurídico nacional.

El PIDCP en su artículo 4 establece los parámetros de los estados de excepción, tales como las condiciones donde puede adoptarse, mismas que deben ser excepcionales y "que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente". Además, estipula que las medidas impuestas por el Estado deben ser estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, siempre y cuando "tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".[26]

Se trata de una suspensión taxativa y limitada, para protección del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud, libertad de conciencia y de religión, entre otros. Además, se impone, en su numeral 3, la obligación de notificación a los demás estados parte por medio del Secretario General de las Naciones Unidas.

Análogamente, la CADH establece parámetros similares cuando en su artículo 27 limita las causas de los estados de excepción a casos "de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte". Las medidas adoptadas deben ser estrictamente limitadas a las exigencias de la situación y las suspensiones de los derechos que contiene el tratado no pueden ser "incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".[27]

De igual forma, en el numeral 2 del artículo 27 de la CADH se dispone la no suspensión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud, el principio de legalidad y de retroactividad, entre otros, así como también la obligación de notificación al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.[28]

---

[24] LOGJCC, artículo 123.

[25] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 28-19-AN/21 de 2021. J. P. Daniela Salazar Marín.

[26] PIDCP, artículo 4, 16 de abril de 1966.

[27] CADH, artículo 27, 22 de noviembre de 1969.

[28] *Idem*.

Los expertos en la materia han determinado que para activar esta institución debe aplicarse el denominado principio de amenaza excepcional,[29] determinado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), como situaciones que pongan en riesgo la vida de la nación, y por la CADH, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.[30] Según Florentín Meléndez, las circunstancias que motiven un estado de excepción deben ser "de peligro real o inminente, que además sea grave e insuperable por las instituciones jurídicas normales de que dispone el Estado".[31]

También se reconoce la importancia del principio de temporalidad, que establece que los estados de excepción "nunca pueden estar destinados a regir por tiempo indefinido ni mucho menos de manera permanente",[32] sino, al contrario, su objetivo primordial debe ser el restablecimiento del orden anterior. [33]

Del mismo modo, de la excepcionalidad se derivan los principios de necesidad y proporcionalidad. Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,[34] las medidas dictadas durante el estado de excepción deben ser estrictamente limitadas a las exigencias de la situación. La Corte IDH, en el marco del Caso Vélez Zambrano y otros vs. Ecuador, recogió las condiciones establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para justificar la necesidad de un estado de excepción: "Que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; que ésta afecte a toda la población, y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad".[35]

Finalmente, los principios que se refieren a la publicidad y las notificaciones de los estados de excepción se acuñan bajo el "principio de proclamación".[36] Este contiene una dimensión interna, referente al conocimiento general de la población y los mecanismos de control internos,[37] y una dimensión externa, a veces denominada "principio de notificación", respecto de la comunicación a otros Estados y organismos internacionales.[38] Todo esto con el fin de evitar abusos de esta institución, tales como estados de excepción indefinidos, *de facto,* complejos o institucionalizados.[39]

---

[29] Florentín Meléndez Padilla, "Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos" (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997), 41, bit.ly/3rNiZEC

[30] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.

[31] Meléndez, *Los derechos*…, 41.

[32] *Ibid*., 42.

[33] OACDH, Observación General No. 29 de 31 de agosto de 2001, Estados de emergencia, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, párrafos 1-2.

[34] *Ibid*., párrafo 4.

[35] Corte IDH, Caso Vélez Zambrano c. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 166, párrafo 46.

[36] Despuy, *Los derechos…,* 26.

[37] Meléndez, *Los derechos*…, 42.

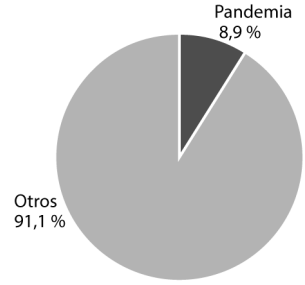
[38] Daniel Zovatto, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990), 90.

[39] *Ibid*., 48-51.

2. Línea jurisprudencial de estados de excepción por pandemias en Ecuador

Para proceder con el análisis de los estados de excepción por pandemias, debemos primero ubicarlos dentro del marco general de esta institución. Ello, en virtud de que los estados de excepción como tal no se distinguen por categorías, sino por causales. Sin embargo, para fines académicos, se realizó una búsqueda exhaustiva de todos los dictámenes de estados de excepción, para distinguir aquellos realizados en el marco de una pandemia.

Gráfico 1. Estados de excepción dictados por el presidente de la República entre 2008 y 2023



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en el gráfico 1, entre 2008 y octubre de 2023, solo 12 de los 135 decretos ejecutivos que instauran o renuevan un estado de excepción son relativos a pandemias. Sin embargo, es interesante señalar que uno de estos 12 estados de excepción se originó por la pandemia de la gripe AH1N1 en el año 2009 y los 11 restantes en los últimos 3 años por motivo de la pandemia del covid-19, lo cual deja un importante desarrollo jurisprudencial a considerar.

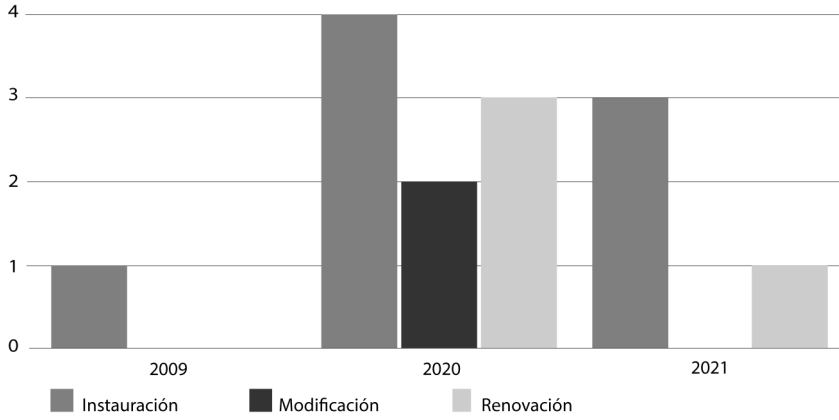
En el gráfico 2 se evidencian los tipos de decreto ejecutivo. De la lectura del artículo 166 de la Constitución del Ecuador, se colige que existen tres tipos de decretos ejecutivos con relación a los estados de excepción: aquellos que lo instauran, los que lo renuevan y los que lo terminan anticipadamente. Además, la Corte ha reconocido en su jurisprudencia un cuarto tipo: aquellos que modifican las condiciones del estado de excepción sin instaurar uno nuevo.[40] De igual forma, estos decretos modificatorios de un estado de excepción están sujetos a control constitucional.

En 2009, solo existe un decreto de instauración; en 2020, cuatro decretos de instauración, dos de modificación y tres de renovación; y en 2021, tres de instauración con apenas una renovación.

[40] Ver, por ejemplo, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, dictámenes 002-12-DEE-EE y 002-16-DEE-CC.

Una vez establecidas las cifras de estados de excepción por pandemias, procederemos a determinar el nicho citacional, es decir, el conjunto de decisiones que conforman la línea jurisprudencial,[41] que en este caso consta de 11 sentencias y dictámenes.

Gráfico 2. Tipos de decreto de estados de excepción por pandemia 2008-2023



Fuente: Elaboración propia.

2.1. Determinación del nicho citacional

La Constitución, en su artículo 436.6, determina que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es de carácter vinculante. Este principio se recoge en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se especifica aún más en la Sentencia 535-17-EP/21, donde en sus párrafos 43 y 44 señala que este principio es "el resultado de la interpretación del ordenamiento jurídico por parte del órgano decisor, por lo que no se desprende de manera directa de las disposiciones que conforman dicho ordenamiento"[42] y es obligatorio "horizontalmente respecto de la propia Corte, y verticalmente, respecto de todas las demás autoridades jurisdiccionales" en lo relativo a la *ratio decidendi*, es decir, el "conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido".[43]

Bajo esta definición de precedente jurisprudencial, es necesario remitirnos al jurista colombiano Diego López Medina para establecer en qué consiste la metodología de las líneas jurisprudenciales, puesto que permitirá aproximarnos al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana de forma clara, sintética y gráfica. Esta metodología consiste en el seguimiento del desarrollo decisional

[41] Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006), 171.

[42] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 532-17-EP/21 de 2021, párrafo 43.

[43] *Ibid.*, párrafo 44.

respecto de un concepto, pregunta o problema jurídico a través de jurisprudencia, en este caso, de la Corte Constitucional.[44] En esta investigación se busca desarrollar la línea jurisprudencial respecto de la causal, ámbito territorial y temporal, y la restricción de derechos de los estados de excepción por pandemia en el Ecuador entre 2008 y 2023.

Siguiendo esta metodología, el Dictamen 4-21-EE/21[45] servirá como punto arquimédico, es decir, la sentencia más reciente y, a la vez, la que contiene el mismo patrón técnico en relación con los casos sometidos a investigación, con el propósito de ayudar en la identificación de las sentencias relevantes o sentencias "hito" y en su sistematización.[46]

A partir de esta, se formará el "nicho citacional", es decir, el conjunto de decisiones que conforman la línea jurisprudencial. Procederemos, entonces, a describir las sentencias del nicho citacional, a fin de continuar con el análisis.

Tabla 1. Nicho citacional de dictámenes de la Corte Constitucional sobre estados de excepción por pandemias en Ecuador

Año	Número de sentencia/dictamen	Fecha de la decisión
2009	0002-09-SEE-CC	05/05/2009
2020	1-20-EE/20	19/03/2020
	1-20-EE/20A	25/03/2020
	2-20-EE/20	22/05/2020
	3-20-EE/20	29/06/2020
	5-20-EE/20	24/08/2020
	5-20-EE/A	04/09/2020
	7-20-EE/20	27/01/2020
2021	1-21-EE/21	06/04/2021
	2-21-EE/21	28/04/2021
	3-21-EE/21	21/07/2021
	4-21-EE/21	04/08/2021

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

[44] López Medina, *El derecho*..., 168.

[45] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-21-EE/21 de 2021. J. P. Carmen Corral Ponce.

[46] López Medina, *El derecho*..., 140.

2.2 . Descripción del nicho citacional

2.2.1. Sentencia 0002-09-SEE-CC

La Sentencia 0002-09-SEE-CC de 5 de mayo de 2009 se expidió en relación con el Decreto Ejecutivo 1693 firmado por el expresidente Rafael Correa, quien declaró un estado de excepción por grave conmoción interna, en virtud de que la rápida transmisión del virus de la influenza porcina –de conformidad con la alerta internacional de salud pública expedida por la Organización Mundial de la Salud (OMS)– fue declarada como pandemia, y la recomendación del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (COE nacional) de solicitar el estado de excepción como medida preventiva.[47]

En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que los problemas jurídicos a plantear eran la naturaleza jurídica y finalidad de los estados de excepción, así como el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en el artículo 166 de la Constitución.[48] Se trata de la primera sentencia que se emitió respecto de un estado de excepción por una pandemia mundial en Ecuador.

Sobre el problema jurídico, la Corte estableció que el estado de excepción "es un mecanismo o arreglo normativo-constitucional con el que cuentan los Estados Democráticos" para afrontar situaciones excepcionales y defender los derechos de los ciudadanos en circunstancias donde dichos derechos no puedan ser protegidos con los mecanismos jurídico-institucionales regulares.[49] Sobre el fin de los estados de excepción, la Corte citó la Opinión Consultiva OC-8-87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que indica que el único fin de la declaratoria de estados de excepción es el respeto de los derechos, la defensa de la democracia y de las instituciones del Estado.[50] Además, en un interesante criterio comprueba la gravedad de la conmoción interna como la "inminencia y magnitud de la afectación, ante lo cual, es *deber del Estado prevenir la expansión de epidemias* que de forma grave amenazan a la población"[51] (énfasis agregado). Seguidamente, la Corte examinó la prueba de que la pandemia atenta contra la seguridad del Estado y la convivencia pacífica y la prueba de que los medios ordinarios no son suficientes para devolver la normalidad institucional. Luego, analizó que las medidas fueran estrictamente necesarias, con una relación de causalidad con los hechos, razonables y proporcionales. La Corte indicó que "si no existe una preparación adecuada frente

[47] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 0002-09-SEE-CC de 2009, párrafos 2-3. J. P. Roberto Bhrunis Lemarie.

[48] *Ibid.*, párrafos 5-6.

[49] *Ibid.*, párrafos 6-7.

[50] *Ibid.*, párrafos 14-15.

[51] *Ibid.*, párrafo 12.

a la amenaza del virus, sería probablemente insuficiente la institucionalidad actual para hacerle frente"[52] a la pandemia.

Finalmente, la Corte declaró la constitucionalidad del decreto y las medidas dispuestas por el presidente.

2.2.2. Dictamen 1-20-EE/20[53]

El Dictamen 1-20-EE/20, de 19 de marzo de 2020, es el segundo dictamen constitucional relacionado con estados de excepción en pandemias. Su origen es el Decreto 1017 del presidente Lenín Moreno por calamidad pública ante los casos de covid-19 confirmados y la declaratoria de pandemia por parte de la OMS. La Corte no estableció un problema jurídico a resolver, por lo que se asume que la discusión deriva en la constitucionalidad o no del decreto ejecutivo y las medidas que contiene, por medio de su análisis formal y material.

En cuanto al control material de la declaratoria, la Corte estableció por primera vez en los dictámenes de constitucionalidad, la definición y las condiciones para que un evento configure una calamidad pública: "Toda situación de catástrofe con origen en causas naturales o antrópicas que, por tener carácter de imprevisible o sobreviniente, provoca graves consecuencias en la sociedad, particularmente la lesión o puesta en riesgo de la integridad de la vida humana o de la naturaleza".[54] De allí que determinó dos elementos de esta causal: i) la presencia de una situación catastrófica derivada de causas naturales o humanas que afecte gravemente las condiciones sociales de una región o del país y ii) que la ocurrencia de dicha situación sea imprevista o sobreviniente, apoyándose en un fallo de la Corte Constitucional colombiana.[55] Entonces, la Corte verificó que la calidad de la pandemia y la tasa de transmisibilidad y mortalidad del virus configuran el primer requisito. Sobre el segundo, se concluyó que se trata de un virus nuevo y sin tratamiento o vacuna conocida hasta entonces, por lo que se configura la causal. Con respecto al control formal de las medidas, la Corte estableció que el decreto cumple con las formalidades del ordenamiento jurídico y se enmarca en las limitaciones constitucionales. Respecto del control material de las medidas, la Corte analiza la suspensión del

---

[52] *Ibid.,* párrafo 13.

[53] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-20-EE/20 de 2020. J. P. Teresa Nuques Martínez.

[54] *Ibid.,* párrafo 28.

[55] Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-216/11 de 2011, definición de calamidad pública: "Situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte de manera intempestiva a la sociedad, o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente o intempestiva el orden económico, social o ecológico".

derecho a la libertad de tránsito, determinando su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como su razonabilidad, dado que supera las medidas ordinarias, y su fin legítimo. En lo relativo a la suspensión del derecho a la libertad de asociación y reunión, se precisó la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, sirviéndose del análisis del acápite anterior. Además, respecto de la atribución de facultades conferidas a los Comités de Operaciones de Emergencia, la Corte estableció la constitucionalidad de que esta entidad tenga la facultad de determinar los horarios de restricción a la libertad de tránsito, asociación y reunión, tales como el toque de queda, y dictar los términos en que se limitará el derecho a la libertad de asociación y reunión. La Corte indicó que estos parámetros se deben cumplir en estricta coordinación con las autoridades correspondientes, para cumplir el objeto y fin del estado de excepción.[56]

Finalmente, la Corte aceptó la constitucionalidad del estado de excepción y sus medidas.

2.2.3. Dictamen 1-20-EE/20A[57]

El Dictamen 1-20-EE/20A modificó las disposiciones del estado de excepción señaladas previamente en el Dictamen 1-20-EE/20. Estableció que toda la provincia del Guayas sería considerada una zona de seguridad, por lo que se disponía la cooperación de las Fuerzas Armadas con la Policía Nacional, bajo la dirección del COE para el cumplimiento de las medidas ordenadas por el anterior decreto, con base en el incumplimiento de las medidas dispuestas y el aumento de casos de covid-19, según informes del Gobierno.

El problema jurídico, aunque no descrito explícitamente por la Corte, consistió en determinar la constitucionalidad o no de esta medida. En lo relevante para el presente estudio, la Corte dispuso claramente limitaciones expresas a las atribuciones del COE nacional, tales como no limitar o restringir derechos distintos a los suspendidos por medio del decreto ejecutivo que instaura o modifica el estado de excepción, pues es "una potestad exclusiva del Presidente de la República".[58]

La Corte terminó por resolver la constitucionalidad del decreto y las medidas que contiene. Es un caso interesante porque el dictamen se realiza sobre un decreto que modifica las medidas del estado de excepción, un tipo muy poco utilizado.

---

[56] *Ibid.*, párrafo 74.

[57] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-20-EE/20A de 2020. J. P. Roberto Bhrunis Lemarie.

[58] *Ibid.*, párrafo VI.1.f.

2.2.4. Dictamen 2-20-EE/20[59]

El Dictamen 2-20-EE/20 se realiza respecto del Decreto 1052 que renueva el primer estado de excepción por la pandemia del covid-19 para la extensión de la emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y frente a la petición del Ministerio de Defensa y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, además de distintas gobernaciones, todos solicitando la extensión del estado de excepción por no haberse mitigado los contagios ni aligerado la atención sanitaria.

Al respecto, la Corte analizó de forma novedosa el criterio relacionado con la limitación del derecho a la libertad de tránsito, pues reiteró que cada persona tiene derecho al debido proceso y garantías procedimentales, como la presunción de inocencia, por lo que una medida de toque de queda dentro de un estado de excepción no puede presumir el incumplimiento de la ley.[60] No estableció mayor análisis sobre las limitaciones al derecho de asociación y reunión, la movilización militar y policial o las facultades conferidas del COE. Ahora bien, respecto de parámetros sobre temporalidad, la Corte ordenó al Estado tomar las medidas necesarias para que enfrente la pandemia desde mecanismos jurídicos ordinarios, en virtud de los límites que la Constitución establece para los estados de excepción, que son de 60 días más su renovación de 30 días. Se destaca el criterio de la Corte hacia la protección de la libertad de expresión y protesta pública, indicando que, en lo posible, se debe garantizar el derecho a la protesta pacífica, con distanciamiento, normas biosanitarias y demás, a pesar de la declaratoria.

La decisión de la Corte fue la de declarar la constitucionalidad del decreto y, por ende, del estado de excepción.

2.2.5. Dictamen 3-20-EE/20[61]

El Dictamen 3-20-EE/20 tiene su fundamento en el Decreto Ejecutivo 1074, que estableció un nuevo estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, debido a la no superación de la pandemia del covid-19. El decreto recogió oficios del Ministerio de Salud y del COE nacional, indicando el número de contagios y la etapa de transmisión comunitaria, que motivan la interposición de un nuevo estado de excepción, así como oficios del Ministerio de Producción y Comercio Exterior y del Trabajo que refieren situaciones de pérdidas económicas y desempleo.

La Corte identificó que los hechos alegados configuran la causal, porque "el país pasó a una fase de transmisión comunitaria", por lo que acontecieron "hechos

---

[59] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-20-EE/20 de 2020. J. P. Ramiro Ávila Santamaría.

[60] *Ibid.,* párrafo 16.

[61] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 3-20-EE/20 de 2020. J. P. Enrique Herrería Bonnet.

sobrevinientes" que "permiten a esta Corte concluir que la situación se adecua a los parámetros para considerarla una calamidad pública".[62] Sin embargo, se verificó que la emergencia económica no fue un hecho sobreviniente y no se adecuó a ninguna de las causales del artículo de la Constitución, por lo que no es un hecho que amerite adoptar un régimen emergente. Al respecto, la Corte analizó la validez de un nuevo estado de excepción sucesivo. Indicó que "ningún Estado democrático puede permanecer en un régimen excepcional de manera permanente",[63] pero eso no lo exime de garantizar los derechos de sus ciudadanos, especialmente a la vida, integridad y salud. De modo que aceptó esta nueva declaratoria imponiendo la obligación de que "el Estado tome las medidas necesarias para enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios".[64] La Corte determinó que, en una lectura estricta de la Constitución, se debería concluir que no se puede establecer un nuevo estado de excepción después de la prórroga por un marco fáctico idéntico.[65] Sin embargo, aseveró que impedir el régimen de excepción y levantar las medidas "implicaría un actuar irresponsable en razón de las afectaciones a derechos, mismas que serían de dimensiones irreparables e incuantificables, puesto que se pondría en peligro la vida, la integridad y la salud de los habitantes del Ecuador". Entonces, a pesar de que el criterio de límites temporales es necesario para "no desnaturalizar la figura de estado de excepción", la Corte reiteró que la imprevisibilidad de la pandemia implica que la lectura del artículo 164 sea interpretada de forma "integral y transversal" con la Constitución y a partir del principio de necesidad, según el cual se requiere un régimen de excepcionalidad adicional.

La Corte aceptó la constitucionalidad del estado de excepción, estableciendo parámetros para una transición a un régimen de normalidad.

2.2.6. Dictamen 5-20-EE/20[66]

El Dictamen 5-20-EE/20 corresponde a la renovación del estado de excepción del Decreto 1074, en virtud de que no se habían superado las circunstancias de la pandemia, fundamentándose en los oficios del Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y la resolución del COE nacional.

El problema jurídico analizado fue la constitucionalidad o no de una renovación, una vez que se interpuso un estado de excepción inmediatamente después de otro.

La Corte Constitucional empezó por reiterar que el Estado no puede mantenerse en una situación de excepcionalidad permanente frente a sucesos estructurales y sostenidos indefinidamente en el tiempo. Sin embargo, tras analizar los antecedentes,

---

[62] *Ibid.,* párrafo 38.

[63] *Ibid.,* párrafo 45.

[64] *Ibid.,* párrafos 55-56.

[65] *Ibid.,* párrafo 59.

[66] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 5-20-EE/20 de 24 de agosto de 2020.

determinó que las circunstancias aún configuraban la causal. La Corte llamó la atención al Ejecutivo, indicando que, con el paso del tiempo, los efectos de la pandemia correspondían a la lentitud en el actuar institucional, en virtud de lo cual el estado de excepción "no podrá extenderse más allá de este periodo de 30 días".[67] Posteriormente, la Corte realizó una serie de recomendaciones para enfrentar la pandemia por medio del régimen ordinario, determinando que prácticamente todas las medidas adoptadas podían interponerse mediante un régimen ordinario, a excepción del toque de queda, que requeriría una declaratoria de estado de excepción para poder limitar y suspender el derecho al libre tránsito.

Con esas consideraciones, la Corte estableció la constitucionalidad del decreto que instauraba el estado de excepción.

2.2.7. Dictamen 7-20-EE/20[68]

Con el Dictamen 7-20-EE/20, la Corte analizó la constitucionalidad del Decreto 1217 que declaró estado de excepción por calamidad pública, dado el aumento de contagio y la mutación del virus proveniente del Reino Unido, así como las aglomeraciones venideras por las festividades de diciembre. Este decreto se presentó semanas después de terminado el estado de excepción anterior.

La Corte revisó y aceptó los requisitos formales de la declaratoria, pero en los requisitos materiales determinó que la fundamentación del decreto se basa en "un posible riesgo futuro y no actual", por lo que no se puede determinar la real ocurrencia de los hechos, dando así un giro en la jurisprudencia anterior que sí contemplaba amenazas como elementos que configuraban un estado de excepción. Por tal motivo, el Tribunal no verificó que la situación ameritara una nueva declaratoria. Además, no configuraba la causal de calamidad pública por cuanto estaban previstas mutaciones del virus y no vendría a ser una circunstancia sobreviniente. Del mismo modo, la Corte no verificó una causalidad entre las aglomeraciones y el aumento de contagios, ni tampoco consideró lógico que se solicitara una nueva declaratoria cuando el Ejecutivo admitía que la tasa de transmisibilidad era decreciente. También reiteró que no se requería un régimen excepcional para controlar la expansión del virus. Determinó la Corte que no existía una concordancia temporal cuando el toque de queda se restringía a unos pocos días respecto de los sesenta de la declaratoria, ni tampoco información suficiente para verificar la necesidad de la declaratoria en todo el territorio nacional.

Finalmente, la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto, poniendo fin de forma anticipada al estado de excepción. Es importante recalcar que este dictamen

---

[67] *Ibid.,* párrafos 39, 43.

[68] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 7-20-EE/20 de 27 de enero de 2020.

es el primero en la historia del Ecuador desde la Constitución de 2008, en el que la Corte Constitucional declaró inconstitucional un estado de excepción.

2.2.8. Dictamen 1-21-EE/21[69]

En el Dictamen 1-21-EE/21, la Corte analizó el Decreto 1282 que establece un nuevo estado de excepción por covid-19 ante el incremento de contagios en determinadas provincias, bajo la causal de calamidad pública con la debida fundamentación del Servicio Nacional de Riesgos y Emergencias, el Ministerio de Salud y el COE nacional.

La Corte verificó la real ocurrencia de los hechos y la configuración de la causal, por cuanto en esta ocasión, si bien las variantes no eran imprevistas, sí lo era el efecto del contagio de las mismas, así como la saturación y el desborde del sistema de salud expuesto por el presidente. Esto, además, enmarcaba al decreto dentro de los límites constitucionales. La Corte estableció que se trataba de hechos distintos que, ahora sí, configuraban una nueva declaratoria. Respecto de las disposiciones del COE, la Corte realizó una puntualización cambiando su criterio anterior y determinando que facultar al COE a regular y extender los márgenes de aplicación del toque de queda y a definir los términos de la ejecución de la suspensión de libertad de asociación y reunión está por fuera del marco constitucional. Solo el presidente es el autorizado por la Constitución para suspender o limitar derechos en un estado de excepción. Luego, la Corte estableció que, para prevenir interpretaciones extensivas sobre la limitación y suspensión de derechos a la libertad de tránsito y de asociación y reunión, el mismo decreto se restringiría a la temporalidad impuesta por el Ejecutivo respecto del toque de queda y no a los 30 días de vigencia original del decreto. Un nuevo criterio se dio en virtud de la celebración de elecciones llevadas a cabo en fechas cercanas, por lo cual la Corte estableció que se debía restringir la aplicación del decreto porque sería incompatible con el proceso democrático. Finalmente, se definió un nuevo criterio respecto de la oportunidad y claridad de las medidas adoptadas por el presidente en el marco de un estado de excepción. De este modo, si una declaratoria se realiza *ad portas* de un feriado nacional, esto se presta para confusiones y ello podría limitar la eficacia de las medidas adoptadas.

Entonces, la Corte estableció la constitucionalidad parcial del decreto y determinó su terminación anticipada.

---

[69] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-21-EE/21 de 2021. J. P. Agustín Grijalva Jiménez.

2.2.9. Dictamen 2-21-EE/21[70]

El Dictamen 2-21-EE/21 determinó la constitucionalidad del Decreto 1291 que estableció estado de excepción en 16 provincias durante 28 días por calamidad pública y grave conmoción interna por aumento de contagios por covid-19 y desabastecimiento de medicamentos e insumos para atender los contagios, respaldado por resoluciones del COE nacional y notas de medios de comunicación.

La Corte justificó la existencia de hechos sobrevinientes que configuraban una nueva causal de calamidad pública. El presidente invocó también la causal de grave conmoción interna, misma que la Corte rechazó por falta de argumentos, sin perjuicio de que el presidente esté facultado para emitir estados de excepción por más de una causal al mismo tiempo. En otro criterio novedoso, la Corte, por primera vez, distinguió los derechos de asociación, que constituyen ser parte de un grupo con vinculación permanente para un cierto fin lícito, y el de reunión, que es relativo a un acontecimiento temporal y eventual, como una fiesta, evento cultural, deportivo, etc. Entonces, determinó que el decreto solo restringía el derecho de reunión durante el toque de queda, dejando por fuera el ejercicio del derecho de asociación cuando se diera por medios telemáticos o por fuera de este horario. Luego, para definir el alcance de restricción a la inviolabilidad de domicilio, derecho por primera vez suspendido en pandemia, la Corte determinó que se podía dar en reuniones que superaran el número de personas que pertenecieran a una unidad familiar, siendo reuniones de otro tipo "incidentes de aglomeración"; del mismo modo, reuniones de una esfera íntima y familiar no se considerarían "fiestas clandestinas en propiedad privada" y siempre se debía respetar al máximo el derecho a la privacidad, propiedad privada y derechos conexos. Se estableció un nuevo criterio, mediante el cual el presidente "no puede ordenar emitir resoluciones [a otras funciones del Estado] por el respeto al principio de independencia de cada una de las funciones del Estado".[71]

Con esta y otras consideraciones adicionales, declaró la constitucionalidad del decreto sin modificaciones a su alcance y al contenido de las medidas.

2.2.10. Dictamen 3-21-EE/21[72]

El Dictamen 3-21-EE/21, corresponde a la declaratoria de estado de excepción por medio del Decreto 116 por calamidad pública ante la detección de la variante Delta del covid-19 en varias provincias del país, debidamente identificada por el Ministerio de Salud, la resolución de la OMS considerándola una variante de interés y las

---

[70] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-21-EE/21 de 28 abril de 2021. J. P. Ramiro Ávila Santamaría.

[71] *Ibid.,* párrafo 78.

[72] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 3-21-EE/21 de 2021. J. P. Enrique Herrería Bonnet.

resoluciones del Ministerio de Salud y el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos del COE nacional, además de varias estadísticas de vacunación, que justifican la interposición de la medida.

En los primeros apartados de este dictamen se recogieron, de forma sistemática, la mayoría de los criterios jurisprudenciales en materia de estados de excepción. La Corte comprobó que las nuevas variantes del virus representaban una mayor capacidad de transmisión y mortalidad, incluso que el virus original, y que efectivamente ya se encontraban en el país, configurando así la causal. Esto, a pesar de considerar que las variantes no eran un hecho imprevisto, pero las consecuencias en efecto no podían preverse ni tampoco podían ser superadas bajo el régimen ordinario. En cuanto al control formal y material de las medidas, la Corte estableció que la limitación de los derechos de libertad de reunión, tránsito e inviolabilidad de domicilio se enmarcan en las competencias materiales del Ejecutivo, tienen un fin legítimo y cumplen los parámetros legales y jurisprudenciales para ser idóneas, proporcionales, necesarias y razonables, a pesar de que algunas pueden realizarse mediante el régimen ordinario.

De esta manera, la Corte declaró constitucional el decreto, exhortando a la Asamblea Nacional a tramitar los proyectos de ley orientados a gestionar la emergencia sanitaria en una pandemia.

2.2.11. Dictamen 4-21-EE/21[73]

El último dictamen emitido por la Corte con relación a pandemias, el 4-21-EE/21, tuvo lugar en el marco del Decreto 140 que renueva el estado de excepción del Decreto 116 por la aparición de las variantes Delta y otras del covid-19 con el respaldo de las resoluciones del Ministerio de Salud.

Aquí, la Corte aplicó las reglas establecidas para determinar la validez de la renovación, mismas que verificó cumplidas. Finalmente, la Corte definió que se enmarcaba en la causal, temporalidad, territorialidad, razonabilidad y proporcionalidad necesarias, mediante un dictamen mucho más sucinto que otros anteriores en materia de renovación de estados de excepción.

La Corte declaró la constitucionalidad parcial del decreto, ratificando las medidas, pero declaró inconstitucional un artículo que eximía a los ciudadanos vacunados de las medidas dispuestas.

3. Expresión gráfica de la línea jurisprudencial

A continuación, mostraremos el desarrollo de los criterios de las líneas jurisprudenciales por medio de tablas comparativas, que permitirán visualizar claramente la

[73] Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-21-EE/21 de 2021. J. P. Carmen Corral Ponce.

pregunta relacionada con el problema jurídico de la línea jurisprudencial, el criterio comparativo de los dictámenes, en cuanto responden o desarrollan este problema jurídico. Para la presentación de los dictámenes, las tablas siguen un criterio cronológico: de más antiguos a más recientes.

Además, para cada problema jurídico se aporta la gráfica de las respuestas conforme a la metodología del profesor Diego López Medina.[74] Cada tabla incluye, posteriormente, una explicación y conclusión respecto de cada temática abordada.

3.1. Causales de estados de excepción por pandemia

La Constitución no establece la obligación del presidente de elegir una u otra causal en caso de una pandemia. Sin embargo, históricamente, por este motivo solo se han interpuesto estados de excepción por dos causales: grave conmoción interna y calamidad pública.

En primera instancia, la Corte aceptó un estado de excepción por grave conmoción interna causada por la amenaza del virus de la gripe AH1N1. Sin embargo,

Tabla 2. Nicho citacional de dictámenes de la Corte Constitucional sobre estados de excepción por pandemias en Ecuador

¿Bajo qué causal constitucional se interpone un estado de excepción por una pandemia?	
Sentencia 0002-09-SEE-CC	*Grave conmoción interna*, por cuanto la inminencia y magnitud de la pandemia amenaza gravemente a la población e impide al Estado proteger los derechos de los ciudadanos.
Dictamen 1-20-EE/20	*Calamidad pública,* por cuanto la pandemia es una situación catastrófica que afecta gravemente las condiciones sociales de forma general y se trata de una situación imprevista o sobreviniente.
Dictamen 5-20-EE/20	
Dictamen 3-20-EE/20	*Calamidad pública,* por cuanto pasar a una fase pandémica de transmisión comunitaria es un hecho sobreviniente en la causal de calamidad pública.
Dictamen 1-21-EE/21	*Calamidad pública,* por cuanto el contagio y la saturación del sistema de salud por causa de la presencia de una variante sí configura un hecho sobreviniente y constituye la causal de calamidad pública.
Dictamen 3-21-EE/21	
Dictamen 2-21-EE/21	Se puede interponer estado de excepción por pandemia por más de una causal, pero cada una debe justificarse por separado según los criterios jurisprudenciales.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

[74] López Medina, *El derecho...*, 142-162.

durante el covid-19, la Corte solo aceptó la causal de calamidad pública. En uno de sus últimos dictámenes, estableció que el estado de excepción por pandemia se puede configurar por ambas causales, pero deben estar debidamente justificadas. En ese sentido, la tabla 3 registra la línea jurisprudencial respecto de las causales que pueden interponerse en pandemia.

Tabla 3. Línea jurisprudencial de causales en estados de excepción por pandemia

¿Bajo qué causal se interpone un estado de excepción por una pandemia?		
Grave conmoción interna por pandemia como grave amenaza o evento venidero (informes de alerta de la OMS, noticias sobre variantes del virus en países extranjeros)	X 0002-09-SEE-CC X 2-21-EE/21	X 1-20-EE/20 X 3-20-EE/20 X 5-20-EE/20 X 1-21-EE/21 X 3-21-EE/21	Calamidad pública, por un evento real y comprobado (evolución de fases de pandemia, efectos de las variantes, saturación del sistema de salud), debidamente argumentado por el Ejecutivo.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

3.2. Elementos sobrevinientes que configuran la causal de calamidad pública

Dentro de la causal de calamidad pública, la Corte también ha establecido criterios más o menos restrictivos con relación al uso de esta. Al respecto, existen posturas que determinan que el cambio de fase de la pandemia, el desabastecimiento de hospitales, la cantidad de contagios y la aparición de variantes pueden considerarse hechos que configuren la causal, y otra postura que determina que los mismos hechos no la configuran. Estos criterios se recogen en la tabla 4.

Tabla 4. Criterios jurisprudenciales sobre si los elementos de la pandemia configuran la causal de calamidad pública en el marco de una pandemia

¿La existencia de nuevas variantes, cambio de fase de la pandemia, aumento de contagios y saturación del sistema de salud constituyen elementos que configuran la causal de calamidad pública en el marco de una pandemia?	
Dictamen 1-20-EE/20	La pandemia configura una calamidad pública, por cuanto es una situación catastrófica que afecta gravemente las condiciones sociales de forma general y se trata de una situación imprevista o sobreviniente.
Dictamen 2-20-EE/20	
Dictamen 3-20-EE/20	Pasar a una fase pandémica de transmisión comunitaria es un hecho sobreviniente en la causal de calamidad pública.
Dictamen 5-20-EE/20	Al pasar del tiempo, los efectos de la pandemia dejan de ser hechos sobrevinientes y corresponden también a la falta de actuación de las autoridades públicas.
Dictamen 7-20-EE/20	La sola aparición de variantes del virus en el mundo no constituye un hecho sobreviniente, porque era científicamente predecible, y no se configura la causal de calamidad pública.
Dictamen 1-21-EE/21	Sin demérito del criterio anterior, el contagio y la saturación del sistema de salud por causa de la presencia de una variante sí configura un hecho sobreviniente y configura la causal de calamidad pública.
Dictamen 2-21-EE/21	
Dictamen 3-21-EE/21	
Dictamen 4-21-EE/21	

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

Entonces, los eventos que sobrevienen en una pandemia, como desabastecimiento de medicamentos, aparición de variantes, aumento de contagios, saturación del sistema de salud, etc., se consideran elementos que configuran la causal de calamidad pública, según la tabla 5 de la línea jurisprudencial.

Tabla 5. Línea jurisprudencial sobre elementos que configuran la causal de calamidad pública en el marco de una pandemia

¿La existencia de nuevas variantes, cambio de fase de la pandemia, aumento de contagios y saturación del sistema de salud constituyen elementos que configuran la causal de calamidad pública en el marco de una pandemia?			
Sí, se consideran eventos sobrevinientes.	X 1-20-EE/20 X 2-20-EE/20 X 3-20-EE/20 X 1-21-EE/21 X 2-21-EE/21 X 3-21-EE/21 X 4-21-EE/21	X 5-20-EE/20 X 7-20-EE/20	No, son elementos previsibles y corresponden a la falta de actuación de las autoridades.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

3.3. Elementos reales o posibles que configuran la causal para estados de excepción

Además, la Corte también ha emitido su criterio respecto de si un evento venidero o una amenaza de pandemia constituye un elemento que justifica la declaratoria o no de un estado de excepción, de conformidad con el artículo 120 de la LOGJCC. Existe una postura que lo permite, y otro criterio que determina que un estado de excepción solo puede interponerse ante eventos reales y verificables. Estos criterios se explicitan en la tabla 6.

Tabla 6. Criterios jurisprudenciales sobre configuración de un estado de excepción por evento venidero o actual y debidamente comprobado

¿Un evento venidero e inminente puede justificar un estado de excepción por pandemia?	
Sentencia 0002-09-SEE-CC	Sí, porque es deber del Estado mitigar o evitar amenazas a las instituciones y los derechos de los ciudadanos, así como el de prevenir la expansión de pandemias, de modo que un evento venidero real, la posibilidad de la llegada de un virus y sus efectos en el contexto de una emergencia mundial declarada por la OMS, configura la causal de grave conmoción interna.
Dictamen 1-20-EE/20	No, como criterio implícito. La verificación de los elementos de la causal de calamidad pública tienen que tener una real ocurrencia, por lo que no caben especulaciones, posibilidades o amenazas como fundamento de la causal.
Dictamen 2-20-EE/20	
Dictamen 3-20-EE/20	
Dictamen 7-20-EE/20	No, como criterio explícito. Ante un posible riesgo futuro y no actual no se puede determinar la real ocurrencia de los hechos. Los estados de excepción operan ante circunstancias actuales y ciertas, no ante escenarios probables o futuros. Corresponde al presidente aportar la prueba de que son hechos reales y actuales.
Dictamen 3-21-EE/21	

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

En cuanto a este interesante criterio, la Corte Constitucional ha trazado una evolución jurisprudencial en la que pasa de aceptar estados de excepción por amenazas –incluso como un deber del Estado, es decir, una figura paternalista del Estado donde debe proteger de antemano a los ciudadanos– a una figura más limitada de estado de excepción, donde la libertad de los ciudadanos y el régimen constitucional ordinario que salvaguarda la división de poderes solo pueden ser alterados por un hecho real, concreto y verificable en el interior del territorio nacional. Al respecto, se traza la línea jurisprudencial mostrada en la tabla 7.

Tabla 7. Línea jurisprudencial sobre si un evento venidero o uno real justifica la declaratoria de un estado de excepción

¿Un evento venidero e inminente puede justificar un estado de excepción por pandemia?		
Sí, porque es deber del Estado mitigar y evitar amenazas	X 0002-09-SEE-CC X 1-20-EE/20 X 2-20-EE/20 X 3-20-EE/20 X …. 7-20-EE/20 X …. 3-21-EE/21	No, porque los hechos que justifican la declaratoria deben tener real ocurrencia, por lo que no caben amenazas, posibilidades o especulaciones.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

Como se ve, la Corte ha modificado su criterio inicial y actualmente no permite que un evento venidero o una amenaza configure un estado de excepción en el marco de una pandemia.

3.4. Ámbito territorial de un estado de excepción por pandemia

Sobre la definición del ámbito territorial de un estado de excepción, la Corte también tiene un importante desarrollo jurisprudencial, conforme detallamos en la tabla 8.

Tabla 8. Criterios jurisprudenciales sobre la configuración del ámbito territorial de los estados de excepción por pandemia

¿Cuál debe ser el ámbito territorial de un estado de excepción por pandemia?	
Sentencia 0002-09-SEE-CC	En todo el territorio nacional, determinado por el presidente, lo cual incluye la declaratoria por el máximo de tiempo permitido de 60 o 30 días dependiendo de si es instauración o renovación y en todo el territorio nacional, si así lo dispone.
Dictamen 1-20-EE/20	
Dictamen 2-20-EE/20	
Dictamen 3-20-EE/20	
Dictamen 5-20-EE/20	
Dictamen 3-21-EE/21	El límite territorial debe ser debidamente justificado por el presidente y circunscrito a las exigencias de la situación, por lo que, a falta de esta justificación, la Corte puede limitar la vigencia y el ámbito de aplicación del estado de excepción en todo el territorio nacional a uno más focalizado.
Dictamen 1-21-EE/21	Por la cercanía de un proceso democrático, la Corte debe limitar la temporalidad del estado de excepción, puesto que su interposición es incompatible con el proceso democrático.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

Entonces, podemos ver la evolución de esta línea jurisprudencial del ámbito territorial de un estado de excepción por pandemia. En principio, era un criterio más determinado por el presidente que generalmente implicaba todo el territorio nacional. Sin embargo, con el paso de los estados de excepción, la Corte adoptó un control más estricto, orientado a limitar el ámbito territorial a los sectores afectados y a exigir al presidente una focalización, como se puede ver en la tabla 9.

Tabla 9. Línea jurisprudencial de determinación del ámbito territorial de estados de excepción por pandemia

¿Cuál debe ser el ámbito territorial de un estado de excepción por pandemia?		
El determinado por el presidente, lo cual incluye la declaratoria por el máximo de tiempo permitido de 60 o 30 días dependiendo de si es instauración o renovación y en todo el territorio nacional, si así lo dispone.	X 2-09-SEE-CC X 1-20-EE/20 X 2-20-EE/20 X 3-20-EE/20 X 5-20-EE/20 X 3-21-EE/21 X 1-21-EE/21	El límite temporal y territorial debe ser debidamente justificado por el presidente, por lo que, a falta de esta justificación, la Corte puede limitar la vigencia y el ámbito de aplicación del estado de excepción a uno más focalizado.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

3.5. Sobre el ámbito temporal y la instauración de nuevos y sucesivos estados de excepción por pandemia

Finalmente, este es uno de los elementos más discutidos en los dictámenes de la Corte. En la tabla 10 se plasma el desarrollo jurisprudencial de criterios sobre la permisividad de nuevos y sucesivos estados de excepción ante la imposibilidad de superar la situación emergente en los plazos constitucionales establecidos.

Tabla 10. Criterios jurisprudenciales sobre la instauración de estados de excepción sucesivos

En virtud de la limitación Constitucional (60 días más 30 de renovación), ¿se puede volver a instaurar un estado de excepción por pandemia luego de terminado uno con su respectiva renovación?	
2-20-EE/20	No debería expedirse un nuevo estado de excepción por las mismas circunstancias, pero se permite por el daño que podría causar su revocatoria.
5-20-EE/20	
3-20-EE/20	
3-21-EE/21	
7-20-EE/20	No se permite un nuevo estado de excepción inmediatamente después de la expiración de la renovación por las mismas circunstancias.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

Entonces, la línea jurisprudencial sobre la constitucionalidad de la interposición de estados de excepción sucesivos por pandemia, una vez terminados los 60 días de vigencia y los 30 de renovación de este, se podría trazar como lo muestra la tabla 11.

Tabla 11. Línea jurisprudencial de la aceptación de estados de excepción sucesivos

En virtud de la limitación constitucional (60 días más 30 de renovación), ¿se puede volver a instaurar un estado de excepción por pandemia luego de terminado uno con su respectiva renovación?		
No debería expedirse un nuevo estado de excepción por las mismas circunstancias, pero se permite por el daño que podría causar su revocatoria.	X 2-20-EE/20 X 5-20-EE/20 X 3-20-EE/20 X 7-20-EE/20 X 3-21-EE/21	No se permite un nuevo estado de excepción inmediatamente después de la expiración de la renovación por las mismas circunstancias.

Fuente: Buscador de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE). Cuadro elaborado a partir del sistema de la Corte Constitucional del Ecuador, https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal

Es interesante que no exista una prohibición constitucional expresa de interposición de estados de excepción sucesivos. Sin embargo, la Corte se ha pronunciado en contra de esta práctica sin establecer un periodo de tiempo entre la expiración de la renovación y la instauración de un nuevo estado de excepción por los mismos o análogos hechos.

Conclusiones y resultados

Este artículo presentó un análisis exhaustivo de tratados internacionales, constituciones ecuatorianas pasadas y normas constitucionales y legales vigentes en Ecuador relacionadas con la declaración, regulación y limitación de estados de excepción. Además, se examinaron un total de 136 decretos ejecutivos que promulgan, modifican, renuevan y extinguen estados de excepción y 111 sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional en la materia, en un periodo comprendido entre 2008 y junio de 2023.

Como se pudo detallar, existen estándares internacionales vinculantes para los estados de excepción, como el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[75] y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[76] los cuales proponen criterios análogos y concordantes, debidamente explicados y analizados por fuentes doctrinales.

En cuanto al análisis de antecedentes históricos en Ecuador y constituciones pasadas, la primera Constitución de 1821 contenía una cláusula de poderes irrestrictos, que con el tiempo y la comprensión de esta institución fueron limitándose a facultades taxativas e implementando regulaciones más estrictas por parte del Congreso, el Consejo de Estado y muy poco por un Tribunal Constitucional. Así es como el control constitucional, facultad de la Corte Constitucional, se origina desde la Constitución de 2008, sin tener antecedentes análogos en constituciones anteriores.

En cuanto a la normativa constitucional y legal vigente, desde la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC),[77] se constató que la misma contiene los principales criterios internacionales en materia de estados de excepción, como cláusulas de legalidad, proporcionalidad, idoneidad, necesidad, temporalidad y territorialidad concordantes con los parámetros internacionales. Sin embargo, al no existir reformas desde la promulgación de la Constitución y la ley, la Corte Constitucional tiene un amplio rango de discrecionalidad al momento de emitir sus fallos en la materia.

Finalmente, del análisis de los 136 decretos ejecutivos y 111 dictámenes de la Corte, se logró determinar que, desde 2008 hasta junio de 2023, se han promulgado un

[75] CADH, artículo 27, 22 de noviembre de 1969.

[76] PIDCP, artículo 4, 16 de abril de 1966.

[77] LOGJCC, 2009.

total de 80 estados de excepción, de los cuales se han renovado 42, modificado 12 y terminado anticipadamente 2.

De todos estos decretos ejecutivos relativos a estados de excepción, solo 111 tienen dictamen de la Corte Constitucional y 25 no lo tienen, incluyendo un dictamen que determinó que había operado la prescripción de este control. Adicionalmente, de los 111 dictámenes de constitucionalidad, apenas existen dos desde 2008 hasta junio de 2023 que han determinado la inconstitucionalidad del decreto y, por lo tanto, revocado el estado de excepción. Asimismo, existen 103 dictámenes que aceptan la constitucionalidad de los decretos, uno que determina la prescripción de la facultad de control, y seis aceptan la constitucionalidad parcial o condicionalmente, modificando las condiciones establecidas por el presidente.

Por último, se determinó que desde 2008 solo existen 12 decretos de estados de excepción por pandemia en el Ecuador, con sus respectivas 12 sentencias y dictámenes, que se analizan debidamente para extraer la línea jurisprudencial en la materia.

Los resultados de la investigación plasmada en este artículo arrojan una importante evolución de las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional ecuatoriana con relación a estos estados de excepción por pandemia. En ese sentido, se puede ver una tendencia clara a no aceptarlos ante meras amenazas, sino ante hechos reales y comprobados, bajo la causal de calamidad pública y no la de grave conmoción interna.

En cuanto a los hechos sobrevinientes de una pandemia, la Corte admite que, en su mayoría, son imprevisibles y sobrevinientes, no en relación con su existencia, sino con el impacto que tendrán en el país, por lo cual permiten que sean fundamento para nuevos estados de excepción.

En lo relativo al límite territorial de un estado de excepción, la metodología aplicada permite visualizar una evolución de los parámetros de la Corte, implicando que, en la actualidad, aun en una pandemia mundial, un estado de excepción debe ser justificado en lo relativo a su extensión territorial y, preferentemente, focalizado a las zonas de contagios, para evitar una restricción generalizada de derechos.

Finalmente, con relación a la controversial instauración reiterada e inmediata de un estado de excepción por pandemia, una vez completado su tiempo máximo y renovación, la Corte no ha logrado solucionar el problema de evitar estados de excepción sucesivos ante el daño que podría causar su revocatoria, por la falta de acción de las autoridades competentes y de leyes que faculten una limitación de derechos. En ese sentido, la exposición a una pandemia puede sumir al Ecuador nuevamente en estados de excepción sucesivos e indefinidos.

Bibliografía

Doctrina

Aguilar, Juan Pablo. "Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción". *Revista Iuris Dictio* 9, n.° 13, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas.* Washington: Organización de los Estados Americanos, 2020. bit.ly/CIDHPandemia

Despuy, Leandro. Los derechos humanos y los estados de excepción". México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Fix-Zamudio, Héctor. "*Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. Boletín Mexicano de Derecho Comparad*o 37, n.° 111, 2004. bit.ly/3qbzj1r

López Medina, Diego. *El derecho de los jueces.* Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006.

Meléndez Padilla, Florentín. "Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos". Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 1997. bit.ly/3rNiZEC

Melo, Rosa. *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional Quito, 2015.

OACDH. Observación General No. 29 de 31 de agosto de 2001. Estados de emergencia. CCPR/C/21/Rev.1/Add.1.

Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2006.

Zovatto, Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

Normas jurídicas

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de abril de 1966.

Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *Registro Oficial. Suplemento* 52, 22 de octubre de 2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-1-EE/19 de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-20-EE/20 de 19 de marzo de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-20-EE/20A de 25 de marzo de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-20-EE/20 de 22 de mayo de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 3-20-EE/20 de 29 de junio de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 5-20-EE/20 de 24 de agosto de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 6-20-EE/20 de 19 de octubre de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 7-20-EE/20 de 27 de enero de 2020.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-21-EE/21 de 6 de abril de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-21-EE/21 de 28 de abril de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 3-21-EE/21 de 21 de julio 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 4-21-EE/21 de 4 de agosto de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 7-21-EE/21 de 29 de septiembre de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 2-23-EE/23 de 30 de marzo de 2023.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 0002-09-SEE-CC de 5 de mayo de 2009.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 007-11-DEC-CC de 27 de julio de 2011.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 532-17-EP/21 de 11 de agosto de 2021.
Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 28-19-AN/21 de 19 de septiembre de 2021.
Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-216/11 de 29 de marzo de 2011.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Zambrano y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 166.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 321-334, ISSN 2346-0849

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

El derecho procesal convencional de los derechos humanos, una disciplina autónoma del derecho procesal constitucional

RESUMEN

Bajo la corriente innovadora de potenciar los llamados Estados sin fronteras normativas surgen interrogantes respecto al ejercicio de los derechos consagrados en instrumentos internacionales. El derecho procesal constitucional se complementa con una tendencia transformadora jurisdiccional denominada derecho procesal convencional de los derechos humanos, cuyos principios (invocados durante la tutela de la dignidad humana) o sus reglas procedimentales (con naturaleza supranacional) siguen siendo ignorados por la comunidad litigante. El análisis académico-científico planteado en este artículo contribuye al desarrollo dogmático, complementado con entendimientos jurisprudenciales, que justifican la autonomía de esta nueva disciplina jurídica de la actual ciencia procesalista constitucional.

Palabras clave: derecho procesal convencional de los derechos humanos; principios transestatales; reglas supranacionales.

The Convention-Based Procedural Law of Human Rights, a Discipline that is Autonomous from Constitutional Procedural Law

ABSTRACT

The innovative trend to strengthen what is known as states without normative borders gives rise to questions about the exercise of the rights enshrined in international instruments. Constitutional procedural law is complemented by a transformative judicial trend known as the convention-based procedural law of human rights, whose principles (invoked when protecting human dignity) or its procedural rules

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

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

(of a supranational nature) continue to be ignored by the litigation community. The academic-scientific analysis presented in this article contributes to its dogmatic development, complemented by jurisprudential concepts, which justify the autonomy of this new legal discipline vis-à-vis existing constitutional procedural science.

Keywords: Convention-based procedural law of human rights; transnational principles; supranational rules.

Das vertragsbasierte Prozessrecht der Menschenrechte als eigenständige Disziplin des Verfassungsprozessrechts

ZUSAMMENFASSUNG

Im Zuge der innovativen Tendenz zur Stärkung der sogenannten Staaten ohne normative Grenzen treten Fragen hinsichtlich der Ausübung der in internationalen Instrumenten niedergelegten Rechte auf. Das Verfassungspozessrecht wird um eine als vertragsbasiertes Prozessrecht der Menschenrechte bezeichnete Tendenz zur Transformation der Rechtsprechung erweitert, deren (im Rahmen des Schutzes der Menschenwürde angeführte) Prinzipien oder (supranationale) Prozessregeln weiterhin von den Prozessparteien ignoriert werden. Die in diesem Artikel vorgenommene wissenschaftlich-akademische Analyse leistet einen Beitrag zur rechtsdogmatischen Weiterentwicklung; sie wird durch Erkenntnisse aus der Rechtsprechung ergänzt, die die Eigenständigkeit dieser neuen rechtswissenschaftlichen Disziplin von der aktuellen, auf das Verfassungsprozessrecht ausgerichteten Wissenschaft rechtfertigen.

Schlagwörter: Vertragsbasiertes Prozessrecht der Menschenrechte; staatenübergreifende Prinzipien; supranationale Regeln.

Introducción

Los fenómenos de la globalización han motivado a distintos sectores académicos de la ciencia jurídica a analizar disciplinas de reciente data, especialmente las que guardan afinidad con la protección de los derechos consagrados en disposiciones de naturaleza supranacional.

El siglo pasado detonó la suscripción de tratados y convenios internacionales, transitando de regímenes normativos donde predominaban cánones domésticos, a ordenamientos jurídicos en los que también priman las pautas extraestatales.

Los aparatos judiciales del mundo no pueden enfocarse en la aplicación de su legislación interna, sino que deben realizar interpretaciones basadas en el *corpus iuris* universal e interamericano. Los Estados, al momento de honrar sus compromisos, asumen obligaciones sobre determinados institutos que deben invocarse igualmente en sus jurisdicciones locales, por lo que el juzgamiento en cualquier materia tendrá que respetar los preceptos contenidos en el bloque de convencionalidad.

Fruto de la investigación académica, el presente artículo contempla un recorrido histórico de los pasajes relevantes en el surgimiento e implementación de lo que se denomina derecho procesal convencional de los derechos humanos, identificando sus elementos más característicos a través de sendas explicaciones de los principios y las reglas que rigen esta moderna disciplina jurídica.

1. Objeto de estudio del derecho procesal convencional de los derechos humanos

Se discute demasiado respecto al concepto de derecho procesal convencional de los derechos humanos, habida cuenta de la existencia de dos posturas contrapuestas donde surgen debates o discusiones científico-dogmáticas en cuanto a su objeto de estudio.

Un sector de académicos afirma que los derechos humanos son universales y podrán ejercerse, sin mayores reparos, independientemente del lugar en que las personas radiquen, pero deben existir instancias especializadas para asegurar su protección. En ese marco, el derecho procesal convencional de los derechos humanos solamente tendría relación con el sistema de juzgamiento aplicable frente a la lesión o violación de estos, siendo importante describir la jurisdicción (que comprende la corte o tribunal conveniente para el conocimiento del caso), la acción (traducida en el poder del individuo de interponer un recurso y acudir a un órgano jurisdiccional) y el proceso (con las etapas que deben seguirse durante la obtención de una resolución).[1]

Los defensores de esta posición, entre ellos, Gros Espiell o Alcalá-Zamora y Castillo, alegan que el derecho procesal convencional de los derechos humanos debe mantenerse al margen del resto de los países, y en mérito de la primacía de la normativa transnacional. Cualquier referencia a esta disciplina tiene que relacionarse con lo dispuesto en las cláusulas jurídicas internacionales, el régimen de solución de controversias y la jurisprudencia trabajada a partir de fallos de las instancias a las que los propios tratados o convenios han delegado expresamente su procedimiento.[2]

Por esta razón, cuando el objeto de estudio constituye la regulación de órganos de protección con trascendencia regional, con fuerza vinculante en sus decisiones para la tutela de la población y sin importar su nacionalidad, se está frente al derecho procesal convencional de los derechos humanos.

Cabe puntualizar las otras denominaciones que recibe, por ejemplo, derecho procesal transnacional, derecho procesal internacional o derecho procesal supraestatal,

---

[1] Gustavo Calvinho, *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), https://doi.org/10.2307/j.ctvm204q4

[2] Lucas L. Moroni Romero, "El derecho procesal de los derechos humanos, ¿una nueva disciplina?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2010): 377-388.

cuya finalidad representa la identificación de medios de protección de los derechos humanos con la intervención de instancias jurisdiccionales especializadas, reconocidas por instrumentos jurídicos convencionales.[3]

Conforme las fuentes consultadas, a esta disciplina le incumben los requisitos, contenidos y efectos de aquellos procesos activados en el resguardo de los derechos humanos. De esta manera, cualquier investigación por desarrollar tendría que concentrarse en los sistemas regionales de protección que fueron creados para el efecto, dejando de lado los mecanismos de tutela correspondientes a las jurisdicciones constitucionales de los países; más aún, tampoco interesa el resto de institutos jurídicos procesales de índole civil, penal, laboral u otras ramas del derecho, de lo que se deduce su carácter exclusivo y protectorio de los derechos, conforme a estándares convencionalizados.[4]

Con base en la complementariedad y las obligaciones adquiridas por los Estados, otro grupo de destacados juristas profesionales, como Gómez Lara y Ferrer Mac-Gregor, consideran que, a pesar de lo descrito en la normativa internacional expresada en acuerdos, pactos, protocolos u otras disposiciones de rango supraconstitucional, debe entenderse que el derecho procesal convencional de los derechos humanos tiene un catálogo de fines, normas, principios e instituciones propias.[5]

Es un desacierto focalizar los estudios de esta nueva disciplina exclusivamente en el tenor literal de las normas internacionales o las líneas jurisprudenciales sentadas por altos tribunales de justicia; lo aconsejable es partir de principios y reglas mínimas de contenido integral que, en diferentes latitudes del espacio judicial, puedan servir de apoyo durante la labor protectora de los derechos humanos.[6]

Lastimosamente, la literatura jurídica no es amplia en cuanto al contenido de principios o de qué manera estos han de emplearse por las autoridades jurisdiccionales transnacionales, o cuáles de ellos podrían servir de apoyo a los juzgadores locales para resolver causas.

Se desconoce la naturaleza jurídica de las reglas procesales que ingresan a consideración cuando se tutelan derechos humanos, cayendo incluso en una confusión con el propósito perseguido por las garantías mínimas que deben precautelarse para la resolución oportuna de conflictos, en temáticas relacionadas con la dignidad humana.

---

[3] Rubén Hernández Valle, *Derecho procesal constitucional y derecho convencional* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021).

[4] Luis Castillo Córdova, "La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales* 17, n.º 2 (2019): 15-52, https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000200015

[5] Alfonso Jaime Martínez Lazcano, "Derecho procesal convencional de los derechos humanos", *Revista Primera Instancia* 3, n.º 6 (2016): 13-37.

[6] Juan Cianciardo, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2003), https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2003.108.3771

En consideración al diálogo interjurisdiccional o entre judicaturas facultadas para resolver controversias, serán explicados los elementos del derecho procesal convencional de los derechos humanos que recaen en una lista de principios y un detalle de reglas generales que deben respetarse por las operadoras y los operadores de justicia encargados del resguardo de la población.

Por las motivaciones expuestas, esta disciplina no solamente atañe a quienes están involucrados en el amparo de derechos, sino que alcanza a cualquier persona que ejerza la abogacía, pues todos los ordenamientos jurídicos locales ahora presentan componentes convencionalizados.

2. Principios invocados en la protección de derechos

Las directrices que guían el desarrollo del proceso judicial se constituyen en principios a los que puede acudirse en el resguardo oportuno de los derechos consagrados en favor del pueblo.[7]

Indistintamente del sistema de protección, de la instancia supranacional o de los juzgadores con competencia para dictar resoluciones en la materia, la dogmática procesal confrontada con la teoría convencional da cuenta de varios principios que deben tenerse en cuenta durante el juzgamiento de problemas jurídicos inherentes a los derechos humanos: 1) la legalidad, 2) el principio dispositivo, 3) la oralidad y publicidad, y 4) el principio *pro homine* o pro persona.

La legalidad es el primer principio que reconoce el derecho procesal convencional, habida cuenta de que si algún juzgado o tribunal tiene la responsabilidad de solucionar conflictos inherentes a cualquiera de los derechos humanos, está conminado a actuar en el marco de lo señalado en las disposiciones jurídicas en vigencia. Toda autoridad judicial a la que se le reconozca jurisdicción y competencia debe cumplir sus atribuciones respetando lo establecido en la normativa, de modo que resulta permisible lo constitucional o legalmente autorizado de manera expresa.[8]

La aplicación de esta máxima contempla dos escenarios posibles. En el plano nacional incumbe que una jueza o un juez, con funciones de tramitar causas relacionadas con un derecho fundamental, desempeñará labores de acuerdo con lo dispuesto por una norma de carácter procesal, es decir, habrán de reconocerse sus atribuciones a través de un cuerpo adjetivo, por ejemplo, un código de procedimiento o ley de procesos.

---

[7] María Angélica Benavides Casals y José Ignacio Núñez Leiva, "Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?", *Revista de Derecho*, n.º 16 (2017): 31-46, https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476

[8] Julieta Rabanos, "Normas de derechos humanos: entre principios y reglas", *Iuris Dictio*, n.º 27 (2021): 9, https://doi.org/10.18272/iu.v27i27.2252

De esta manera, el juez local que resuelve un amparo constitucional u otro recurso de naturaleza tutelar goza de las prerrogativas de invocar asimismo la normativa supraestatal en la redacción de sus veredictos, justificativo para que, como se señaló, el derecho procesal convencional no quede enfrascado en ciertos órganos jurisdiccionales de carácter territorial, como cortes o tribunales, ampliando su espectro al resto de judicaturas de los países.

En la esfera de juzgamiento especializado por medio de los sistemas (universal o regional), el principio procesal de legalidad exige que los Estados hayan definido instancias concretas en la resolución de sus disputas.[9] Ejemplos concretos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Así lo dejaron establecido los Estados en los artículos 33, 44, 61 y siguientes de la CADH, que enumeran las funciones de observancia y defensa de los derechos humanos en las Américas a cargo de la CIDH, además de delegar la aplicación e interpretación de dicha norma a la Corte IDH.

El principio dispositivo es la segunda pauta jurídica que debe tomarse en cuenta para viabilizar un juicio justo, por cuanto la defensa de derechos puede iniciarse a instancia de parte o de los directos agraviados, siendo los principales interesados en demostrar alegatos e incluir prueba fehaciente que acredite sus pretensiones.[10]

Dentro de tribunales de rango nacional dicho principio ha dado lugar al reconocimiento de personas legitimadas para interponer recursos judiciales en la salvaguarda de derechos, permitiendo que no solamente la persona afectada por la vulneración acuda a los estrados de justicia; igualmente quedan facultadas para presentar acciones tutelares entidades como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, las instituciones de servicios judiciales de atención gratuita u otras reparticiones gubernamentales que, por mandato jurídico expreso de la ley, procuran el respeto de la dignidad humana de la población.[11]

En torno a las instancias jurisdiccionales con jerarquía transestatal (juzgadores con competencia por encima de las judicaturas locales), puede advertirse que el principio dispositivo está representado por el artículo 44 de la CADH, que instituye la posibilidad de presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación

---

[9] María Carmelina Londoño Lázaro, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2010), https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2010.128.4626

[10] Fabián Isidro Romero Correa *et al.*, "Prueba para resolver mejor: visión desde el principio de imparcialidad", *Revista Universidad y Sociedad* 14, n.º 6 (2022): 586-595.

[11] Farit Rojas Tudela, "La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la constitución boliviana", *Revista Jurídica Derecho* 7, n.º 9 (2018): 93-113.

de la referida Convención, por medio de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida.

El empoderamiento de las partes y, sobre todo, la presencia activa de grupos promotores de los derechos humanos toman la palestra al momento de solicitar la intervención de organismos internacionales, o promoviendo acciones jurídicas en instancias regionales para contrarrestar los agravios.

Las presuntas transgresiones cometidas en los Estados parte de la CADH son el justificativo por el que la sociedad civil organizada participa de las visitas *in loco* de la CIDH, dado que estas evaluaciones suscitan un diálogo abierto con la ciudadanía y, gracias al principio dispositivo, se puede documentar la situación de los derechos humanos o validar la información proporcionada ante las denuncias planteadas, mérito que realza la importancia del derecho procesal convencional en la promoción de la cultura de respeto o tolerancia en los países.

El ejemplo más concreto es el de Bolivia, país que recibió, durante la gestión de 2023, la visita de la CIDH, escenario propicio para reuniones de diálogo, escucha y recepción de información con autoridades estatales, junto a encuentros con sectores de la sociedad o víctimas de violaciones de los derechos humanos. Lo anterior demuestra que rige el principio dispositivo al tratarse de un concepto en construcción, más popularmente vinculado a una categoría especial de control de convencionalidad interamericano en sede nacional, que promueve la cultura de respeto por los derechos humanos.[12]

La oralidad y publicidad comprenden el tercer principio presente en los procesos de tutela, en exclusivo, a fin de contemplar espacios jurisdiccionales que transparenten los procedimientos descritos en los artículos 48 y 66 de la CADH. Por lo indicado, existe un panorama favorable de interacción de las altas cortes de justicia con los sujetos procesales, particularmente durante las audiencias orales en las que quedan expuestos los fundamentos del caso u otro dato relevante para dictar la sentencia, lo que demuestra que la voz del soberano es escuchada en alusión al principio de oralidad.[13]

Lo propio sucede con la publicidad, pues todas las decisiones asumidas a nivel regional (en cuestiones inherentes a los derechos humanos) se comunican de manera oportuna, logrando una socialización masiva de los medios e instrumentos que protegen a los ciudadanos de los Estados que suscribieron la CADH. Para ello existen los denominados procesos de socialización y difusión de ideas, por medio de cuadernillos con jurisprudencia sistematizada, o el diálogo interamericano; empero, no es posible identificar un método especial para acercarse a las decisiones de

---

[12] David Lovatón Palacios, "Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción", *Revista Direito e Práxis* 8 (2017): 1389-1418, https://doi.org/10.12957/dep.2017.27730

[13] Armando Salas Cruz, "Breve teoría y práctica de las Audiencias Públicas en el Procedimiento Contencioso Interamericano", *Estudios Constitucionales* 16, n.º 2 (2018): 17-49, https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200017

la Corte, debido a que el personal judicial cita las resoluciones convencionales que más se ajusten a sus argumentos.

En cierta medida, la fuerza vinculante de los fallos o pronunciamientos de instituciones que invocan disposiciones interamericanas depende de la masiva socialización de los sistemas regionales,[14] obligando a los Estados a brindar capacitaciones especializadas respecto a la naturaleza jurídica del control de convencionalidad que, sin duda alguna, complementa sus respectivos bloques de constitucionalidad.

Informes (anuales, país o temáticos) elaborados por la CIDH, o los veredictos (sentencias, opiniones consultivas y demás resoluciones) pronunciados por la Corte IDH se socializan a través de cartillas, recopilaciones jurisprudenciales u otras publicaciones institucionales que demuestran el compromiso de materializar el principio de publicidad en las distintas etapas procesales, pero igualmente repercuten en eventos extrajudiciales.

Entonces, quienes acuden al *corpus iuris* (universal o interamericano) en la redacción de resoluciones ven materializados los principios de oralidad y publicidad, debido a que la justicia trasnacional pudo influir procesalmente en el derecho interno o la legislación adjetiva doméstica.

Mediante el uso de los citados principios, se precautela el deber de los Estados de adaptar sus ordenamientos jurídicos a las prescripciones detalladas en la CADH, razón para que los juzgadores nacionales (munidos de una actitud positiva) actúen conforme a la jurisprudencia supralocal.[15]

El principio procesal *pro homine* ha sido universalizado y es quizá el criterio básico rector en el derecho procesal convencional, por lo que es catalogado como un cuarto componente del juzgamiento especializado en la tutela de derechos;[16] cabe mencionar la evolución que ha tenido este principio respecto a su denominación en tanto ya no se entiende como principio *pro homine*, sino como principio pro persona.

En el ámbito procedimental, se entiende que las decisiones asumidas no deben contravenir la normativa convencional en materia de derechos humanos, aspecto por el que (su aplicación) tuvo origen en la jurisprudencia sentada por la Corte IDH.[17]

En caso de duda o conflicto dentro de los procesos en los que se ventilen cuestiones relativas a los derechos humanos, el principio permite a los operadores de

---

[14] Humberto Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos", *Revista de Derecho,* n.º 15 (2017): 143-200, https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1375

[15] Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2008): 131-56.

[16] Constanza Núñez, "Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica", *Materiales de Filosofía del Derecho*, n.º 2 (2017), http://hdl.handle.net/10016/25317

[17] Ximena Medellín Urquiaga, "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos", *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019): 397-440, https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397

justicia realizar interpretaciones flexibles y aplicar la normativa convencional que se considere más favorable a la pretensión de las partes.[18] A dicho principio aluden con frecuencia los juristas, ya que, en la cultura jurídica moderna, no puede entenderse que se desarrollen las etapas procesales sin mencionar esta cuestión elemental del derecho internacional.[19]

La evolución constante de la ciencia procesal del derecho supranacional es testigo de que los cuatro principios analizados promueven juicios respetuosos de la normativa contenida en tratados y convenios, pero de igual manera son un punto de referencia para juzgadores locales que ejercen su actividad jurisdiccional priorizando estándares de derechos humanos. Por medio de los criterios rectores estudiados se superan posibles fronteras jurídicas y es factible garantizar una auténtica tutela efectiva (sea de índole constitucional o judicial) en cualquier proceso donde existen disputas entre partes.

3. Reglas procesales con naturaleza supranacional

Conceptualmente, las reglas hacen referencia a postulados que deben tomarse en cuenta en las diferentes etapas procesales. A diferencia de los principios que rigen en cada una de las fases del proceso, las reglas ofrecen posibilidades de resolver las causas en función de determinadas condiciones históricas, sociales y culturales de los sujetos que intervienen en el juicio.[20]

A modo de ejemplo, se explicarán las reglas más comunes que, con la finalidad de proteger los derechos humanos de la población, tienden a utilizarse por las juzgadoras y los juzgadores durante la resolución de controversias, a saber: la valoración de la prueba, el resarcimiento del daño y la subsidiariedad del proceso.

La valoración de la prueba queda sujeta a cánones impuestos, dado que los alegatos habrán de regularse pertinentemente por medio de reglas. Conforme se desglosa del Estatuto y Reglamento de la Corte IDH (arts. 25 y 57, respectivamente), es reconocida la libertad en la apreciación de todo elemento que colabore con la comprobación de hechos, por lo que el sistema probatorio en la judicatura interamericana no se encuentra limitado por reglas rígidas.

En los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi vs. Honduras, Cayara vs. Perú, y Paniagua Morales y otros vs. Guatemala, la Corte IDH concluyó

---

[18] Gonzalo Aguilar Cavallo, "El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena", *Cuestiones Constitucionales*, n.º 41 (2019): 83-128, https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2019.41.13942

[19] Medellín Urquiaga, "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos".

[20] Daniel Mauricio Patiño Mariaca, "La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 43, n.º 119 (2013): 655-703.

que los tribunales de justicia supranacionales tienen la potestad de valorar los medios probatorios de manera libre, toda vez que los sistemas procesales no están diseñados para priorizar formalidades, sino que pueden brindar pautas técnicas y viabilizar el tratamiento de los derechos humanos, cuyas autoridades jurisdiccionales pueden actuar con flexibilidad.[21]

Se trata de contravenciones a los derechos humanos, por lo que las valoraciones probatorias, si bien contemplan rasgos propios que la distinguen del resto de procesos judiciales, deben procurar un auténtico equilibrio entre las partes, siendo de utilidad (en el desarrollo del procedimiento) tanto la experticia como reglas lógicas, en lugar de los criterios formales que solamente ralentizan la averiguación histórica de los hechos denunciados.

Dictada la resolución por la Corte IDH, se abre un régimen reparatorio por los daños ocasionados a las víctimas. La doctrina señala que la reparación por vulneraciones de los derechos humanos se traduce en montos económicos dirigidos a indemnizar a quienes presentan un determinado recurso; empero, por la práctica interamericana surge la regla procesal de ajustar el resarcimiento financiero ordenado, analizando las particularidades de cada caso sometido a juicio.[22]

Por citar, un problema latente es el tipo de moneda y cambio oficial que pueda aplicarse al momento de condenar al Estado al pago de sumas de dinero. El sostenimiento de valor o la uniformidad en tasas cambiarias ha hecho que la Corte IDH apueste por el pago exclusivo en dólares; no obstante, la carencia de la divisa norteamericana dio un giro procesal en las determinaciones del sistema interamericano, para flexibilizar la erogación de gastos impuestos a los países.

En el reciente caso de Spoltore vs. Argentina se estableció que los Estados están conminados a desembolsar la reparación en dólares, pero, cuando esta obligación pecuniaria sea de difícil cumplimiento, es posible sufragar el pago en la moneda local, convirtiendo su equivalente a la tasa más favorable para las personas beneficiarias.[23]

Se colige que, en temas concernientes a resarcimientos pecuniarios por violaciones de los derechos humanos, pueden emplearse reglas procesales que faciliten costear los importes económicos, dando alternativas acordes a la realidad monetaria de los Estados.

---

[21] Alirio Abreu Burelli, "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Seminario "El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI", 2004, https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11662.pdf

[22] Rodrigo Santiago Juárez y Carlos Zamora Valadez, "La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, n.º 45 (2021): 313-338, https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16665

[23] Álvaro Paúl Díaz, "La flexibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al conceder reparaciones pecuniarias", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 26 (2022): 245-273.

Siguiendo estas tendencias, emerge la regla de la subsidiariedad del proceso, de lo que se desprende que los problemas jurídicos de los derechos humanos habrán de resolverse oportunamente en las jurisdicciones locales. La morosidad procesal es un aspecto desfavorable en el acceso a la justicia de quienes solicitan una determinada tutela, pues si las decisiones asumidas en el sistema interamericano tardan tiempos excesivos, no se justifica la creación de entidades supranacionales.

La congestión procedimental les quita mérito a las labores cumplidas por la CIDH y la Corte IDH, por lo que deben equilibrarse adecuadamente los niveles de eficiencia y eficacia del trabajo desarrollado por ambas instituciones, para que cualquier veredicto sea dictado en un plazo razonable.[24]

La activación de procesos en el plano regional se ha convertido en una práctica reiterada y habitual, que ha restado relevancia a las jurisdicciones locales, lo que condujo a un crecimiento desproporcionado de problemas jurídicos que deben resolverse por entidades supraestatales.

La regla técnica para viabilizar un proceso expedito, con el menor número de formalismos, implica que las altas cortes de justicia, creadas a razón de los sistemas de protección de derechos humanos, no constituyen tribunales de cuarta instancia, ni pueden dirimir los conflictos derivados de las resoluciones de juzgadores domésticos.

A merced de la regla de subsidiariedad, acogida en el Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia, la jurisdicción transnacional posee un carácter coadyuvante y complementario, quedando impedida de revisar los errores de hecho o derecho, siendo de entera responsabilidad de las autoridades judiciales asentadas en los países que suscribieron la CADH.[25]

Seguidamente, los criterios de razonabilidad y objetividad orientan la impartición de justicia en estrados convencionales, de tal suerte que las operadoras y los operadores jurídicos de los Estados quedan obligados a actuar identificando la posible lesión de los derechos y, verificados los agravios denunciados en los recursos presentados, están conminados a redactar una sentencia que prevea una reparación pecuniaria.

Precisamente, la regla técnica de subsidiariedad está presente en el derecho procesal convencional de los derechos humanos, ya que la solución a los conflictos en la materia no pasa por contar con una instancia judicial especializada de apelación internacional, sino que esta se activa únicamente en contextos en los que el aparato judicial nacional ha obviado la aplicación de estándares de protección más favorables al derecho doméstico. En rigor,

---

[24] Ariel Dulitzky, "Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano. Modelos para (des)armar*, ed. por Ariel Dulitzky (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 241-338, http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/39096

[25] Álvaro Paúl Díaz, "Traslado de pruebas ante la Corte Interamericana, a la luz del caso del Palacio de Justicia", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 48, n.º 129 (2018): 347-373.

> … las instancias supranacionales de control y promoción deben tener una intervención subsidiaria, y sólo deben ser convocadas cuando se ha demostrado la ineficacia de los procedimientos domésticos, por lo que -en general- se exige como condición el haber agotado los recursos internos. Esta subsidiariedad implica que la instancia natural de salvaguarda de los derechos humanos en Iberoamérica es el ordenamiento jurídico interno, y que sólo subsidiariamente existe el sistema internacional.[26]

Las apreciaciones detalladas conducen a concluir que la ciudadanía está facultada para acudir a los sistemas protectores de derechos humanos, exclusivamente cuando en su residencia nacional no fueron aplicados los parámetros convencionales; empero, de abrirse la jurisdicción supranacional, esta debe actuar flexibilizando el proceso para equilibrar a las partes, por lo que al verificar la existencia de violaciones de los derechos humanos, es factible imponer el resarcimiento monetario en función de la realidad económica del Estado.

Conclusiones

Gracias a la incidencia de los tratados y convenios en los ordenamientos locales, el derecho procesal de los derechos humanos es una disciplina jurídica moderna que se encuentra en boga, y goza de autonomía plena respecto al derecho procesal constitucional; no obstante, la protección efectiva queda sujeta a determinados procesos que se desarrollan conforme a directrices eficaces que conduzcan a sentencias dictadas en términos oportunos y dentro de un plazo razonable.

Puede concluirse que la función tutelar en la materia está supeditada a la interposición de acciones o recursos ante un tribunal competente para solucionar dichos conflictos (de matriz nacional o con rango supraestatal), aspecto por el que, en la rama procesal de los derechos humanos, se aplica un catálogo de principios y puede acudirse a un acervo de reglas técnicas que permiten un tratamiento especializado al pueblo, administrando justicia con una visión no restrictiva y acorde con estándares generales de pronta resolución, con la premisa de reducir los niveles regionales de conflictividad.

Bibliografía

Doctrina

Abreu Burelli, Alirio. "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Seminario "El Sistema interamericano de protección

[26] Carlos Alberto Gabriel Maino, "El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *Revista Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019): 350-358.

de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI" (pp. 111-128), 2004. https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11662.pdf

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 41 (2019): 83-128. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2019.41.13942

Calvinho, Gustavo. *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. https://doi.org/10.2307/j.ctvm204q4

Casals Benavides, María Angélica y José Ignacio Núñez Leiva. "Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?" *Revista de Derecho,* 31-46. https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476

Castillo Córdova, Luis. "La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales* 17, n.º 2 (2019): 15-52. https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000200015

Cianciardo, Juan. "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2003). https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2003.108.3771

Dulitzky, Ariel. "Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". En *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano. Modelos para (des)armar*, editado por Ariel Dulitzky, 241-338. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/39096

Gabriel Maino, Carlos Alberto. "El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". *Revista Universidad y Sociedad* 11, n.º 1 (2019): 350-58.

Hernández Valle, Rubén. *Derecho procesal constitucional y derecho convencional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Hitters, Juan Carlos. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2008): 131-56.

Londoño Lázaro, María Carmelina. "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2010). https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2010.128.4626

Lovatón Palacios, Miguel David. "Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción". *Revista Direito e Práxis* 8 (2017): 1389-1418. https://doi.org/10.12957/dep.2017.27730

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. "Derecho procesal convencional de los derechos humanos". *Revista Primera Instancia* 3, n.º 6 (2016): 13-37.

Medellín Urquiaga, Ximena. "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos". *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019): 397-440. https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397

Moroni Romero, Lucas L. "El derecho procesal de los derechos humanos, ¿una nueva disciplina?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2010): 377-88.

Nogueira Alcalá, Humberto. "El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos". *Revista de Derecho,* n.º 15 (2017): 143-200. https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1375

Núñez, Constanza. "Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica". *Materiales de Filosofía del Derecho*, n.º 2 (2017). http://hdl.handle.net/10016/25317

Patiño Mariaca, Daniel Mauricio. "La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 43, n.º 119 (2013): 655-703.

Paúl Díaz, Álvaro. "Traslado de pruebas ante la Corte Interamericana, a la luz del caso del Palacio de Justicia". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 48, n.º 129 (2018): 347-73.

Rabanos, Julieta. "Normas de derechos humanos: entre principios y reglas". *Iuris Dictio*, n.º 27 (2021): https://doi.org/10.18272/iu.v27i27.2252

Rojas Tudela, Farit. "La garantía jurisdiccional de aplicabilidad directa de derechos fundamentales en la Constitución boliviana". *Revista Jurídica Derecho* 7, n.º 9 (2018): 93-113.

Romero Correa, Fabián Isidro, Oswaldo Líber Andrade Salazar, Ned Vito Quevedo Arnaiz y Yanhet Lucía Valverde Torres. "Prueba para resolver mejor: visión desde el principio de imparcialidad". *Revista Universidad y Sociedad* 14, n.º 6 (2022): 586-95.

Salas Cruz, Armando. "Breve teoría y práctica de las Audiencias Públicas en el Procedimiento Contencioso Interamericano". *Estudios Constitucionales* 16, n.º 2 (2018): 17-49. https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000200017

Santiago Juárez, Rodrigo y Carlos Zamora Valadez. "La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila". *Cuestiones Constitucionales*, n.º 45 (2021): 313-338. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16665

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 335-349, ISSN 2346-0849

Carla Astrid Humphrey Jordan* **(México)**

Extendiendo la democracia: una mirada a los mecanismos de representación del sistema electoral mexicano

RESUMEN

El sistema político mexicano se ha forjado sobre la marcha, atendiendo a distintos acontecimientos de rompimiento del *statu quo* que imperó en cada etapa de la historia mexicana. La representación forma parte de la esencia de la consolidación de las democracias contemporáneas en las que, por la cantidad y diversidad de personas en un mismo territorio, es necesaria la presencia de una figura intermediaria para la conservación del modelo democrático. A pesar de las bondades de este modelo democrático, se evidencian anomalías, consistentes en la exclusión histórica de grupos políticamente minoritarios y de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad. Esto hace imprescindible la adopción de dos mecanismos correctivos para garantizar su inclusión –mismos que deben analizarse para determinar los objetivos con los que fueron creados, su evolución histórica y su vigencia actual–: la asignación por representación proporcional y la implementación de acciones afirmativas.

Palabras clave: representación proporcional; acciones afirmativas; sistema electoral mexicano.

Expanding Democracy: An Examination of the Representation Mechanisms of the Mexican Electoral System

ABSTRACT

The Mexican political system has been forged as it responded to different events that disrupted the status quo that prevailed during each stage of Mexican history.

* Licenciada en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); doctoranda en Gobierno y Administración Pública, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid. Consejera electoral, Consejo General del Instituto Nacional Electoral México. carla.humphrey@ine.mx / https://orcid.org/0009-0002-7141-8765.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Representation is part of the essence of the process to consolidate contemporary democracies given that, in light of the quantity and diversity of people in the same territory, an intermediary figure is required to preserve the democratic model. Notwithstanding the benefits offered by this democratic model, it presents anomalies, consisting of the historical exclusion of political minority groups and people belonging to groups in vulnerable circumstances. As a result, it is vital to adopt two corrective mechanisms to guarantee their inclusion: allocation by proportional representation and the implementation of affirmative action, both of which should be analyzed in order to determine the objectives for which they were created, their historical evolution and their current validity.

Keywords: Proportional representation; affirmative action; Mexican electoral system.

Vertiefung der Demokratie: eine Betrachtung der Repräsentationsmechanismen des mexikanischen Wahlsystems

ZUSAMMENFASSUNG

Die Herausbildung des mexikanischen politischen Systems erfolgte als Teil der Verarbeitung von Ereignissen, die mit dem in den einzelnen Etappen der mexikanischen Geschichte herrschenden Status quo gebrochen hatten. Repräsentation ist ein wesentlicher Bestandteil der Konsolidierung der heutigen Demokratien, in denen aufgrund der Anzahl und Vielfalt der Personen, die in einem bestimmten Territorium leben, das Vorhandensein von Mittlern für die Erhaltung des demokratischen Modells notwendig ist. Trotz der Vorteile dieses Demokratismodells lassen sich Anomalien feststellen, wie sie in der historischen Ausgrenzung von politischen Minderheiten und solchen Personen zum Ausdruck kommen, die besonders gefährdeten Gruppen angehören. Um ihre Integration sicherzustellen, sind zwei Korrekturmechanismen unerlässlich, die mit Blick auf die Zielsetzungen bei ihrer Einführung, ihre historische Entwicklung und ihre aktuelle Gültigkeit zu analysieren sind: die proportionale Repräsentation und die Umsetzung positiver Maßnahmen.

Schlagwörter: Proportionale Repräsentation; positive Maßnahmen; mexikanisches Wahlsystem.

Introducción

Escribir y describir la manera en la que un país ha materializado el modelo de democracia representativa constituye un ejercicio integral, que no solo busca presentar decisiones de rango constitucional y legal que marcaron el rumbo y la evolución del modelo representativo adoptado, sino también analizar detenidamente cuál es ese rumbo, sus implicaciones y su congruencia con las finalidades definidas de manera primigenia en el texto constitucional.

Los fenómenos relativamente recientes que sirven para explicar las reformas que han modelado el sistema de representación mexicana actual son, en primer lugar,

la pluralidad de intereses políticos en un sistema multipartidista y fragmentado, aunque dominado por un solo partido político durante la mayor parte del siglo pasado, que propicia la presencia de partidos con plataformas específicas y bases sociales comparativamente pequeñas; en segundo lugar, el reconocimiento de identidades sociales a partir de las cuales grupos sociales forman intereses específicos y llevan a la agenda pública una mirada distinta a la tradicionalmente establecida.[1]

Con base en lo anterior, este texto pretende delinear las raíces históricas y fundacionales del surgimiento de dos figuras presentes en la legislación mexicana, que constituyen los mecanismos para ampliar la representación democrática, cuyo diseño puede considerarse perfectible a la luz de un entorno político y social cambiante y un entramado normativo cuya reforma es inminente: la representación proporcional y las acciones afirmativas para grupos históricamente discriminados.

1. Proporcionalidad: la solución a la anomalía de la representación

El antecedente inmediato de la introducción del sistema de representación proporcional en nuestro país sucedió en 1962, cuando se reformaron los artículos 54 y 63 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incluir a los "diputados de partido", una figura para garantizar la presencia de las voces minoritarias en el Congreso de la Unión. La asignación de escaños a los diferentes partidos políticos surgió de la necesidad de apaciguar grupos políticamente desplazados e incorporar visiones diversas a la labor legislativa, tal como quedó plasmado en el *Diario de los Debates* correspondiente a la sesión de 23 de diciembre de ese año.[2] Bajo este sistema, los partidos debían obtener, como mínimo, el 2,5% de la votación total nacional para adquirir el derecho a tener desde 5 hasta 20 "diputados de partido".[3]

Con esa reforma, se canalizaron movimientos sociales protagonizados por profesores y ferrocarrileros, mediante la incorporación de una ruta de desahogo de demandas sociales por la vía pacífica, bajo un esquema de representación controlada.[4]

---

[1] Sustento de lo anterior son los acuerdos aprobados por el Consejo General del INE en materia de acciones afirmativas: INE/CG508/2017, INE/CG569/2020, INE/CG569/2020, INE/CG18/2021, INE/CG211/2014, INE/CG18/2021, INE/CG1443/2021 y, de manera reciente, INE/CG625/2023.

[2] Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados* II, n.° 37, México, D. F., 23 de diciembre de 1962, https://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/45/2do/Ord/19621223.html

[3] Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial* CCLVIII, n.° 45, 22 de junio de 1963, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_061_22jun63_ima.pdf

[4] César Sánchez Maldonado, "Oposición política, movimientos sociales y apertura controlada: la reforma electoral de 1963 en México", *Revista Historia Autónoma,* n.° 20 (2022): 103.

No obstante, dado que pocos partidos pudieron alcanzar el umbral mínimo de votos necesarios para acceder a la asignación de "diputados de partido",[5] se reformó nuevamente la Constitución para bajar el porcentaje mínimo requerido a 1,5% y aumentar a 25 la cantidad máxima de diputados con la que podían contar los partidos políticos.[6]

Este sistema duró poco más de una década, pues en 1977 se volvió a reformar el texto constitucional para introducir el sistema mixto de representación proporcional, luego de que en las elecciones presidenciales de 1976 compitiera José López Portillo como candidato único, lo que obligó a un replanteamiento de la estrategia de contención política que supuso el anterior esquema, aunado al aumento de guerrillas urbanas y rurales, el desempleo y el crecimiento poblacional.[7]

La introducción del sistema de representación proporcional, con la aprobación de la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (Loppe) en 1977, fue pensado para incorporar visiones plurales dentro del órgano legislativo, permitiendo que partidos minoritarios pudieran obtener mucho más que 20 asientos en la Cámara. En la discusión de esta reforma, se señaló la importancia de dar apertura al sistema de representación, "de modo que en la Cámara de Diputados esté presente el mosaico ideológico de la República".[8]

Más allá de la organización de las elecciones que supuso esta reforma, subyace una idea respecto de las condiciones que el individuo tiene frente a la sociedad, en un Estado en el que conviven tanto la defensa y garantía de los derechos individuales como los derechos de grupo o difusos, formados a partir de elementos identitarios comunes y suficientemente fuertes para formar intereses y llevarlos al terreno político. Así, la instauración de un modelo mixto de representación, no solo pretende resolver el problema de incorporación integral de intereses, sino que también se establece como un mecanismo conciliador, que atiende tanto a la colectivización como a la singularidad de las ciudadanas y los ciudadanos.

Para analizar la eficiencia, pertinencia o aciertos del sistema de representación proporcional, es necesario dar por hecho ciertos supuestos analíticos que acompañan, en teoría, la aplicación práctica del modelo mixto en el sistema político mexicano. Es decir, existen situaciones de hecho para que el modelo electivo, incorporado desde 1977, pueda trasladar efectivamente los intereses minoritarios y mayoritarios al Congreso de la Unión. Por ejemplo, es imprescindible la *disciplina partidista* –por

---

5 *Ibid*., 107.

6 Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial* CCCX, n.° 36, 14 de febrero de 1972, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_073_14feb72_ima.pdf

7 Israel Covarrubias González y Cristhian Gallegos Cruz, "Populismo, herencias y política democrática en México. De Luis Echeverría Álvarez a Andrés Manuel López Obrador", *Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas,* n.° 51 (2021): 17.

8 Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados* II, n.° 17, México, D. F., 18 de octubre de 1977, https://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/50/2do/Ord/19771018.html

la que candidaturas postuladas por los partidos políticos no se alejen de la agenda programática al llegar a los cargos–, una agenda políticamente *definida y diferenciada* entre partidos, *correspondencia* entre las demandas sociales y las plataformas electorales de los partidos –en las que efectivamente recojan las preocupaciones reales de sus votantes–, *garantía de los principios* de certeza, legalidad, imparcialidad, transparencia, rendición de cuentas, independencia y objetividad en la organización y calificación de los procesos electorales, así como en la gestión de las personas electas.

Uno de los primeros ejercicios de análisis sobre este esquema de representación fue realizado por Edmund Burke, en 1790, quien señaló que con la creación del Tercer Estado en la Francia posrevolucionaria se evidenciaron las limitaciones para que la comunicación entre el pueblo y la Asamblea fuera tan estrecha que efectivamente trasladara las preocupaciones generales a los órganos de representación. Esto, porque el vínculo entre las personas representantes de las unidades básicas con sus electores era diluido en cada uno de los ejercicios de selección de electores, por lo que no existía una garantía de representación integral. A pesar de que logró poner fin a la Revolución francesa, este sistema de representación también evidenció sus limitaciones para efectivamente trasladar las voces del pueblo a la Asamblea.[9]

Otra de las consideraciones sobre este sistema de representación fue esgrimida por John Stuart Mill, quien, en 1861, señaló que, en una democracia verdaderamente igualitaria, todos y cada uno de los sectores sociales son representados proporcionalmente, de forma tal que la mayoría de los electores tendrá una mayoría de representantes y la minoría de los electores siempre tendrá una minoría de representantes.[10] Su contribución en esta materia consistió en advertir los riesgos de un gobierno democrático mayoritario y la importancia de la aplicación del principio de igualdad en la elección de personas representantes.

Una aproximación teórica mucho más contemporánea es la de Hanna Fenichel Pitkin, quien señala que, generalmente, la representación es vista como un objeto inanimado y no como una actividad. Cuando se piensa en *quienes representan*, se supone que lo son porque así se les considera, mas no por hacer algo. Dicha visión lleva a considerar que no tiene sentido hablar de lo que hacen o cómo lo hacen. En cambio, para la autora, la representación es una cuestión de veracidad, "un actuar por otros, una actividad en nombre de otros, en interés de ellos, como agente de alguien más".[11] En este sentido, debe haber mecanismos para guiar la conducta de quienes resultan electas y electos, como la rendición de cuentas, la transparencia y un esquema de responsabilidades administrativas con sanciones creíbles y ejecutables.

---

[9] Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* (Ontario: McMaster University, 2008), 144, https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf

[10] John Stuart Mill, *Representative Government* (Ontario: Batoche Book, 2001), 85, https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/repgovt.pdf

[11] Hanna Fenichel Pitkin, *El concepto de representación* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), 124.

Precisamente, entre las críticas del sistema de representación proporcional se ha señalado la imposibilidad práctica de representar efectiva e igualitariamente los intereses de todos los grupos sociales, pues, incluso dentro de los escaños conseguidos por las minorías, existen intereses no recogidos por las personas representantes, así como intereses supraminoritarios que no alcanzaron la mayoría dentro de la propia minoría. Es decir que la composición poblacional y territorial de los distritos a los que se aplica el método de representación proporcional es tan vasta y tan irregularmente agrupada –en términos de representación de intereses–, que no todas las personas representadas pueden tener la seguridad de que sus demandas sociales sean llevadas a la arena pública.[12] Incluso, si fueran recogidas por sus representantes, no se garantiza que las votaciones puedan ser favorables para ellas.

Así, el imperativo de "una persona, un voto", acuñado por la Suprema Corte de Estados Unidos, a mediados del siglo XX,[13] resulta de imposible cumplimiento cabal. Esto, porque la representación efectiva de intereses sucede solo cuando esos intereses son compartidos por una cantidad electoralmente significativa de personas,[14] por lo que la representación en sistemas mayoritarios, así como en proporcionales y mixtos, se trata de una actividad enfocada en detectar, recoger y trasladar demandas colectivas, mas no individuales. Por tanto, existe una tensión permanente entre la protección de derechos individuales y minoritarios, y la defensa del método democrático actual, eminentemente representativo y, por tanto, excluyente.

A pesar de la cantidad excesiva y compleja de factores que condicionan la aplicación efectiva del sistema de representación proporcional, ha sido ampliamente utilizado en el mundo. De acuerdo con un informe de la organización internacional Electoral Reform Society, es la forma más popular de democracia adoptada en todo el mundo, utilizada por más de 100 países.[15]

Por supuesto, no existe un solo método de aplicación del principio de representación proporcional, pues si bien en teoría persigue una finalidad única, que es permitir la pluralidad de voces en el actuar legislativo, en la práctica ha tomado forma de diversas maneras. Las más populares son:

- Listas de partidos. En este esquema, las electoras y los electores votan por una lista de candidaturas, que puede ser cerrada –con un orden previamente

---

[12] André Blais y Marc André Bodet. "Does proportional representation foster closer congruence between citizens and policymakers?". *Comparative Political Studies* 39 (2006): 1243-1262.

[13] John R. Low-Beer, "The constitutional imperative of proportional representation", *The Yale Law Journal* 94, n.° 163 (1984): 164, https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/16297/15_94YaleLJ163_1984_1985_.pdf?sequence=2&isAllowed=y

[14] *Ibid.*, 177.

[15] "How many countries around the world use proportional representation?", Electoral Reform Society, https://www.electoral-reform.org.uk/how-many-countries-around-the-world-use-proportional-representation/

definido por el partido–, abierta –el electorado elige a sus candidaturas con el orden de prelación que deseen– o mixta –se presenta una lista previamente elaborada por el partido, en la que las y los votantes pueden emitir sus preferencias, y las candidaturas pueden ir subiendo en la lista dependiendo de la cantidad de votos que obtengan.[16]

- Voto único transferible. En este sistema, el electorado señala un orden de prelación de candidaturas para un mismo cargo. Este último es obtenido por quienes logren alcanzar una cuota previamente establecida. Comúnmente, se utilizan dos tipos de fórmulas para generar la cuota aplicada a esta variación de asignación proporcional: Droop y Hare.[17] Este método es utilizado en Irlanda del Norte, República de Irlanda, Malta, Escocia y Australia.[18]
- Sistema de miembros adicionales. En este esquema, la cantidad de escaños que conforman la legislatura guarda relación con la cantidad de votos obtenidos por los partidos. Las correcciones que se hacen en la configuración parlamentaria son aplicadas aumentando la cantidad de escaños, mas no con base en cuotas o cocientes. Este sistema es utilizado en Alemania, Londres, Gales y Nueva Zelanda.[19]

La amplia adopción del sistema de representación proporcional en el mundo ha sido producto de los beneficios que se le atribuyen. En sociedades altamente polarizadas, este mecanismo promueve el consenso y la integración de las necesidades de distintos grupos sociales en el diseño de políticas públicas; reduce la inestabilidad y tensión política al acoger a grupos políticamente minoritarios; mejora los mecanismos de rendición de cuentas por parte de representantes, dado que aumenta la cantidad de opciones políticas disponibles; y propicia un balance saludable entre el bipartidismo y el multipartidismo excesivo, ya que no produce tanta fragmentación política y favorece la gobernabilidad.[20]

---

[16] "Party list proportional representation", Electoral Reform Society, acceso el 23 de junio de 2024, https://www.electoral-reform.org.uk/voting-systems/types-of-voting-system/party-list-pr/

[17] "Hare vs Droop: How to set the quota under STV", Electoral Reform Society, acceso el 23 de junio de 2024, https://www.electoral-reform.org.uk/finding-the-finish-line-how-to-set-the-quota-under-stv/

[18] "Single transferable vote", Electoral Reform Society, acceso el 23 de junio de 2024, https://www.electoral-reform.org.uk/voting-systems/types-of-voting-system/single-transferable-vote/

[19] "Additional member system", Electoral Reform Society, acceso el 23 de junio de 2024, https://www.electoral-reform.org.uk/voting-systems/types-of-voting-system/additional-member-system/

[20] John M. Carey y Oscar Pocasangre, "Can proportional representation create better governance?", Protect Democracy, acceso el 23 de junio de 2024, https://protectdemocracy.org/work/can-proportional-representation-create-better-governance/

2. Las acciones afirmativas como un mecanismo ecualizador de la democracia

De la misma manera en que se ha buscado históricamente corregir la anomalía excluyente de la democracia representativa mediante asignación proporcional con base en intereses minoritarios, también se ha buscado la corrección relacionada con la representación identitaria mayoritaria, que históricamente ha excluido de la arena pública a personas integrantes de grupos en situación de discriminación. Para remediar esto, en Estados Unidos, en 1961, el presidente Kennedy emitió la Orden 10925, que prohíbe la contratación laboral discriminatoria basada en la raza, religión, color o nacionalidad, a toda empresa que tuviera contratos con el Gobierno.

La legislación mexicana vigente señala al respecto que

> ... las acciones afirmativas son las medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones. Se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser legítimas y respetar los principios de justicia y proporcionalidad.[21]

Si bien el presidente Franklin D. Roosevelt prohibió en 1941 la discriminación racial en los procesos de contratación, el origen del término "acción afirmativa" se originó en 1961,[22] y su evolución ha dado pie para conceptualizarla como "un programa en el que las personas que controlan el acceso a recursos sociales importantes ofrecen un acceso preferencial a estos recursos a grupos específicos que consideran necesitan un tratamiento especial".[23] Precisamente, la visión de estas medidas como preferenciales es lo que ha desatado muchas críticas respecto a una posible discriminación a la inversa, en contra de quienes se consideran excluidas y excluidos por no pertenecer a estos grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, en las universidades norteamericanas que han adoptado estas medidas como parte de los procesos de admisión, se han detonado muchos cuestionamientos sobre su efectividad, que incluyen: la falta de incentivos de las personas que forman parte de grupos minoritarios para desplegar el mismo esfuerzo que quienes no pertenecen a ellos para obtener espacios determinados;[24] la

---

[21] Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Nación, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2003, artículo 15 Séptimus, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf

[22] "The origins of affirmative action", *The Week*, 8 de enero de 2015, acceso el 28 de junio de 2024, https://theweek.com/articles/462937/origins-affirmative-action

[23] Peter H. Schuck, "Affirmative action: Past, present, and future", *Yale Law & Policy Review,* n.° 20 (2002): 5, https://www.jstor.org/stable/41308517

[24] "Support & opposition", Connecticut College, acceso el 25 de junio de 2024, https://www.conncoll.edu/employment/affirmative-action/support--opposition/#:~:text=In%20

asignación de los beneficios otorgados a estos grupos dirigidos a estratos específicos dentro de los mismos;[25] la visión de que la segregación institucionalizada por medio de cuotas perpetúa la discriminación hacia dichos grupos.[26]

El objetivo de las acciones afirmativas es crear espacios de inclusión que de otra manera no existirían por las desigualdades sociales y estructurales que han desplazado a ciertos grupos. Por tanto, existen tres condiciones necesarias para que lo anterior se cumpla: 1) que la persona a la que va dirigida la acción afirmativa realmente forme parte de dicho grupo; 2) que el grupo al que pertenece sea beneficiado por su inclusión; y 3) que el beneficio que esta acción implica sea compartido también por quienes no forman parte de su grupo. Más allá de la acreditación del vínculo entre la persona y sus raíces –pues esto supondría un análisis antropológico y sociológico más exhaustivo–, resulta interesante conocer el argumento por el cual se ha dicho que la presencia de personas de grupos minoritarios es benéfica para el grupo y la sociedad en general y para la democracia.

De acuerdo con Oshige y Brest, la convivencia con individuos de diversos trasfondos culturales y sociales permite una comunicación sin barreras conceptuales, así como una visión integral de los problemas sociales y, en consecuencia, la construcción de políticas públicas que respondan a diversos aspectos de los problemas que enfrentan las comunidades.[27] En este sentido, la implementación de las acciones afirmativas permite que el Estado ejerza un modelo de justicia correctiva, en el que se compensa a los individuos por las injusticias que han debido transitar, posicionándolos en lugares en los que deberían haber llegado si no hubieran sido objeto de discriminación.[28] Al hacerlo, se restablece el orden que naturalmente debió existir sin estas desavenencias, por lo que se logra que la sociedad pueda experimentar un estado de equidad, en el que todas las personas pueden, con esa visión, continuar con la construcción igualitaria de la asignación de beneficios.

En este mismo sentido, un estudio realizado en 2023 por el Instituto IZA de Economía Laboral encontró evidencia causal de la preferencia por la implementación de acciones afirmativas con base en características distintas a las de la pertenencia a grupos minoritarios. Es decir, de acuerdo con un experimento controlado a partir de encuestas, se encontró que la aceptación generalizada de las acciones afirmativas

---

Opposition%20to%20Affirmative%20Action,-Some%20people%20say&text=They%20say%20that%20the%20possibility,is%20needed%20for%20being%20admitted

[25] David Sacks y Peter Thiel, "The case against affirmative action", *Stanford Magazine*, septiembre/octubre 1996, acceso el 25 de junio de 2024, https://stanfordmag.org/contents/the-case-against-affirmative-action

[26] Mark J. Farrel, "Unintended consequences. Affirmative action's impact on higher education", *HoHoNu. A Journal of Academic Writing* 2 (2024): 34, https://hilo.hawaii.edu/campuscenter/hohonu/volumes/documents/Volo2MASTER.pdf

[27] Miranda Oshige y Paul Brest, "Afirmative action for whom?", *Stanford Law Review,* n.° 5 (1995): 865, https://law.stanford.edu/publications/affirmative-action-for-whom/

[28] *Idem*.

en Estados Unidos tiene que ver más con actitudes cívicas de justicia que con la adscripción a estos grupos; de hecho, la correlación entre la preferencia por las acciones afirmativas y haber experimentado discriminación en el pasado fue débil.[29] Esto indica que incluso quienes no se benefician de manera inmediata de las acciones afirmativas, al formar parte de grupos minoritarios, consideran que son útiles, justas y benéficas para la sociedad.

Lo anterior se enmarca en la necesaria pluralidad de visiones e inclusión de todos los grupos en una democracia representativa. Al igual que el sistema de representación proporcional, las acciones afirmativas sirven para acercar a las personas a la toma de decisiones públicas, corrigiendo anomalías producidas por el propio diseño mayoritario de la democracia contemporánea y la opresión sistemática e histórica de grupos específicos.

En México, la interpretación extensiva del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lleva a considerar que el Estado tiene la obligación de realizar ciertos actos para hacer equitativas las oportunidades diferenciadas entre un grupo y el resto de la población. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación define las acciones afirmativas como

> ...medidas de carácter administrativo, legislativo o de cualquier otra índole que tengan como finalidad evitar que se siga produciendo una diferenciación injustificada o discriminación sistemática o que se reviertan los efectos de la marginación histórica y/o estructural de un grupo social relevante.[30]

De esta manera, la adopción de medidas afirmativas ha propiciado la inclusión progresiva de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados en la toma de decisiones esenciales para la sociedad. Tratándose de puestos de elección popular, el Instituto Nacional Electoral ha emitido diversos acuerdos para garantizar que las mujeres, quienes han sido sistemáticamente excluidas de la vida pública de nuestro país, puedan competir en los comicios en igualdad de condiciones.[31] Asi-

---

[29] Sabrina Herzog *et al.*, *Who Is in Favor of Affirmative Action? Representative Evidence from an Experiment and a Survey* (Bonn: IZA Institute of Labor Economics, 2023): 26-27, https://www.iza.org/publications/dp/16640/who-is-in-favor-of-affirmative-action-representative-evidence-from-an-experiment-and-a-survey

[30] Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada XLIII/2014 (10a.), Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 14 de febrero de 2014, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/a_VpMHYBN_4klb4HccgR/%22Grupos%20sociales%22.

[31] Acuerdos INE/CG569/2020 e INE/CG1446/2021 (sobre paridad en gubernaturas en los PEL 2020-2021); INE/CG583/2022 (por el que se ordena a los partidos políticos nacionales a adecuar sus documentos básicos y garantizar la paridad sustantiva en la postulación de candidaturas a las gubernaturas a partir de los procesos electorales locales de 2023); INE/CG1443/2021 (por el que se asignaron las diputaciones federales por el principio de representación proporcional para el periodo 2021-2024 con el objetivo de garantizar el principio de paridad en la integración total de la Cámara de Diputados y Diputadas); e INE/CG256/2023

mismo, ha implementado acciones afirmativas en favor de indígenas, personas con discapacidad, afromexicanas, de la diversidad sexual, así como mexicanas y mexicanos migrantes y residentes en el extranjero.[32] Esto ha derivado en una composición legislativa más plural y equitativa con estos grupos, lo que se traduce en el aumento de probabilidades de que las políticas públicas emanadas de estos órganos de representación sean construidas con base en la experiencia, los testimonios y las aportaciones de personas pertenecientes a comunidades históricamente excluidas del espacio público.

A solicitud del Instituto Nacional Electoral, los efectos encontrados de la aplicación de estas medidas afirmativas fueron estudiados por el Colegio de México, específicamente, tratándose del proceso electoral federal 2020-2021. En el caso de personas indígenas, se encontró que la postulación en los 21 distritos electorales catalogados como indígenas contribuyó a que las candidaturas de dicho grupo fueran realmente competitivas; las candidaturas afromexicanas y con discapacidad fueron visibilizadas como tales; la inclusión de las personas de la diversidad sexual favoreció la postulación de perfiles activistas; y la de personas migrantes propició el reclutamiento de perfiles altamente competitivos.[33] Por esta razón, para el Proceso Electoral Federal 2023-2024, se aprobó el acuerdo INE/CG625/2023,[34] que establece la obligación de los partidos políticos de postular a personas pertenecientes a dichos grupos en situación de discriminación a cargos de elección popular federal, como diputaciones y senadurías.

(por el que se establece la postulación paritaria de gubernaturas para los procesos electorales 2023-2024).

[32] Acuerdos INE/CG508/2017 (mediante el cual se establecieron los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular en el Proceso Electoral Federal 2017-2018, entre los cuales se contempló la inclusión de una acción afirmativa indígena); INE/CG572/2020 (por el que se determinó que los partidos políticos nacionales y coaliciones debían postular a personas indígenas en, al menos, 21 de los 28 distritos electorales en el proceso electoral federal 2020-2021); INE/CG18/2021 (sobre criterios aplicables para el registro de candidaturas a diputaciones por ambos principios para el proceso electoral federal 2020-2021 para especificar los 21 distritos en que los partidos políticos nacionales y coaliciones debían postular personas indígenas y acciones afirmativas para personas con discapacidad, personas de la diversidad sexual y personas afromexicanas); INE/CG160/2021 (por el que se ordenó a los partidos políticos nacionales registrar una fórmula de personas mexicanas migrantes y residentes en el extranjero dentro de los primeros diez lugares de cada una de las listas correspondientes a las cinco circunscripciones electorales); e INE/CG527/2023 (por el que se emiten los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que soliciten los partidos políticos nacionales y, en su caso, las coaliciones, en el proceso electoral federal 2023-2024).

[33] El Colegio de México, *Estudio especializado sobre la efectividad en la aplicación de las acciones afirmativas y las barreras que enfrentan los grupos en situación de discriminación en la representación política en el proceso electoral federal 2020-2021*, Observatorio de Participación Política de las Mujeres en México, 26 de enero de 2023, 272-274, https://igualdad.ine.mx/wp-content/uploads/2023/02/2_PresentacionEstudio.pdf

[34] Acuerdo INE/CG625/2023, https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/156945/CGex202311-25-ap-1.pdf

3. Reflexiones frente a una reforma político-electoral

Sin duda, el concepto de representación democrática supone mucho más que un ejercicio aritmético de selección de integrantes de legislaturas, ya que implica el establecimiento de condiciones institucionales que garanticen la efectiva deliberación, así como la formación de acuerdos y consensos. Como se puede advertir, el establecimiento del sistema de representación proporcional en nuestro país fue un proceso largo, cuya finalidad inmediata consistió en el apaciguamiento de grupos disidentes y de intereses corporativos específicos, buscando simultáneamente la conservación del *statu quo* respecto del partido en el poder y la creación de uno nuevo, en el que las voces disidentes encontraran un cauce de expresión.

A pesar de que su incorporación al plano constitucional no respondió primigeniamente a las finalidades señaladas por las teóricas y los teóricos a nivel mundial, se puede concluir que en México sí se han alcanzado estos objetivos. La permanencia del registro de distintos partidos políticos a lo largo de nuestra historia puede dar cuenta de la efectividad del sistema de representación proporcional para incorporar visiones políticas minoritarias en la esfera pública y acercar al Gobierno a las ciudadanas y los ciudadanos. Por lo anterior, al pensar en una reforma político-electoral, es necesario considerar que una de las bondades de este mecanismo es precisamente la formación de consensos, la creación de alianzas y la sana discusión en el interior de los órganos representativos.

Si lo que se pretende es una reducción de las y los representantes, no hay que perder de vista que la eliminación total de este modelo puede significar un retroceso en la consolidación de una democracia representativa, en la que deben estrecharse las vías de contacto del Gobierno con la ciudadanía, incorporando agendas que no necesariamente son recogidas por las fuerzas políticas mayoritarias. El potencial corrector de la asignación proporcional de escaños en las Cámaras ha permitido la inclusión de agendas políticas diversas y la apertura del sistema político, dirigiendo a nuestro Gobierno hacia una democracia cada vez más representativa y deliberativa.

De la misma manera que la representación proporcional corrige la participación equitativa entre los partidos políticos, las acciones afirmativas se han convertido en medidas para acelerar la inclusión de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación que, de otra forma, no se conseguiría en el corto plazo o nunca se lograría. La inercia histórica con la que se ha trasladado el poder a lo largo de los años ha producido una discriminación en el acceso al espacio público y, como consecuencia, una asignación inequitativa de cargos de representación popular, desplazando a ciertos grupos de la esfera pública, como el de las mujeres, personas indígenas, discapacitadas, afromexicanas, migrantes y otros muchos que aún no han sido visibilizados.

Como autoridades del Estado mexicano, las instituciones electorales tienen la obligación de garantizar el acceso equitativo a espacios de representación y un ejercicio en condiciones de igualdad en el desempeño de los cargos a todas las personas, con independencia de su adscripción social, cultural, racial, política, o cualquier otra

categoría identitaria que las separe en grupos sociales. De esta manera, el Instituto Nacional Electoral ha implementado acciones para incorporar a personas de estos grupos desplazados en los procesos electivos de representantes. No obstante, estas iniciativas han surgido de omisiones legislativas sobre la incorporación de mecanismos para garantizar un acceso equitativo a los cargos públicos y, en especial, a los órganos de representación.

Por lo anterior, ante una reforma político-electoral, es necesario que el Congreso diseñe, implemente y dé seguimiento a un modelo electivo en el que se incluya formalmente la obligación de los partidos políticos de postular candidaturas pertenecientes a distintos grupos históricamente discriminados, tanto a nivel federal como local. Lo anterior, permitiría una mecanización fluida de estas medidas por parte de las autoridades administrativas electorales, cuyos acuerdos en esta materia no son definitivos, precisamente porque pueden y han sido impugnados ante la autoridad jurisdiccional electoral.

Ambos mecanismos –la asignación por representación proporcional y las acciones afirmativas– han sido fundamentales para la ampliación de espacios de representación en una sociedad plural y políticamente diversa, fungiendo como métodos correctivos de anomalías generadas por la adopción de la democracia contemporánea, necesariamente representativa, y por la existencia de privilegios que supusieron el desplazamiento y la discriminación histórica de personas de la toma de decisiones en el espacio público. Por esta razón, cualquier reforma político-electoral debe considerar las finalidades para las que fue creada y sus efectos benéficos a lo largo de los años en el sistema político mexicano.

Bibliografía

Blais, André y Marc André Bodet. "Does proportional representation foster closer congruence between citizens and policymakers?". *Comparative Political Studies* 39 (2006): 1243-1262.

Britannica. "Sistems of proportionality". Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.britannica.com/topic/proportional-representation/Systems-of-proportionality

Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Ontario: McMaster University, 2008. https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf

Carpizo McGregor, Jorge. *La reforma política mexicana de 1977*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2107/5.pdf

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados* II, n.° 37. México, D. F., 23 de diciembre de 1962. https://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/45/2do/Ord/19621223.html

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados* II, n.° 17. México, D. F., 18 de octubre de 1977. https://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/50/2do/Ord/19771018.html

Connecticut College. "Support & opposition". Acceso el 25 de junio de 2024. https://www.conncoll.edu/employment/affirmative-action/support--opposition/#:~:text=In%20Opposition%20to%20Affirmative%20Action,-Some%20people%20say&text=They%20say%20that%20the%20possibility,is%20needed%20for%20being%20admitted

Covarrubias González, Israel y Cristhian Gallegos Cruz. "Populismo, herencias y política democrática en México. De Luis Echeverría Álvarez a Andrés Manuel López Obrador". *Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas,* n.° 51 (2021): 1-49.

Electoral Reform Society. "How many countries around the world use proportional representation?". Acceso el 22 de junio de 2024. https://www.electoral-reform.org.uk/how-many-countries-around-the-world-use-proportional-representation/

Electoral Reform Society. "Party list proportional representation". Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.electoral-reform.org.uk/voting-systems/types-of-voting-system/party-list-pr/

Electoral Reform Society. "Hare vs Droop: How to set the quota under STV". Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.electoral-reform.org.uk/finding-the-finish-line-how-to-set-the-quota-under-stv/

Electoral Reform Society. "Single transferable vote". Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.electoral-reform.org.uk/voting-systems/types-of-voting-system/single-transferable-vote/

Electoral Reform Society. "How does proportional representation work in Germany?". Acceso el 23 de junio de 2024. https://www.electoral-reform.org.uk/how-does-proportional-representation-work-in-germany/

El Colegio de México. *Estudio especializado sobre la efectividad en la aplicación de las acciones afirmativas y las barreras que enfrentan los grupos en situación de discriminación en la representación política en el proceso electoral federal 2020-2021*. Observatorio de participación política de las mujeres en México, 26 de enero de 2023. Acceso el 25 de junio de 2024. https://igualdad.ine.mx/wp-content/uploads/2023/02/2_PresentacionEstudio.pdf

Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Nación. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2003. artículo 15 Séptimus. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf

Farrel, Mark J. "Unintended Consequences. Affirmative Action's Impact On Higher Education". *HoHoNu. A Journal of Academic Writing* 2 (2024). https://hilo.hawaii.edu/campuscenter/hohonu/volumes/documents/Volo2MASTER.pdf

Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial* CCLVIII, n.° 45, 22 de junio de 1963.

https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_061_22jun63_ima.pdf

Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación. *Diario Oficial* CCCX, n.° 36, 14 de febrero de 1972. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_073_14feb72_ima.pdf

Herzog, Sabrina *et al. Who Is in Favor of Affirmative Action? Representative Evidence from an Experiment and a Survey*. Bonn: IZA Institute of Labor Economics, 2023. https://www.iza.org/publications/dp/16640/who-is-in-favor-of-affirmative-action-representative-evidence-from-an-experiment-and-a-survey

Low-Beer, John R. "The constitutional imperative of proportional representation". *The Yale Law Journal,* n.° 94 (1984): 163-188. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/16297/15_94YaleLJ163_1984_1985_.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Mill, John Stuart. *Representative Government*. Ontario: Batoche Book, 2001. https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/repgovt.pdf

Oshige, Miranda y Paul Brest. "Afirmative action for whom?". *Stanford Law Review,* n.° 5 (1995). https://law.stanford.edu/publications/affirmative-action-for-whom/

Pitkin, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Protect Democracy. "Can proportional representation create better governance?". Acceso el 23 de junio de 2024. https://protectdemocracy.org/work/can-proportional-representation-create-better-governance/

Sacks, David y Peter Thiel. "The case against affirmative action". *Stanford Magazine,* septiembre/octubre de 1996. Acceso el 25 de junio de 2024. https://stanfordmag.org/contents/the-case-against-affirmative-action

Sánchez Maldonado, César. "Oposición política, movimientos sociales y apertura controlada: la reforma electoral de 1963 en México". *Revista Historia Autónoma,* n.° 20 (2022): 91-109.

Schuck, Peter H. "Affirmative action: Past, present, and future". *Yale Law & Policy Review,* n.° 20 (2002): 1-96. https://www.jstor.org/stable/41308517

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada XLIII/2014 (10a.). Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 14 de febrero de 2014. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/a_VpMHYBN_4klb4HccgR/%22Grupos%20sociales%22

The Week. "The origins of affirmative action", 8 de enero de 2015. Acceso el 28 de junio de 2024. https://theweek.com/articles/462937/origins-affirmative-action

Wilke, Peter. "Germany acts to shrink its massive parliament". *Político,* 14 de marzo de 2023. Acceso el 24 de junio de 2024. https://www.politico.eu/article/bundestag-germany-wants-to-shrink-its-colossal-parliament/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 351-377, ISSN 2346-0849

José Mario Achoy Sánchez* **(Costa Rica)**
Andrei Cambronero Torres** **(Costa Rica)**

Reglas constitucionales republicanas: elemento necesario, pero insuficiente, para una democracia perdurable en Centroamérica

RESUMEN

Desde un enfoque dual (ciencia política y derecho constitucional), este artículo tiene por objeto analizar la influencia del llamado derecho de la constitución en la configuración y consolidación (o no) de las democracias centroamericanas, en el periodo posterior a los conflictos sociopolíticos y militares que se suscitaron en el istmo, avanzada la segunda mitad del siglo XX. El texto no pretende hacer una descripción exhaustiva de qué ocurrió en la región durante la fase de enfrentamientos bélicos; la intención es problematizar acerca de las soluciones político-institucionales a las que arribaron las naciones centroamericanas, con el fin de evidenciar cómo dichas soluciones, al no suplementarse con cambios en la distribución de la riqueza, fueron (y son) insuficientes.

Palabras clave: democracia en Centroamérica; democracia formal vs. democracia económica; acuerdos de paz de Esquipulas; soluciones constitucionales; conflictos armados centroamericanos; procesos constituyentes.

---

* Abogado y politólogo. Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica (UCR) e investigador del Programa Estado de la Nación (PEN) del Consejo Nacional de Rectores y del Instituto de Investigación en Educación de la Universidad de Costa Rica (INIE-UCR); docente e investigador en política y derecho constitucional, y temas asociados al sistema de justicia y la formación ciudadana. Miembro de la Red Internacional de Justicia Abierta y de la Red Académica de Gobierno Abierto. jachoy@ucm.es / https://orcid.org/0000-0003-0942-6318

** Abogado, criminólogo-criminalista, sociólogo y administrador. Jefe de Despacho de la Presidencia del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (TSE-CR) y docente titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR). Cuenta con múltiples publicaciones en el campo electoral, *ius* filosófico y del ámbito interdisciplinario de la sociología jurídica. Coordina la Cátedra de Investigación Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. andrei.cambronero@ucr.ac.cr / https://orcid.org/0000-0002-1768-6921

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Republican Constitutional Rules: A Necessary but Insufficient Element for Lasting Democracy in Central America

ABSTRACT

This article aims to analyze, with a dual perspective (political science and constitutional law), the influence of what has been called the law of the constitution on the configuration and consolidation (or not) of Central American democracies in the period that followed the socio-political and military conflicts that took place in the isthmus during the second half of the twentieth century. The article does not intend to provide an exhaustive description of the events that took place in the region during the period of armed conflicts; its intention is to problematize the political-institutional solutions reached by the Central American nations, in order to show how these solutions, by not including any change in wealth distribution, were (and are) insufficient.

Keywords: Democracy in Central America; formal democracy vs. economic democracy; Esquipulas Peace Agreement; constitutional solutions; Central American armed conflicts; constituent processes.

Republikanische Verfassungsbestimmungen: eine notwendige, aber nicht hinreichende Komponente einer dauerhaften Demokratie in Zentralamerika

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von einem dualen Ansatz (Politikwissenschaft und Verfassungsrecht) nimmt der Artikel eine Analyse des Einflusses vor, den das sogenannte konstituierende Recht auf die Ausgestaltung und Konsolidierung der zentralamerikanischen Demokratien im Anschluss an die soziopolitischen und militärischen Konflikte hat (oder nicht), die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auf dem Isthmus ausbrachen. Mit dem Text ist keine erschöpfende Beschreibung der Ereignisse in der Region während der kriegerischen Auseinandersetzungen beabsichtigt; er nimmt vielmehr eine Problematisierung der politisch-institutionellen Lösungen vor, zu denen die zentralamerikanischen Nationen gelangten, um darzulegen, dass diese unzureichend waren (und sind), weil in ihnen keine Veränderungen bei der Vermögensverteilung vorgesehen war.

Schlagwörter: Demokratie in Zentralamerika; formale Demokratie oder Wirtschaftsdemokratie; Friedensverträge von Esquipulas; Verfassungslösungen; bewaffnete Konflikte in Mittelamerika; Verfassungsgebungsprozesse.

Introducción

Durante estas casi dos décadas y media del siglo XXI, la globalización continuó su proceso de consolidación como metarrelato que condiciona las dinámicas sociales, políticas, económicas y culturales. Más allá de las lógicas capitalistas de acumulación,

de obsolescencia controlada y un largo etcétera, la rápida propagación de la pandemia del covid-19 –a hace menos de un lustro– evidenció cómo, pese a lo particular del origen y la configuración institucional de cada país, la interconexión es tal que las fronteras solo se están quedando como obstáculo para personas cuya vida "no vale", en términos de Cortina;[1] por lo demás, el referido macrofenómeno ha permeado las sociedades de Occidente.

Sin embargo, buena parte del desarrollo sociopolítico de las naciones es producto de la arquitectura y de las configuraciones que, sobre el poder, se dieron en procesos fundacionales o de cambio constitucional durante las diversas olas democratizadoras de la centuria pasada.

Los acuerdos políticos fundamentales (consignados en las constituciones) son un producto histórico, consecuencia de acontecimientos que fraguan la cultura política y que trazan los horizontes de futuro con base en una matriz axiológica que da cuenta de las aspiraciones del colectivo.

Tomando en consideración lo anterior, y desde un enfoque dual (ciencia política y derecho constitucional), el objeto de este artículo es analizar la influencia que ha tenido el llamado derecho de la constitución en la configuración y consolidación (o no) de las democracias centroamericanas, en el periodo posterior a los conflictos sociopolíticos y militares que se suscitaron en el istmo, avanzada la segunda mitad del siglo XX.

Se toma como línea de salida la respuesta o solución mancomunada que tuvieron los países de Centroamérica para resolver esos problemas, en tanto tal consenso (evidenciado en los acuerdos de Esquipulas) representa un punto de inflexión que, en apariencia, pudo haber incidido en la configuración política, social e institucional de las matrices constitucionales.

La meta es brindar algunas respuestas, pero, sobre todo, plantear nuevas interrogantes acerca de cómo, independientemente de sus semejanzas formales, los marcos constitucionales –en los sistemas democráticos de la región– han provocado que las comunidades políticas obtengan distintos resultados. El texto no pretende hacer una descripción exhaustiva de qué ocurrió en la región durante la fase de enfrentamientos bélicos; la intención es problematizar acerca de las soluciones político-institucionales a las que arribaron las naciones centroamericanas, con el fin de evidenciar cómo estas, al no suplementarse con cambios en la distribución de la riqueza, fueron (y son) insuficientes.

1. Breve contextualización de la región: los años sesenta y setenta

La época de la segunda posguerra provocó –en el mundo en general y en Centroamérica en particular– una polarización en dos bandos: comunismo vs. capitalismo. Esa

[1] Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona: Paidós, 2017).

bipartición tuvo efectos planetarios y marcó las décadas subsiguientes: la Guerra Fría se mantuvo, por casi medio siglo, dividiendo a los países política e ideológicamente.

En el istmo no fue diferente. La zona, altamente influenciada por los intereses norteamericanos, luchó por que no se instalara el comunismo en los gobiernos, lo cual implicó intervenciones militares, apoyos velados a políticos contrarios al socialismo y acciones expresas para desarticular cualquier intención de instalar políticas públicas favorables al bienestar colectivo.

Rojas muestra cómo, en la región, esas tensiones impactaron la institucionalidad y el ejercicio del poder político durante el periodo 1944-1979. Pese a las diferencias que, en ajustada síntesis se detallarán a continuación, lo cierto es que el común denominador es la intromisión material y simbólica del hegemón hemisférico sobre el ejercicio del poder doméstico.[2]

En los años cuarenta del siglo XX, la sociedad costarricense logró importantes pactos sociales: la promulgación de un código de trabajo con topes a las jornadas e importantes garantías, así como la creación de instituciones públicas favorables al crecimiento económico colectivo. Esas conquistas fueron el resultado de acuerdos entre diversos sectores de la sociedad.

La ruptura del orden constitucional –hacia mediados de la centuria recién pasada– produjo una desestabilización política; sin embargo, esa fase duró relativamente poco. Es interesante cómo las citadas reformas sociales se mantuvieron, e incluso su rango normativo se incrementó: la Asamblea Constituyente constitucionalizó preceptos que regulaban las relaciones de empleo y, además, incluyó un capítulo dedicado a las garantías sociales, como se evidencia en los artículos 50 a 74 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Esas decisiones permitieron, junto con la abolición del ejército, que no se dieran las condiciones para que, como ocurrió en la mayoría de los países centroamericanos, la milicia tuviera un rol preponderante. En similar sentido, la base económica relativamente equilibrada y equitativa permitió bajos niveles de desigualdad social, características que coadyuvaron a un desarrollo humano que atenuó las presiones y el descontento.

Se debe señalar que esas medidas normativas y de política pública no fueron frontalmente rechazadas por la política norteamericana (favorable a tendencias capitalistas), en tanto fueron suficientes decisiones más formales, como la proscripción del Partido Comunista en el texto constitucional.

Sobre la revolución de la década de los cuarenta, librada por José Figueres Ferrer, uno de los principales periódicos de la época informó que esta

[2] Los datos para la estructuración de este apartado han sido tomados de Pérez Brignoli, Héctor, ed., (1993). *Historia general de Centroamérica*, tomo V, De la Posguerra a la crisis, 1945-1979 (Madrid: Flacso, 1993), 13-164.

> … tuvo como fin primordial echar del poder a los comunistas que lo detentaban […] Consecuente con la línea de acción que resumía las aspiraciones del pueblo de Costa Rica, la Junta Fundadora declaró ilegal al partido Comunista, y se interesó porque en la nueva Constitución, dictada en 1949, se elevara a principio constitucional la proscripción del grupo de servidorcillos de Moscú.[3]

En el caso de Guatemala, con la caída de Jorge Ubico Castañeda y los posteriores ubiquistas, Juan Jacobo Árbenz Guzmán logró implementar una reforma agraria importante que, entre otras, propició la democratización de la tierra; empero, conforme se avanzaba en la década de los cincuenta del siglo XX, la presión externa creció, al punto de que la milicia apoyó acciones en contra del gobierno establecido por la filtración de comunistas en la estructura pública.

Las fuerzas armadas lograron que Árbenz abandonara el cargo y su sucesor de facto, Monzón (evidentemente vinculado con los intereses estadounidenses), desanduvo los pasos de la reforma: las tierras se devolvieron a los terratenientes.

Por otro lado, en El Salvador, el retiro del poder de Maximiliano Hernández Martínez provocó un contexto en el que podía darse una variación de la estructura socioeconómica salvadoreña; esos vientos de cambio provenían de la posible llegada al poder de Arturo Romero. Ante ello, los militares y la oligarquía se encargaron de frustrar el ascenso al poder del citado político. Sin embargo, otros grupos (capas medias e integrantes jóvenes de la milicia) impulsaron una reestructuración de la base económica y productiva.

Un entramado normativo favorable al control del ejército por el poder civil, así como la aspiración de políticas públicas para mejorar las condiciones de vida del grueso de la población se impusieron como resultado del accionar de una junta integrada por tres militares y dos civiles; eso sí, la oligarquía se reservó el control de medidas que pudieran poner en peligro su hegemonía.[4]

Con Óscar Osorio en el mando, las relaciones entre el poder público y las organizaciones sociales fueron oscilantes, hasta llegar a un momento en el que se trató de falsear la base sindical de la izquierda; en paralelo, no se logró perfeccionar el sistema electoral y los comisios carecieron de legitimidad (elecciones poco disputadas).

También, el resquebrajamiento de la cohesión interna del grupo del poder provocó rencillas hasta culminar con el golpe de Estado dado por el propio Osorio a Lemus, el candidato electo en 1956.

En Honduras, con Tiburcio Carías fuera de la estructura de gobierno, Juan Manuel Gálvez inició el proceso de modernización económica y política; en términos

---

[3] "Un triunfo de la democracia", *El Diario de Costa Rica*, 15 de julio de 1953, 5.

[4] Por ejemplo, el artículo 167 de la Constitución Política de El Salvador de 1939 prescribe que el ejército es una institución "esencialmente obediente"; además, el numeral 98 de ese texto político fundamental establece que el presidente de la República (como máxima autoridad civil) es el "Comandante General del Ejército".

generales, hubo diversificación agrícola y se potenció la industrialización del país. El Estado adoptó un papel protagónico en viabilizar ese nuevo esquema socioproductivo.

El proceso electoral no pudo garantizar transiciones pacíficas del poder, puesto que las elecciones de 1954 no pudieron concretarse: los grupos oligárquicos rechazaron las reformas en perjuicio de sus intereses. Así, Julio Lozano (sucesor de Juan Manuel Gálvez) se proclamó "jefe supremo del Estado" y arremetió contra el comunismo.

Con todo, ese dirigente perdió el apoyo de sus grupos de base y un nuevo actor, hasta entonces contenido, propició un golpe de Estado e inauguró el rol activo del ejército hondureño en la política del país.

Por su parte, en Nicaragua, Anastasio Somoza García tuvo el poder en el país apoyado por el gobierno norteamericano y por la oligarquía local; hacia finales de la década de los cuarenta respaldó una reforma a la legislación laboral como una manera de transar el apoyo de los trabajadores.

Pese a ello, la poca aplicación de esas normas generó el descontento social, aunque el control sobre la Guardia Nacional permitió al somocismo mantenerse al frente del gobierno, a pesar de las denuncias de corrupción, autoritarismo y violencia. Las reformas constitucionales y la manera como se ejercía –desde la fuerza– el respaldo al poder político permitieron la permanencia dinástica del gobierno. Tales características impidieron una reforma agraria y económica en consonancia con lo que quería la base popular.

Como puede apreciarse, las décadas de los sesenta y setenta trajeron consigo nuevos bríos reformistas y, con ello, una mayor participación de los sectores populares y del ejército, cada uno desde sus trincheras. En ese lapso, se refuerza la idea de que la milicia y los conflictos vinculados a la tierra son aspectos fundamentales para comprender la configuración de los Estados centroamericanos.

Puesto de otro modo, la inadecuada distribución de la riqueza, el protagonismo de las fuerzas militares y los enfrentamientos armados son la nota característica de los años setenta; estos factores impidieron la consolidación de la institucionalidad y evitaron las transiciones pacíficas del poder. Las armas bloquearon la consolidación democrática y desangraron a los pueblos centroamericanos.

Con ese contexto se llega a los Acuerdos de Esquipulas y a una región que, aún hoy, mantiene un alto grado de incertidumbre acerca de si los resultados electorales serán respetados; por otro lado, somos testigos de la reaparición de territorios sujetos a regímenes autoritarios que tratan de fingir democracia.

2. Atención del conflicto en Centroamérica y transición[5]

Durante el periodo 1950-1970 se dio el mayor crecimiento económico del istmo, puesto que los países aumentaron su actividad en este campo entre un 4 y casi un

[5] Pérez Brignoli, *Historia general...*

6%; paradójicamente, Guatemala era la economía de mayor magnitud, pero Costa Rica fue la nación con mayor dinamismo: quizás la institucionalidad y los índices de desarrollo humano incidieron en un mayor y mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.

Un aspecto clave de ese éxito fue que la transformación interna se llevó a cabo sin la necesidad de un sobreendeudamiento; en paralelo, se diversificaron las exportaciones, y el monocultivo dio paso a otros productos como carne, algodón y azúcar. Esa ampliación de la base de intercambio, a su vez, aminoró el impacto que generaban las variaciones de precios sobre el cultivo principal; en una economía dependiente de un único producto, si el valor de este cambiaba a la baja, el impacto era considerable.

Lo que sí no varió en ese periodo fue la inequidad en el ingreso, el modelo de desarrollo concentrado en el bienestar de grupos minoritarios persistió, y consolidó una pauperización generalizada de las condiciones que, a la postre, alimentó el descontento y fue caldo de cultivo para la violencia. Existe el consenso de que el acceso a créditos, el acaparamiento de las tierras, la tecnología a disposición de unos pocos y un disfrute selectivo de los derechos prestacionales (como la educación) deterioraron aceleradamente la matriz social.[6]

La bonanza financiera no se correspondió con un cambio cultural, puesto que los colectivos de los países del istmo no se adaptaron a la modernización en aspectos de la vida cotidiana: la secularización no tuvo un posicionamiento tan extendido como la tecnificación industrial. Las nuevas dinámicas se adaptaron al viejo esquema de jerarquía social; las élites se apropiaban de los recursos y no pensaron en democratizarlos mediante la inversión en educación, salud y otros indicadores para el desarrollo humano.

No obstante, hay que tener presentes factores externos que repercutieron en que se pasara de un nivel de crecimiento sobre el 4% a cifras alarmantes. La estructura de producción poco desarrollada, la dependencia de la agroexportación, una protección de las naciones industrializadas a sus productores y variaciones en los precios son parte de las causas que oscurecieron el panorama económico, pero que, a su vez, justificaron la intervención de organismos internacionales.

Los ajustes estructurales (de los cuales Costa Rica no se libró[7]) llevaron a una rigurosa disciplina fiscal y a achicar el Estado con tal de disminuir la deuda y de no generar gastos públicos "innecesarios"; empero, no se tuvo, en consideración que el aparato público servía de base para afianzar las capas medias. Uno de los resultados

---

[6] Sobre este punto puede consultarse: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *La matriz de la desigualdad social en América Latina* (Nuev York: Naciones Unidas, 2016), Cepal, https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/matriz_de_la_desigualdad.pdf

[7] Sobre esta temática ver Juan M. Villasuso, "Reformas estructurales y política económica en Costa Rica", *Cepal: Serie Reformas Económicas*, n.° 64 (2000), https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/822367d9-bc27-4685-a419-efd5f9bc00f4/content

de esas políticas foráneas (implantadas casi que coactivamente a las naciones del subcontinente) fue la brecha y la polarización.

La inexistencia de una institucionalidad fuerte en cuatro de los cinco países centroamericanos provocó, a su vez, una falta de cultura democrática en todos los sentidos. No solo se trataba de que al poder llegaran personas cuyos mandatos no estaban precedidos de comicios libres, disputados y transparentes; además, los órganos legislativos y el propio sistema de administración de justicia se hallaban en connivencia con el reducido círculo económico nacional.

Ese ejercicio autoritario del poder, aunado a la desafección ciudadana para con las instituciones y la preponderancia de la milicia como actor de primera línea atizaron los conflictos armados que caracterizaron el primer lustro de la década de los ochenta. Una serie de conglomerados sociales se enfrentaron férreamente con las estructuras de gobierno (fundamentalmente autoritarias) que se habían enquistado en la administración de la cosa pública.

Con ese panorama, a nivel interno se impulsaron procesos de diálogo que fracasaron. Un eje central en la mayor parte de países fue, como se indicó, la democratización no solo política, sino también de las tierras; pese a ello, la represión y el uso de la fuerza impidió aplacar el clamor popular. De hecho, en el caso de Nicaragua, las autoridades electas en la transición debieron entablar negociaciones con la estructura del ejército para poder hacer viable la consolidación de acuerdos que se habían negociado "desde afuera" con la legitimidad de los acuerdos de Esquipulas.

Para los años setenta, la inflación y el crecimiento de la deuda (que pasó de $115 millones de dólares en 1973 a $342 millones en 1979) mostraban el fin de un lapso en el que la riqueza y la pobreza aumentaron simultáneamente. Quizás los únicos que mejoraron su situación y lograron mantenerse fueron los sectores vinculados a la parte técnica de la industrialización.

Los conflictos entre países y la poca vocación unionista (quizás heredada de la infructuosa República Federal Centroamericana) llevó a que el crecimiento empezara a decaer. En simultáneo, la violencia y las élites entronizadas en el poder dieron paso a gobiernos autoritarios que, luego, fueron caldo de cultivo para los brotes bélicos que se trataron de atender con Esquipulas I y II.

El 7 de agosto de 1987 se reunieron los presidentes de las repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Costa Rica con el fin de suscribir un acuerdo denominado "Esquipulas II"; en ese pacto, los gobiernos se comprometían a materializar todas las acciones necesarias que permitieran alcanzar los siguientes objetivos:

1. Reconciliación nacional.
2. Cese de hostilidades.
3. Democratización.
4. Elecciones libres.
5. Cese de la ayuda a las fuerzas irregulares o a los movimientos insurreccionales.
6. No uso del territorio para agredir a otros Estados.

7. Negociaciones en materia de seguridad, verificación, control y limitación de armamento.
8. Refugiados y desplazados.
9. Cooperación, democracia y libertad para la paz y el desarrollo.
10. Verificación y seguimiento internacional.

Según la contextualización que se presentó párrafos atrás, durante la década de los ochenta, Centroamérica atravesó una compleja situación política y humanitaria: se desencadenaron, simultáneamente, conflictos armados en tres naciones, como se resume a continuación.

En El Salvador se produjo un enfrentamiento entre el aparato represivo (tanto legal como clandestino), respaldado por Estados Unidos, y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) que, para ese momento, operaba como un grupo guerrillero.

En Nicaragua surgieron tensiones en las fronteras con Costa Rica y Honduras entre el recién establecido gobierno de izquierda del Frente Sandinista para la Liberación Nacional (FSLN) y "la contra", agrupación de milicias irregulares respaldada por la inteligencia estadounidense.

En Guatemala, por su parte, se reavivó un conflicto que se remontaba a 1960, cuando surgió la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), otrora coalición de grupos guerrilleros que se enfrentó al Ejército Nacional (también apoyado por Estados Unidos) en las zonas mayas del norte del país.

Tanto en los conflictos de Guatemala como en los de El Salvador se combinaron reclamos históricos de las comunidades campesinas por acceso a la tierra, con una oposición política de tendencias socialdemócratas y marxistas. Esta oposición había sido excluida del proceso de participación ciudadana y había sufrido años de persecución, tortura y asesinatos selectivos. Una situación similar se había vivido en Nicaragua hasta 1979, cuando el FSLN tomó el poder por la vía armada.

Los efectos de estos enfrentamientos fueron devastadores en términos humanos. Según los estudios de la época, a mediados de la década de los ochenta, la cifra de refugiados superaba los 400.000, incluyendo a salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses. El desplazamiento interno –como consecuencia de los conflictos– obligó a alrededor de dos millones de personas (en su mayoría familias campesinas pobres) a abandonar sus tierras por temor a los enfrentamientos, con la consecuente pérdida total de sus posesiones.[8]

[8] Ver Programa Estado de la Región (ERCA), *Primer Estado de la Región* (San José: Conare/PEN, 1999, 363): "Alrededor de 1990, la cantidad de emigrantes se acercó al 1.2 millones, tres veces superior a la registrada diez años antes. Entre 1980 y 1990, los países del istmo, excepto Panamá y Costa Rica, al menos triplicaron sus ciudadanos fuera de la región". En otras palabras, el tercio de esa cantidad de migración equivale, para los años ochenta del siglo XX, a aproximadamente 400 mil personas.

El desempleo, hacia la mitad de la citada década, afectaba al 25,3% de la población en El Salvador, al 23,8% en Nicaragua y al 22% en Honduras. La pobreza afectaba al 70% de la población regional, compuesta entonces por 18 millones de personas; esta cifra aumenta significativamente si solo se considera a las poblaciones rurales.[9]

A medida que fue avanzando la última década del milenio pasado, ocurrió la caída de regímenes del llamado "socialismo real", se dio el reflujo de la izquierda a nivel mundial, se redujo el apoyo a las opciones armadas y avanzó el Consenso de Washington, factores que provocaron que las fuerzas centroamericanas en conflicto buscaran la vía de la negociación y el pacto.

A este punto, y a partir del repaso de situación, se logra identificar que, en primer lugar, una buena parte de los conflictos internos y externos de la región se originaron en la desigualdad social, los modelos de producción inequitativos, el diseño institucional del Estado (poco infraestructural en los términos de Michael Mann)[10] y, en general, el descontento ciudadano que atravesaba cada rincón de las sociedades centroamericanas. En segundo lugar, los conflictos no tuvieron una delimitación agencial específica, pues se trataba de tensiones de poder que involucraban a partidos políticos, fuerzas militares, grupos económicos, órganos extranjeros, movimientos sociales, Estados vecinos, entre otros. Hay una importante diversidad con respecto a las partes intervinientes en estos conflictos y, en consecuencia, las soluciones también guardaban complejidad en cuanto a la pluralidad de intereses que buscaban satisfacerse.

Finalmente, se trató de conflictos internos y externos: no eran necesariamente disputas de poder que se delimitaran a una circunscripción nacional; por el contrario, existía convergencia de luchas internas de esas naciones, así como tensiones entre las naciones. También se dieron disputas con agencias de poder externas como Estados Unidos (hegemón del área).

La medida internacional e institucional más visible para abordar ese contexto son los referidos acuerdos de Esquipulas. De hecho, el principal pacto que buscó el establecimiento de la conciliación y la consolidación de la paz para los habitantes de la región fue Esquipulas II, convenio en el que países como Costa Rica (sin injerencia directa en el objeto de las disputas) tomaron un rol protagónico para alcanzar la estabilización de los regímenes políticos centroamericanos.

Ese pacto, como se detalló líneas atrás, fijó diez puntos en los que debía trabajarse; no se trató necesariamente de compromisos estrictamente políticos o de pautas generales de actitud en la gobernanza. Esta fue la base de un desarrollo interno de

---

[9] Edelberto Torres-Rivas, *Historia general de Centroamérica. De la posguerra a la crisis.* Tomos V y VI (San José: Flacso y Sociedad Estatal Quinto Centenario, 1993), 163-182.

[10] Michael Mann, "La crisis del Estado-nación en América Latina", *Desarrollo Económico* 44, n.º 174 (2004): 179-198, https://www.dropbox.com/scl/fi/mh3ihwnzvxtyw1x1z2c1z/3456035-M.-Mann-La-crisis-del-estado-naci-n-en-am-rica-latina.pdf?rlkey=5z7x70a7lcs1vce7ilaa9axid&dl=0

leyes, de medidas y de transformaciones para asegurar el asentamiento de la democracia y sus derroteros.

3. Inventario de los procesos constituyentes en Centroamérica durante la negociación de los acuerdos de Esquipulas

La región centroamericana se encontraba en una profunda tensión, en tanto las bases del contrato social se tambaleaban. Como debe insistirse, los puntos críticos tuvieron perspectivas múltiples de causa y consecuencia; sin embargo, su nota común viene dada por la baja calidad de vida de las personas, las desigualdades sociales, las disputas entre los grupos de poder y el rol del Estado frente a la ciudadanía.

Las vías de acceso al poder político institucional se habían puesto en entredicho e, incluso, en algunos de los regímenes políticos se habían deslegitimado. Esquipulas II presta especial atención a la creación de compromisos orientados a la realización de elecciones libres, la estabilización democrática, la participación social y política, así como a un cese de la violencia (Preámbulo y ejes 3 y 4 de este tratado centroamericano).

No obstante, la historia demuestra que, en buena medida, los compromisos adquiridos en esos convenios se ligan con un interés de cambio que también se estaba viviendo en cada una de las naciones, puesto que, durante los trabajos del Grupo de Contadora,[11] se dan dinámicas constituyentes en casi todos los países de la cintura de América. En otras palabras, el referido contexto de negociaciones y atención de las hostilidades regionales se enlaza con un proceso de transformación constitucional en el territorio; se entendió que era fundamental hacer ajustes a las normas supremas nacionales como vía para cumplir con lo pactado y para honrar los compromisos que se adquirían al final de la pacificación del área.

A partir de una revisión de los marcos constitucionales vinculados a la coyuntura de Esquipulas II, se obtuvieron los hallazgos presentados en la tabla 1.

A excepción de Costa Rica y Panamá, el resto de los países hispanohablantes del istmo tuvieron una reforma constitucional de trascendencia. En todos ellos, se impulsó una asamblea constituyente a lo largo de la década de los ochenta. Importa decir que Panamá no tuvo un vínculo directo ni una participación preponderante en el desarrollo de los conflictos de la región; en consecuencia, su proceso de transformación constitucional no guarda ninguna relación con lo acontecido en Esquipulas.

---

[11] El Grupo de Contadora se constituyó en la isla homónima en enero de 1983, a partir de un acuerdo entre los cancilleres de México, Colombia, Panamá y Venezuela, para elaborar el "Documento de Objetivos", cuyo centro de atención era el establecimiento del diálogo en Centroamérica y la búsqueda de opciones para reinstaurar la democracia (Grupo Contadora, "Documento de Objetivos", https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ri/article/view/7139/7348).

Tabla 1. Distribución de reforma total a la constitución política en los países de Centroamérica según año de asamblea constituyente

País	Variación constitucional	Fecha
Nicaragua	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1986
Guatemala	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1985
El Salvador	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1983
Honduras	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1982
Panamá	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1972
Costa Rica	Asamblea Constituyente – Reforma total de la Constitución Política	1949

Fuente: Elaboración propia con base en la información de los respectivos textos constitucionales.

A pesar de que el diseño constitucional de Costa Rica también es ajeno al contexto en el que se fraguó el acuerdo regional en comentario (su acto constituyente de más reciente data, como se vio, es de 1949); en realidad, este país suscribió el compromiso conjunto. Costa Rica servía como patio de batalla, tránsito y reserva para muchas de las disputas regionales.[12] De hecho, el equipo costarricense, liberado por el expresidente Arias Sánchez, tuvo un rol activo en la formulación y consolidación del Acuerdo de Esquipulas II.

Los principales referentes en perspectivas sociopolíticas de la Constitución son coincidentes y consistentes en que esas normas supremas han sido las respuestas del ser humano para canalizar sus variaciones a los pactos axiológicos y a los contratos sociales de convivencia;[13] América Central no es la excepción a esa máxima. Las sociedades políticas que tuvieron conflictos en la región durante la segunda mitad del siglo XX encontraron respuestas formales a sus disputas mediante los procesos de transformación constitucional. Variar el marco referencial de ejercicio de los derechos y la forma en la que en adelante se distribuiría el poder

[12] Xabier Gorostiaga, "Centroamérica en el 'Contragate'", *Anuario de Estudios Centroamericanos* 13, n.º 2 (1987): 117-131, 143, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/anuario/article/download/2858/2779/4443

[13] Al respecto, ver Bruce Ackerman, *La constitución viviente* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011), https://www.marcialpons.es/libros/la-constitucion-viviente/9788497688574/; Gabriel L. Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015), 35; Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 1986), 45-47; Karl Llewellyn, "Some realism about realism - Responding to dean pound", *Harvard Law Review* 4, n.º 8 (1961): 1222-1264, https://www.jstor.org/stable/pdf/1332182.pdf

político permitió, aunque fuese momentáneamente, alcanzar una estabilidad o, en términos coloquiales, una calma chicha.

Sobre esa línea, debe destacarse que el contexto en el que se da el proceso constituyente es fundamental, en tanto las circunstancias políticas que conducen a un momento constitucional pueden influir en gran medida en el subsiguiente proceso de elaboración de la constitución.

En medio de las disputas de poder, la convergencia de actores con intereses contrapuestos, la pérdida de estabilidad institucional en los sistemas políticos y la crisis nacional e internacional en términos socioeconómicos, calmaron sus aguas por medio de respuestas que tuvieron carácter constitucional, dinámica que establece una conexión dialéctica, mutuamente condicionante, con la negociación y posterior acuerdo que se logra en Esquipulas II.

Múltiples fueron los factores que contribuyeron al establecimiento de la paz centroamericana, dentro de los que se destaca la solución constitucional; los procesos de reformulación del pacto social y de canalización del descontento ciudadano fueron atendidos por ajustes a los textos políticos fundamentales, como respuesta sociopolítica a los desafíos de la coyuntura.

En esa labor de orfebrería normativa llevada a cabo en los países, las coincidencias son más que las diferencias. Los textos constitucionales de la región evidencian cómo, en lo esencial, los preceptos fijados por los distintos cuerpos constituyentes del área se asemejan entre sí. Las tres funciones clásicas del Estado distribuidas en órganos independientes –una autoridad electoral, un régimen de garantías ciudadanas y la declaración expresa de ser sistemas políticos democráticos– son parte de los rasgos comunes de las cláusulas constitucionales centroamericanas.

Sobre este tema, Cambronero indica:

> Las constituciones políticas de los países centroamericanos coinciden, como en casi todo el mundo occidental, en que la legitimidad de los órganos constituidos proviene de la soberanía del pueblo (o la nación, según la técnica legislativa que se utilice) y que el poder se divide en legislativo, ejecutivo y judicial. Esa triada, herencia de las revoluciones independentistas, es un rasgo característico de la arquitectura republicana, así como lo es la parte dogmática de las normas supremas; de hecho, en Centroamérica los textos políticos fundamentales tienen estructuras y contenidos muy similares. A nivel formal, los constituyentes de los territorios que integran las entrañas de América adoptaron el estándar democrático; sin embargo, la puesta en práctica de esos preceptos o, para decirlo técnicamente, la eficacia de las normas no fue la misma en los países.[14]

[14] Andrei Cambronero, "Democracia económica deficitaria en Centroamérica: caldo de cultivo para el autócrata de Naím", *Revista de Derecho Electoral* 37 (2024): 62-63.

Como corolario de lo expuesto en este apartado se tiene que, de los cinco países que suscribieron los acuerdos de Esquipulas, cuatro naciones emprendieron un proceso constituyente mientras se encontraban en curso las citadas negociaciones regionales. Tanto los acuerdos societales internos (cristalizados en las reglas de la norma fundante) como la hoja de ruta trazada por los gobernantes de los países centroamericanos testimonian el deseo de consolidar un régimen político que asegurara una convivencia democrática.

En ese periodo "puente" se comprendió la obligación de tener estructuras de plausibilidad democrática, como el acceso equitativo a derechos, oportunidades y condiciones; en caso contrario, afianzar un nuevo régimen político (de corte republicano) sería muy dificultoso. Se apostó por un modelo político liberal, propiciando elecciones periódicas, fiscalizadas por centros de veeduría internacional y cuyos resultados fueran respetados por las diversas fuerzas en contienda.

Un punto clave en la migración hacia la democracia, según lo razonan Torres-Rivas y Lehoucq, es el comportamiento de los actores políticos y de los militares en relación con la aceptación de las reglas de ese juego democrático. En la clásica disyuntiva *bullets or ballots* se apostó por estas últimas, aunque, en lo inmediato, no se tuviera éxito electoral; en una ponderación racional, tenía mejores rendimientos aceptar un resultado adverso para, a futuro, acceder al poder desde la vía legítima, sin que existieran otros actores –como el ejército– que pudieran amenazar al gobierno constituido por esa vía institucional.[15]

En ese sentido, Torres-Rivas refiere a la apertura política y al cumplimiento de los preceptos formales (reglas constitucionales) de la democracia aludiendo a dos situaciones concretas: "la Alcaldía de las ciudades de Guatemala y El Salvador las ganaron partidos de la oposición, tolerados por su respeto a las reglas de este juego semicompetitivo".[16] Sobre esa línea, los ejércitos de los diversos países centroamericanos, en transición, aceptaron una variación del eje de poder, aunque reservándose cierta influencia hasta su reducción y relativo desmantelamiento.[17]

Esa deflación de las fuerzas armadas y la baja en la inversión en ellas fue clave en los periodos democratizadores, aunque la milicia no dejó (ni ha dejado) de tener incidencia sobre la administración pública.

La ola democratizadora se cumplió a nivel formal. En apariencia, las tensiones sobre el reformismo, la hegemonía de las armas y los intereses de las élites por mantener el privilegio se resolvían en una transición en favor de las urnas; sin embargo,

---

[15] Edelberto Torres-Rivas, "Los desafíos del desarrollo democrático en América Central", *Anuario de Estudios Centroamericanos* 22, n.º 1 (1996): 7-40, 65, https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/anuario/article/view/3153/3060; Fabrice Lehoucq, "La democratización en Centroamérica desde sus guerras civiles: fortalezas y debilidades", *Revista de Derecho Electoral* , n.º 16 (2013): 1-43, 32, https://www.tse.go.cr/revista/art/16/fabrice_lehoucq.pdf

[16] Torres-Rivas, "Los desafíos del desarrollo democrático en América Central", 15.

[17] *Idem*.

pese al éxito que se le atribuye[18] a casos como el hondureño, lo cierto es que la dinámica democrática no dejó de ser débil o poco afianzada.

En breve, la articulación del componente aspiracional democrático en reglas jurídicas –aunque estas fueron de la más alta jerarquía normativa– no fue suficiente para evitar los retrocesos autoritarios. Como lo resume Cambronero "a nivel formal, los constituyentes de los territorios que integran las entrañas de América adoptaron el estándar democrático; sin embargo, la puesta en práctica de esos preceptos o, para decirlo técnicamente, la eficacia de las normas no fue la misma en los países".[19]

4. Falla en la solución constitucional para Centroamérica

Las transformaciones sociales, económicas, institucionales y políticas han provocado que muchos países alrededor del mundo sufran lo que la teoría denomina como *democratic backsliding* (fatiga democrática).[20] La cantidad de personas que viven en regímenes democráticos es la más alta de la historia, el número de países calificados como "democracias" (aunque sean imperfectas) no tiene parangón; paradójicamente, nunca antes los sistemas políticos democráticos habían sido víctimas de una erosión tan importante.[21]

La región centroamericana no escapa a este fenómeno. La democracia constitucional en el istmo no solo representa la elección de un tipo específico de régimen político y de forma gobierno; además, la arquitectura institucional de los textos políticos fundamentales del área es una conquista social. Las tensiones que en su momento pusieron en entredicho la estabilidad institucional de nuestros países y, en particular, el irrespeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía fueron un motor importante para cerrar los pactos nacionales y para lograr los acuerdos de paz.

Pese a ello, las cláusulas constitucionales establecidas y formalizadas, como producto de las transacciones de las sociedades centroamericanas en conflicto (1980), no fueron suficientemente eficaces ni lograron penetrar a profundidad en la cultura política de algunos de los países. Los ajustes constitucionales, realizados en el contexto de la atención de los enfrentamientos (tanto a nivel nacional como foráneo), se convirtieron en medidas de aplicación inmediata para dirigir esas disputas hacia

---

[18] *Idem*.

[19] Cambronero, "Democracia económica deficitaria en Centroamérica: caldo de cultivo para el autócrata de Naím", 63.

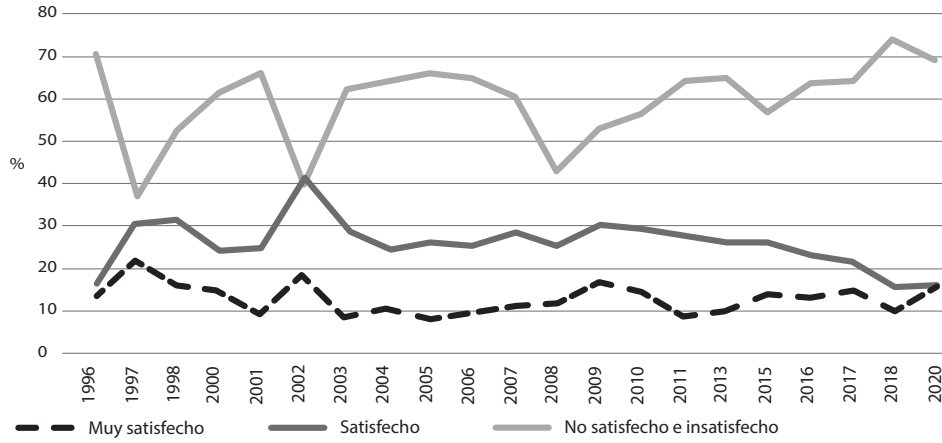
[20] Este concepto, en términos generales, ha sido definido como el debilitamiento de las instituciones políticas, típicas del esquema democrático, por parte del Estado mismo. Nancy Bermeo, "On democratic backsliding". *Journal of Democracy* 27, n.º 1 (2016): 5-19, https://dx.doi.org/10.1353/jod.2016.0012

[21] International Institute for Democracy and Electoral Assistance, *The Global State of Democracy 2023* (Stockholm: IDEA, 2023), https://www.idea.int/democracytracker/sites/default/files/2024-02/the-global-state-of-democracy-2023-the-new-checks-and-balances.pdf

la paz; empero, no tuvieron la potencia suficiente para dar un largo respiro a los regímenes políticos. En otros términos, las reglas fueron insuficientes para mantener la estabilidad democrática.

Los datos de Latin American Public Opinion Project (Lapop) muestran que, progresivamente, aumenta la insatisfacción democrática de las personas centroamericanas. Como se ve en la figura 1, existe un patrón importante de pérdida de apoyo a la democracia como régimen político de convivencia; de manera inversamente proporcional, aumentan los indicadores de opinión pública que dan cuenta de un incremento en la insatisfacción democrática.

Figura 1. Distribución porcentual de la satisfacción con la democracia en América Central para el periodo 1996-2020



Fuente: Lapop, Latinobarómetro – Opinión Pública Latinoamericana. Barómetro de las Américas (Nashville: Vanderbilt University, 2023), https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2023/AB2023-Pulso-de-la-democracia-final-20240219.pdf

La región se encuentra en un importante declive democrático, lo cual podría tener el potencial de revivir condiciones de vida política orientadas a la inestabilidad institucional y a la erosión de las garantías y de los derechos fundamentales. No es cierto que Esquipulas II haya representado un pacto infinito e inquebrantable de sostenimiento de la democracia; ese acuerdo buscaba potenciar –en cada uno de los países de la región– un marco normativo constitucional que incluyera mecanismos de no regresión, de evitación de un pasado autoritario como el vivido hasta finalizada la década de los ochenta.

La solución posconflicto estaba principalmente dirigida a atender las necesidades inmediatas de las disputas bélicas, pero, en realidad, esas válvulas de oxígeno democrático se configuraron para establecer regímenes republicanos vigorosos, sostenibles en el tiempo. No obstante, la realidad pareciera demostrar cómo la eficacia de esas cláusulas fue temporal en la mayoría de los países del istmo, aunque su

redacción y estructuración sean similares a las de sistemas políticos contemporáneos calificados como democracias plenas.[22]

Lehoucq,[23] hace más de una década, descartaba que las condiciones del istmo incentivaran revueltas o la toma de las armas (como había ocurrido en los años ochenta); en su análisis afirma que ese retorno era posible solo en escenarios en los que el gobierno no pudiera controlar la insurrección local o que no pudiera comprometerse en un plan de paz de forma creíble. Pese a ello, en naciones como Nicaragua, el nivel de represión ha llegado a puntos en los que si bien se han sofocado revueltas (como las estudiantiles), lo cierto es que hay un descontento generalizado interno que puede llevar a que diversos sectores del propio país (impulsados solapadamente por gobiernos extranjeros) se organicen para tratar de deponer a un régimen que, tras una máscara democrática, se ha situado como el gobierno más autoritario de la región.

Véase que, según el Informe Estado de la Región, para 2011 Nicaragua era considerado un régimen híbrido a la luz de las variables medidas por *The Economist*; ese índice, en su evaluación de 2023, tuvo a esa nación como la peor puntuada de Latinoamérica, calificándola de régimen autoritario.[24] Ese dato evidencia que las condiciones van dirigiendo nuevamente a la cintura de América a un contexto de alta inestabilidad política, de represión y de ejercicio autocrático del poder, sin que las reglas constitucionales, en lo medular, hayan sido modificadas.

En un estudio de 2022, el Congreso de los Estados Unidos divulgó datos que develan una erosión democrática en América Latina y dan cuenta de la delicada situación de Centroamérica.[25] Como se aprecia en la figura 2, de los seis países de Latinoamérica en donde hay una significativa presencia de poder político autoritario, tres de esas naciones son del istmo.

Las cláusulas constitucionales, producidas por casi todos los países centroamericanos en la década de los ochenta del siglo pasado, no tuvieron la suficiente fuerza ni eficacia normativas como para evitar que el ejercicio del poder autoritario regresara a la región. Por ello, es dable afirmar que la solución constitucional fue, en el caso centroamericano, una de carácter temporal que ha ido perdiendo efectividad en la sociedad política contemporánea. Las válvulas que, en su momento, sirvieron para instalar la democracia, no necesariamente han servido para mantenerla.

---

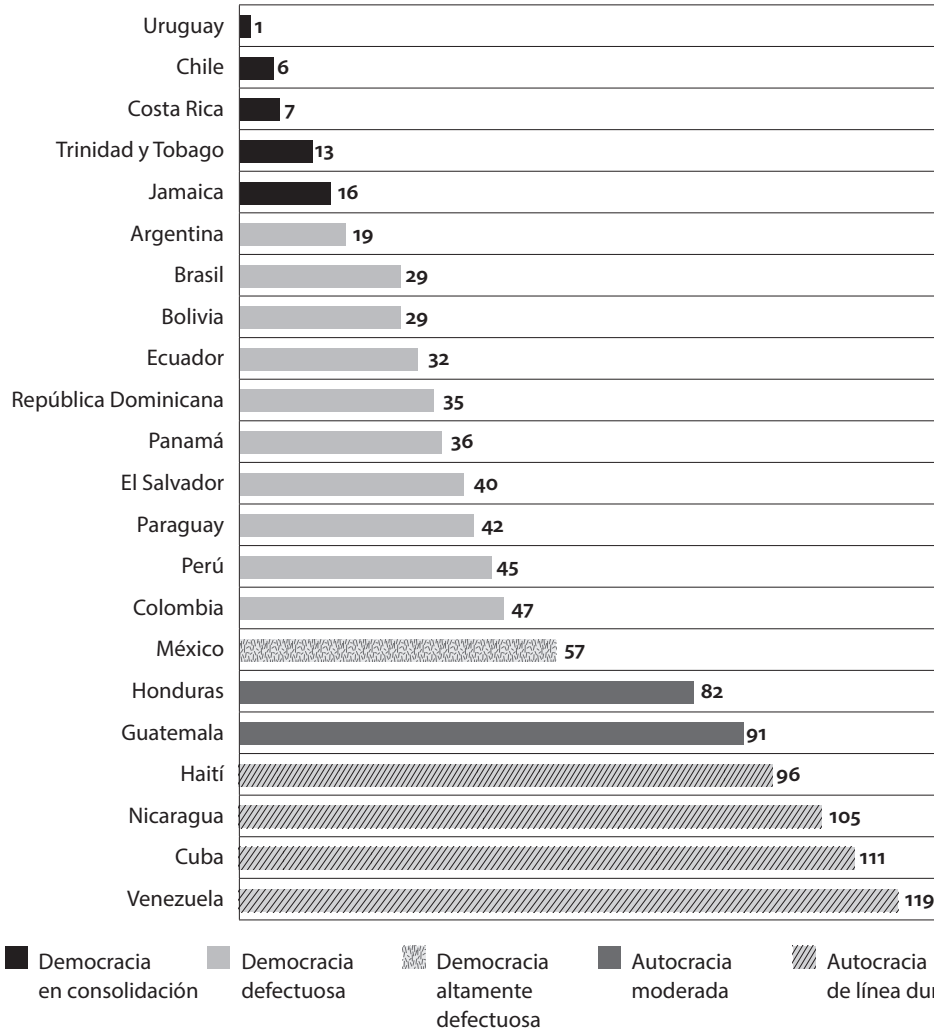
[22] Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2023: Age of Conflict* (London: EIU, 2024).

[23] Lehoucq, "La democratización en Centroamérica desde sus guerras civiles: fortalezas y debilidades", 25.

[24] Programa Estado de la Nación (PEN), *Cuarto Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible* (San José: Conare-PEN, 2011), 47, https://www.estadonacion.or.cr/

[25] Congressional Research Center, *Democracy in Latin America and the Caribbean: A Compilation of Selected Indices* (Washington: Congressional Research Center, 2023), 6, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46016

Figura 2. Ranking en el Índice global de tranformación política para países de América Latina



El índice muestra el ranking y la clasificación global de todos los países de América Central, del Sur y el Caribe según la Clasificación de Transformación Política, un componente del Índice de Transformación de la Fundación Bertelsmann de 2022.

Fuente: Congressional Research Center, Democracy in Latin America and the Caribbean: A Compilation of Selected Indices (Washington: Congressional Research Center, 2023), 6, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46016

5. Tres breves ejemplos sobre la insuficiencia de las reglas constitucionales

A pesar de haber consolidado constitucionalmente una democracia (en lo que respecta al diseño institucional), hay tres países de la región que han dado un importante viraje hacia el autoritarismo y cuyo futuro es incierto.

Nicaragua, en primer lugar, donde el gobierno ha atentado contra el régimen constitucional de derechos y garantías fundamentales; el ejercicio autoritario del poder se ha manifestado en la privación de la propiedad, el desconocimiento del derecho de reunión, la inobservancia de las garantías procesales e incluso la supresión de la nacionalidad.

Pese a que los preceptos del texto político fundamental refieren a un sistema democrático, lo cierto es que no se puede hablar hoy de elecciones libres y de una oposición libre de actuar. La alternancia, como atributo de todo Estado republicano, tampoco está presente.

El Salvador, con Nayib Bukele en el poder, muestra cómo los populismos se han apoderado de las discusiones político-electorales; pero, más allá de eso, preocupa que su gestión ha desdibujado las fronteras que se encuentran constitucionalmente establecidas para preservar la división de poderes como elemento necesario en todo Estado que se precie de ser democrático. La "toma" de los poderes Legislativo y Judicial (mediante el nombramiento de funcionarios afines) ha dado paso, en la práctica, a un gobierno mancomunado donde la posibilidad de *accountability* respecto de las decisiones de la Presidencia de la República son nulas.

Como se ha venido insistiendo, uno de los compromisos de Esquipulas (reflejado en los textos constitucionales de la región) fue el constreñimiento de las armas a asuntos de defensa nacional; no obstante, se observa un retorno a contextos en los que la intervención de los uniformados en la cotidianidad se empieza a tornar natural.

El citado mandatario, ante la conflictividad social causada por las pandillas, habilitó a las fuerzas armadas para ejercer funciones típicamente de policía (subordinada al poder civil según las cláusulas constitucionales), al tiempo que les confió la administración de los centros penales.[26] Ese desdibujamiento de la frontera simbólica entre los asuntos de protección ante amenazas foráneas y lo que se entiende como peligros internos vuelve a vigorizar a un protagonista de la inestabilidad en la región: los comandantes vuelven a tomar un rol relevante en la vida institucional.

De otra parte, ese régimen se ha caracterizado por la anulación de derechos fundamentales en materia procesal y de garantías judiciales. Solo para el año 2023,

[26] Alberto Buil, "Bukele duplicará los efectivos del Ejército para acabar con las maras que aterrorizan a El Salvador" *Euronews*, 27 de julio de 2021, https://es.euronews.com/2021/07/21/bukele-duplicara-los-efectivos-del-ejercito-para-acabar-con-las-maras-que-aterrorizan-a-el

se anunció la realización de juicios penales masivos, en los que se sentenciaría –en un único acto– a pena de prisión a grupos de hasta 900 personas.[27]

Por su parte, el golpe de Estado en Honduras de 2009 desnudó la fragilidad democrática oculta tras casi tres décadas ininterrumpidas de elecciones; quedaron expuestas las dificultades para la consolidación institucional en un país golpeado por la desigualdad y la pobreza. Ese episodio, valga decir, permitió el surgimiento de un inédito movimiento de resistencia que, aunque germinal, heterogéneo y sin un único liderazgo, ganó fuerza y capacidad de articulación en la lucha contra el gobierno de facto.

6. Si las reglas están, ¿qué ha faltado?

El recorrido sobre el saneamiento epistemológico de la palabra 'Estado' como objeto de conocimiento realizado por Jessop[28] muestra cómo, en sus inicios, el contenido teórico-conceptual de ese vocablo era más pacífico. En la Francia de un individuo que encarnaba la soberanía (Luis XIV), o en planteamientos contemporáneos donde los elementos articulan una visión monolítica (sustancializada, poco problemática) es más sencillo referirse al Estado como un sujeto-objeto homogéneo y poco contradictorio en sus dinámicas internas.

Empero, los vertiginosos cambios de la sociedad han llevado, a su vez, a variaciones en cómo se ejerce el poder y cómo este se manifiesta en las instituciones; el sistema político tiene una lógica viva, que innegablemente impacta al Estado.

Una aproximación que le otorgue identidad propia lleva a volver –como lo denuncia el citado autor– sobre un producto social que, en paralelo a su funcionamiento, crea realidad social; o sea, obviar el entramado de relaciones que dan cuerpo al Estado oculta aspectos vitales para su comprensión. Precisamente, una postura polimorfa, la de los cuatro elementos de Jessop,[29] permite múltiples puntos de entrada para entender situaciones como la expuesta al inicio de estas líneas.

Importa mencionar que el punto de partida de Jessop, así como el *a priori* de Mann[30] y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),[31] es que

---

[27] William Miranda, "Juicios masivos en El Salvador de Bukele: una ley permitirá audiencias de hasta 900 presos", *Diario El País*, 27 de julio de 2023, https://elpais.com/internacional/2023-07-27/juicios-masivos-en-el-salvador-de-bukele-una-ley-permitira-audiencias-de-hasta-900-presos.html

[28] Bob Jessop, *El Estado. Pasado, presente y futuro* (Madrid: Catarata, 2016), 56.

[29] *Ibid.*, 133.

[30] Mann, "La crisis del Estado-nación en América Latina", 185.

[31] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano Perú. Por una densidad del Estado al servicio de la gente* (Lima: PNUD, 2009), 34, https://hdr.undp.org/system/files/documents/idh2009-peru-vol1-2pdf.pdf

ese constructo de reglas e instituciones surge como un medio para la satisfacción de las necesidades de quienes integran la sociedad.

Para evaluar el cumplimiento de ese cometido corresponde resemantizar los componentes clásicos (territorio, población y aparato) y focalizarse en cómo la territorialización del poder y la participación ciudadana hacen un aporte central para generar las condiciones en las que las personas sean y hagan lo que estiman mejor, según lo que consideran valioso para sus vidas.

El Estado denso, a decir del PNUD,[32] es aquel que tiene capacidades reales para proveer de bienes y servicios útiles para el desarrollo humano, fin cuyo cumplimiento está supeditado a la existencia de un poder infraestructural, según el cual se pueden implementar las decisiones de política pública (en este caso favorables al mejoramiento de las condiciones de vida) independientemente de quién las adopte.

Un vaso comunicante en las tres propuestas teóricas antes enunciadas –PNUD, Mann y Jessop– es la participación ciudadana y la obligada revisión de las relaciones sociales que dan soporte a las interacciones del poder. Los efectos del Estado afincan en el interés común de quienes habitan en un territorio específico, por lo que una mayor precisión sobre sus alcances viene dada por las acciones colectivas que externalicen cuáles son esos intereses.

Algunas propuestas teóricas (como la clásica griega) hacen una división conceptual entre *sintagma* y *Politeia*, refiriendo el primero de esos vocablos a la partitura escrita de los textos político-normativos; los preceptos y las reglas que positivizan el sistema político se ubicarían en esa categoría.[33] Como se ha visto, no basta esa previsión de normas para que la sociedad los asuma y adecúe sus lógicas de acción; la interiorización y el convencimiento sobre la justicia de esos cánones es fundamental.

Por su parte, la *Politeia* se refiere a cómo se vivencian esas instituciones políticas en el día a día, en los intercambios, en las interacciones, como se decía en el párrafo tras anterior.[34] En Centroamérica, pese al remozamiento de los marcos jurídicos (para alinearlos al ideal democrático), las sociedades no atendieron el problema de la inequidad en la distribución de la riqueza ni de otros bienes que aseguran bienestar.

La democracia económica que no se pudo (ni se ha podido) instalar, lo cual ha limitado el enraizamiento de la democracia política. Independientemente de las formas que asumió y cómo se encauzó el conflicto por el poder, lo cierto es que la repartición equitativa del ingreso no fue prioridad. Ese estado de cosas se tradujo, para utilizar el título de la obra de Manuel Solís (aplicado a otros malos procederes en la política), en *democracias de razones débiles*.[35]

---

[32] PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano Perú*, 34.

[33] Luigi Ferrajoli, *Iura Paria* (Madrid: Trotta, 2020).

[34] Carmen García y Encarna García, "'Civilidad' y 'buen gobierno': La 'policía' en el siglo XVIII", *Saitabi*, n.° 58 (2008): 393-422, https://turia.uv.es/index.php/saitabi/article/download/6246/6003

[35] Manuel Solís, *La democracia de las razones débiles (y los pasajes ocultos)* (San José: UCR, 2018).

Edelberto Torres-Rivas pone de manifiesto cómo el trípode sobre el que se sostiene la situación centroamericana sigue tan vigente hoy como en los albores de la independencia: a) alta inequidad, b) ejércitos protagónicos y c) una democracia que no logra profundizar sus raíces por, justamente, los dos primeros factores.[36]

No es posible hablar de régimen democrático sin garantías para el pleno goce de los derechos humanos de los habitantes, elemento deficitario en toda esta zona. Esa falta de acceso a oportunidades y condiciones dignas no se debe únicamente a élites que bloquean el disfrute universal de derechos; también, la inequidad y la brecha económica impiden que las personas puedan adquirir bienes y servicios mínimos, lo cual genera descontento y, de no mediarse adecuadamente, frustración y violencia.

Si no hay consolidación de las instituciones y un convencimiento de que se está mejor con un sistema político democrático (que asegura mínimos de convivencia y de rentas), entonces, la incertidumbre siempre acecha. Contrario a lo que piensa Lehoucq,[37] la democracia económica sí es un tema históricamente irresoluto. Sin su debida atención, la asimetría en los ingresos minará cualquier intento de robustecer la institucionalidad del istmo.

Los Estados centroamericanos (a excepción de Costa Rica) no han podido adquirir la etiqueta de infraestructurales. El modesto desarrollo infraestructural de la institucionalidad ha sido el constante reproductor de espacios en los que la necesidad genera violencia, pero también desencanto con la clase política. Ese es el factor que explica el ascenso de líderes populistas y demagogos que se presentan como ácidos críticos de una forma "tradicional" de hacer las cosas; la aparición de figuras mesiánicas –que atestiguamos hoy– son la consecuencia de décadas en las que el crecimiento no fue acompañado con redistribución ni con la transacción de demandas.

El *Cuarto Informe. Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*[38] muestra cómo, en las postrimerías de la primera década del siglo XXI, hubo un replanteamiento de las políticas de seguridad democrática, habida cuenta del aumento en la criminalidad violenta y en la disminución de la edad promedio en la que las personas estaban ingresando a las estructuras delincuenciales.

Esa confluencia de voluntades para crear planes de acción e incluso nueva burocracia regional en la materia estuvo (y sigue estando) desvinculada de la realidad económica de los países. Por más represión, armamentismo estatal, vínculos de patrullaje conjunto y programas de adiestramiento policial con cuerpos tácticos foráneos, la metodología solo supone un parche, un dedo en el orificio del casco del barco; la verdadera política criminal, que se basa en una buena política social, ha escaseado en la región y da cuenta de sociedades disgustadas y con altos niveles de frustración.

---

[36] Torres-Rivas, "Los desafíos del desarrollo democrático en América Central", 15.

[37] Lehoucq, "La democratización en Centroamérica desde sus guerras civiles: fortalezas y debilidades", 25.

[38] Programa Estado de la Nación (PEN), *Cuarto informe. Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible* (San José: Conare/PEN, 2011).

En suma, la institucionalidad no es un tópico que pueda estudiarse solo desde las reglas y su diseño; para comprender es fundamental tener un panorama historiográfico (que incluye lo social y lo económico). Si no se tiene claridad de la proveniencia, el futuro se antoja errático.

Reflexiones finales

La construcción de los Estados, tanto en su diseño como en su identidad, se piensa –en una perspectiva inocente– como un trabajo colectivo; las dinámicas sociales de base son las que fraguan elementos culturales y políticos que, luego, cuajan en un documento constitucional precedido de una fase constituyente ampliamente deliberativa.

Sin embargo, más allá de posicionamientos propios o de presiones internas para incluir aspectos que se consideran favorables a intereses de un determinado grupo doméstico, lo cierto es que las élites nacionales se ven influenciadas por presiones (directas o indirectas) de agentes foráneos que también tienen interés en cómo se perfila la organización de una determinada nación y cómo se atiende el conflicto social cuando se presenta.

¿Será acaso que ese proceso es artificial? Podría afirmarse que el orden social y el régimen político son una respuesta a los deseos de países hegemónicos y de políticas internacionales dominantes; empero, adoptar esa postura es pendular hacia el otro extremo y desconoce el aporte (para bien o para mal) de personajes y conglomerados sociales nacionales que, sin duda, tienen un peso importante en las faenas de estructuración sociopolítica de los Estados.

Cortés y Fernández ofrecen un panorama amplio y longitudinal de cómo, más bien, la configuración de los citados componentes es producto de una relación mutuamente condicionante entre los actores internos y los externos donde, además, el territorio juega un rol medular.[39]

Centroamérica tiene una posición geográfica privilegiada, en tanto su condición de región intermedia y su carácter de "cintura" la vuelven apetecible para generar un canal interoceánico (como efectivamente ocurrió en Panamá con la ocupación norteamericana) y para establecer puntos logísticos y diplomáticos de influencia con espacios más lejanos como el sur del continente.

En la etapa inmediata posterior a la independencia, las entonces núbiles repúblicas centroamericanas fueron herederas de las condiciones político-sociales de la Colonia, esto es, la acumulación de capital económico permitía a las élites locales determinar los asuntos públicos. Costa Rica, por su parte, tenía una configuración

[39] Alejandro Cortés y Diego Fernández, "Órdenes sociales, regímenes políticos y geopolítica en Centroamérica: una lectura de larga duración en el contexto del bicentenario", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, n.° 47 (2021): 12, https://doi.org/10.15517/aeca.v47i0.50726

más homogénea de sus clases, por lo que, si bien hubo grupos hegemónicos (como la generación del Olimpo a finales del siglo XIX), se hizo una configuración distinta del orden social y el régimen político.

Esa no tan marcada diferenciación puede explicar por qué en el siglo XX, como lo relatan los citados autores, la huelga bananera de los años treinta tuvo un efecto positivo en la inclusión, primero legal y después constitucional, de garantías laborales, mientras que en otros países de Centroamérica las relaciones de empleo se mantuvieron bajo parámetros de pauperización de las condiciones de la clase trabajadora, principalmente agrícola.

Importa apuntar cómo las estrategias para influir desde afuera en las trayectorias política e institucional no han sido del todo uniformes en esos contextos de predominante asimetría entre los diversos sectores que componen las naciones del istmo (con la indicada excepción del caso costarricense).

Un ejemplo de esto se muestra en el texto "Órdenes sociales, regímenes políticos y geopolítica en Centroamérica: una lectura de larga duración en el contexto del bicentenario",[40] particularmente en lo que respecta a los derechos humanos y la oscilación que en la región tuvo el tema. Puntualmente, es vital observar cómo, dependiendo de la ideología de quien se encontraba en la Presidencia de los Estados Unidos, se irradiaba a la región centroamericana una influencia más favorable a las prerrogativas ciudadanas o, por el contrario, menos tuitiva.

Ese tópico es interesante por partida doble: Estados Unidos, pese a ser sede de algunos de los organismos más relevantes del sistema interamericano de derechos humanos (como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no ha ratificado el Pacto de San José de Costa Rica ni muchos otros tratados sobre derechos humanos; no obstante, ha utilizado el discurso de tutela como legitimador de acciones en la región y para desconocer regímenes que considera autoritarios o peligrosos.[41]

Las reglas previstas por el derecho internacional humanitario, y fundamentales acciones como la reparación y las promesas de no repetición, se han obviado en los procesos bélicos de la región, enfrentamientos internos que, como dejan al descubierto los cientificistas sociales Cortés y Fernández,[42] en no pocas ocasiones han sido alimentados por el "hegemón".

La ola democratizadora de los años ochenta solo permitió una relativa estabilidad durante poco menos de cinco lustros, pues esa institucionalidad poco desarrollada sucumbió ante los clamores de promesas incumplidas y sociedades altamente desiguales (las más desiguales del mundo).

---

[40] Cortés y Fernández, "Órdenes sociales, regímenes políticos y geopolítica en Centroamérica: una lectura de larga duración en el contexto del bicentenario".

[41] En su momento, Estados Unidos financió la guardia nacional somocista en Nicaragua, para "frenar" la amenaza comunista.

[42] Cortés y Fernández, "Órdenes sociales, regímenes políticos y geopolítica en Centroamérica: una lectura de larga duración en el contexto del bicentenario".

Ocurrió lo que North *et al.*[43] advierten: no hay una adecuada funcionalidad si se ponen a operar juntas instituciones de órdenes de acceso abierto en sistemas de acceso limitado; los procesos electorales en espacios donde las élites políticas tienen un control privilegiado de la economía (como en la mayor parte de países centroamericanos) suelen no tener el éxito previsto para disipar el enfrentamiento y la violencia, en los términos de Simmel.[44] Ese autor alemán, dentro de sus planteamientos, sostiene que los comicios son una forma de atenuar la disputa natural y agresiva por el poder; empero, los resultados electorales ya no liberan esa presión social.

La estructuración del régimen político de los Estados, así como su orden social se fraguan en un proceso histórico complejo en el que las élites locales, la influencia de potencias internacionales y la geopolítica son factores determinantes.

Con todo, el lograr una institucionalidad fuerte coadyuva a resistir los embates y las presiones; eso sí, tal robustez solo se alcanza si los niveles de inequidad y de conflictividad se mantienen controlados.

Bibliografía

Ackerman, Bruce. *La constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011. https://www.marcialpons.es/libros/la-constitucionviviente/9788497688574/

Congressional Research Center. *Democracy in Latin America and the Caribbean: A Compilation of Selected Indices*. Washington: Congressional Research Center, 2023. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46016

Cortés, Alejandro y Diego Fernández. "Órdenes sociales, regímenes políticos y geopolítica en Centroamérica: una lectura de larga duración en el contexto del bicentenario". *Anuario de Estudios Centroamericanos,* n.° 47 (2021): 1-40. https://doi.org/10.15517/aeca.v47i0.50726

Cortina, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.

Economist Intelligence Unit. *Democracy Index 2023. Age of conflict.* London: EIU, 2024.

Ferrajoli, Luigi. *Iura Paria*. Madrid: Editorial Trotta, 2020.

García, Carmen y Encarna García. "'Civilidad' y 'buen gobierno': La 'policía' en el siglo XVIII". *Saitabi,* n. 58 (2008): 393-422. https://turia.uv.es/index.php/saitabi/article/download/6246/6003

[43] Douglass C. North *et al.*, "Limited access orders: An introduction to the conceptual framework", en *In the Shadow of Violence: Politics, Economics, and the Problems of Development*, ed. por Douglass C. North *et al.* (New York: Cambridge University Press, 2013), 1-24.

[44] Georg Simmel, *Sociología: estudios sobre las formas de socialización* (México: Fondo de Cultura Económica, 2015), 43.

Gorostiaga, Xabier. "Centroamérica en el 'Contragate'". *Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica* 13, n.° 2 (1987): 117-131. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/anuario/article/download/2858/2779/4443

International Institute for Democracy and Electoral Assistance. *The Global State of Democracy 2023*. Stockholm: IDEA, 2023. https://www.idea.int/democracytracker/sites/default/files/2024-02/the-global-state-of-democracy-2023-the-new-checks-and-balances.pdf

Jessop, Bob. *El Estado. Pasado, presente y futuro*. Madrid: Catarata, 2016.

Lapop. *Latinobarómetro – Opinión Pública Latinoamericana. Barómetro de las Américas*. Nashville: Vanderbilt University, 2023. https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2023/AB2023-Pulso-de-la-democracia-final-20240219.pdf

Lehoucq, Fabrice. "La democratización en Centroamérica desde sus guerras civiles: fortalezas y debilidades". *Revista de Derecho Electoral,* n.° 16 (2023): 1-43.

Llewellyn, Karl. "Some realism about realism-responding to Dean Pound". *Harvard Law Review* 4, n.° 8 (1961): 1222-1264. https://www.jstor.org/stable/pdf/1332182.pdf

Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

Mann, Michael. "La crisis del Estado-nación en América Latina". *Desarrollo Económico* 44, n.° 174 (2004): 179-198. https://www.dropbox.com/scl/fi/mh3ihwnzvxtyw1x1z2c1z/3456035-M.-Mann-La-crisis-del-estado-naci-n-en-am-rica-latina.pdf?rlkey=5z7x70a7lcs1vce7ilaa9axid&dl=0

Miranda, William. "Juicios masivos en El Salvador de Bukele: una ley permitirá audiencias de hasta 900 presos". *Diario El País*, 27 de julio de 2023. https://elpais.com/internacional/2023-07-27/juicios-masivos-en-el-salvador-de-bukele-una-ley-permitira-audiencias-de-hasta-900-presos.html

Negretto, Gabriel. *La política del cambio constitucional en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.

North, Douglass C., John Wallis, Steven Webb y Barry R. Weingast. "Limited access orders: An introduction to the conceptual framework". En *In the Shadow of Violence, Politics, Economics, and the Problems of Development*, editado por Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb y Barry R. Weingast, 1-24. New York: Cambridge University Press, 2013.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe sobre Desarrollo Humano Perú. Por una densidad del Estado al servicio de la gente.* Lima: PNUD, 2009. https://hdr.undp.org/system/files/documents/idh2009-peru-vol1-2pdf.pdf

Programa Estado de la Nación (PEN). *Tercer Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible.* San José: Conare/PEN, 2008.

Programa Estado de la Nación (PEN). *Cuarto Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*. San José: Conare/PEN, 2011.

Solís, Manuel. *La democracia de las razones débiles (y los pasajes ocultos)*. San José: Editorial UCR, 2018.

Simmel, Georg. *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

Torres-Rivas, Edelberto. *Historia general de Centroamérica. De la posguerra a la crisis.* San José: Flacso y Sociedad Estatal Quinto Centenario, 1993.

Torres-Rivas, Edelberto. "Los desafíos del desarrollo democrático en América Central". *Anuario de Estudios Centroamericanos* 22, n.° 1 (1996): 7-40. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/anuario/article/view/3153/3060

"Un triunfo de la democracia". *El Diario de Costa Rica*, 15 de julio de 1953.

Villasuso, Juan M. "Reformas estructurales y política económica en Costa Rica". *Cepal: Serie Reformas Económicas*, n.° 64 (2000). https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/822367d9-bc27-4685-a419-efd5f9bc00f4/content

Jurisprudencia

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, Costa Rica.

Constitución Política de 1983, El Salvador.

Constitución Política de 17 de noviembre de 1993, Guatemala.

Constitución Política de 11 de enero de 1982, Honduras.

Constitución Política de 1987, Nicaragua.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 379-404, ISSN 2346-0849

Betty Carolina Ortuste Tellería* **(Bolivia)**
Pablo Roberto Toledo** **(Argentina)**

El control de convencionalidad en clave comparada: las experiencias de Bolivia y Argentina***

RESUMEN

El control de convencionalidad constituye una herramienta del derecho procesal constitucional que consiste en someter las normas de la Constitución, de las leyes y los reglamentos, así como los actos o las decisiones de las autoridades públicas a un contraste con el *corpus iuris* interamericano, y con la interpretación de las normas convencionales realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para verificar que no sean incompatibles con sus principios y derechos. Este artículo procurará reflejar las dimensiones de ese control de convencionalidad en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su funcionamiento en el plano interno de Bolivia y Argentina para identificar sus semejanzas.

Palabras clave: control de convencionalidad; sistema interamericano de protección de los derechos humanos; desarrollo del control de convencionalidad en Bolivia y Argentina.

* Doctora en Derecho, Programa Doctoral "Estado, Sociedad Democrática y Derecho", Universidad del País Vasco. Docente de pre y posgrado en varias universidades públicas y privadas. carolinaortuste@hotmail.com / https://orcid.org/0009-0009-0666-5218

** Abogado, Universidad Nacional de Tucumán; doctor en Derecho y magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario. Docente de Derecho Procesal y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la UNT; docente de posgrado, y relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. pablorobertotoledo@hotmail.com / https://orcid.org/0000-0002-6838-4165

*** En este trabajo, enmarcado en el eje temático "derecho procesal constitucional", abordamos las dimensiones del control de convencionalidad y su funcionamiento en Bolivia y Argentina. Cada autor asume la parte que corresponde a su país.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Conventionality Control from a Comparative Perspective: The Experiences of Bolivia and Argentina

ABSTRACT

Conventionality control is a tool used in constitutional procedural law that consists of contrasting constitutional, statutory and regulatory norms and the acts or decisions of public authorities with the Inter-American corpus iuris as well as the interpretation of convention norms by the Inter-American Court of Human Rights in order to verify that they are not incompatible with its principles and rights. This article will try to present the dimensions of such conventionality control in the context of the Inter-American System for the protection of human rights and, with the aim of identifying similarities, how it operates at the domestic level in Bolivia and Argentina.

Keywords: Conventionality control; Inter-American System for the protection of human rights; development of conventionality control in Bolivia and Argentina.

Prüfung der Vertragskonformität in vergleichender Perspektive: die Erfahrungen Boliviens und Argentiniens

ZUSAMMENFASSUNG

Die Prüfung der Vertragskonformität ist ein Instrument des Verfassungsprozessrechts, das aus dem Abgleich von Verfassungsbestimmungen, Gesetzen und Verordnungen sowie Akten und Entscheidungen von Behörden mit dem interamerikanischen corpus iuris und der Auslegung der Vertragsnormen durch den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte besteht, mit dem Ziel sicherzustellen, dass sie nicht gegen deren Grundsätze und Rechte verstoßen. Dieser Beitrag befasst sich mit den Dimensionen der Konformitätsprüfung im interamerikanischen Menschenrechtssystem und seiner Funktionsweise auf der nationalen Ebene in Bolivien und Argentinien, um mögliche Ähnlichkeiten herauszuarbeiten.

Schlagwörter: Prüfung der Vertragskonformität; Interamerikanisches Menschenrechtssystem; Entwicklung der Prüfung der Vertragskonformität in Bolivien und Argentinien.

Introducción

En una aguda reflexión, Abregú señaló que nos enfrentamos a una paradoja histórica que nos muestra que, si el desafío de la posguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío actual es la nacionalización de los derechos humanos universales como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno.[1]

[1] Martín Abregú, "La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción", en *La aplicación de los tratados sobre derechos*

En las últimas décadas, el derecho procesal constitucional ha tenido un avance significativo en Latinoamérica, vinculado a las modificaciones en el escenario constitucional, en especial, el retorno a la democracia en muchos de nuestros países y la conformación de salas, cortes y tribunales constitucionales especializados, provocando cambios en la conciencia jurídica y social, en búsqueda de respuestas eficientes, que las estructuras tradicionales no ofrecieron.[2]

En ese marco, y como una herramienta clave en el escenario del derecho procesal constitucional latinoamericano, surge el control de convencionalidad. Se trata de una herramienta impulsada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyo objetivo primordial es garantizar que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos adquieran vigencia real en el plano interno de los países de América.

Lo cierto es que la mayoría de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos necesitan la "nacionalización" de sus estándares como mecanismo para hacerlos efectivos de manera estructural en el ámbito interno. Se observa entonces la relevancia de analizar el control de convencionalidad en el escenario constitucional latinoamericano, pero también la importancia de examinar los diferentes impactos que puede provocar esa herramienta del derecho procesal constitucional en los moldes y dinámicas constitucionales de los países de nuestra región.

A raíz de ello, en el presente artículo nos proponemos identificar los principales elementos del control de convencionalidad en el desarrollo y el ámbito de la Corte IDH, para luego abordar su funcionamiento en Bolivia y Argentina, respectivamente.[3]

1. El control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH demostró aspiración para influir en los sistemas de protección de derechos internos de cada uno de los países de la región antes del nacimiento formal del control de convencionalidad. El tribunal interamericano, desde sus inicios, descalificó actos y normas de derecho interno de los Estados a raíz de interpretar que eran contrarios a los estándares del sistema interamericano. En efecto, esa aspiración de la Corte IDH ocurrió bastante tiempo antes del fallo Almonacid Arellano y otros

humanos por los tribunales locales, ed. por Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 5.

[2] Néstor P. Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006), 43.

[3] La selección de estos países se relaciona con la pertenencia de los autores y su conocimiento sobre esos Estados específicos.

vs. Chile[4] de 2006, donde el control de convencionalidad obtuvo un reconocimiento formal en el tribunal internacional.

Un ejemplo nítido de aquel control de convencionalidad "informal" (o intitulado) puede verse en el caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile[5] (2001). Allí se advierte con nitidez un control de convencionalidad en el ámbito internacional, dado que la Corte IDH descalificó una norma interna (la propia Constitución Nacional de un Estado) por interpretar que era contraria al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En ese sentido, la Corte IDH expresó:

> Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.[6]

Lo cierto es que esa vocación de "nacionalizar" los estándares, logrando la vigencia cotidiana de los derechos a través de una adecuada complementariedad entre la protección internacional y los mecanismos internos de tutela, impulsa el nacimiento formal del control de convencionalidad en la Corte IDH, es decir, la necesidad de contar con una herramienta –a través de una etiqueta novedosa y atractiva– para fortalecer la idea de que los Estados deben apropiarse de los estándares del sistema interamericano, haciendo también más efectivos los mecanismos de tutela internos.

En esa lógica, la idea de un control de convencionalidad primario, a cargo de los organismos internos de los Estados, que permita incorporar los estándares internacionales a la dinámica interna con mayor fortaleza, constituyó, indiscutiblemente, un eficiente mecanismo para incrementar el predicamento y la influencia de los estándares del sistema interamericano en la región e impulsar que los Estados sean más eficientes en su tarea de respetar y garantizar los derechos humanos.[7]

---

[4] 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.

[5] Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 73.

[6] *Ibid.*, párrafo 72.

[7] Claudio Nash Rojas, "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013), 490-491.

Ahora bien, el referido nacimiento "formal" del control de convencionalidad se produjo en el año 2006,[8] a través de dos fallos de la Corte IDH: los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile[9] y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú,[10] este último dictado solo dos meses después del primero. En el Caso Almonacid Arellano, la Corte IDH se dirigió directamente a los jueces internos de los Estados, señalando:

> 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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados 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.[11]

Dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú,[12] la Corte IDH avanzó en una arista adicional, expresando: "Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[13] Es decir, el control de convencionalidad no debía efectuarse solo a pedido de parte, sino de oficio, en la medida en que el órgano sea competente y se respete la regulación procesal correspondiente.

El control de convencionalidad emergió entonces como una herramienta hermenéutica para la concreción de la garantía de la aplicabilidad de los estándares del

---

[8] Sin perjuicio de menciones anteriores en votos razonados (no en el voto de mayoría), por ejemplo, el de Sergio García Ramírez en Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101.

[9] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

[10] 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.

[11] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párrafo 124.

[12] Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, cit.

[13] *Ibid*., párrafo 128.

sistema interamericano en el derecho interno, inaugurando, como señala García Ramírez, una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno.[14]

Esa idea encuentra respaldo en la opinión de Ferrer Mac-Gregor, quien señaló que se convierte al juez nacional en juez interamericano, como primer y auténtico guardián de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de la jurisprudencia convencional. Los jueces asumen así la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.[15]

La evolución del control de convencionalidad impactó también en otra arista, referida al material controlante. En ese orden, es relevante resaltar que desde el Caso Almonacid Arellano, la Corte IDH expresó que el material controlado (*v. gr.,* normas y actos internos) debía contrastarse con la CADH. Sin embargo, allí también expresó que ese examen de validez convencional debía contrastarse con los estándares propios de los pronunciamientos de la Corte IDH, y ello no solo incluye los criterios y las obligaciones que surgen de los fallos dictados en casos contenciosos por la Corte IDH contra el país al cual pertenece el órgano que aplica el control de convencionalidad (cosa juzgada internacional, *res iudicata* internacional), sino que se deben tener en cuenta los criterios y las doctrinas que surjan de pronunciamientos dictados por la Corte IDH contra otros Estados. Solo de ese modo se logrará establecer la eficacia general de los estándares interamericanos con efectos de norma interpretada (*res interpretata*).[16] A ello se debe agregar que la Corte IDH señaló la necesidad de que se realice el control de convencionalidad también a partir de las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 de la CADH.[17]

El material de control no se agota en los elementos mencionados previamente, en tanto el control de convencionalidad también reclama tener en cuenta los otros instrumentos internacionales que integran el *corpus iuris interamericano*, dado que ellos también ofrecen estándares relevantes para la eficaz protección de los derechos humanos.[18] Esa lógica se inscribe en el razonamiento de la Corte IDH en el caso de

---

[14] Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, cit., párrafo 11.

[15] Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, párrafo 24.

[16] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 69.

[17] 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, Serie A, No. 21, párrafo 31.

[18] Ver Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, cit., párrafo 48.

la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, donde el tribunal fijó estándares propios a partir de la interpretación de normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), considerando violadas normas de ambos instrumentos internacionales.[19]

En otro orden, y respecto de los órganos que deben ejercer el control de convencionalidad, el criterio de la Corte IDH tuvo una evolución ampliatoria, ya que si bien en un primer momento estaba dirigido a los jueces y las juezas, esa ampliación se reflejó en el caso Gelman vs. Uruguay, donde la Corte IDH destacó que "todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces", deben velar por que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, "por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes,[20] agregando luego que el control de convencionalidad "es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".[21] A su vez, en un precedente posterior, la Corte IDH reiteró: "En el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'."[22]

Finalmente, debemos destacar una arista operativa del control de convencionalidad, relativa a que el mismo debe ser ejercido de forma complementaria al control de constitucionalidad implementado por cada Estado,[23] a la vez que el control de convencionalidad no solo funciona con un papel represivo, es decir, inaplicando o invalidando las reglas de derecho interno opuestas a los estándares interamericanos,[24] dado que junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad puede asumir un rol constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional, sea constitucional o de menor jerarquía. Esta posibilidad es muy clara a partir del Caso Radilla Pacheco vs. México,[25] donde la Corte IDH subraya la nece-

---

[19] Ver Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 211, párrafos 140, 141 y 153.

[20] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párrafo 239.

[21] *Idem*.

[22] Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 282, párrafo 471.

[23] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, cit., párrafo 88.

[24] Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, cit., párrafo 36.

[25] Párrafo 340.

sidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel tribunal, lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno de conformidad con las pautas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.[26]

Todas estas aristas del control de convencionalidad diseñado en la Corte IDH tienen impactos diferenciales en cada uno de los Estados, los que, por sus diseños constitucionales y organizacionales, ofrecen mecanismos de implementación distintos en relación con el que nos ocupa. En ese esquema, es interesante abordar algunos puntos clave de la implementación del control de convencionalidad en Bolivia y Argentina.

2. El control de convencionalidad en Bolivia

El Estado boliviano es parte de la CADH, mediante Decreto Supremo 16575 de 13 de junio de 1979, que fue elevado a rango legal por la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993. En consecuencia, la referida Convención forma parte del bloque de constitucionalidad y es de aplicación directa y obligatoria por las autoridades públicas del Estado, quienes tienen la obligación de resguardar y proteger los derechos humanos en ella consagrados. Como consecuencia de su libre adhesión, el Estado boliviano hizo el depósito del instrumento de adhesión ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 19 de julio de 1979.[27]

El 27 de julio de 1993, el Estado boliviano presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención. En el instrumento mencionado, el Gobierno de Bolivia declaró:

> I. El Gobierno Constitucional de la República, de conformidad con el artículo 59, inciso 12, de la Constitución Política del Estado, mediante Ley 1430 de 11 de febrero, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 de la Convención.

---

[26] Néstor P. Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 392-393.

[27] José Antonio Rivera Santivañez, "La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia", en *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coord. por William Herrera Áñez (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017), 306-307.

> II. En uso de la facultad que me confiere el inciso 2, del artículo 96 de la Constitución Política del Estado, expido el presente instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", así como el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el reconocimiento como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 62 de la Convención.

Adicionalmente, el Gobierno de Bolivia presentó una declaración interpretativa al momento de depositar el instrumento de reconocimiento a la competencia de la Corte IDH, que establece: "Los preceptos de incondicionalidad y plazo indefinido se aplicarán en estricta observancia de la Constitución Política del Estado boliviano, especialmente de los principios de reciprocidad, irretroactividad y autonomía judicial" (Nota OEA/MI/262/93 de 22 de julio de 1993).

Conforme a la jurisprudencia expedida por la Corte IDH y al ser el Estado boliviano parte de la CADH,[28] las autoridades públicas en general, y los jueces y tribunales de justicia en particular, especialmente la jurisdicción constitucional, tienen la obligación de realizar *ex officio* el control de convencionalidad interno; lo que implica que deben y tienen que desarrollar la labor de contrastación de las normas de la Constitución, las leyes y reglamentos, así como de los actos administrativos con las normas de la Convención y el *corpus iuris* interamericano, en el marco de la interpretación efectuada por la Corte IDH. Asimismo, tienen la obligación de interpretar normas del ordenamiento jurídico interno desde y en conformidad con las normas de la CADH y la interpretación realizada por la Corte IDH.[29]

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en su Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012, señaló:

> Los Estados al suscribir una convención o tratado se convierten en Estado parte, en consecuencia, adquieren derechos y obligaciones en cumplimiento del principio fundamental de derecho internacional reflejado en el denominado *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), tal y como lo señala la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Por tanto, al haber suscrito Bolivia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se somete a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[30]

La obligación de las autoridades públicas del Estado boliviano para que realicen el control de convencionalidad interno tiene sustento y base jurídica en preceptos

---

[28] Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[29] Rivera Santivañez, "La aplicación del control... ", 304-305.

[30] *Ibid*., 307.

constitucionales y legales. Por previsión del artículo 1 de la Constitución, Bolivia es un Estado constitucional de derecho, lo que significa que ha adoptado un modelo de organización social y política en el que toda actividad estatal está subordinada a un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se ubica la Constitución como la norma suprema que fija las condiciones de validez del resto de las disposiciones legales y reglamentarias, así como de las decisiones y resoluciones de las autoridades públicas.

Luego uno de los elementos esenciales del Estado de derecho es la promoción, el resguardo y la protección de los derechos y las libertades fundamentales; bajo esta premisa, el artículo 410-II de la misma Constitución establece que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir que el Estado, como regla general, integra los instrumentos internacionales antes referidos al derecho interno con el rango constitucional; sin embargo, por previsión del artículo 256-I de la ley fundamental, en casos concretos en que las normas convencionales sean más favorables que la Constitución para proteger derechos humanos, deben aplicarse aquellas con preferencia a esta, lo que supone que en dichos casos los instrumentos internacionales tienen rango supraconstitucional.[31]

Por otro lado, por previsión del artículo 13-IV de la Constitución Política del Estado (CPE), surge que los derechos consagrados en esa Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. Asimismo, el artículo 9 de la misma Constitución destaca que son fines y funciones esenciales del Estado, entre otros: "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución". En cumplimiento de esos fines y funciones, las autoridades públicas del Estado están obligadas a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados por la CADH y el *corpus iuris* interamericano, interpretando y aplicando las normas del derecho interno desde y en conformidad con las normas convencionales y la interpretación de estas últimas realizada por la Corte IDH, para garantizar y proteger de mejor forma los derechos, llevando a cabo una suerte de "control de convencionalidad".[32]

El control de convencionalidad consiste en someter las normas de la Constitución, de las leyes y los reglamentos, y los actos o decisiones de las autoridades públicas a un contraste con la CADH y su *corpus iuris* interamericano, así como la interpretación de las normas convencionales realizada por la Corte IDH, para verificar que no sean incompatibles con los principios y los derechos consagrados por esta, como lo afirma Sergio García Ramírez, exjuez de la Corte IDH:

> 3. … la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general–, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes

[31] *Ibid.*, 305-306.

[32] *Ibid.*, 306.

> fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos.[33]

En el entendido de que el control de convencionalidad interno es mayormente difuso y que, a diferencia del concentrado, involucra a varios sujetos, este último aspecto ha sido aclarado por la jurisprudencia y doctrina creada por la Corte IDH estableciendo los siguientes alcances de este control en relación con los órganos internos y las autoridades públicas de los Estados parte encargadas del mismo: 1) todos los jueces y tribunales judiciales de los Estados parte y 2) todas las autoridades políticas y administrativas del Estado parte, quienes tienen la misma obligación que los otros de realizar la interpretación de la Constitución, las leyes y los reglamentos desde y en conformidad con la Convención, hacer el respectivo contraste y no aplicar aquellas normas del derecho interno que son incompatibles con las normas convencionales o la interpretación de ellas efectuada por la Corte IDH.[34]

Con relación a las normas, los actos y las decisiones objetos de control de convencionalidad, desde la jurisprudencia establecida por la Corte IDH se determinan las siguientes:

- La Constitución, conforme se ha definido en la sentencia emitida en el Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile.
- Las leyes en general, en donde, para el caso boliviano, el control alcanza las leyes nacionales, departamentales y municipales, según lo indicado en la sentencia del Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela.
- Las políticas públicas adoptadas por el Gobierno del Estado parte, tal y como se ha determinado en la sentencia del Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela.
- Las decisiones de organismos electorales, conforme se ha definido en los casos Yatama vs. Nicaragua y López Mendoza vs. Venezuela.
- Las sentencias expedidas por los jueces y tribunales judiciales, de acuerdo con lo indicado por la Corte en los casos Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala) y Myrna Mack Chang vs. Guatemala.[35]

Particularmente, en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, no solo se habla de obligaciones generales establecidas hacia la comunidad internacional por

---

[33] *Ibid*., 295.

[34] *Ibid*., 303-304.

[35] *Ibid*., 304.

parte de la Corte IDH, sino también de hechos y obligaciones vinculadas directamente a Bolivia.[36]

No obstante, surge un interrogante: ¿Dicho control comprende solo las sentencias de la Corte IDH o también sus opiniones consultivas? El mismo es resuelto en la Opinión Consultiva OC-21/14,[37] en los siguientes términos:

> Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que 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.[38]

Inevitablemente, surge también otro interrogante: ¿Existe un bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico de los países que conforman el sistema interamericano? El mismo es respondido en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010,[39] que textualmente refiere lo siguiente:

> … en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la Corte IDH estableció que: El *corpus iuris* del derecho internacional de los DD. HH. está formando por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) […] 49. Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre "medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de la sentencia" en términos del art. 67 del Pacto de San José.

---

[36] Eliana Roca Serrano, "El control de convencionalidad: alcance y aplicación en Bolivia", en *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coord. por William Herrera *Áñez* (Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017), 347-348.

[37] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, cit., párrafo 31.

[38] Arturo Yáñez Cortés, *Control de convencionalidad: herramientas para litigio estratégico* (Sucre: 2020), 52.

[39] Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 47 y ss.

Sin embargo, si bien es evidente lo afirmado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 2010, al asegurar que el control de convencionalidad en el ámbito interno "convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana […] ‑lo que equivale a decir que‑ los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional". Ello no puede quedar librado a la discrecionalidad del juez nacional, ni mucho menos puede ser utilizado a conveniencia. Asimismo, no se debe perder de vista que si bien no existe monopolio alguno en la interpretación de la CADH, quien tiene la calidad de supremo intérprete es precisamente la Corte IDH.[40]

2.1. Control de constitucionalidad normativo previo a la ratificación de tratados internacionales

Como resultado del control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH en el ámbito internacional, las sentencias nunca tienen efectos anulatorios ni invalidatorios. Así, la Corte IDH se ha limitado a ordenar al Estado, cuyas normas han infringido los derechos garantizados en la Convención, a adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas a fin de adecuar los preceptos legales a lo establecido en la Convención, incluso las de orden constitucional, como sucedió en lo decidido por la Corte IDH en el Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile de 5 de febrero de 2001,[41] y proceder a dejar sin efecto los actos estatales lesivos.

La jurisprudencia internacional se inclina por darle primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) expresó: "Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor".[42]

En Bolivia, para evitar que un tratado internacional entre en el tráfico jurídico interno contrariando los valores supremos, principios fundamentales, derechos y garantías constitucionales, se ha previsto como medida preventiva el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales ‑aun cuando estos versen sobre la materia de derechos humanos como parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional‑ (CPE, art. 202, num. 9).

---

[40] Alan E. Vargas Lima, *Justicia constitucional en Bolivia (1999-2019). Evolución de la jurisprudencia constitucional en Bolivia: derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho procesal administrativo.* Tomo II (Cochabamba-Bolivia: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y Grupo Editorial Kipus, Latin Iuris, 2019), 392.

[41] Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, cit.

[42] Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932. Citada por Miguel D'Estéfano Pisani, *Casos en derecho internacional público* (La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986), 119.

El artículo 107 del Código de Procedimiento Constitucional (CPCons), aprobado mediante Ley 254 de 5 de julio de 2012, señala a este respecto que la presidenta o el presidente del Estado boliviano, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del proyecto de tratado o alguna de sus partes, lo remitirá ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Luego de que el texto del tratado internacional negociado sea remitido por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su eventual aprobación y posterior ratificación, corresponderá a la presidenta o al presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) enviarlo, de forma obligatoria y dentro del plazo de 20 días de su recepción, al TCP, antes de que dichos instrumentos internacionales sean ratificados. En el mismo plazo, las presidentas o los presidentes de las cámaras de senadores o de diputados, respectivamente, o al menos cinco senadores o 10 diputados, podrán manifestar directamente ante el TCP, o a través de la presidenta o el presidente de la ALP, la duda fundada que tengan sobre la inconstitucionalidad del proyecto de tratado o de algunas de sus estipulaciones.

Conforme se infiere del artículo 24 del Código Procesal Constitucional,[43] los requisitos para el control de constitucionalidad previo a la ratificación de tratados internacionales son: a) acreditación: legitimación activa; b) norma impugnada: acompañar el texto del tratado internacional objeto de la consulta; y c) fundamentación: se debe señalar de manera precisa y fundamentada de qué forma y qué partes de su contenido contradicen a la CPE y demás normas del bloque de constitucionalidad.

Una vez admitida la consulta, la Comisión de Admisión (CA) dispondrá que esta sea de conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en el plazo de 15 días desde su notificación emita su opinión fundada sobre la consulta. Transcurrido este plazo, con o sin la remisión de la opinión, el TCP emitirá el DCP, en el plazo de los 45 días (antes 30 días), sobre la constitucionalidad o no, total o parcial, del Proyecto del Tratado (CPCons, art. 108).

En caso de declararse la inconstitucionalidad de un tratado bilateral, el mismo no será ratificado, procediendo a su renegociación, si corresponde. La declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un tratado multilateral, no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la CPE por la DCP (CPCons, art. 109).

En el caso de declaratoria de inconstitucionalidad, esta no afecta directamente el texto del tratado, sino su vigencia, hasta que no se elimine, renegocie o se hagan las correspondientes reservas sobre uno o más artículos del tratado. Por otra parte, impide que pueda activarse nuevamente el control de constitucionalidad sobre la misma norma ya examinada por el TCP (cosa juzgada constitucional).

---

[43] Ley 254 de 5 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*.

2.2. Tensión entre el control de convencionalidad y el principio de soberanía popular

Dentro de la integración de tratados internacionales de derechos humanos al denominado bloque de constitucionalidad por previsión expresa del artículo 410-II de la Constitución, es jurídicamente posible que el Tribunal Constitucional Plurinacional, por la vía interpretativa y so pretexto de realizar *ex officio* el control de convencionalidad, pueda usurpar las funciones que competen únicamente a la Asamblea Constituyente, invalidando, trastocando o alterando la voluntad popular expresada en el referéndum aprobatorio,[44] cambiando el sentido y alcance de los valores y principios fundamentales consagrados en su parte axiológica, o de los derechos, libertades y garantías que corresponden a su parte dogmática. Dichos contenidos integran la parte pétrea o rígida del texto constitucional, cuya modificación, así sea de uno solo de sus articulados, implica atravesar el procedimiento de reforma, descrito en su artículo 411-I, de la siguiente manera:

> La reforma total de la constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente Originaria Plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Asimismo, se habla de un poder constituyente originario, también conocido como poder fundacional por la creación del Estado y cambio total del sistema constitucional, mientras que el poder constituyente derivado o reformador es resultado de la norma constitucional que prevé su organización para revisar y modificar la Constitución –razón por la cual está sometido a las normas constitucionales–, y que puede adoptar diversas modalidades: asamblea nacional constituyente, asamblea constituyente *ad referendum* y referéndum popular.[45]

El poder constituyente originario o fundacional es ilimitado y absoluto en su ejercicio, por lo que no reconoce límites jurídicos en este. Es supremo y extraordinario, no está subordinado a voluntad política ni jurídica alguna, ya que precede a otro poder, aunque algunos estudiosos consideran que la ausencia de límites solo

---

[44] Ver Sentencia Constitucional 045/2006 de 2 de junio.

[45] Vargas Lima, *Justicia constitucional en Bolivia...*, 2-4.

se expresa en el ámbito jurídico positivo, mientras que en el ámbito extrajurídico, sí hay límites ideológicos (creencias y valores) y estructurales (sistema productivo, clases sociales, entre otros).[46]

Respecto del poder constituyente derivado o reformador, sí está sometido a límites extrajurídicos y jurídicos. En este último caso, según Rivera Santivañez se reconocen dos variedades de límites:

1. Límites autónomos: Aquellos que provienen de la propia CPE positiva, lo que significa que fueron previstos por el constituyente originario o fundacional, pues previó para la reforma constitucional un mecanismo legítimo con participación democrática (el poder constituyente derivado o reformador). Se clasifican y subdividen en:
   a) Límites procesales (trámite y procedimientos de reforma a la CPE).
   b) Límites sustanciales (contenido mismo de la reforma en función de determinados valores supremos o principios fundamentales: cláusulas pétreas de la CPE).
2. Límites heterónomos: Aquellos que derivan de las normas jurídicas ajenas a la CPE en sí misma. Proceden del ordenamiento jurídico externo con relación al derecho local, que lo admite, recibe e incorpora. Se subdividen en:
   a) Emergentes de pactos federales.
   b) Emergentes de tratados internacionales (en situaciones de paz y guerra).

Según José Antonio Rivera Santivañez, no es posible establecer límites jurídico-positivos al poder constituyente, ya sea originario o derivado, toda vez que, al ser la voluntad suprema, puede legítima y válidamente adoptar un nuevo pacto social (sistema constitucional), pues los límites antes citados son meramente referenciales. Empero, puede que encuentre límites en el ámbito axiológico. De ahí que la tendencia sea explicitarlos en los textos de la siguiente manera:

a) Cláusulas pétreas implícitas, que están expresadas a través de:
   i) inalterabilidad de los principios fundamentales o del espíritu de la CPE;
   ii) inderogabilidad de la declaración de los derechos fundamentales.
b) Irrevocabilidad de la declaración de derechos.
c) Irrevisabilidad de la prohibición de reelección presidencial.

De la normativa y doctrina antes glosada, se colige que los órganos del poder público constituido, entre ellos el órgano judicial del cual forma parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, no pueden desconocer el mandato popular exteriorizado en los resultados del referéndum aprobatorio de la propia Constitución Política del Estado, ya que en atención al artículo 7 de la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico, lo que hace este Tribunal es ejercer la soberanía que le ha sido

[46] *Ibid.*, 4-6.

delegada por el pueblo boliviano, que en definitiva es su titular en forma inalienable e imprescriptible.

En tal sentido, y por analogía, podría equipararse a la soberanía delegada con la figura del mandato o poder de presentación convencional reconocido en el derecho civil con sus salvadas distancias, dentro del cual el representado o mandante puede en cualquier momento recobrar el ejercicio de sus derechos o facultades delegadas e incluso invalidar los actos de su mandatario que excedieron los límites de su poder, abusando de la confianza dispensada. Al efecto, la jurisprudencia sentada en la Sentencia Constitucional 0045/2006 de 2 de junio, reconoce específicamente:

> ... a tiempo de instaurar mecanismos de democracia participativa, se ha consagrado el referéndum, como uno a través del cual el pueblo puede expresar su opinión sobre una decisión política de trascendental importancia; y regulando los alcances del dictamen vertido, el legislador le ha concedido al resultado del referéndum carácter vinculante para todas las autoridades e instancias competentes; vale decir, que *ninguna autoridad puede oponerse a lo determinado por el pueblo mediante la exteriorización de su decisión en un referéndum*.[...]

Conforme lo anotado, los resultados de la consulta popular o referéndum tienen carácter vinculante. También conviene advertir que, al concederle tal categoría, se consagra al resultado de un referéndum como la toma de una decisión por el titular de la soberanía, el pueblo, sin necesidad de acudir a sus eventuales representantes en los tres poderes del Estado; de ahí emerge la obligatoriedad para estos tres poderes de acatar y estar vinculados a dicha decisión sin que puedan oponerse, pues es una decisión de la instancia superior, cual es aquella conformada por los titulares de la soberanía. Dicho de otra manera, cuando el resultado de un referéndum es por la toma de una decisión política, debe asumirse como si dicha decisión ya hubiera sido tomada, quedándoles sólo a los poderes del Estado, que ejercen la soberanía por delegación del pueblo, la institucionalización de tal decisión mediante los instrumentos normativos o de decisión adecuados; en ese contexto, es necesario precisar que los actos de los poderes constituidos destinados a cumplir el mandato imperativo instituido en un *referéndum*, pueden ser sometidos al sistema de control de constitucionalidad, precisamente para evitar que la voluntad popular sea burlada.

Por tanto, urge que el Tribunal Constitucional Plurinacional, sin incumplir su noble misión (CPE, art. 196-I) de velar por la supremacía de la constitucionalidad y precautelar por el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, interpretando estos últimos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia (CPE, art. 13-IV), ejerza simultáneamente el control interno de convencionalidad y difuso al que se ha obligado nuestro Estado, pero sin usurpar las facultades del poder constituyente en el momento de realizar su labor interpretativa, pues en ese caso incurriría en un fraude al control de convencionalidad.

3. El control de convencionalidad en Argentina

El diseño constitucional argentino establece la supremacía de la Constitución Nacional (CN) (arts. 31, 28 116 y 43). Debemos aclarar que, a través de la reforma constitucional del año 1994, se otorgó jerarquía constitucional a una importante serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, a la CADH (CN, art. 75.22). A su vez, a los fines de garantizar la eficacia de ese *corpus iuris*, el diseño institucional prevé un control de constitucionalidad que si bien al principio fue una construcción jurisprudencial,[47] a partir de la reforma constitucional del año 1994 tiene consagración expresa (*v. gr.,* CN, art. 43).

En paralelo al funcionamiento del control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) inició un claro camino de recepción de los estándares internacionales en casos como "Ekmekdjian vs. Sofovich"[48] y "Giroldi",[49] entre muchos otros, lo que decantó, en definitiva, importar explícitamente el control de convencionalidad, hecho que impulsó la influencia y el predicamento de los estándares internacionales. Lo cierto es que la CSJN fue clave en ese proceso, receptando de modo temprano y expreso el control de convencionalidad en los precedentes "Mazzeo"[50] y "Videla",[51] con cita directa de los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, respectivamente.

A partir de allí, y por el valor y predicamento que tienen los fallos de la Corte Argentina en el ámbito judicial interno del país, el control de convencionalidad constituye una herramienta judicial vigente y de uso permanente en los pronunciamientos judiciales, tanto en su faceta constructiva (interpretación conforme) como represiva (es decir, la competencia para inaplicar una norma doméstica por oponerse a un estándar internacional).

3.1. Articulación del control de constitucionalidad y convencionalidad

Sobre la articulación de los controles de convencionalidad y constitucionalidad, la Corte IDH señaló que oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y

---

[47] La doctrina del control de constitucionalidad en Argentina se remonta a 1887 (CSJN, Sojo, Eduardo vs. Cámara de Diputados de la Nación, 22/09/1887, *Fallos* 32:120).

[48] CSJN, "Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, *Fallos* 315:1492, *La Ley* 1992-C, 543.

[49] CSJN, "Giroldi, Horacio D. y otro", 07/04/1995, *Fallos* 318:514.

[50] CSJN, "Mazzeo, Julio L. y otros", 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.

[51] CSJN, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo", 31/08/2010, *Fallos* 333:1657.

reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.[52]

Esa lógica se aplica en Argentina, donde se otorgó jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la CSJN no solo aceptó explícitamente el control de convencionalidad, sino que ordenó su aplicación en forma conjunta con el control de constitucionalidad en el fallo "Rodríguez Pereyra".[53]

Ocurre que el criterio adoptado por la Corte argentina en el fallo "Rodríguez Pereyra" era el que se ajustaba al modelo constitucional del país. Si bien la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH no implica que los Estados deban adoptar un modelo específico de control de constitucionalidad y de convencionalidad (difuso, concentrado o mixto),[54] la articulación entre ambos controles opera de un modo más natural en los países donde existe un control de constitucionalidad difuso, ya que todo órgano judicial es competente para efectuar simultáneamente un control de convencionalidad y constitucionalidad. Ello ocurre en Argentina, que adoptó un control de constitucionalidad difuso, permitiendo que todos los jueces (nacionales, federales y provinciales de todas las instancias) puedan efectuar, mediante una articulación conjunta, el control de convencionalidad a la par del control de constitucionalidad (incluso en su faceta represiva), debido a la coherencia valorativa y los vasos comunicantes que existen entre la Constitución Nacional y los estándares internacionales sobre derechos humanos.[55]

A su vez, los controles de constitucionalidad y de convencionalidad comparten una naturaleza intrínseca, ya que parten de la idea de tutelar una supremacía, es decir, su funcionalidad práctica es similar. Por ello, la articulación de ambos regímenes de control resulta sumamente relevante, en virtud de sus proyecciones, tanto de índole sustancial como procedimental.[56]

Lo cierto es que ese diseño constitucional y la dinámica judicial facilitó la operatividad del control de convencionalidad como fuera proyectado en el ámbito internacional, es decir, los controles de constitucionalidad y convencionalidad deben efectuarse en forma conjunta y articulada.

---

[52] Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 88.

[53] CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra vs. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", 27/11/2012, *Fallos* 335:2333, *La Ley* 2012-F, 559.

[54] Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276, párrafo 124.

[55] Néstor P. Sagüés, *Compendio de derecho procesal constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2009), 29.

[56] María Sofía Sagüés, *El recurso extraordinario federal en la ley 48* (Buenos Aires: Hammurabi, 2017), 28-40.

3.2. Algunas características del control de convencionalidad en Argentina

Ahora bien, justamente a partir de esas "concordancias" que existen entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, tanto desde el punto de vista procedimental como sustancial, los desarrollos propios de la doctrina del control de constitucionalidad vigente en Argentina se extienden al funcionamiento del control de convencionalidad.

Por ello, es relevante resaltar que, en Argentina, los controles de constitucionalidad y de convencionalidad pueden ser articulados por vía de acción, excepción (incidental) y recurso, a la vez que debemos destacar que ambos controles se pueden efectuar en procesos judiciales de cualquier naturaleza (amparos, juicios ejecutivos, procesos civiles ordinarios, procesos penales, laborales, etc.).

Otro dato relevante que revela su amplitud consiste en que, como dijimos, el control de convencionalidad (al igual que el de constitucionalidad) es ejercido por el Poder Judicial en general, lo que implica que tenemos un control de convencionalidad difuso, a cargo de todos los jueces y juezas, que, sin distinción de jerarquía, fuero o jurisdicción, cuentan con la autoridad para ejercerlo. Ello incluye a los jueces provinciales (de cualquier instancia),[57] quienes también se encuentran habilitados para ejercer el control de convencionalidad con el mismo alcance que los jueces nacionales. Naturalmente, el ejercicio de un control judicial de constitucionalidad y convencionalidad tan diseminado solo debe practicarse si los jueces y las juezas son competentes en el caso concreto, en función del grado, materia, valor, turno, etc.; sin perjuicio de ello, es la CSJN la que tiene una última palabra en materia de interpretación constitucional.[58]

El límite a los controles de convencionalidad y constitucionalidad argentino está dado por el hecho de que se trata de un control concreto (al menos en el orden federal). Ello implica que su activación requiere la existencia de un agravio o perjuicio cierto, actual o inminente en un afectado; por ello, no procede para custodiar bienes o valores en abstracto como, por ejemplo, la mera defensa de la legalidad constitucional o la buena marcha de las instituciones.

En este sentido, es preciso aclarar que en Argentina la declaración de invalidez constitucional o convencional de una norma solo tiene efectos en la causa donde se declara y que no deroga la norma reputada inconstitucional o inconvencional, es decir, carece de efectos *erga omnes* (invalidación) y solo opera en el caso concreto o interpartes (inaplicación).

A su vez, en la organización constitucional argentina, el control de constitucionalidad y convencionalidad tiene un efecto reparador de las normas, en la medida en

---

[57] CSJN, "Strada, Juan L.", 08/04/1986, *Fallos* 308:490.

[58] CSJN, "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros vs. PEN", 17/12/1997, *Fallos* 320:2851.

que no existe control judicial preventivo (ni obligatorio ni voluntario). Sin embargo, en relación con los hechos y los actos, el control de convencionalidad y constitucionalidad es mixto, y puede ser reparador o preventivo.

Tampoco existe un control de convencionalidad y constitucionalidad previo respecto de los tratados internacionales, más allá de que el Congreso pueda verificar su compatibilidad en el momento de su aprobación. Asimismo, no existe en Argentina un control de convencionalidad y constitucionalidad posterior obligatorio de leyes, decretos-leyes, etc.

En Argentina, la construcción de los controles de convencionalidad y constitucionalidad ha sido el fruto de la creación judicial y su interpretación de la Constitución. Por ello, su evolución ha sido paulatina y cada "sedimento" de su actual composición responde a la evolución y las necesidades de la cultura jurídica inserta en la singularidad de la sociedad argentina. Se trata, por tanto, de un sistema decantado por el dinamismo de la realidad.[59]

3.3. Criterios sobre el material controlante

Como vimos, la CSJN importó expresamente el control de convencionalidad a la realidad judicial argentina a través de los fallos "Mazzeo" y "Videla". Allí se explicitó claramente que, en dicho control, no solo se debe tener en cuenta el texto de la CADH, sino también los pronunciamientos de la Corte IDH. Un ejemplo interesante de ese alcance se observa en el fallo "Duarte"[60] de la Corte argentina, donde, en función del alcance que otorgó la Corte IDH al derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH, en el fallo "Mohamed vs. Argentina"[61] (exigiendo el "doble conforme" respecto de la condena penal, la Corte Argentina rediseña pretorianamente el esquema recursivo casatorio en materia penal.

En esos casos, el máximo tribunal argentino se refirió a la dimensión del control de convencionalidad vinculada al efecto expansivo de los estándares que surgen de los fallos de la Corte IDH, teniendo en cuenta las decisiones referentes a cualquier Estado, es decir, la *res interpretata* internacional (cosa interpretada) y no la *res judicata* internacional (cosa juzgada). De hecho, en los citados casos "Mazzeo" y "Videla", la CSJN aplica estándares fijados por la Corte IDH en casos relativos a otros países.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, la dinámica constitucional de Argentina permite llevar adelante el control de convencionalidad teniendo en cuenta también otros instrumentos del *corpus iuris* interamericano. Ello es evidente respecto de

---

[59] Pablo R. Toledo, "Argentina", en *Constitución y Estado de derecho. Experiencias comparadas*, ed. por Marie-Christine Fuchs y Claudio C. Nash Rojas (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021), 112-117.

[60] CSJN, "Duarte, Felicia s/ recurso de casación", 05/08/2014, *Fallos* 337:901.

[61] Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255.

los instrumentos internacionales a los que la reforma constitucional de 1994 les otorgó jerarquía constitucional y los que adquirieron esa misma jerarquía a través del procedimiento previsto constitucionalmente (CN, art. 75.22). En ese sentido, se destaca el fallo "Góngora",[62] donde la Corte argentina limita la admisibilidad de la *probation* –instituto de la ley penal interna–, en función de los estándares que surgen de la Convención de Belém do Pará en su artículo 7.

También, la CSJN sostuvo que es importante considerar los desarrollos conceptuales elaborados por la CIDH al momento de efectuar el control de convencionalidad,[63] donde interpretó que respecto de los pronunciamientos de la Comisión, el Estado argentino también debe otorgarles el carácter de guía para la aplicación local de normas y estándares vinculados al sistema interamericano. Ello repercute en la necesidad de considerar los estándares que fija la CIDH a los efectos de llevar adelante el control de convencionalidad.

Finalmente, la Corte argentina interpretó que el control de convencionalidad debe considerar instrumentos sobre derechos humanos del sistema universal (algunos tienen incluso jerarquía constitucional). Ello se reflejó en el fallo "Verbitsky"[64] en relación con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos.

3.4. Control de convencionalidad de oficio

Respecto del control de convencionalidad de oficio, el caso argentino exhibe complejidades, dado que si bien la Corte argentina dispuso que los jueces y las juezas deben efectuar controles de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, como puede verse de modo expreso en el fallo "Rodríguez Pereyra",[65] ello no significa invalidar el conjunto de reglas relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control, entre las que se incluyen reglas adjetivas. Por ello, la CSJN sostuvo que ese control oficioso se encuentra supeditado al respeto del principio de congruencia, que impide conceder algo que el propio interesado había resignado; de otro modo, el tribunal traspasa el campo de actuación que le es propio, sustituyendo la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento

---

[62] CSJN, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092", 23/04/2013, *Fallos* 336:392.

[63] CSJN, "Bramajo, Hernán J.", 12/09/1996, *Fallos* 319:1840; CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut", 06/08/2013, *La Ley* 2013-E, 167.

[64] CSJN, "Verbitsky, Horacio", 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

[65] CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. vs. Ejército Argentino", 27/11/2012, *Fallos* 335:2333. Ver también CSJN, "Codina Héctor vs. Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551", 11/12/2014, cita en línea: AR/JUR/61448/2014.

de la contraria (relacionando el principio de congruencia con la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio).[66]

Desde esa misma lógica, los controles de constitucionalidad y convencionalidad de oficio tampoco permiten soslayar la prohibición de *reformatio in peius*, con lo que resultaría impropio que un tribunal superior declare la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de oficio de una norma que favorece al único recurrente, provocándole un perjuicio con aquella declaración.[67]

Reflexiones finales

La decisión de abordar los modelos de control de convencionalidad de Bolivia y Argentina responde al origen de los autores y la convicción de que compartir sus experiencias colabora en la difusión de aristas que fomentan la evolución del control de convencionalidad como herramienta clave del Estado de derecho.

En esa lógica se advierte que, mientras en Bolivia se implementa un control previo de constitucionalidad de tratados internacionales –aun cuando estos versen sobre la materia de derechos humanos– como parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (CPE, art. 202, num. 9), en Argentina ese control judicial solo puede efectuarse con posterioridad. Por su parte, en Argentina el control de constitucionalidad es difuso, es decir, todos y cada uno de los jueces pueden efectuar controles de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso inaplicando normas), mientras que en Bolivia, si bien el control de convencionalidad es difuso, el de constitucionalidad es predominantemente concentrado por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional como máximo intérprete.

Bolivia recoge incluso la corriente de primacía del derecho internacional en materia de derechos humanos cuando los contenidos de los instrumentos jurídicos internacionales recojan una redacción más amplia y favorable que la prevista en la misma norma constitucional, para que la víctima lo invoque a tiempo de pedir tutela dentro de un caso en concreto. El control de convencionalidad aplica aun para absolver dudas de autoridades indígenas, previo a resolver casos en concreto empleando sus normas consuetudinarias.

En efecto, es cierto que se observan distintos modelos de implementación del control de convencionalidad y diversos mecanismos para aplicar los estándares internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, esas aristas no impiden advertir que el desarrollo del control de convencionalidad se impone tanto en Bolivia como en Argentina.

---

[66] CSJN, "Mansilla, Carlos Eugenio vs. Fortbenton Co. Laboratorios S.A. y otros s/ despido", 06/03/2014, DT 2014 (mayo), 1194 y cita en línea AR/JUR/1691/2014.

[67] Pablo R. Toledo, *La prohibición de* reformatio in peius *en la Argentina* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019), 89-90.

Bibliografía

Doctrina

Abregú, Martín. "La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción". En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, editado por Martín Abregú y Christian Courtis. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Nash Rojas, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013.

Rivera Santivañez, José Antonio. "La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia". En *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia,* coordinado por William Herrera Áñez. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017.

Roca Serrano, Eliana. "El control de convencionalidad: alcance y aplicación en Bolivia". En *Las acciones de defensa y el control de convencionalidad en Bolivia*, coordinado por William Herrera Áñez. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2017.

Sagüés, María Sofía. *El recurso extraordinario federal en la ley 48*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

Sagüés, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

Sagüés, Néstor P. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009.

Sagüés, Néstor P. *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

Toledo, Pablo R. *La prohibición de* reformatio in peius *en la Argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

Toledo, Pablo R. "Argentina". En *Constitución y Estado de derecho. Experiencias comparadas*, editado por Marie-Christine Fuchs y Claudio C. Nash Rojas. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2021.

Vargas Lima, Alan E. *Justicia constitucional en Bolivia (1999-2019). Evolución de la Jurisprudencia constitucional en Bolivia: derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho procesal administrativo.* Tomo II. Cochabamba: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y Grupo Editorial Kipus, Latin Iuris, 2019.

Yáñez Cortés, Arturo. *Control de convencionalidad: herramientas para litigio estratégico*. Sucre, 2020.

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 73.

Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101.

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 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 de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 211.

Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220.

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221.

Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 255.

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 276.

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, Serie A, No. 21.

Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 282.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Strada, Juan L.", 08/04/1986, *Fallos* 308:490.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, *Fallos* 315:1492, *La Ley* 1992-C, 543.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Giroldi, Horacio D. y otro", 07/04/1995, *Fallos* 318:514.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Bramajo, Hernán J.", 12/09/1996, *Fallos* 319:1840.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros vs. PEN", 17/12/1997, *Fallos* 320:2851.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Verbitsky, Horacio", 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Mazzeo, Julio L. y otros", 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo", 31/08/2010, *Fallos* 333:1657.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra vs. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", 27/11/2012, *Fallos* 335:2333, *La Ley* 2012-F, 559.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092", 23/04/2013, *Fallos* 336:392.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut", 06/08/2013, *La Ley* 2013-E, 167.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Duarte, Felicia s/ recurso de casación", 05/08/2014, *Fallos* 337:901.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Mansilla, Carlos Eugenio vs. Fortbenton Co. Laboratorios S.A. y otros s/ despido", 06/03/2014, DT 2014 (mayo), 1194 y cita en línea AR/JUR/1691/2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Codina Héctor vs. Roca Argentina S.A. s/ Ley 23.551", 11/12/2014, cita en línea: AR/JUR/61448/2014.

Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 405-430, ISSN 2346-0849

Jorge Benavides Ordóñez* **(Ecuador)**
Lorena Castellanos Peñafiel** **(Ecuador)**

La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en cinco temas claves para el servicio público ecuatoriano

RESUMEN

El artículo analiza cómo el uso inadecuado de las garantías jurisdiccionales puede causar un efecto perjudicial para el servicio público, desnaturalizando así su función, toda vez que dichas garantías están previstas para reparar integralmente a su titular cuando se han producido violaciones de derechos reconocidos por la Constitución. En este sentido, expone algunos temas clave del régimen de talento humano de los servidores públicos ecuatorianos que, lamentablemente, suelen ser distorsionados en la práctica, tales como la utilización de los contratos de servicios ocasionales y de los nombramientos provisionales; la implementación de los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos; el reconocimiento de la compensación por jubilación; la modificación de denominaciones de puestos y remuneraciones, y el cambio de régimen laboral. Se sostiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede contribuir a corregir este mal uso al establecer los estándares mínimos que deben ser cumplidos para que el objeto de las garantías jurisdiccionales sea respetado, y la normativa que regula a los servidores públicos no sea distorsionada.

Palabras clave: desnaturalización; garantías jurisdiccionales; servicio público.

* Doctor y máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla; abogado, Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Decano de la Escuela de Gobierno y Administración Pública, Instituto de Altos Estudios Nacionales; profesor contratado designado de la UASB (Ecuador) y titular de la Universidad UTE. benavidesordonez@yahoo.es / https://orcid.org/0000-0001-7496-891X

** Maestra en Políticas Públicas, Flacso (Ecuador); magíster en Derecho Internacional Económico, UASB (Ecuador); doctora en Jurisprudencia y abogada, Universidad Central del Ecuador. Asesora de la Presidencia de la Corte Constitucional y docente por contrato de la UASB. lcastellp@yahoo.com / https://orcid.org/0000-0003-3262-6166

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

The Denaturalization of Judicial Guarantees in Five Issues Key to Ecuador's Civil Service

ABSTRACT

This article analyzes how the inappropriate use of judicial guarantees can have a detrimental effect on the civil service –hence distorting its function– since such guarantees are intended to fully repair their holder upon the infringement of constitutionally recognized rights. In this regard, the article discusses some key topics relating to the human talent regime applicable to Ecuadorian public servants that, unfortunately, are often distorted in practice, such as the use of occasional service contracts and temporary appointments; the implementation of manuals on job descriptions, evaluation and classification; the granting of retirement compensation; changes in job titles and remuneration; and employment regime changes. It is argued that the Constitutional Court's jurisprudence can help correct this misuse by establishing minimum standards that must be observed to ensure that judicial guarantees fulfill their purpose and the regulations that govern public servants are not distorted.

Keywords: Denaturalization; judicial guarantees; civil service.

Die Verzerrung der rechtlichen Garantien in fünf zentralen Problembereichen des ecuadoranischen öffentlichen Dienstes

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel untersucht, inwiefern der unangemessene Rückgriff auf rechtliche Garantien mit nachteiligen Auswirkungen für den öffentlichen Dienst verbunden sein kann und damit seine Funktion jedes Mal unterläuft, wenn die genannten Garantien bei Verletzungen verfassungsmäßig verbriefter Rechte zur integralen Entschädigung der Berechtigten herangezogen werden. In diesem Kontext legt der Beitrag einige für die Personalverfassung der ecuadoranischen Beamten entscheidende Probleme dar, wo es bedauerlicherweise häufig zu Verzerrungen kommt: der Rückgriff auf zeitlich befristete Verträge und vorläufige Ernennungen; die Verwendung von Handbüchern für die Beschreibung, Bewertung und Einstufung von Stellen; die Anerkennung von Rentenansprüchen; Änderungen an Stellenbezeichnungen und -vergütungen, und Änderungen des Arbeitsrechts. In dem Beitrag wird die Auffassung vertreten, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Korrektur dieses Übels beitragen kann, indem sie Mindeststandards festlegt, die einzuhalten sind, damit der Gegenstand der rechtlichen Garantien ernst genommen und die Rechtsgrundlage zur Regelung des öffentlichen Dienstes nicht verfälscht wird.

Schüsselwörter: Verzerrung; rechtliche Garantien; öffentlicher Dienst.

Introducción

Este artículo analiza la función que desempeñan las garantías constitucionales y, en particular, las jurisdiccionales. Se trata de herramientas diseñadas para hacer efectivo

el cumplimiento de los derechos, cuando han sido violentados, a través de acciones judiciales concretas que, siendo conocidas por los jueces, persiguen finalmente su reparación integral, es decir, volver al estado anterior en que se produjo la lesión.

Sin embargo, las garantías jurisdiccionales pueden ser utilizadas de manera inadecuada por algunos servidores públicos, lo que desnaturaliza su función. Ello ocurre particularmente con la activación de garantías jurisdiccionales que buscan distorsionar figuras de enorme relevancia para la regulación del talento humano del servicio público, tales como los contratos de servicios ocasionales, los nombramientos provisionales, los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos; las escalas de remuneraciones, la compensación por jubilación y el cambio de régimen laboral. En dichos casos suele acudirse a las acciones constitucionales para declarar la existencia de derechos, cuando la finalidad de aquellas es la declaración de violación de derechos fundamentales. En este sentido, en el presente artículo se defienden las garantías jurisdiccionales como mecanismos directos y eficaces para la protección de derechos, en tanto se haga uso de estas de conformidad con su finalidad debidamente establecida en el marco normativo que las regula.

El artículo destaca la importancia de la labor de la Corte Constitucional que, a través de su facultad de selección y revisión, contribuye a una cultura de constitucionalización de todas las materias del derecho y, en este caso en concreto, respecto de la normativa del servicio público en Ecuador.

En definitiva, el artículo pretende notar los impactos negativos que se han producido en cinco temas claves del servicio público ecuatoriano, a partir de la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución de 2008. Con este objetivo, se analizarán los aspectos básicos de las garantías jurisdiccionales, para posteriormente discutir su desnaturalización, tomando como referencia para ello la jurisprudencia constitucional pertinente en la materia. Finalmente, se analizarán cinco temas complejos del servicio público: 1) el manejo inadecuado de los contratos de servicios ocasionales y de los nombramientos provisionales; 2) la implementación de los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos; 3) el reconocimiento de la compensación de jubilación; 4) la modificación de denominaciones de puestos y remuneraciones; 5) la calificación de régimen laboral, en cuyo marco se explora la vía de la selección y revisión de la Corte Constitucional como un mecanismo para detener la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales.

1. Aspectos generales de las garantías jurisdiccionales

La noción de garantía proviene del derecho privado, concretamente del derecho civil, y su objetivo consiste en asegurar el cumplimiento de las obligaciones de carácter patrimonial. Posteriormente, hay una evolución de esta noción hacia el derecho penal respecto a los principios atinentes al debido proceso. Finalmente, en

los últimos tiempos, las garantías desembocan en una concepción más próxima al derecho constitucional y a los derechos humanos.[1] En consecuencia, tanto desde el derecho penal como desde el derecho constitucional, las garantías vendrían a constituirse en el conjunto de medios de protección de los derechos constitucionales.[2]

Desde un enfoque teórico, la relación derechos-garantías es de tal importancia que Kelsen llegó a sostener que un derecho existe en la medida en que es garantizado.[3] O, lo que es lo mismo, no puede hablarse de un derecho fundamental si este no ha sido debidamente garantizado por el ordenamiento jurídico. Esta tesis ha sido rebatida por Ferrajoli, al sostener que la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen el deber de llenar[4] y, por tanto, la existencia misma del derecho no depende de la existencia de una garantía jurídica. Lo dicho resulta comprensible si reconocemos al derecho como facultad de las personas, con fundamento en su dignidad humana, a participar de los arreglos institucionales que brinda un sistema jurídico para hacerlos efectivos.[5]

En cuanto a la clasificación de las garantías, la doctrina las diferencia entre primarias y secundarias;[6] entre las primeras se encuentran la rigidez constitucional, el contenido esencial de los derechos y la reserva de ley orgánica; las segundas son aquellas que se activan cuando las primarias no han sido suficientes para evitar la violación de un derecho, y son, por tanto, los procedimientos jurídicos que se interponen ante los jueces. El ordenamiento jurídico ecuatoriano dispone siete garantías jurisdiccionales, unas de conocimiento de los jueces ordinarios al actuar como jueces constitucionales cuando conocen la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y medidas cautelares, en tanto que son de conocimiento de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento o la acción de incumplimiento creada por decisión de la Corte, a través de la Sentencia 001-10-PJO-CC.[7]

Las garantías jurisdiccionales, por lo tanto, son una especie de las garantías constitucionales y aparecen como dispositivos que, al ser de conocimiento de los jueces, se encuentran contemplados en la Constitución para evitar, cesar o reparar la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 6 de la

---

1 Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 240.

2 Jorge Benavides Ordóñez, "Dos de las garantías primarias de la Constitución ecuatoriana: la rigidez constitucional y el contenido esencial", *Revista ecuatoriana de Derecho Constitucional*, n.º 1 (2017): 154.

3 Luigi Ferrajoli, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 59.

4 *Ibid.*, 63.

5 Benavides Ordóñez, "Dos de las garantías primarias de la Constitución ecuatoriana", 152.

6 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2009), 61.

7 CCE, Sentencia 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010, caso 0999-09-JP.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)[8] señala que las garantías jurisdiccionales tienen por finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, estableciendo, cuando corresponda, la violación de los derechos y su posterior reparación integral.

El artículo citado debe ser interpretado de manera sistemática y en clave pro ser humano, según determina la Constitución de la República (CRE) de 2008,[9] en su artículo 11.5, cuando señala que, en materia de derechos y garantías constitucionales, la norma se debe aplicar e interpretar en la forma que sea más favorable a su efectiva vigencia. Además, debe tenerse como marco de referencia todo el contenido del artículo 11, que recoge los principios de aplicación de los derechos, entre los cuales se destaca el número 3, que establece que los derechos y las garantías son de inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, y que para su aplicación no se pueden exigir requisitos que no estén previstos en la Constitución o la ley. De lo dicho se colige la obligación de los tribunales de justicia que conozcan de una garantía jurisdiccional, de darle la importancia que comportan los principios de eficacia y directa aplicación para la protección de los derechos, y que en caso de que hayan sido violentados se proceda a su debida reparación material e inmaterial.

De acuerdo con la Constitución, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconocen tres tipos de garantías constitucionales: normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales. Las garantías normativas, contempladas en el artículo 84 del texto constitucional, señalan que todo órgano con potestad normativa deberá adecuar el contenido de las disposiciones que expida al cumplimiento de los derechos; de paso, también actúan como una cláusula de intangibilidad, al determinar que ni la reforma constitucional podrá restringir el contenido de los derechos. Por su lado, las garantías de políticas públicas, recogidas en el artículo 85, se enfocan en que las autoridades, cuando desarrollan programas, planes o proyectos, deben tener en cuenta la realización de los derechos constitucionales. Es claro, entonces, que tanto las garantías normativas como las de políticas públicas actúan como garantías primarias, de tal modo que, cuando han sido violentadas, se produce el escenario propicio para activar las garantías jurisdiccionales, reguladas a partir del artículo 86 de la Constitución, las cuales se interponen ante los tribunales de justicia, y se constituyen en garantías secundarias.

Si bien, como se ha dicho, las garantías constitucionales en general y las garantías jurisdiccionales en particular juegan un rol central en la protección de los derechos de las personas, de la división de poderes, así como de la fuerza normativa de la Constitución, llegando a ser la garantía constitucional de los derechos que garantizan

---

[8] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2019.

[9] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

la democracia,[10] cuando aquellas son mal utilizadas generan serios problemas para el sistema institucional en su conjunto, que terminan deslegitimando la función y el objeto de estas. A continuación, se analizarán algunos casos de desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en el ámbito del talento humano del servicio público.

2. La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales

Para comprender el origen del actual problema de desnaturalización de las garantías jurisdiccionales que atraviesa el sistema ecuatoriano de administración de justicia constitucional, se podría empezar indicando que, varios años antes de la entrada en vigencia de la CRE de 2008, la litigación de asuntos de jurisdicción ordinaria en sede constitucional predominaba en el país.[11] La mayoría de esos casos se relacionaba con la disputa de asuntos patrimoniales, es decir, aquellos vinculados con la propiedad y con la autonomía de la voluntad, tales como los problemas mercantiles, los contratos y los conflictos laborales individuales, que tenían sus propios mecanismos de reclamación en la vía ordinaria.[12]

La mala práctica de llevar a los tribunales un caso extraño a la violación de derechos constitucionales, mediante el amparo constitucional (ahora acción de protección), en lugar de activar el respectivo medio de impugnación judicial, había comenzado a saturar el sistema.[13] Pero este fue solo el inicio del problema. Al poco tiempo de haberse implementado el modelo de justicia constitucional que rige actualmente en el Ecuador, el mal uso de la acción de protección se volvió recurrente y, prácticamente, dio paso al reemplazo de la vía ordinaria por la constitucional,[14] y se constituyó en el ejemplo más común de desnaturalización de una garantía jurisdiccional.

A esto ha seguido, en los últimos años, lo que podría calificarse como la "diversificación de la desnaturalización", esto es, la extensión de esta conducta –que en

---

[10] Ferrajoli, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", 20.

[11] Ramiro Ávila Santamaría, "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional", en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*", ed. por Dunia Martínez Molina (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011), 239 y 240.

[12] Resultan ilustrativos los datos que refiere el autor cuando menciona que, en el año 2000, el Tribunal Constitucional resolvió 14 casos de amparo constitucional, de los cuales 11 eran de carácter patrimonial; y que, en el año 2005, resolvió 11 casos de amparo constitucional, de los cuales 9 eran de carácter patrimonial. *Idem*.

[13] El autor refiere que las acciones de amparo constitucional solían presentarse incluso contra laudos arbitrales, a sabiendas de que no se había afectado grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso, como exigía la Constitución de 1998. Diego Pérez Ordóñez, "Apuntes sobre la acción de amparo constitucional", *Iuris Dictio* 1, n.º 1 (2000): 30.

[14] Karla Andrade Quevedo, "La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional", en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, ed. por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 133.

un principio se concentró en la acción de protección, según queda indicado–, hacia otras garantías jurisdiccionales, tales como el hábeas corpus y el hábeas data. Pero también hacia otros componentes procesales del sistema de justicia constitucional, entre los que se cuentan la legitimación activa, la competencia territorial, las medidas cautelares autónomas y las medidas de reparación integral. Se podría decir que la jurisdicción constitucional está siendo utilizada para fines de litigación netamente económicos e, incluso, políticos y, lo más grave, que ese proceso de desnaturalización ha llevado a que se ejecuten sentencias y resoluciones abiertamente contrarias a la Constitución.[15]

A través de la LOGJCC, el legislador buscó asegurar el fortalecimiento de la justicia constitucional y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, para que toda práctica, institucional o no, se ajustara material y formalmente a las exigencias de la norma constitucional. Por esa razón, el diseño normativo incluyó un esquema compuesto por reglas generales de procedimiento y causales específicas de improcedencia e inadmisión para cada una de las garantías jurisdiccionales, así como normas destinadas a evitar su uso inadecuado.

Esto último significa que las reglas están dirigidas tanto a los jueces como a los propios peticionarios y profesionales del derecho. Es decir, existen dos fuentes para configurar un caso de desnaturalización, según el rol que ejerza el operador o la parte procesal. Por un lado, una garantía jurisdiccional puede ser desnaturalizada por su uso para solucionar un conflicto que podría ser llevado ante la justicia ordinaria, que sería la táctica más común del legitimado activo (peticionario o abogado) en su accionar contra el legitimado pasivo. Pero, por otro lado, una garantía puede ser desnaturalizada, también, como efecto de una declaratoria injustificada de improcedencia o inadmisión,[16] que serían los casos más frecuentes entre los jueces constitucionales de primera o segunda instancia.

Sobre la primera de estas fuentes, una de las normas para enfrentar la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales es la prevista en el artículo 23 de la LOGJCC. Se trata de una disposición que establece la figura del abuso del derecho, a partir de dos presupuestos: 1) el elemento subjetivo, que se refiere a los peticionarios o a las abogadas o los abogados que presenten acciones de garantías jurisdiccionales; 2) la tipificación de las conductas en que estos pueden incurrir: i) interponer varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, alegando la violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas; ii) presentar peticiones de medidas cautelares de mala fe; y, iii) desnaturalizar el objeto de las garantías jurisdiccionales con ánimo de causar daño.[17]

---

[15] CCE, Sentencia 2231-22-JP/23 de 7 de junio de 2023, caso 2231-22-JP, párrafo 64.

[16] Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 114.

[17] CCE, Sentencia 2231-22-JP/23, párrafo 69.

Frente a todas estas situaciones, los jueces constitucionales pueden aplicar sus facultades correctivas y coercitivas,[18] pero en los casos de las conductas segunda y tercera, la ley establece adicionalmente la responsabilidad civil, penal y administrativa para los infractores.

Con respecto a la segunda fuente, la improcedencia e inadmisión son figuras establecidas en la LOGJCC y tienen relación con el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma para cada garantía jurisdiccional, como modo de impedir la desnaturalización. Adicional a ello, el ejercicio de las facultades de revisión y selección de la CCE ha permitido dotar de un contenido práctico a esas regulaciones que establece la ley, a partir de la evaluación de las decisiones de los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, y contar con reglas jurisprudenciales que surten efectos generales o *erga omnes* en casos similares o análogos.

Una de las primeras sentencias vinculantes de la CCE, que aborda el problema de la desnaturalización, es la Sentencia 001-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016.[19] En esta decisión, la Corte estableció que, al conocer una acción de protección, el juzgador constitucional debe analizar la verdadera existencia de la vulneración de derechos constitucionales y, únicamente después de descartar esta afectación, determinar si existe una vía adecuada y eficaz para resolver el caso. En jurisprudencia reciente, sin embargo, la Corte también ha establecido varias excepciones frente a esta regla obligatoria, en función de las cuales el juzgador constitucional no está obligado a realizar un examen profundo sobre las vulneraciones de derechos que se aleguen y, por lo tanto, puede desestimar la demanda. En la Sentencia 2006-18-EP/24, de 13 de marzo de 2024, la propia Corte presenta un esquema completo de esas excepciones,[20] cuyo detalle se resume en la tabla de la página 413.

En el siguiente apartado se abordarán algunos lineamientos jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha desarrollado sobre la desnaturalización, con el fin de construir el contexto jurídico necesario para analizar, más adelante, los temas claves para el servicio público y las facultades de revisión y selección de la Corte.

---

[18] El Código Orgánico de la Función Judicial de 9 de marzo de 2009, Registro Oficial 544, Suplemento, regula las facultades correctivas y coercitivas de las juezas y los jueces. En ejercicio de las facultades correctivas, el juzgador constitucional puede: devolver escritos ofensivos o injuriosos; expulsar de actuaciones judiciales a quienes atenten contra su normal desarrollo; declarar en la sentencia o providencia la incorrección del trámite, el dolo, la manifiesta negligencia o el error inexcusable de jueces, fiscales y defensores públicos; sancionar a defensores privados que no comparezcan a audiencia; y aplicar sanciones (art. 131). En ejercicio de las facultades coercitivas, en cambio, el juzgador constitucional puede: imponer multa compulsiva y progresiva diaria para garantizar el cumplimiento de la decisión judicial; y, remitir los antecedentes a la Fiscalía General del Estado si la resistencia a cumplir la orden judicial constituye infracción penal (art. 132).

[19] CCE, Sentencia 001-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016, caso 0530-10-JP, párrafo 91 y decisión.

[20] CCE, Sentencia 2006-18-EP/24 de 13 de marzo de 2024, caso 2006-18-EP, párrafo 38, 39, 42 y 43.

Tabla. Casos de excepción en los que el juzgador constitucional no está obligado a realizar un análisis profundo sobre las vulneraciones de derechos alegadas y puede desestimar la demanda

Casos en los que la Corte Constitucional ha declarado la vulneración de la seguridad jurídica		
Forma de vulneración de la seguridad jurídica	**Caso**	**Jurisprudencia**
Manifiesta improcedencia de la acción de protección	1. El cobro de cheques.	Sentencia 135713-EP/20
	2. La extinción de una obligación proveniente de una relación contractual.	Sentencia 1101-20-EP/22
	3. La impugnación de un visto bueno, en la que únicamente se alegue la transgresión de derechos laborales y no otro tipo (como discriminación, esclavitud o trabajo forzado).	Sentencia 1679-12-EP/20 Sentencia 25316-EP/21 Sentencia 1329-12-EP/22
Casos en los que la Corte Constitucional ha declarado la vulneración del debido proceso, en la garantía de la motivación		
Forma de vulneración del debido proceso, en la garantía de la motivación	**Caso**	**Jurisprudencia**
Falta de análisis de las vulneraciones alegadas en la demanda de acción de protección	1. Cuando los accionantes activaron, en primer lugar, la vía ordinaria y, posteriormente, propusieron una acción de protección con fundamento en los mismos hechos, cargos y pretensiones.	Sentencia 2901-19-EP/23
	2. Cuando, por la especificidad de la pretensión, resulta evidente concluir que existía otra vía idónea y eficaz en la justicia ordinaria, en el caso concreto por exigirse la declaratoria de la prescripción adquisitiva de dominio.	Sentencia 1178-19-JP/21
Manifiesta improcedencia de la acción de protección	3. Cuando la pretensión consista en:	Sentencia 1178-19-JP/21
	3.1. Anular un acta de defunción proveniente de una sentencia ejecutoriada de muerte presunta.	Sentencia 165-19-JP/21
	3.2. Dejar sin efecto una infracción de tránsito por una supuesta falta de citación.	Sentencia 461-19-JP/23 y acumulados

Forma de vulneración del debido proceso, en la garantía de la motivación	Caso	Jurisprudencia
Manifiesta improcedencia de la acción de protección	3.3. Ordenar medidas cautelares administrativas en procesos de propiedad intelectual.	Sentencia 446-19-EP/24
	3.4. La declaración de derechos laborales provenientes de un contrato colectivo.	Sentencia 1452-17-EP/24
	4. Cuando se impugnan actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, a menos que el caso se refiera a asuntos que comprometan notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor.	Sentencia 2006-18-EP/24

Fuente: Elaboración propia con base en CCE, Sentencia 2006-18-EP/24, de 13 de marzo de 2024.

3. Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre la desnaturalización

La jurisprudencia de la CCE ha establecido que la desnaturalización de una garantía jurisdiccional se configura cuando esta es utilizada, directa o indirectamente, para resolver cuestiones de una naturaleza distinta a la posible vulneración de derechos constitucionales, que tienen sus propios mecanismos adecuados de impugnación. En otros términos, la desnaturalización es un problema que anula el objetivo de las garantías jurisdiccionales, el diseño procesal constitucional y ordinario, así como su eficacia.[21]

En este apartado se presenta un muestreo de los desarrollos jurisprudenciales más recientes y representativos de la Corte,[22] que permiten evidenciar la complejidad creciente que ha ido adquiriendo la desnaturalización de garantías jurisdiccionales hasta convertirse, en la actualidad, en un problema que se caracteriza por su diversificación o expansión hacia otros componentes del sistema procesal constitucional. Para empezar, es esclarecedor el caso de la acción de protección, que es la garantía en la que la desnaturalización presenta una mayor casuística y frecuencia; luego,

[21] CCE, Sentencia 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, caso 1178-19-JP, párrafo 7.

[22] En razón del enfoque y las limitaciones de este artículo, no se aborda la desnaturalización de la garantía jurisdiccional de hábeas corpus, que es un tema complejo ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La desnaturalización del hábeas data, en cambio, sí se aborda en el punto 4.4. de este artículo, por su relación directa con el problema de modificación de denominaciones de puestos y remuneraciones en el servicio público ecuatoriano.

está el caso de las medidas cautelares autónomas, y, por último, la desnaturalización en medida de reparación integral.

3.1. Desnaturalización en acción de protección

En la Sentencia de Revisión 2231-22-JP/23 de 7 de junio de 2023, la CCE conoció un caso en el que la acción de protección fue utilizada para impugnar una medida cautelar de retención de cuentas bancarias, adoptada en el marco de un proceso penal seguido por el delito de lavado de activos en contra de los titulares de esas cuentas. Los juzgadores constitucionales de primera y segunda instancia hicieron un examen de legalidad que no les correspondía realizar y, como resultado, aceptaron la acción y declararon la extinción de la medida cautelar, inobservando el objeto, los fines y la naturaleza de la garantía jurisdiccional, disponiendo finalmente que el Banco Central del Ecuador debía devolver el dinero retenido a favor de los peticionarios de la acción.

La Corte determinó que el juzgador constitucional no puede conceder una acción de protección presentada en contra de una decisión jurisdiccional, ya que, conforme al artículo 88 de la CRE y 42, numeral 6, de la LOGJCC, esta garantía jurisdiccional procede en contra de decisiones u omisiones de autoridades públicas, es decir, de autoridades que no ejerzan una potestad jurisdiccional.[23] Además, aclaró que esta prohibición no se limita a las providencias judiciales en un estricto sentido, sino que cubre a cualquier decisión que se emita en ejercicio de funciones jurisdiccionales o, bien, constituya uno de los elementos de un proceso que deba concluir con un pronunciamiento de carácter jurisdiccional.[24] En el caso analizado, la medida cautelar de retención de cuentas bancarias constituye indiscutiblemente una decisión jurisdiccional.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que las sentencias que conceden acciones de protección en contra de decisiones jurisdiccionales implican la desnaturalización de la acción de protección y, también, la violación del derecho a la seguridad jurídica. Ha determinado, asimismo, que se trata de decisiones judiciales que implican una afectación grave, por haber sido dictadas en contravención de las normas constitucionales, a tal punto que son inejecutables, es decir, que no es posible exigir su cumplimiento.[25]

En la Sentencia 2231-22-JP/23, la Corte Constitucional concluyó que los jueces de primera y segunda instancia, que conocieron y aceptaron la acción de protección, incurrieron en la desnaturalización de dicha acción en tanto que esta garantía se utilizó para dejar sin efecto una medida cautelar dentro de un proceso penal, lo que generó la afectación del derecho a la seguridad jurídica del Banco Central.

---

[23] CCE, Sentencia 2231-22-JP/23, párrafo 34.

[24] *Ibid.*, párrafo 35.

[25] *Ibid.*, párrafo 36.

Esto último pese a que, ante la justicia ordinaria, el legitimado activo de la causa podía interponer un recurso de ampliación ante el tribunal que conocía el caso en el ámbito penal, o podía proponer una acción extraordinaria de protección en la justicia constitucional.[26]

En la misma lógica, en la Sentencia 308-14-EP, de 19 de agosto de 2020, la Corte también indicó que no se puede desnaturalizar la acción de protección haciendo uso de ella para impugnar decisiones provenientes de los árbitros y tribunales de arbitraje, pues esto supone una interrelación indebida de la justicia constitucional con el sistema arbitral y la distorsión del principio de intervención judicial mínima que garantiza la eficacia del arbitraje.[27]

Seguidamente, en la Sentencia de revisión 282-13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019, la CCE conoció un caso en el que la acción de protección fue empleada por dos instituciones del Estado –Secretaría Nacional de la Administración Pública y Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República– para exigir al diario *La Hora* la rectificación de las cifras relativas al gasto del Gobierno nacional en publicidad, que había publicado en su edición del 10 de octubre de 2012, en el artículo titulado "2012: 71 millones en propaganda", y que habían sido generadas por el centro de monitoreo de la Corporación Participación Ciudadana.[28]

A criterio de la Corte, la desnaturalización de la acción de protección se configuró en este caso no solo respecto de la pretensión de la parte accionante, sino también de las actuaciones de los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, en la medida en que se declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la información veraz y a la rectificación en perjuicio del Estado ecuatoriano. La CCE aclaró que los derechos al honor, la rectificación y la información se derivan de la dignidad de las personas, pertenecen a la categoría de los derechos de libertad y, por lo tanto, el Estado no puede ser titular de ellos, ya que está obligado a su respeto y protección. En esa línea, concluyó que la acción de protección se desnaturaliza, y es improcedente, cuando es interpuesta por una institución pública que invoca la supuesta vulneración de derechos cuya titularidad corresponde únicamente a las personas naturales o a la naturaleza.[29]

3.2. Desnaturalización en medidas cautelares autónomas

En la Sentencia 61-12-IS/19, de 23 de octubre de 2019, la CCE analizó el caso de un proceso de medidas cautelares iniciado por un importador, en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (Senae), con la finalidad de que se dejara sin efecto una liquidación de tributos autorizada y se dispusiera una nueva liquidación basada

[26] *Ibid.*, párrafos 40 y 41.

[27] CCE, Sentencia 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020, caso 308-14-EP, párrafo 35.

[28] CCE, Sentencia 282-13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019, caso 282-13-JP.

[29] CCE, Sentencia 282-13-JP/19, párrafos 34, 35 y 42.

en el cálculo realizado por su propia cuenta. El juzgador constitucional de segunda instancia dejó sin efecto la declaración de tributos autorizada y dispuso la continuidad del trámite de nacionalización de la mercadería importada. En razón de que la autoridad aduanera no ejecutó esta decisión, el importador activó la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.

Al analizar el caso, la Corte concluyó que, en realidad, el importador acusó el incumplimiento de un auto resolutorio, emitido dentro de un proceso de medidas cautelares autónomas, es decir, un pronunciamiento judicial de segunda instancia que no constituía una sentencia o dictamen constitucional de fondo. En otras palabras, la figura de la medida cautelar fue empleada como si se hubiese tratado de una garantía jurisdiccional, ya que, a pesar de que su carácter es provisional, revocable y que no surte efecto de cosa juzgada, se le dio el rol de una acción jurisdiccional, en la que sí se declara la vulneración de derechos y se ordenan medidas de reparación.[30]

En ese contexto, la CCE advirtió que en los casos en que se alegue la vulneración de derechos en el marco de una medida cautelar autónoma, el juzgador constitucional está obligado a enmendar el error en que incurra el peticionario y, por lo tanto, a tramitar la medida en conjunto con la respectiva garantía de conocimiento.[31] Además, de conformidad con la atribución establecida en el artículo 436, numeral 6, de la CRE, la CCE estableció como criterio vinculante que

> … la ejecución de una medida cautelar o de decisiones provenientes de procesos de medidas cautelares autónomas no pueden ser objetivo de una acción de incumplimiento de sentencia o dictamen constitucional ante la Corte Constitucional en los términos del artículo 436 (9) de la Constitución y artículo 163 de la LOGJCC, salvo que la medida cautelar se encuentre inmersa en un caso de decisiones constitucionales contradictorias.[32]

Ahora bien, en la Sentencia 964-17-EP/22 de 22 de junio de 2022, la Corte conoció otro caso de desnaturalización de medidas cautelares constitucionales e inobservancia del principio de legalidad, que se configuró en tres momentos: 1) cuando el juez de primera instancia concedió un recurso procesal inexistente, esto es, la apelación de la resolución que había revocado las medidas cautelares, pues el artículo 35 de la LOGJCC solo prevé la apelación para el auto que niega la revocatoria de tales medidas; 2) cuando el juzgador constitucional de segunda instancia avocó conocimiento del recurso, continuó su tramitación y, sin competencia alguna, suspendió un proceso coactivo de cobro de tributos aduaneros para remitirlo en consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 3) cuando el juzgador constitucional de segunda instancia mantuvo el proceso suspendido, pese a que el Tribunal había declarado

---

[30] CCE, Sentencia 61-12-IS/19 de 23 de octubre de 2019, caso 61-12-IS, párrafos 26 y 27.

[31] *Ibid.*, párrafos 37 y 38.

[32] *Ibid.*, párrafo 40.

improcedente la consulta formulada en razón del carácter rápido, eficaz e instancia única de la medida cautelar constitucional.[33]

3.3 Desnaturalización en medida de reparación integral

En la Sentencia 1101-20-EP/22 de 20 de julio de 2022, la Corte conoció un caso en el que una empresa, en contra de la cual la Corporación Financiera Nacional había iniciado un procedimiento coactivo, demandó a esta institución, a través de una acción de protección con medida cautelar, para evitar cumplir la obligación que había adquirido en su condición de garante de un contrato de mutuo bancario. El juez constitucional de primer nivel aceptó la demanda y medidas de reparación, dejó sin efecto el proceso coactivo y dispuso, además, como medida de no repetición, que la entidad financiera demandada se abstuviera de emitir nuevas liquidaciones, autos de pago o iniciar nuevos procesos coactivos sobre el contrato de mutuo. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia.

Al realizar el examen de mérito de este caso, la CCE llegó a la conclusión de que, a través de una acción de protección, se extinguió una obligación generada en un contrato de mutuo bancario, lo que constituye una clara desnaturalización del objeto de esta garantía, debido a que las medidas de reparación integral dictadas fueron utilizadas para resolver un conflicto de índole contractual y, por lo tanto, rebasaron su fin constitucional. En otros términos, la jurisdicción constitucional se superpuso a la jurisdicción ordinaria, de manera que la medida de reparación se desfiguró y sirvió para resolver la extinción de una obligación civil, cuando su objetivo consiste en la reparación de un derecho constitucional lesionado, conforme establece el artículo 88 de la Constitución.[34]

4. Cinco temas problemáticos para el servicio público y las facultades de selección y revisión de la Corte Constitucional del Ecuador

Una parte esencial del modelo ecuatoriano de control constitucional está en las facultades de selección y revisión del máximo intérprete de la Constitución. En su artículo 436, numeral 6, la Constitución otorga a la Corte Constitucional la competencia para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso

---

[33] CCE, Sentencia 964-17-EP/22 de 22 de junio de 2022, caso 964-17-EP, párrafos 46, 49 y 51.

[34] CCE, Sentencia 1101-20-EP/22 de 20 de julio de 2022, caso 1101-20-EP, párrafos 79, 162 y 195.

a la información pública y otros procesos constitucionales, así como de los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

El ejercicio de estas facultades se fundamenta, a su vez, en la obligación de las judicaturas constitucionales de enviar todas las sentencias ejecutoriadas y resoluciones de medidas cautelares a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión, conforme establecen la Constitución, en su artículo 86, numeral 5, y la LOGJCC, en su artículo 38. Se podría decir que el envío de las decisiones judiciales se diseñó como un mecanismo para disponer de información real sobre la forma en que el juzgador constitucional de primera y segunda instancia está resolviendo las causas en materia de garantías jurisdiccionales. Esto, sin duda, favorece el avance de la jurisprudencia de la Corte y, ciertamente, la correcta aplicación de las normas constitucionales, por la posibilidad de desarrollar el contenido de los derechos, corregir el error judicial, determinar el abuso del derecho y establecer reglas de obligatorio cumplimiento para evitar la desnaturalización o el uso inadecuado de las garantías.

La atribución de selección, regulada en la LOGJCC, artículo 25, numeral 4, permite a la Corte seleccionar las sentencias ejecutoriadas y resoluciones de medidas cautelares que luego serán revisadas en su jurisprudencia, siempre que cumplan uno o más de los siguientes requisitos: 1) gravedad, 2) novedad e inexistencia de precedente judicial, 3) negación de los precedentes fijados por la Corte Constitucional, 4) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia o resolución.

La atribución de revisión, por otra parte, permite a la Corte desarrollar el contenido de los derechos y de las garantías jurisdiccionales a partir de los hechos del caso objeto de revisión que ha sido previamente seleccionado. Según las circunstancias específicas de los casos concretos, la Corte puede examinar: 1) el fondo del proceso de origen, a fin de reparar los daños causados por las vulneraciones de derechos constitucionales o, de no encontrar afectaciones que reparar, confirmar las decisiones revisadas; 2) la conducta de los jueces constitucionales que dictaron las decisiones materia de la revisión, con el propósito de resolver problemas jurídicos relativos a la aplicación de las normas que regulan las garantías jurisdiccionales; 3) tanto la conducta de los jueces constitucionales como los hechos que dieron origen al proceso.[35]

Esto significa que las sentencias de revisión de la Corte pueden tener efectos para el caso concreto si se constata que en el proceso de origen existe una vulneración de derechos que no ha sido reparada, o si se verifica que existe, *prima facie*, una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales que deba ser corregida. Cuando se evidencia cualquiera de estos supuestos, incluso, no se entiende excluida de la revisión la sentencia que no haya sido seleccionada dentro del término de 20 días desde su recepción en la CCE, y no es aplicable el término de 45 días siguientes a la selección que tiene la Corte para dictar sentencia en los casos seleccionados, términos

[35] CCE, Sentencia 2231-22-JP/23, párrafo 25.

establecidos en el artículo 25, numerales 6 y 8 de la LOGJCC.[36] En otros supuestos, por lo tanto, esta clase de sentencias tiene efectos solo para los casos análogos.[37]

Adicionalmente, de acuerdo con las sentencias 176-14-EP/19[38] y 2137-21-EP/21,[39] la CCE puede realizar un examen de mérito, es decir, revisar el fondo de la decisión adoptada en el proceso de origen, en el marco de su competencia para conocer y resolver la acción extraordinaria de protección, que procede únicamente cuando una determinada actuación judicial vulnera de manera directa algún derecho constitucional.[40]

En una sentencia de mérito, entonces, la Corte actúa como un juez constitucional de instancia, es decir, revisa la actuación judicial del operador de justicia que dictó la decisión impugnada y resuelve sobre los hechos y las pretensiones que dieron lugar al conflicto de origen, siempre que se verifique el cumplimiento de los siguientes presupuestos: 1) que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos en la decisión materia de la acción extraordinaria de protección; 2) que los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior o se observe una notoria desnaturalización de las garantías jurisdiccionales; 3) que la Corte no haya seleccionado el caso para su revisión; 4) que el caso cumpla al menos uno de los siguientes criterios: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o inobservancia de precedentes constitucionales.[41]

En el marco de estas atribuciones, la CCE ha desarrollado importante jurisprudencia a partir de la cual se analizan, a continuación, cinco temas problemáticos para el servicio público que han surgido con la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales. Para varios de estos temas, la Corte ha emitido pronunciamientos explícitos en casos concretos, observando la indebida utilización de la garantía y estableciendo reglas de obligatorio cumplimiento para su uso correcto. En otros, alternativamente, existe casuística a nivel de judicaturas constitucionales de primera y segunda instancia que evidencia la desnaturalización y que, eventualmente, podría ser seleccionada por la Corte para su revisión.

---

[36] *Ibid.*, párrafo 27; CCE, Sentencia 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, caso 159-11-JH, párrafo 9; Sentencia 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, caso 1178-19-JP, párrafo 7.

[37] CCE, Sentencia 2231-22-JP/23, párrafo 27.

[38] CCE, Sentencia 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, caso 176-14-EP, párrafos 55 y 56.

[39] CCE, Sentencia 2137-21-EP/21 de 29 de septiembre de 2021, caso 2137-21-EP, párrafo 111.

[40] *Ibid.*, artículos 94 y 357.

[41] CEE, Sentencia 176-14-EP/19, párrafos 55 y 56; Sentencia 2137-21-EP/21, párrafo 111; Sentencia 2006-18-EP/24, párrafo 21.

4.1. Naturaleza jurídica del contrato de servicios ocasionales y del nombramiento provisional

A partir de la normativa, así como de la jurisprudencia ecuatoriana, los contratos de servicios ocasionales y los nombramientos provisionales no generan estabilidad laboral, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente. La Ley Orgánica del Servicio Público (Losep)[42] establece esta regulación en los artículos 58, inciso tercero, y 17, literal b).

Además, la CCE ha analizado la naturaleza jurídica de ambas figuras en varias sentencias. La observancia de esta jurisprudencia es fundamental para prevenir y corregir los errores comunes que cometen los jueces constitucionales en este tema y que pueden resumirse como sigue: 1) la orden de reintegro de servidores cuya desvinculación se realizó conforme a derecho; 2) la creación de puestos no planificados ni presupuestados; 3) la realización de concursos de méritos y oposición no planificados; 4) la orden de reparación económica por tiempo no laborado.[43]

En la Sentencia 2006-18-EP/24 de 13 de marzo de 2024, la CCE identificó una nueva excepción a la obligación judicial de analizar a profundidad la vulneración del derecho constitucional alegado, establecida en la Sentencia 001-16-PJO-CC mencionada en líneas anteriores. Señaló el tribunal que se configura una manifiesta improcedencia de la acción de protección (que en el caso concreto ocasionó la afectación del debido proceso en la garantía de la motivación), cuando se utiliza esta garantía para impugnar actos administrativos sobre conflictos laborales entre el Estado y sus servidoras y servidores públicos, cuyo conocimiento corresponde por regla general a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esos actos administrativos son, por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, la finalización de nombramientos provisionales, la homologación salarial, la supresión de partidas, la liquidación,[44] entre otros procesos técnicos de gestión del talento humano del servicio público.

Con este pronunciamiento, la Corte busca garantizar un trato igualitario para los servidores públicos respecto de los empleados sujetos a los regímenes especiales establecidos en el Código del Trabajo (CT)[45] y la Ley Orgánica de Empresas Públi-

---

[42] Ley Orgánica del Servicio Público del 6 de octubre de 2010, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento.

[43] Extracto de los resultados obtenidos por los autores al aplicar la técnica de investigación de estudio de caso a una muestra de cincuenta procesos de acción de protección, revisados aleatoriamente, cuyas sentencias fueron remitidas al Ministerio del Trabajo por varias instituciones de la Función Ejecutiva, particularmente por el Ministerio de Educación y por el Ministerio de Salud Pública, en el periodo 2021-2023.

[44] CCE, Sentencia 2006-18-EP/24, párrafo 42.

[45] Código del Trabajo del 16 de diciembre de 2005, Registro Oficial 167.

cas (LOEP).[46] Esto, en la medida en que, respecto a los conflictos laborales entre empleados y empleadores, sean de empresas privadas o públicas, ha determinado como regla general que deben resolverse ante la jurisdicción ordinaria.[47]

Al mismo tiempo, la CCE estableció que la acción de protección sí podría ser la vía de reclamación en conflictos laborales que comprometan notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor público, como ocurre en los casos de evidente discriminación o en los "excepcionalísimos que requieran una respuesta urgente por las circunstancias que lo rodeen", con lo que se equipara la regla general para los conflictos laborales que involucran a empleados de empresas privadas frente a las públicas.[48]

4.2. Implementación de manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos

Respecto a la implementación desigual y arbitraria de manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos, se encuentran los siguientes errores frecuentes en que incurren los jueces constitucionales: 1) orden de pagos retroactivos ilegítimos, 2) revisión de puestos sin criterios técnicos, 3) promoción de servidores a cargos más altos sin concursos de méritos y oposición, 4) reclasificación de personal sin criterios técnicos, ni financiamiento.[49]

En el caso del Ministerio de Salud Pública, por ejemplo, se han activado varias causas en las que se configura la desnaturalización de la acción de protección. Así, en el Proceso 05332-2022-00118, la sentencia de primer nivel dispuso la reclasificación del puesto de una servidora de carrera que se desempeñaba como experta distrital de la salud e igualdad y, como reparación integral, ordenó que, en un plazo no mayor de noventa días, se equipare su remuneración a la de otros servidores que realicen sus mismas funciones.[50] La decisión fue ratificada parcialmente en segunda instancia.

En el Proceso 06101-2022-00685, en cambio, la sentencia de primera instancia fijó la remuneración de una servidora que prestaba sus servicios como analista de

---

[46] Ley Orgánica de Empresas Públicas del 16 de octubre de 2009, Registro Oficial 48, Suplemento.

[47] CCE, Sentencia 2006-18-EP/24, párrafo 42. Para el caso de los conflictos laborales entre empleados y empresas privadas se aplica la Sentencia 1679-12-EP/20 de 15 de enero de 2020, párrafos 64 y 66. Para el caso de los conflictos laborales entre empleados y empresas públicas se aplican: Sentencia 1617-16-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párrafos 43 y 44, y Sentencia 224-23-JP/24 de 31 de enero de 2023, párrafos 79 y 80.

[48] CCE, Sentencia 2006-18-EP/24, párrafo 43.

[49] Extracto de los resultados obtenidos por los autores al aplicar la técnica de investigación de estudio de caso a cinco procesos de acción de protección cuyas sentencias fueron remitidas por el Ministerio de Salud Pública al Ministerio del Trabajo, con el oficio MDT-SFSP-2023-0027-O de 6 de enero de 2023.

[50] Unidad Judicial Multicompetente Civil con Sede en el Cantón Salcedo, Sentencia de 18 de agosto de 2022.

talento humano, en virtud del principio según el cual a igual trabajo corresponde igual remuneración, y ordenó que la institución realice a su favor el pago de remuneraciones dejadas de percibir, más los respectivos beneficios de ley.[51] Esta decisión fue ratificada en segunda instancia.

De manera similar, en el Proceso 06101-2022-01935, la sentencia de primer nivel obligó a la institución a aplicar de modo inmediato el manual de puestos a una servidora que se desempeñaba como asistente de dirección zonal y, como reparación integral, reconoció a su favor el derecho a percibir una mayor remuneración mensual, correspondiente al puesto de técnico de archivo, y el pago retroactivo de los valores no percibidos.[52] Esta decisión fue ratificada por el juzgador de segundo nivel.

Igualmente, en el Proceso 06335-2022-01390, si bien el juez de primer nivel analizó correctamente el caso y negó la acción por considerar que la pretensión consistía en la declaratoria de un derecho, el juzgador de segunda instancia aceptó la demanda y, como medida de reparación, determinó la remuneración que debía percibir la demandante, más los beneficios de ley.[53]

El denominador común en todos estos casos es la desnaturalización de la acción de protección y de la reparación integral en el contexto de la implementación del manual de puestos, que da lugar a distorsiones que afectan seriamente la base constitucional de la gestión del talento humano del servicio público. El ejercicio de la facultad de selección de sentencias sería fundamental en estos casos en que la Corte podría fortalecer el desarrollo de su jurisprudencia para impedir que los jueces constitucionales asuman potestades que compete conocer a la autoridad administrativa o judicial laboral ordinaria.

4.3. Reconocimiento del derecho a la compensación jubilar

En cuanto a la desnaturalización de garantías jurisdiccionales en el ámbito de la compensación jubilar, los errores judiciales se pueden resumir así: 1) el juez constitucional realiza un reconocimiento del derecho a acceder a la compensación jubilar vía acción de protección, pese a que se trata de un rol que corresponde ejercer a la autoridad administrativa o judicial laboral ordinaria; 2) el juez constitucional no tiene en cuenta que la compensación jubilar es un derecho regulado legalmente y que, por lo tanto, previo a su acceso a favor del beneficiario, es imprescindible la realización de un trabajo técnico de revisión de los requisitos de jubilación;[54] 3) el

---

[51] Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Riobamba, Sentencia de 29 de abril de 2022.

[52] Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Riobamba, Sentencia de 4 de octubre de 2022.

[53] Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, Sentencia de segunda instancia de 05 de julio de 2022.

[54] El Acuerdo Ministerial MDT-2018-0185 establece las Directrices para los procesos de desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de

juez constitucional distorsiona el objeto de la reparación integral cuando dispone el pago de intereses como medida de reparación económica.[55]

En el Proceso 16331-2022-00128, una trabajadora que había prestado sus servicios como conserje presentó una acción de protección en contra del Ministerio de Educación (Mineduc) argumentando que, si bien al momento de su desvinculación en el año 2016 se le reconoció su derecho a recibir la compensación por retiro voluntario con el respectivo certificado de pago, sus reclamos no fueron atendidos y el pago no se efectuó. El juzgador constitucional de primer nivel declaró la vulneración de los derechos de atención prioritaria, seguridad jurídica y petición y, como medida de reparación económica, dispuso que la entidad demandada pague a la accionante la compensación por retiro voluntario, "con los respectivos intereses de ley generados".[56]

Al poco tiempo, la demandante recibió el beneficio y los intereses ordenados en la sentencia, y accedió al trato prioritario que prevé la normativa por edad, condiciones de salud o discapacidad, pero sin haber acreditado ninguna de estas condiciones. En consecuencia, es evidente que la garantía jurisdiccional fue activada para eludir su turno en el orden de espera de todos los beneficiarios y que, además, la reparación integral excedió su propósito al disponer el pago de intereses, pues esto implica el otorgamiento de un trato inequitativo frente al resto de beneficiarios.

Sería importante que la CCE seleccionara este caso para el desarrollo de su jurisprudencia, pues ni la acción de protección ni la reparación integral pueden ser distorsionadas por las pretensiones económicas de beneficiarios de la compensación jubilar que buscan ejercer presión a través del sistema constitucional para acelerar el pago, muchas veces sin reunir las condiciones de salud o discapacidad, y eludir el orden de priorización que prevé la normativa para garantizar la atención prioritaria a los jubilados en situación de doble o triple vulnerabilidad.

4.4. Modificación de denominaciones de puestos y remuneraciones vía hábeas data

En la Sentencia 24-22-IS/24 de 17 de enero de 2024, la Corte conoció una demanda de incumplimiento presentada por varios servidores públicos de la Dirección General de Aviación Civil. Los servidores habían interpuesto una acción de hábeas data en contra de esta institución, amparándose en el argumento de que la remuneración

---

acogerse al retiro por jubilación (Acuerdo Ministerial MDT-2018-0185 de 07 de septiembre de 2018, Registro Oficial 322, Suplemento).

[55] Extracto de los resultados obtenidos por los autores al aplicar la técnica de investigación de estudio de caso a siete causas de incentivos jubilares cuyas sentencias fueron remitidas por el Ministerio de Educación al Ministerio del Trabajo, con el oficio MDT-SFSP-2022-2280-O de 01 de octubre de 2022.

[56] Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, Sentencia de 13 de abril de 2022, juicio de acción de protección 16331-2022-00128.

que perciben y el cargo que ostentan son inferiores a las actividades que realizan, situación que habría generado la afectación de su derecho al trabajo y a recibir una remuneración justa. El juzgador constitucional de primera instancia aceptó la acción y ordenó la rectificación de los datos de las acciones de personal de los servidores accionantes, y dispuso la modificación en la parte de cargos y remuneración mensual, según corresponda a cada uno, y las labores que están desempeñando actualmente.[57]

La decisión fue confirmada en segunda instancia y, para su ejecución, la institución solicitó al Ministerio del Trabajo (MDT) que revisara la clasificación y el cambio de denominación de cuarenta y dos puestos fijos, por implementación parcial del manual de descripción, valoración y clasificación de puestos. Además, los accionantes solicitaron que la Fiscalía General del Estado realizara las investigaciones respectivas por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. Sin embargo, la ejecución quedó suspendida por el alto impacto presupuestario de la decisión judicial.

En este caso, la Corte Constitucional determinó que la sentencia demandada como incumplida era inejecutable por razones jurídicas, principalmente, porque los peticionarios utilizaron el hábeas data para acceder a cargos públicos de mayor rango y con una remuneración más alta.[58] Ciertamente, la desnaturalización de la garantía jurisdiccional en esta causa es evidente, pues, conforme al artículo 92 de la Constitución, la acción de hábeas data está diseñada para garantizar el acceso de las personas a sus datos personales o a sus bienes, así como su actualización, rectificación, eliminación o anulación. No obstante, la denominación de un puesto, su remuneración y la descripción de actividades de este, no constituyen información o datos personales, sino elementos técnicos que forman parte del manual de puestos de una institución y que sirven para gestionar el talento humano.

En tal sentido, la sentencia de la Corte deviene en un freno jurídico necesario para evitar que el modelo ecuatoriano de servicio público sea distorsionado y pierda su base constitucional, uno de cuyos fundamentos está en la figura del concurso público de méritos y oposición, que es el único mecanismo de ingreso, ascenso y promoción del personal en el régimen de carrera, según el artículo 228 de la CCE.

4.5. Calificación de régimen laboral vía acción de protección

Para analizar la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en este tema se ha seleccionado el caso de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP), en cuyo marco, los errores judiciales se pueden resumir de la siguiente manera: 1) el juez constitucional no es competente para calificar el régimen laboral de los servidores públicos, que es un proceso técnico de estudio de funciones

[57] Unidad Judicial Norte 1 de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Guayaquil, Sentencia de 12 de julio de 2019, juicio de acción de hábeas data 09332-2019-08010.

[58] CCE, Sentencia 24-22-IS/24 de 17 de enero de 2024, caso 24-22-IS, párrafo 34.

del puesto de trabajo que corresponde realizar a la autoridad administrativa, esto es, al MDT;[59] 2) el juez constitucional reemplaza ilegítimamente al MDT y, al asignar a los demandantes el régimen laboral del CT vía acción de protección, declara a su favor derechos propios de la contratación colectiva que debieran reclamarse en sede administrativa o judicial laboral ordinaria; 3) el juez constitucional utiliza de manera indebida la reparación integral, pues habilita el acceso de los demandantes a beneficios exorbitantes y que no les corresponden en razón del régimen jurídico de su vinculación laboral, tales como pagos retroactivos o el pago de bonificaciones exclusivas para obreros.[60]

Explicando las circunstancias del caso, en la sentencia emitida el 21 de marzo de 2022, dentro del Proceso 13314-2022-00044, el juzgador constitucional de primer nivel aceptó una acción de protección que propusieron varios servidores de la CNT EP, por considerar que, al solicitar al MDT la calificación del régimen laboral del personal, la empresa pública vulneró sus derechos constitucionales a la igualdad formal, material, el derecho a la no discriminación y el derecho a la seguridad jurídica, tipificados en los artículos 11.2, 66.4 y 82 de la CRE. La decisión fue confirmada en segunda instancia, con sentencia de 29 de junio del mismo año, en cuyo contexto fueron rechazados los recursos de apelación interpuestos por la CNT EP y la Procuraduría General del Estado.

En este caso, se configura una desnaturalización evidente y compleja de la acción de protección,[61] pues la calificación de régimen laboral es una competencia exclusiva

---

[59] El Decreto Ejecutivo 1701 de 18 de mayo del 2009, Registro Oficial 592, reformado con Decreto Ejecutivo 225 de 4 de febrero del 2010, Registro Oficial 123, establece los parámetros para la clasificación del personal del sector público. Mediante Acuerdo Ministerial MRL-2012-0164 de 2 de octubre de 2012, Registro Oficial 801, Suplemento, el MDT sustituyó la normativa técnica que regula el procedimiento para la calificación del personal del sector público. La Disposición Transitoria Primera, inciso tercero, de este acuerdo establece la prohibición de que las instituciones del Estado, sus autoridades, funcionarios y servidores incorporen personal asignándoles funciones, competencias y responsabilidades en puestos que no correspondan a su régimen. Igualmente, con el Acuerdo Ministerial MDT-2019-0373 de 17 de diciembre de 2019, Registro Oficial, Suplemento 102, se emitieron las directrices para la aplicación de la Sentencia 018-18-SIN-CC, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad por la forma de las enmiendas aprobadas por la Asamblea Nacional del Ecuador el 3 de diciembre de 2015.

[60] Extracto de los resultados obtenidos por los autores al aplicar la técnica de investigación de estudio de caso al proceso de Acción de Protección 13314-2022-00044.

[61] Según una investigación realizada por el equipo de redacción del diario digital *Primicias*, antes de la sentencia emitida en mayo de 2022, la CNT EP tenía 1835 trabajadores amparados en la contratación colectiva, mientras que 4719 no estaban incluidos porque, al pertenecer a las áreas administrativa y de atención al cliente de la empresa pública, eran servidores regidos por la LOEP. A finales de ese mismo año, la CNT EP reportó un total de 5659 trabajadores sujetos a la contratación colectiva, es decir, casi un 98% del personal, y solo 1400 regulados por la LOEP. "CNT busca ante la Corte Constitucional que unos 3.000 funcionarios salgan del contrato colectivo", *Primicias*, "CNT busca ante la Corte Constitucional que unos 3.000 funcionarios salgan del contrato colectivo", 5 de julio de 2024, https://www.primicias.ec/noticias/economia/cnt-contrato-colectivo-corte-constitucional-error-inexcusable/

del MDT, en su condición de ente rector en materia de gestión del talento humano y remuneraciones del sector público. Precisamente, con base en el artículo 25, numeral 4, de la LOGJCC, la CCE lo seleccionó para el desarrollo de su jurisprudencia[62] porque, en su opinión, cumple el parámetro de gravedad, en tanto el juzgador constitucional ordenó una medida cautelar cuyo propósito no era reparar la violación de un derecho constitucional, sino declarar el derecho a la contratación colectiva.[63] Además, la Corte consideró que el caso cumple el presupuesto de novedad, ya que su análisis permitirá ampliar el precedente contenido en la Sentencia 007-11-SCN-CC, caso 0086-10-CN,[64] sobre los criterios por considerar para el acceso a la contratación colectiva de los servidores que laboran en empresas públicas, y su pronunciamiento vertido en la Sentencia 23-17-IN/20,[65] así como analizar los límites entre la jurisdicción laboral y la constitucional cuando se suscitan controversias de carácter laboral.[66]

En efecto, la garantía jurisdiccional fue desnaturalizada a través de la medida de reparación integral adoptada, pues el juez constitucional dispuso que la empresa pública demandada reconociera y, por lo tanto, comunicara a todos los empleados o servidores públicos, con excepción de aquellos vinculados bajo la modalidad de nombramiento de libre designación y remoción, que se les aplicaría el régimen laboral de Código del Trabajo y que, en consecuencia, pasarían a ejercer todos los beneficios del contrato colectivo vigente suscrito entre la empresa y el Comité de Empresa Nacional de Trabajadores de CNT EP, "reconociendo todos los beneficios económicos y sociales devenidos y no percibidos de la contratación colectiva desde el año 2009 hasta la presente fecha".[67] La decisión que adopte la CCE en el caso comentado será fundamental para evitar el abuso del derecho en las relaciones laborales en el ámbito del servicio público.

Conclusiones

Una de las aristas que supone la constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es aplicada por parte del resto de jueces cuando conocen de garantías jurisdiccionales. Por otro lado, la constitucionalización se observa también cuando los parámetros y las reglas fijados por el máximo órgano de interpretación y control constitucional contribuyen a una interpretación conforme al texto constitucional de las leyes, y en el caso particular

---

[62] CCE, Auto de la sala de selección de 20 de marzo de 2023, caso 3564-22-JP.

[63] *Ibid,* párrafo 7.

[64] CCE, Sentencia 007-11-SCN-CC de 31 de mayo de 2011, caso 0086-10-CN.

[65] CCE, Sentencia 23-17-IN/20 de 14 de octubre de 2020, caso 23-17-IN.

[66] *Ibid,* párrafo 8.

[67] Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Rocafuerte, Sentencia de 21 de marzo de 2022, proceso de Acción de Protección 13314-2022-00044.

analizado en el presente trabajo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como de la Ley Orgánica del Servicio Público, última que regula el talento humano en las administraciones públicas en Ecuador, por ser el régimen general. En este caso, la jurisprudencia constitucional ayuda a que, por un lado, los servidores públicos y abogados patrocinadores no desnaturalicen la función de las garantías jurisdiccionales, y, por otro, a que las administraciones públicas hagan un uso adecuado de figuras clave dentro del régimen del talento humano en el servicio público.

En este contexto, se estiman encomiables los esfuerzos de la CCE que, a través de la Sentencia 2006-18-EP/24, modificó el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia 001-16-PJO-CC, introduciendo una nueva excepción a la obligación de los jueces de analizar a profundidad la vulneración del derecho alegado. La Sentencia 2006-18-EP/24, referida en el presente trabajo, determinó que se configura una manifiesta improcedencia de la acción de protección cuando esta garantía se usa para impugnar actos administrativos sobre conflictos laborales entre entidades del Estado y sus servidores públicos, cuyo conocimiento corresponde por regla general a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esos actos administrativos son, por ejemplo, la terminación de contratos de servicios ocasionales, la finalización de nombramientos provisionales, la homologación salarial, la supresión de partidas y la liquidación de haberes.

En esa medida, la jurisprudencia constitucional contribuye a que se pueda interponer una acción de protección de derechos constitucionales cuando un servidor público sea víctima de discriminación, se afecte su dignidad o autonomía o pertenezca a un grupo que tenga derecho a una protección reforzada, como ocurre en el caso de las personas con discapacidad, mujeres embarazadas o mujeres que hacen uso del periodo de lactancia. De ahí que, solamente en los casos señalados la vía constitucional podrá ser activada por parte de los servidores públicos cuando aleguen la violación de derechos.

Por último, también son plausibles los pronunciamientos de la CCE en aras de evitar la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales cuando remarcan lo que el ordenamiento jurídico señala con claridad: las acciones constitucionales proceden ante la violación de un derecho, y no cuando la pretensión de quien ejerce la acción sea la declaración de un derecho.

Bibliografía

Doctrina

Andrade Quevedo, Karla. "La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional". En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, 111-138. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Ávila Santamaría, Ramiro. "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional". En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina, 231-267. Quito: Corte constitucional para el periodo de transición, 2011.

Benavides Ordóñez, Jorge. "Dos de las garantías primarias de la Constitución ecuatoriana: la rigidez constitucional y el contenido esencial". *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, n.º 1 (2017): 152-161.

Ferrajoli, Luigi. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 15-31.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta, 2009.

Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

Pérez Ordóñez, Diego. "Apuntes sobre la acción de amparo constitucional." *Iuris Dictio* 1, n.º 1 (2000): 30-34.

Storini, Claudia y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Legislación y jurisprudencia

Código del Trabajo de 16 de diciembre de 2005, Registro Oficial 167.

Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016, caso 0530-10-JP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, caso 176-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 61-12-IS/19 de 23 de octubre de 2019, caso 61-12-IS.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 308-14-EP/20 de 19 de agosto de 2020, caso 308-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2137-21-EP/21 de 29 de septiembre de 2021, caso 2137-21-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, caso 1178-19-JP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 964-17-EP/22 de 22 de junio de 2022, caso 964-17-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1101-20-EP/22 de 20 de julio de 2022, caso 1101-20-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Auto de la sala de selección de 20 de marzo de 2023, caso 3564-22-JP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2231-22-JP/23 de 7 de junio de 2023, caso 2231-22-JP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 24-22-IS/24 de 17 de enero de 2024, caso 24-22-IS/24.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2006-18-EP/24 de 13 de marzo de 2024, caso 2006-18-EP.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 22 de octubre de 2019, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento.

Ley Orgánica del Servicio Público de 6 de octubre de 2010, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento.

Mandato Constituyente 2 de 28 de enero de 2008, Registro Oficial 261, Suplemento.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público de 1 de abril de 2011, Registro Oficial 418, Suplemento.

Ministerio del Trabajo, Acuerdo Ministerial MDT-2019-0373 de 17 de diciembre de 2019, Registro Oficial, Suplemento 102.

Ministerio del Trabajo, Oficio MDT-SFSP-2022-2280-O de 1 de octubre de 2022.

Ministerio del Trabajo, Oficio MDT-SFSP-2023-0027-O de 6 de enero de 2023.

Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo 1701 de 18 de mayo del 2009, Registro Oficial 592.

Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo 225 de 4 de febrero del 2010, Registro Oficial 123.

Eje 2. La protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza

- Ana Laura Lores (Uruguay)
  Reconocimiento y protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza: ¿cómo se encuentra Uruguay?
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)
  Derechos de la naturaleza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano
- Britney Jamile Ponciano Dioses (Perú)
  Emily Fátima Vílchez Rojas (Perú)
  El amparo ambiental y su desarrollo en el Perú: un análisis comparativo
- Julián Gutiérrez-Martínez (Colombia)
  Gabriel R. Nemogá-Soto (Colombia)
  ¿Derechos bioculturales y derechos de la naturaleza? Elementos constitucionales para un test o juicio de bioculturalidad
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
  El Tribunal Constitucional dominicano y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado
- Ximena Jhasmin Blas Rodríguez (Perú)
  Hannet Coral Dávila Epifanía (Perú)
  Sariany Govinda Martínez Alvarado (Perú)
  La función social aplicada a la propiedad colectiva y al medio ambiente sano
- Álvaro Javier Píriz Smith (Uruguay)
  Fabián Alexander Cuenca Belduma (Ecuador)
  La naturaleza: límites y limitaciones de su derecho a la reparación integral en el marco constitucional ecuatoriano
- Raul A. Ruiz Aguirre (Venezuela)
  Sebastián J. Zabaleta Cedeño (Venezuela)
  Daniel A. Yánez Roo (Venezuela)
  La incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 433-453, ISSN 2346-0849

Ana Laura Lores* **(Uruguay)**

Reconocimiento y protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza: ¿cómo se encuentra Uruguay?

RESUMEN

El presente artículo aborda la situación actual de Uruguay frente al derecho a un medio ambiente sano. Para ello, primero, se establecerá la definición y el alcance de la expresión "medio ambiente". Posteriormente, se examinará el reconocimiento normativo del medio ambiente sano, a niveles internacional, regional y jurisprudencial, y su reconocimiento constitucional en la región. Luego, se analizará el caso uruguayo, su regulación, hitos y actuales desafíos. Por último, se plantearán algunos desafíos y conclusiones.

Palabras clave: medio ambiente; naturaleza; derechos humanos.

Constitutional Recognition and Protection of the Environment and the Rights of Nature: Where Does Uruguay Stand?

ABSTRACT

This article examines the current status of the right to a healthy environment in Uruguay. First, it establishes the definition and scope of the term "environment." Subsequently, it examines the normative recognition of the right to a healthy environment at the international, regional and jurisprudential levels as well as its constitutional recognition in the region. Then, it analyzes the Uruguayan case, its regulation, milestones and current challenges. Lastly, the article presents some final considerations.

Keywords: Environment; nature; human rights.

* Abogada, Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga de Uruguay, posgraduada en Derecho Administrativo Económico. Colaboradora académica en la Cátedra de Derecho Constitucional e investigadora de la Ucudal. analauralores@gmail.com / https://orcid.org/0009-0004-4595-7778

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Anerkennung und verfassungsrechtlicher Schutz der Umwelt und der Naturrechte: Wo steht Uruguay?

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der derzeitigen Situation Uruguays hinsichtlich des Rechts auf eine gesunde Umwelt. Dazu wird der Begriff ´Umwelt´ zunächst definiert und sein Geltungsbereich bestimmt. Anschließend wird auf die normative Anerkennung der gesunden Umwelt auf internationaler und regionaler Ebene und in der Rechtsprechung sowie seine Verankerung in den Verfassungen der Region eingegangen. Sodann erfolgt eine Analyse der Situation in Uruguay, der bestehenden Regelungen, Schwerpunkte und aktuellen Herausforderungen. Abschließend werden einige Überlegungen zur Diskussion gestellt.

Schlagwörter: Umwelt; Natur; Menschenrechte.

Introducción

Este artículo aborda la protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza en Uruguay. El objeto planteado es de gran relevancia en la actualidad y no es ajeno a la regulación nacional o internacional. Su estudio no pretende abordar todos los aspectos relacionados con el derecho al medio ambiente, su interpretación o aplicación, sino desarrollar la idea de su reconocimiento en Uruguay en el marco de una tendencia global de protección y demanda de acción. Esta tendencia global de protección del medio ambiente no es novedosa ni exclusiva del ordenamiento jurídico uruguayo, ni del regional; la búsqueda de soluciones, exigencias y garantías es de carácter global; no tiene fronteras, límites temporales o espaciales,[1] ni distingue entre sectores económicos o sociales.

Sobre este tema existe una aproximación en dos aspectos: por un lado, un aspecto positivo, que implica la adopción de medidas y acciones que busquen la protección del medio ambiente sano para el goce y disfrute de los individuos; por el otro, un aspecto negativo, que consiste en neutralizar o evitar la mayor cantidad de efectos negativos posibles, como la contaminación o la degradación del ambiente.

Como puede observarse, hay una amplitud de perspectivas para abordar el derecho al medio ambiente. Aquí se identificará si en Uruguay hay una protección constitucional del derecho al medio ambiente sano y los derechos de la naturaleza. Asimismo, se buscará avanzar en el análisis y detectar qué hitos se han cumplido y cuáles son los desafíos vigentes.

---

[1] Beatriz Tommasino, "Medio ambiente, derechos humanos y proceso. El rol jurisdiccional en materia ambiental en el Uruguay", *Revista de Derecho* XXI, n.º 41 (2022): 179-249, https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/1089/1327

1. El reconocimiento del derecho al medio ambiente sano

En cuanto al derecho ambiental como sistema normativo, en una primera aproximación, Gorosito se ha cuestionado si "(e)l derecho ambiental […] tiene como piedra angular la palabra medio ambiente o ambiente. El primer desafío teorético, en el campo de los estudios jusambientales, es precisamente, esclarecer tal noción, en el ámbito del derecho positivo".[2]

En una solución simplista, la primera consideración es dilucidar su significado literal. Al respecto, se puede entender que se trata de un "conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades".[3] Esta definición parece no ser suficiente desde una óptica de derecho, por lo tanto, es necesario recurrir a la doctrina. Siguiendo a Gorosito, podemos señalar:

> Indagar el sentido de un concepto fundamental, básico, en el derecho, como, por ejemplo, el de "ambiente" o "medio ambiente" en el derecho ambiental, es, entonces, determinar en un momento histórico el alcance de la juridicidad, el ámbito material y el modo de regulación, el ámbito de validez y vigencia, o sea el conjunto de relaciones, actos o hechos alcanzados, formal y materialmente, por la normatividad en que se expresa una política. De manera que en cuanto ese significado sea apropiado por el intérprete permitirá inteligir la delimitación del campo del derecho ambiental como discurso normativo articulador de mandatos del poder legítimo.[4]

En la doctrina española, Magariños de Mello ha relacionado así la expresión medio ambiente: "La combinación de ambas palabras es perfectamente apropiada cuando lo que queremos mencionar es el ecosistema de que el hombre (o cualquier ser vivo) forma parte indisoluble e integral. El hombre, como todo lo demás que lo conforma, es medio ambiente".[5]

Por otra parte, en el *Manual de entrenamiento en derecho ambiental,* el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma), manifiesta:

> La definición del término ambiente establece las bases filosóficas de cualquier legislación redactada e implementada dirigida a la protección del ambiente. La manera en que el término ambiente es definido indica el valor otorgado en los varios aspectos del ambiente y en la percepción que los

---

[2] Ricardo Gorosito, "El sentido jurídico del concepto y bien fundamental 'medio ambiente'", *Revista de Derecho* 12, n.º 13 (2016), 89.

[3] *Ibid.,* 94.

[4] *Ibid.,* 90.

[5] Cfr. Mateo J. Magariños de Mello, *Medio ambiente y sociedad. Fundamentos de política y derecho ambientales. Teoría general y praxis,* Editado por Ricardo Gorosito Zuluaga (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005), 25.

> legisladores y políticos tienen del ambiente, particularmente del lugar del hombre en él. Cada definición refleja también el foco de la legislación ambiental y el compromiso del Estado en proteger el ambiente. Es por tanto esencial comenzar con la definición del ambiente.[6]

Sin perjuicio de que se puede ahondar e incluso dedicar de forma exclusiva una investigación a las distintas interpretaciones doctrinarias, reglamentarias e instrumentales sobre la definición de medio ambiente y su alcance, se podría resumir en una de las más amplias, a saber:

> Medio ambiente es… todo. Cuando así lo decimos, los espíritus dogmáticos nos acusan de no decir nada. ¿Qué quiere decir que es todo? Bueno, la respuesta, quiérase o no, es que todo es… todo. […] lo cual equivale a decir que, ontológicamente, no existe eso que suele mencionarse como "medio ambiente" si lo entendemos subconscientemente con una especie de "escenario vital" de nuestros afanes, sintiéndonos ajenos a él, incluso aunque sepamos que somos parte integrante del mismo. La razón para que así sea es muy sencilla. Si el medio ambiente o biosfera es un "sistema", no podemos dar una definición que excluya "a priori" ninguno de sus elementos.[7]

De lo anterior, podemos ver que no es sencillo delimitar el concepto del derecho en estudio. Las distintas posiciones doctrinales acuñadas en distintas épocas, así como una carencia de reconocimiento, en su inicio, como un área autónoma del derecho han derivado en una multiplicidad de acepciones.

Asimismo, el alcance del derecho al medio ambiente sano es también materia de discusión. Al respecto, se pueden vislumbrar dos grandes teorías: por un lado, una teoría que lo entiende como un derecho autónomo e independiente de los demás derechos; por otro, la teoría de que el derecho a un medio ambiente sano es la extensión de derechos ya reconocidos, como lo es la vida o la salud.

Una primera aproximación a esta dualidad de criterios se dio en el decenio de 1960 a 1970. En dicha época, se comenzó a acuñar el concepto de los derechos de tercera generación. En este sentido, Contreras Nieto[8] ha expresado que a raíz de los hechos que acontecen antes y durante la Segunda Guerra Mundial, se desarrolló la tercera generación, en la que nos encontramos incluso hoy, debido a la internacionalización de la primera y segunda generaciones de derechos que se caracterizaban por ser cuestiones exclusivas del derecho interno y que pasan ahora a ser un asunto de competencia internacional.

---

[6] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119763.pdf

[7] Magariños de Mello, *Medio ambiente*..., 25.

[8] Miguel Ángel Contreras Nieto, *10 temas de derechos humanos* (Toluca: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2002).

Señala el mismo autor:

> Los derechos humanos que corresponden a la Tercera Generación, surgen y se van conformando como respuesta a los problemas y necesidades que actualmente tienen el hombre y la propia humanidad en su estado presente. La toma de conciencia de algunos de ellos se produjo ya desde el término de la segunda conflagración mundial, y, de otros, a partir de la década de los sesenta del siglo XX.[9]

Es oportuno recordar la distinción tradicional de las tres generaciones de derecho propuesta en 1977 por Karel Vasak,[10] quien anunció la necesidad de contemplar nuevos derechos que hasta el momento no habían sido considerados. Dentro de los derechos de tercera generación destaca el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De esta forma, el autor estableció además que este derecho se encuentra en el marco de la solidaridad que debe regir a la comunidad internacional.

De la mencionada obra se desprende que, producto de la evolución de la sociedad, es necesario considerar una nueva generación de derechos, que, a diferencia de las dos primeras generaciones y su relación con los Estados para oponerse o exigirles su goce, involucran a la comunidad internacional.[11]

El autor señala con claridad meridiana:

> … tales derechos (derecho al desarrollo, *derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado*, derecho a la paz, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad) sólo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos: desde los individuos y los Estados hasta las entidades y órganos públicos y privados. (Énfasis agregado)

Esta posición identifica el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como uno de los que surgen de la tercera generación de derechos. Así, lo identifican como un derecho humano autónomo y, por ende, independiente de la preexistencia de otros derechos humanos.

Otra parte de la doctrina, a modo de ejemplo en Uruguay, sostenida por Blengio,[12] ha entendido que el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado no se trata de un nuevo derecho. En este sentido, el autor ha sostenido que "la declaración o reconocimiento jurídico en forma independiente o autónoma del derecho a

---

[9] *Ibid.,* 103.

[10] https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063

[11] Karel Vasak, "La larga lucha por los derechos humanos", *El Correo de la Unesco: una ventana abierta sobre el mundo,* XXX, n.° 11 (1977): 28.

[12] Blengio Valdés, "Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado", en *Derechos humanos en situaciones de crisis en el Uruguay,* (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2002), 77-96.

vivir en un medio ambiente sano es fruto de la necesidad de preservar la vida en el planeta en mérito de las innumerables agresiones al ecosistema y a las visibles consecuencias por demás negativas del proceso de destrucción de la vida en el mundo".

Admitir esta tesis implica, a su turno, admitir que el derecho al medio ambiente sano constituye una proyección del derecho a vivir, en donde la necesidad del goce del derecho a la vida tiene como correlato la necesidad de un medio en el cual se pueda vivir. En esta línea, esta postura implica que el derecho al medio ambiente sano encuentra su fundamento dentro de la primera generación de derechos y no en la tercera, como es sostenido por parte de la doctrina.

Sin perjuicio de la postura a la que se adhiera, el consenso en la necesidad de políticas de desarrollo ambiental es ineludible. Se debe buscar la protección de las áreas naturales y de los ecosistemas, así como la eliminación de los factores que contribuyen a la vulneración del medio ambiente sano.

Para concluir, no puede negarse tampoco el aspecto interdisciplinario que implica la conservación de un medio ambiente sano:

> El derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible también está vinculado a otros derechos y partes de la legislación internacional vigente sobre derechos humanos. Es lógico. Los seres humanos son indivisibles, por lo que los derechos humanos se consideran interrelacionados, interdependientes y se refuerzan mutuamente también. Conseguir un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere esfuerzos sostenidos para mantener los entornos de trabajo libres de accidentes, lesiones y enfermedades; aplicar una lógica de "transición justa" que evite las compensaciones entre el derecho humano al trabajo y el derecho humano a un medio ambiente saludable; y proteger la biodiversidad apoyando los medios de vida de los pueblos indígenas.[13]

Esta concepción no es nueva y se recoge incluso en la Declaración de Viena, que resalta categóricamente: "Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

2. Protección normativa de un medio ambiente sano

Habiendo realizado un análisis del concepto y alcance del derecho al medio ambiente sano, ahondaremos en su protección en los distintos instrumentos internacionales, así como en los textos constitucionales latinoamericanos.

---

[13] Consideraciones de Moustapha Kamal Gueye, jefe de la Unidad de Empleos Verdes de la OIT, y de Tim de Meyer, consejero principal del Departamento Normes en el marco de la Resolución de la Asamblea General de la ONU que reconoce el derecho humano a un medio ambiente limpio, sano y sostenible, https://www.ilo.org/es/resource/article/la-asamblea-general-de-la-onu-reconoce-el-derecho-humano-un-medio-ambiente

2.1. Sistema universal de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos

Ineludiblemente, al referirnos a la protección del medio ambiente, debe mencionarse la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en el año 1972. Esta cumbre fue el primer escenario internacional en donde se reconoció la importancia del medio ambiente en el marco de la protección de los derechos humanos. En dicha oportunidad se aprobaron diferentes principios sobre la protección del medio ambiente humano y un plan de acción con recomendaciones. No es de menor importancia señalar que este acuerdo, si bien fue el primero en su especie en la comunidad internacional, no tiene carácter vinculante en la actualidad.

Posteriormente, en 1982 se adoptó la Carta Mundial de la Naturaleza en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nuevamente se reconoció la necesidad de recursos sostenibles y se exhortó a los Estados a tomar acciones para no perjudicar el medio ambiente.

La Segunda Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro (Brasil), en 1992, implicó seguidamente una evaluación de los avances en materia de medio ambiente, ya que estos habían sido insuficientes hasta ese momento. En consecuencia, se adoptaron principios sobre derechos y deberes relativos al medio ambiente, además de la denominada Agenda XXI.

Luego, en 1996, se adoptaron dos pactos de gran relevancia en materia de derechos humanos: los Derechos Civiles y Políticos, y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al igual que en instancias anteriores, estos instrumentos internacionales no hicieron un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente sano con un carácter vinculante para los Estados.

En 2002, se desarrolló nuevamente una cumbre multilateral, en Johannesburgo, cuando los Estados se enfrentaban a nuevos desafíos, entre los cuales se destacaban la demanda de energía, alimentos y agua. Se promovió en ese momento el diálogo y la cooperación entre los Estados para enfrentar esta crisis.

Más recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en julio de 2022, emitió una resolución, donde afirma que todas las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable. Asimismo, reconoció que el cambio climático y la degradación ambiental son de las amenazas más acuciantes. Al igual que en instancias anteriores, esta resolución no es jurídicamente vinculante para aquellos Estados que acompañaron la decisión, aun cuando se les solicitó un mayor esfuerzo en el acceso a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.[14]

---

[14] ONU, Programa para el Medio Ambiente. Reportaje, https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/decision-historica-la-onu-declara-que-el-medio-ambiente-saludable#:~:text=y%20gobernanza%20ambiental-,Decisi%C3%B3n%20hist%C3%B3rica%3A%20la%20ONU%20declara%20que%20el%20medio,saludable%20es%20un%20derecho%20humano&text=La%20Asamblea%20General%20de%20las,a%20un%20medio%20ambiente%20saludable

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a diferencia del sistema de las Naciones Unidas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, en su artículo 17 consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Este instrumento recoge este derecho que no había sido desarrollado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, máximo instrumento de protección dentro del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

2.2. Reconocimiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde el ámbito de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), órganos que integran el SIDH, la cuestión de la protección del derecho al medio ambiente sano no ha sido ajena.

Ambos órganos poseen una variedad de pronunciamientos relacionados con el tema del medio ambiente, sin perjuicio de que no se detengan en el análisis específico del alcance del "derecho a un medio ambiente sano". No obstante, la Corte IDH como la CIDH han fijado parámetros de actuación para los Estados en pos de la protección y preservación del medio ambiente, a través de la protección de otros derechos humanos sobre los cuales la Corte IDH sí se ha pronunciado.

Previo a que este derecho fuera objeto de pronunciamiento en los fallos de casos conocidos por la Corte IDH, es menester mencionar la Opinión Consultiva 23/2017,[15] mediante la cual el Estado de Colombia, al amparo del artículo 64.1 de la CADH, solicitó aclaraciones:

> … de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino […] y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos.[16]

Asimismo, Colombia solicitó una aclaración sobre "cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, […] y las respectivas obligaciones internacionales en

[15] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

[16] *Idem*.

materia de prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados".[17]

A partir de este planteamiento, la Corte IDH elaboró su opinión respecto al contenido del derecho al medio ambiente sano y los derechos que se encuentran vulnerados por la degradación del medio ambiente. En un primer término, la Opinión Consultiva distingue entre la dimensión colectiva e individual del derecho al medio ambiente sano. En cuanto a la dimensión colectiva se hace referencia a un interés universal, tanto para las generaciones actuales como para las futuras. Por su parte, con relación a la dimensión individual, se vincula la vulneración del derecho al medio ambiente sano en el ámbito individual de la persona que conlleva la vulneración de otros derechos, como a la salud, la integridad personal o la vida.

En esta misma línea, esta decisión reconoce la obligación de los Estados de prevenir daños ambientales, así como garantizar los derechos a la vida e integridad de los individuos bajo su jurisdicción. Otro de los aspectos esenciales de esta Opinión Consultiva es el reconocimiento del medio ambiente sano como un derecho

Caso ante la Corte IDH	Principales temas abordados por la sentencia
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006)[18]	Derecho de los pueblos indígenas y su impacto en la conservación del medio ambiente.
Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008)[19]	Se establecen estándares en materia de los análisis de impacto ambiental y su importancia para la protección de los derechos humanos.
Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)[20]	Se reconoce la protección del medio ambiente como parte del interés general.
Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020)[21]	Se hace especial énfasis en la interdependencia de los derechos humanos y el derecho a un medio ambiente sano.
Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (2023)[22]	Se establecen estándares para el derecho al medio ambiente sano.

[17] *Idem*.

[18] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 146.

[19] Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172.

[20] Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309.

[21] Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 400.

[22] Corte IDH, Caso Comunidad La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

autónomo, retomando lo mencionado anteriormente con relación a la discusión doctrinaria. Con igual importancia establece que se trata de un derecho justiciable en el marco de la CADH, y el deber de los Estados de contar con mecanismos adecuados para la tutela efectiva del derecho al medio ambiente a nivel nacional.

Los estándares establecidos en esta Opinión Consultiva se ven reflejados también en la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido, se pueden destacar los casos que aparecen en el cuadro de la página anterior

2.3. Reconocimiento constitucional en la región

El reconocimiento del derecho al medio ambiente sano no ha sido ajeno a las constituciones latinoamericanas a partir de la década de los setenta, acompañando así los instrumentos internacionales. En este sentido, aquí se abordará de forma sucinta el reconocimiento expreso al medio ambiente en los distintos textos constitucionales para abordar posteriormente el caso de Uruguay.[23]

La Constitución de Argentina establece en su artículo 41 que todos los habitantes "gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo". Asimismo, impone al Estado la protección del derecho a un ambiente sano, así como "a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales." Consagrado de esta forma, Argentina cuenta con uno de los textos constitucionales más completos en la región respecto a las obligaciones que debe asumir el Estado ante este derecho.

Por su parte, la Constitución de Chile, establece "(e)l derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". Con una redacción más tímida que la Constitución argentina, encomienda al Estado velar por dicho derecho y tutelar la preservación de la naturaleza.

Por su parte, Brasil dedica el capítulo VI, artículo 225, de la Carta Política al medio ambiente, reconociendo que "(t)odos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras". La disposición continúa con una precisión detallada de lo que corresponde al poder público a los efectos de poder asegurar la efectividad del multicitado derecho.

---

[23] Mariana Blengio, "Derecho humano a un medio ambiente sano", *Revista de Derecho* 2, n.° 4 (2003): 5-17.

La Constitución de Colombia reconoce el derecho al medio ambiente sano en por lo menos 34 disposiciones.[24] Dentro de estos reconocimientos podemos encontrar, por ejemplo, "la dimensión económica, social, cultural, política y ambiental del campesinado […] el acceso a bienes y derechos como […] un ambiente sano" (art. 64). Asimismo, hace énfasis en la educación en formación sobre derechos, contemplando al medio ambiente (art. 67) y reconoce la protección del ambiente mediante la siguiente fórmula: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. […] Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente" (cap. 3).

Por otro lado, la Constitución de Costa Rica reconoce, en su artículo 50, que "(t)oda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado". Es de notar que, adicionalmente al reconocimiento del derecho, se dispone la legitimación para la reparación en caso de violación del derecho a un ambiente sano y equilibrado.

En igual sentido a otros textos latinoamericanos, la Constitución de Paraguay dispone, en su Sección II, que "(t)oda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado".

La Constitución de Perú, en sus artículos 67 y 68, dispone la obligación del Estado de determinar las políticas nacionales ambientales, así como la promoción de la conservación de la diversidad biológica.

Por último, la Constitución de México, en su artículo 4, dispone: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley". Por su parte, la disposición transitoria segunda preceptúa la obligación del Congreso de tomar acción y determina un plazo para ello; en este sentido, establece: "El Congreso de la Unión, contará con un plazo de 180 días para incorporar las disposiciones relativas al derecho a un medio ambiente sano y las responsabilidades por el daño y deterioro ambiental".

Sin pretender que este sea un análisis exhaustivo del reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente en algunos de los países de la región, se puede concluir que gran parte de nuestros países incorpora actualmente en sus cartas políticas el reconocimiento del derecho al medio ambiente. Asimismo, se encomiendan al Estado obligaciones para la protección de dicho derecho, en algunos casos con mayor detenimiento que en otros.

Luego de analizar los contextos de regulación tanto general como regional, corresponde avanzar en el objeto de estudio: el caso de Uruguay.

---

[24] Paola Andrea Meneses, "Deberes de protección del medio ambiente y derechos de la naturaleza en la Corte Constitucional de Colombia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 28 (2022): 141-156.

3. El caso uruguayo

Antes de la última reforma constitucional en Uruguay, se encontraba vigente la carta uruguaya de 1934, la cual, en su artículo 72, recogía los derechos, los deberes y las garantías enumeradas en las secciones de la norma, indicando expresamente que no se excluían los otros derechos, inherentes a la personalidad humana.

Esta redacción permitió, durante los primeros pronunciamientos internacionales de protección del medio ambiente, la integración de dicho derecho al derecho uruguayo. En esta línea, son pertinentes las palabras de Gorosito:

> Las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y las Declaraciones tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas como de las conferencias mundiales que en su sistema se han producido, en cuanto los textos refieran o establezcan derechos, deberes y garantías en la materia ambiental que es inherente a la personalidad humana y reconocida como de jus cogens universal, son la constatación clara de esas ideas dominantes, de esa convicción colectiva universal, que ingresa de modo indubitable en la materia de los derechos, deberes y garantías fundamentales, tanto en sus aspectos individuales como colectivos, y que se encuadran de manera natural en el discurso jurídicamente vinculante de los derechos humanos.[25]

La Constitución de 1997, en su artículo 47,[26] recoge la protección del medio ambiente. El mencionado artículo dispone que la protección al medio ambiente es de interés general y las personas deberán abstenerse de realizar actos que dañen el mismo. Como se observará, habiendo mencionado las técnicas de los constituyentes en la región, la utilizada por el sistema uruguayo reviste ciertas particularidades. En este sentido, Iglesias[27] destaca tres aspectos claves de esta regulación: a) una declaración de interés general; b) un deber de abstención y c) un mandato reglamentario.

En cuanto a la declaración, del análisis de la carta se desprende que, para la eventual limitación de los derechos, es necesario que se promulgue una ley. Frente al deber de abstención, Iglesias señala que la Constitución optó por una redacción negativa, estableciendo una obligación de abstención de producir un daño, en lugar de reconocer el derecho a un medio ambiente sano. Este aspecto ha sido duramente

---

[25] Ricardo Gorosito Zuluaga, "Los principios en el derecho ambiental", *Revista de Derecho* 13, n.° 16 (2017): 126.

[26] Artículo 47 de la Constitución uruguaya: "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales".

[27] Gonzalo F. Iglesias Rossini, "La protección del ambiente en la Constitución de la República", *Revista de Derecho Público*, n.° 57 (2020): 139-157.

criticado por parte de la doctrina que no concibe que la fórmula utilizada por el constituyente haya sido la más adecuada.

Por último, al referirse al mandato al legislador para su reglamentación, además de ser innecesario desde un punto de vista estrictamente jurídico, Iglesias resalta que este implica que la ley deberá abordar en mayor detalle este derecho. Es así como el Poder Ejecutivo, en ejercicio de su función administrativa, fija las políticas nacionales e implementa el mandato constitucional. De esta forma, mediante la Ley 16.112 se crea el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; con la Ley 17.234 se ordena el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y, posteriormente, la Ley 17.283 establece el marco de la protección al medio ambiente.

A inicios del presente siglo tuvo lugar una nueva modificación constitucional en el año 2004, conocida de forma popular como "la Reforma del Agua", la cual introdujo un nuevo estándar en cuanto al acceso al agua, su saneamiento, y la gestión sustentable de recursos.

Posterior a esta reforma constitucional, se han promulgado leyes que complementan el reconocimiento formal por parte del Estado del derecho a un medio ambiente sano: leyes de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Ley 18308), de Bioseguridad de Vegetales Genéticamente Modificados (Decreto 353/008 de 2008), creación del Observatorio Ambiental Nacional (Ley 19147), regulación de las actividades mineras de gran porte (Ley 19126) y las relativas a las baterías de plomo y ácido (Decreto 373/003 de 2003), así como la creación del Sistema Nacional Ambiental (Ley 19.889).

Tras analizar el marco regulatorio y la protección jurídica del derecho al medio ambiente en el sistema nacional, es posible identificar que ha habido una evolución normativa en la materia, producto de los distintos desafíos a los que se ha enfrentado el Estado ante los avances de la comunidad internacional en la materia que nos convoca.

La carencia de una redacción clara de reconocimiento por parte de la Constitución uruguaya, en cierta forma, ha sido subsanada por un marco normativo legal y por políticas públicas para reconocer la necesidad de adoptar medidas orientadas a garantizar el derecho a un medio ambiente sano. Particularmente, en relación con la normativa, se puede extraer un avance, al principio de forma modesta, con la creación del Ministerio del Medio Ambiente, para pasar en las siguientes décadas a la adopción de medidas concretas, que permiten el seguimiento del cumplimiento por parte del Estado para la conservación de un medio ambiente sano.

Asimismo, la coyuntura de las últimas décadas en Uruguay ha evidenciado situaciones concretas de riesgos ambientales, los cuales derivaron en la elaboración de leyes, que hasta el momento habían sido ajenas para el país. Cabe destacar, entre ellas, la implementación de plantas de celulosa, el cambio climático y la deforestación.

Si bien se celebran los avances normativos, así como la toma de medidas por parte del Estado para la concientización de la población, es ineludible mencionar que aún hay desafíos pendientes en la materia.

3.1. Desafíos cumplidos

Como se adelantó, además del reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente sano, a pesar de una dudosa técnica de redacción, el Estado uruguayo ha tenido grandes avances en materia de derechos ambientales.

En este sentido, además de las aludidas reformas constitucionales, se han promulgado numerosas leyes con contenido dirigido a la protección del medio ambiente. Dentro de los ejemplos a destacar se pueden mencionar las leyes de Gestión de Residuos (Ley 19829), de Prevención y Reducción de Impactos Ambientales (Ley 17283), y la ley de creación del Instituto Nacional para la Preservación del Medio Ambiente (Ley 14053) o la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley 16466).

Oszlak ha sostenido que, sin perjuicio de los avances a nivel legal en la materia, Uruguay no es ajeno a nuevos desafíos "en el mediano y largo plazo debido a las exigencias de capacidad institucional que demandan las nuevas responsabilidades asignadas sobre el medio ambiente y el desarrollo sustentable".[28]

En este sentido, estos avances no han sido ajenos al reconocimiento de la doctrina, así como de organismos internacionales. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha indicado que "Uruguay se destaca como pionero regional en la gestión de residuos, enfocándose en la Responsabilidad Extendida del Producto".[29]

Esto también fue señalado por otros autores, como Gonzalo Iglesias,[30] quien sostiene que, a pesar de las reservas frente a la redacción de la carta en la materia, el mandato constitucional ha sido cumplido a través de la Ley de Protección del Medio Ambiente (Ley 17.283), a efectos de establecer previsiones generales de política y gestión ambiental.

3.2. Desafíos pendientes

Sin perjuicio de los avances que se pueden destacar y celebrar, es evidente que aún existen desafíos relacionados con la situación coyuntural de Latinoamérica y de cada uno de los países. Actualmente, entre los principales problemas de Uruguay en términos ambientales figuran la emisión de gases de efecto invernadero por parte de la ganadería, la erosión y degradación del suelo y pérdida de biodiversidad asociada a la agricultura, y el insuficiente tratamiento de los residuos de consumo industrial y de los hogares.[31]

---

[28] Oscar Oszlak, "Acerca del diseño institucional: apuntes para el caso uruguayo", en *Aportes y reflexiones para la agenda nacional de descentralización,* ed. y coord. por José Raúl Rodríguez (Montevideo: Uruguay Integra, 2011).

[29] PNUD, Uruguay, *Retos y logros en la responsabilidad extendida del productor en gestión de residuos,* 29 de noviembre de 2023, https://www.undp.org/es/Respons_extendida

[30] Iglesias Rossini, "La protección del ambiente en la Constitución...".

[31] Bibiana Lanzilotta M., *Impuestos verdes: viabilidad y posibles impactos en el Uruguay* (Montevideo: Cepal, 2015).

Para destacar algunos desafíos, podemos empezar por señalar dos: a) el costo de tomar acción y b) la globalización. El costo de tomar acción se representa con la garantía de economías nacionales fuertes y a los efectos de poder adoptar medidas en materia de ambiente, ya que, sin lugar a dudas, la adopción de medidas conlleva un costo.

En esta línea, el impacto económico-financiero que tiene la aplicación de políticas públicas en materia de medio ambiente, desde la realización de estudios, educación a la población, inversión en alternativas más partidarias al ambiente, entre otras, es evidente e implica también un costo representativo.

No se puede desconocer que América Latina se encuentra en una situación de países con economías y, en oportunidades, Estados de derecho que aún tienen sus dificultades. Por lo tanto, son atendibles las palabras de Oszlak que ha señalado: "En los países emergentes, se requiere, además, tomar conciencia de que la reorientación del gasto hacia este tipo de infraestructura puede suponer enormes ahorros de recursos en el mediano y largo plazos. A veces, las inversiones iniciales pueden disuadir la adopción de esta estrategia".[32]

En similar sentido, es preciso señalar la importancia de la percepción del medio ambiente en el orden internacional, en especial en América Latina, donde se encuentran las principales áreas de biodiversidad, por lo tanto, se torna fundamental la inversión en esta materia.

En primer lugar, una adecuada asignación de recursos económicos para el medio ambiente permite sostener la legitimidad del avance de esta área del derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Sin perjuicio de lo anterior, como se señaló anteriormente, los Estados de América Latina, en su mayoría, han aceptado un compromiso constitucional para garantizar a sus ciudadanos un medio ambiente sano.

En cuanto a la toma de decisiones en materia presupuestal, se comparten las siguientes palabras de Oszlak:

> Sabemos que los tomadores de decisiones poseen una racionalidad limitada y más que maximizar u optimizar la relación entre insumos y resultados, habitualmente se contentan con lograr una combinación satisfactoria de los factores de la producción. Lograr estimar cuál debe ser la cuantía de cada tipo de insumos y cuál la relación causa-efecto entre utilizar una cierta combinación de ellos y lograr determinados resultados, es un primer test de capacidad institucional, pero no el único ni, tal vez, el más importante. Un factor adicional a considerar de inmediato es la naturaleza del resultado que pretende lograrse y las exigencias que el bien, regulación o servicio plantea en términos de actividades sustantivas o de apoyo.[33]

---

[32] *Ibid.,* 45.

[33] Oscar Oszlak, "Políticas públicas y capacidades estatales", *Forjando* 3, n.° 5 (2014).

No puede tampoco considerarse que las inversiones en esta materia son insignificantes, en tanto la búsqueda de un medio ambiente sano podría tener un impacto en el desarrollo, lo que a su vez podría tener consecuencias positivas para el crecimiento económico y el bienestar social del país.[34]

No es ajeno el concepto de los costos en las necesidades. Holmes y Sunstein afirman que los derechos tienen un costo presupuestal, en donde "suena como paradoja […] quizás incluso como amenaza a la preservación de los derechos […] podríamos incluso hablar de un tabú cultural".[35] Sin embargo, una vez superada esta preconcepción o barrera, el aspecto económico pasa a ser un punto clave en el estudio de cuáles son los derechos vigentes en una sociedad.

Los costos de los grandes proyectos de renovación o inversión en usos de energías sostenibles implican, ineludiblemente, un costo elevado para los países. Sin embargo, esto no debe ser un impedimento para tomar las medidas necesarias.

Uno podría preguntarse cuál es la ponderación que debe realizarse para destinar los recursos económicos al área de medio ambiente y la garantía de un medio ambiente sano. Por su parte, Carnelutti[36] señala con claridad que el puente entre lo económico y lo ético está tendido por el derecho. En consecuencia, si bien lo económico es importante en lo individual y social, siempre debe reconocerse por encima a la ética como valor superior.

En función de lo anterior, podemos preguntarnos: ¿existe una escasez de recursos para destinar o una escasez de inversiones para el desarrollo?

Quienes estudian los asuntos presupuestales desde la perspectiva social han arribado a consideraciones que parecen ser más optimistas para los próximos años. En este sentido, se ha sostenido:

> Las tendencias más recientes apuntan a discriminar entre los procesos de rendición de cuentas según las diversas problemáticas que involucra la actuación del Estado y la multiplicidad de sus funciones, lo cual da lugar a que sus agencias sean un mosaico diferenciado, que exigen un tratamiento de la responsabilización que tome en cuenta quiénes son los principales ante quienes se rinde cuenta y cuál el tipo de responsabilidad exigida en cada caso. Así, por ejemplo, se hace referencia a la consideración especializada de la *accountability* en el proceso presupuestario, en el sistema escolar, en la administración financiera, o en las orientaciones hacia la reducción de la pobreza, la igualdad de género o *la preservación del medio ambiente*.[37] (Énfasis agregado)

---

[34] *Idem.*

[35] Stephen Holmes y Cass Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011).

[36] Francesco Carnelutti, *Teoría general del derecho* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941), 54 y ss.

[37] Oscar Oszlak, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno 5 (Buenos Aires: Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, 2013).

En otro orden de ideas, hay autores que sostienen que la globalización puede tener un aspecto negativo en el desarrollo del Estado como garante de los derechos. Al respecto, Oszlak ha sostenido:

> El Estado nacional ha visto reducidas sus funciones a la administración de justicia, la defensa, las relaciones exteriores, la conducción del sistema educativo y la promoción de la salud. La defensa del medio ambiente, la investigación, el desarrollo regional y la promoción de exportaciones, son ahora materia de gestión propia de ONGs y empresas especializadas privadas.[38]

El mismo autor señala que actualmente el medio ambiente forma parte de los temas de la "agenda mundial", junto con las migraciones, la revolución comunicacional, los mercados financieros en línea, entre otros fenómenos producto de la coyuntura. Además, muestra la inexistencia de fronteras nacionales como una de sus particularidades comunes, lo que lleva a la multiplicidad de actores.[39]

En este contexto de globalización y, especialmente, en un asunto tan relevante como el medio ambiente, es necesario que los Estados no queden circunscritos a sus fronteras tradicionales, sino que busquen una colaboración entre los distintos actores al momento de abordar esta temática. Oszlak señala: "En tal sentido, la integración no sería una manifestación más de la globalización sino, justamente, su opuesto, es decir, un intento de ordenar fronteras adentro, el impacto de un mundo sin fronteras".[40]

La globalización ha permitido grandes avances en materia de derecho al medio ambiente. Sin perjuicio de ello, es válido considerar la visión señalada por el autor citado. Pareciera que, en la medida en que los Estados adoptan instrumentos internacionales, cumplen con sus obligaciones del reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano. Las obligaciones asumidas por los Estados, tanto a nivel internacional, como regional y nacional, deben cumplirse mediante acciones concretas, ya sea de concientización, educación o implementación de medidas para la reducción del impacto ambiental.

En cuanto a la situación de Uruguay, el último informe de las Naciones Unidas sobre Perspectivas del Medio Ambiente Mundial ubica al país en una situación delicada en términos de la alteración de sus ambientes naturales.[41] Esta observación no resulta sorprendente, dadas las carencias que aún tiene el sistema uruguayo frente a la protección del medio ambiente. Si bien existe una normativa que ha ido evolucionando en las últimas décadas, pareciera ser insuficiente para la realidad

---

[38] Oscar Oszlak, "Estado y sociedad: las nuevas fronteras", en *El rediseño del perfil del Estado*, comp. por Bernardo Kliksberg (México: Fondo de Cultura Económica, 1994).

[39] Oscar Oszlak, "Estado y sociedad: ¿nuevas reglas de juego?", *Reforma y Democracia* 9 (1997).

[40] *Idem*.

[41] Naciones Unidas, Uruguay. Análisis de la situación de Uruguay y sus retos frente a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 9 de junio de 2021.

actual. La protección del medio ambiente debería ser considerada hoy esencial en la agenda del Estado. Sin embargo, este no parece ser un tema en el cual las políticas y medidas tomadas hasta el momento sean suficientes.

Hasta la fecha, el Estado uruguayo no ha sido condenado por la Corte IDH en materia de medio ambiente. No obstante, ello no lo exime de tener en cuenta el claro y contundente reconocimiento que ha hecho dicho tribunal sobre la necesidad de proteger el medio ambiente.

Es oportuno señalar que al momento de la elaboración del presente artículo (mayo de 2024), se realizó la Audiencia Pública de la Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos de la Corte IDH. Evidentemente, dicha Opinión, una vez emitida, será relevante para los Estados, así como un indicador clave del criterio del alto tribunal al respecto.

Conclusiones

Es imprescindible hacer las siguientes consideraciones finales. En primer lugar, en cuanto a la comunidad internacional, hay que destacar el compromiso mediante instrumentos vinculantes para garantizar un medio ambiente sano para toda la humanidad.

Respecto del caso uruguayo, como se señaló, la fórmula constitucional no es comprensible en el marco de un Estado de derecho garantista.

El Estado uruguayo es reconocido como una de las principales democracias plenas en América Latina, tal y como lo demuestran índices internacionales como el Rule of Law Index, elaborado por World Justice Project o el Democracy Index de Economics Inteligence de 2023, donde Uruguay se encuentra en primer lugar frente a los países de América Latina y decimocuarto en el mundo, respectivamente.

Ante este reconocimiento internacional de Uruguay como un Estado de derecho, es cuestionable la redacción de la carta política en cuanto al derecho al medio ambiente sano. Como surge del análisis anterior, la Constitución priorizó la obligación de abstención de actos contra el medio ambiente frente a una redacción clara sobre la protección expresa de la obligación de proteger el ambiente, como surge de otras cartas de los Estados de la región.[42]

Lo anterior implica que no se consagra de forma expresa el derecho al goce y disfrute del medio ambiente adecuado. Esta interpretación será el resultado de la aplicación del artículo 72 constitucional para poder reconocer el derecho en su plenitud. Asimismo, el uso de la expresión de interés general, señala Risso,[43] es "curioso", en tanto suele utilizarse para la limitación de los derechos.

---

[42] Iglesias Rossini, "La protección del ambiente en la Constitución de la República", 145.

[43] Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional* (Montevideo: FCU, 2006).

Esta situación podría haber sido subsanada si la redacción del artículo se acompasara con la región haciendo un reconocimiento expreso del derecho de los habitantes al goce y disfrute de un medio ambiente sano. Igualmente, la poca claridad del texto constitucional se encuentra acrecentada por la realidad de que, en la responsabilidad pública ambiental, la reparación del daño no logra la supresión del perjuicio.[44]

Ineludiblemente, el cambio climático y los daños al medio ambiente son una realidad y una preocupación del presente y del futuro. En este sentido, es relevante recordar las palabras expresadas en el Preámbulo de la Declaración de la Unesco sobre la responsabilidad de las generaciones futuras: "¿qué clase de mundo dejaremos a las generaciones futuras?".

En palabras del primer Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente, designado por el Consejo de Derechos Humanos, John H. Knox, "ya es hora de que la comunidad internacional reconozca el derecho humano a un medio ambiente sano". Asimismo, señaló: "Ya no puede haber ninguna duda de que los derechos humanos y el medio ambiente son interdependientes [...]. Un entorno saludable es necesario para el pleno disfrute de muchos derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y al desarrollo". Y agregó: "La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente tiene innumerables facetas, y nuestro entendimiento de esta seguirá creciendo durante muchos años".[45]

Bibliografía

Doctrina

Blengio, Mariana. "Derecho humano a un medio ambiente sano". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* (2002): 5-17.

Carnelutti, Francesco. *Teoría general del derecho.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

Gorosito Zuluaga, Ricardo. "El sentido jurídico del concepto y bien fundamental 'medio ambiente'". *Revista de Derecho* 12, n.º 13 (2016).

Gorosito Zuluaga, Ricardo. "Los principios en el derecho ambiental". *Revista de Derecho* 13, n.° 16 (2017).

Holmes, Stephen y Cass Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

---

[44] Tomás Hutchinson, "Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del derecho público", en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone,* comp. por Augusto Durán Martínez (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2000), 287-331

[45] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Experto ONU presentó informe sobre derecho a un medio ambiente seguro y saludable en Uruguay." Publicado el 5 de marzo de 2018. https://acnudh.org/experto-onu-presento-informe-sobre-derecho-a-un-medio-ambiente-seguro-y-saludable-en-uruguay/

Hutchinson, Tomás. "Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del derecho público", en *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone,* compilado por Augusto Durán Martínez. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2000.

Iglesias Rossini, Gonzalo F. "La protección del ambiente en la Constitución de la República". *Revista de Derecho Público*, n.° 57 (2020): 139-157.

Lanzilotta M., Bibiana. *Impuestos verdes: viabilidad y posibles impactos en el Uruguay.* Montevideo: Cepal, 2015.

Meneses, Paola Andrea. "Deberes de protección del medio ambiente y derechos de la naturaleza en la Corte Constitucional de Colombia". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 28 (2022): 141-156.

Oszlak, Oscar. "Estado y sociedad: las nuevas fronteras". En *El rediseño del perfil del Estado*, compilado por Bernardo Kliksberg. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Oszlak, Oscar. "Estado y sociedad: ¿nuevas reglas de juego?". *Reforma y Democracia* 9 (1997).

Oszlak, Oscar. "Acerca del diseño institucional: apuntes para el caso uruguayo", en *Aportes y reflexiones para la agenda nacional de descentralización,* editado y coordinado por José Raúl Rodríguez. Montevideo: Uruguay Integra, 2011.

Oszlak, Oscar. *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública.* Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno 5. Buenos Aires: Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, 2013.

Oszlak, Oscar. "Políticas públicas y capacidades estatales". *Forjando* 3, n.° 5 (2014).

PNUD, Uruguay. *Retos y logros en la responsabilidad extendida del productor en gestión de residuos,* 29 de noviembre de 2023. https://www.undp.org/es/Respons_extendida

Risso Ferrand, Martín. *Derecho constitucional.* Montevideo: FCU, 2006.

Tommasino, Beatriz. "Medio ambiente, derechos humanos y proceso. El rol jurisdiccional en materia ambiental en el Uruguay". *Revista de Derecho* XXI, n.° 41 (2022): 179-249. https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/1089/1327

Vasak, Karel. "La larga lucha por los derechos humanos". *El Correo de la Unesco: una ventana abierta sobre el mundo,* XXX, n.° 11 (1977).

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 146.

Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172.

Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309.

Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 400.

Corte IDH, Caso Comunidad La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 455-467, ISSN 2346-0849

Farit Limbert Rojas Tudela* **(Bolivia)**

Derechos de la naturaleza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano

RESUMEN

La Constitución boliviana no presenta un catálogo de derechos de la naturaleza. Sin embargo, desde el pluralismo jurídico y el derecho propio de los pueblos indígenas, es posible encontrar algunas posibilidades para pensar en estos derechos en el futuro próximo.

Palabras clave: plurinacionalidad; jurisprudencia constitucional; derechos de la naturaleza.

The Rights of Nature in the Jurisprudence of the Bolivian Plurinational Constitutional Court

ABSTRACT

Bolvia's Constitution does not include a catalog of the rights of nature; however, legal pluralism and the traditional laws of indigenous peoples offer some opportunities to reflect on the rights of nature in the near future.

Keywords: Plurinationality; constitutional jurisprudence; rights of nature.

Die Naturrechte in der Rechtsprechung des Plurinationalen Verfassungsgerichts von Bolivien

ZUSAMMENFASSUNG

Die bolivianische Verfassung enthält keine Aufstellung der Naturrechte. Der Rechtspluralismus der indigenen Völker und ihr eigenes Recht eröffnen jedoch die Möglichkeit, zeitnah Überlegungen zu den Rechten der Natur anzustellen.

Schlagwörter: Plurinationalität; Verfassungsrechtsprechung.

* Ph. D. en Ciencias, mención Justicia y Ph. D. en Derecho Comparado. Profesor titular de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz (Bolivia). faritrojas@gmail.com / https://orcid.org/0000-0002-8009-5841

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Introducción

La Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia no consagra los derechos de la naturaleza dentro de su catálogo. Si bien menciona en el preámbulo a la Pachamama, lo hace más en el sentido de deidad que representa para los pueblos indígenas, que en el sentido de madre naturaleza: "Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia".[1] Lógicamente, la deidad Pachamama se refiere a "un todo holístico" que podría incluir lo que Occidente denomina "naturaleza", pero es mucho más que solo naturaleza.

Asimismo, se mencionan derechos de otros seres vivos en el artículo 33 de la CPE, en particular cuando se señala que los derechos del medio ambiente se encuentran destinados a individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, pero también a otros seres vivos.

Para algunos juristas, como Raúl Eugenio Zaffaroni,[2] la mención a "otros seres vivos" del artículo 33 de la CPE boliviana es una ventana abierta a pensar los derechos de la naturaleza, para estos, la expresión "otros seres vivos" comprende una mirada holística sobre la vida.

Sin embargo, pese a que la CPE boliviana no expresa un catálogo o una mención explícita de derechos de la naturaleza, es posible encontrar "algo" en algunas sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Este "algo" podría ser entendido como un devenir, es decir, un "algo en potencia" que podríamos denominar "potencial decolonial" de la jurisprudencia del TCP respecto a los derechos de la naturaleza.

Llamamos potencial decolonial[3] de la jurisprudencia del TCP a la posibilidad ofrecida por ciertos fragmentos de sentencias de este Tribunal que permiten *pensar* en un *trabajo de desmonte o deconstrucción* de los elementos que componen la modernidad colonial, entendida como el conjunto de prácticas y saberes de vertiente eurocéntrica que llegaron a países como Bolivia a través de una variedad de instituciones coloniales, como la universidad, y que descalifican hasta el día de hoy las prácticas y los saberes indígenas. Estos fragmentos que encontramos en la

---

[1] Extracto del preámbulo de la CPE de Bolivia.

[2] Eugenio Raúl Zaffaroni, *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia* (Buenos Aires: Colihue, 2010).

[3] Para Ramón Grosfoguel hay una diferencia genealógica importante entre los estudios poscoloniales y las perspectivas decoloniales. Ramón Grosfoguel, *La descolonización de la economía política* (Bogotá: Universidad Libre, 2010), 22-23: "Para los estudios post-coloniales el colonialismo es un evento del siglo XVIII y XIX, porque sus pensadores vienen de la experiencia británica en la India y de la experiencia francesa o británica en el medio oriente […]. Esto es importante porque, para nosotros, viniendo de la experiencia de las Américas, la experiencia colonial comienza en 1492 es decir 300 años antes. Esos 300 años en los estudios postcoloniales se borran, se ocultan, ellos no lo estudian, porque empiezan a hablar del tema de colonialismo después del siglo XVIII porque los británicos colonizan la India después de mediados de este siglo".

jurisprudencia del TCP suponen un tratamiento distinto de interpretación que hemos denominado "hermenéutica pluritópica",[4] en oposición al tipo monotópico que podría darse en la interpretación desde una episteme occidental. La hermenéutica pluritópica es una posibilidad de ver el mundo desde diferentes puntos de vista, recordando que la práctica del pluralismo jurídico debe comprenderse acorde con la cosmovisión de cada pueblo indígena, como lo señala el artículo 30. II.14 de la CPE boliviana de 2009.

Desde el momento que consideramos al TCP como un tribunal plurinacional[5] –no monocultural– aseveramos que este tiene la posibilidad de crear un derecho constitucional plurinacional con potencial decolonial.

La intención de este artículo es dar cuenta de algunas sentencias del TCP que podrían abrir una comprensión de los derechos de la naturaleza a partir del pluralismo jurídico y el llamado "paradigma del vivir bien".

1. La justicia indígena originario campesina y el paradigma del vivir bien

La justicia es un valor, obviamente relacionado con un marco axiológico (principios y valores culturales) que responde necesariamente a una cosmovisión. El parágrafo I del artículo 190 de la CPE boliviana señala que "las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios".

La jurisdicción indígena originario campesina se sustenta y se ejerce acorde a la cosmovisión de cada pueblo (como señala el artículo 30.II.14 mencionado supra). De esta manera, las autoridades aplican sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios acordes con su cosmovisión, lo que nos lleva a considerar la

---

[4] Hemos tomado la idea de "hermenéutica pluritópica" de Walter Mignolo, quien buscó con estos términos proponer lecturas menos eurocéntricas que las predominantes en los estudios coloniales. Ver el texto de Gustavo Verdesio, "Semiosis colonial", en *La colonialidad y sus nombres: conceptos clave,* coord. por Mario Rufer (Buenos Aires: Clacso, 2022), 275-285. Asimismo, la hermenéutica pluritópica es una posibilidad más de la llamada hermenéutica diatópica desarrollada por Boaventura de Sousa Santos para la interpretación intercultural de los derechos. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el epistemicidio* (Madrid: Morata, 2020).

[5] El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) no puede equipararse a un órgano que de manera unilateral determine la legitimidad o no legitimidad de la jurisdicción indígena originario campesina, en tanto debe repararse en la condición de su plurinacionalidad; es decir, es un tribunal que está conformado por magistrados de los sistemas ordinario e indígena originario campesinos, conforme lo señala el artículo 197 de la CPE, y que además tiene la posibilidad de crear un derecho constitucional plurinacional que posibilite el diálogo entre saberes y jurisdicciones en la búsqueda de interpretaciones interculturales de los derechos.

existencia de otras formas de concebir los derechos[6] y la necesidad de interpretarlos interculturalmente. Conforme a la jurisprudencia constitucional, en particular puede verse el razonamiento que aporta la Sentencia SCP 0112/2012,[7] en la que el TCP interpreta los derechos fundamentales como normas constitucionales y principios, y cuando se trata de derechos de los pueblos indígenas las somete a la ponderación intercultural.

Entendemos la ponderación intercultural como el diálogo intercultural entre dos o más cosmovisiones en busca de otorgar un mayor peso a un derecho, pero interpretado en los márgenes de una de las cosmovisiones.

Al respecto, la Sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre (reiterada y sistematizada por las sentencias SCP 0722/2018 S4 y SCP 0481/2019-S2) explicita el paradigma del *vivir bien* como pauta de interpretación intercultural, el cual señala cuatro parámetros de evidencia proporcional y razonable que constituyen el test del vivir bien. A partir de este test se reinterpretan los derechos fundamentales y los derechos humanos, y se busca otorgar a estos la dimensión que precisan para su diálogo con la cosmovisión y práctica de los pueblos indígenas. Debido a su importancia y condición de ser una batería conceptual contrahegemónica, a continuación citamos íntegramente la explicación del referido test, pues consideramos que desarrolla de manera más completa el test del paradigma del vivir bien:

---

[6] Por ejemplo, el jurista español Pablo de Lora, en su argumentación sobre los derechos, señala: "Por derechos se entienden cosas diversas en distintos idiomas y también en el seno de un mismo idioma. En árabe, por ejemplo, el término correspondiente a 'derecho' es *haqq*, que tiene el significado de 'inscribir', 'prescribir' o 'decretar', y también 'aquello que es debido a Dios o al hombre'. En sánscrito clásico, el concepto más próximo a la idea de 'exigencia justa' se designa con la palabra *adhikara*, si bien, para el hinduismo, esa exigencia del individuo va indisolublemente ligada al cumplimiento de una obligación previa o *dharma* y no es 'natural': 'en el pensamiento de la India tradicional –dice el filósofo hindú R.C. Pandeya– el único camino que se reconoce es el que va de los deberes a los derechos. Una mente hindú no puede comprender la posibilidad de la existencia de un camino inverso'. En el caso de la cultura china, hasta finales del siglo XIX no existe un concepto equivalente a 'derecho', y lo mismo ocurre en Japón: 'La ausencia de este término –indica Ryousuke Inagaki– se debe a que el hecho de exigir y defender los propios derechos abierta y públicamente no se considera virtuoso, ni siquiera decente en esa cultura'. Para René Cassin fue el judaísmo el que dio al mundo el concepto de derechos humanos". Pablo de Lora, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos* (Madrid: Alianza, 2006), 23-24.

[7] Extractos de la Sentencia SCP 0112/2012: "Del art. 1 de la CPE, resulta que el Estado Unitario asumido, no puede concebirse sin lo social, sin lo plurinacional, comunitario e intercultural ni la característica de Estado Constitucional de Derecho. Lo anterior supone, entonces, que las formas clásicas para designar al Estado como 'Estado de Derecho', 'Estado Social y Democrático de Derecho', resultan insuficientes para caracterizar al nuevo modelo y clasificarlo, pues se nutre de diferentes principios y valores que vienen de la tradición del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), del constitucionalismo social (Estado Social y Democrático de Derecho) y del Estado Constitucional de Derecho (neoconstitucionalismo), pero además, con *una particularidad esencial que distingue y que marca el horizonte de este nuevo Estado: el carácter plurinacional e intercultural* (Estado plurinacional e intercultural) *que se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas*". (Énfasis agregado)

El paradigma del vivir bien somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: *a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.*

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la armonía axiomática implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesina, *para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural*, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática.

En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, *como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intercultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión*, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia.

Asimismo, se establece que para el *tercer elemento del test del paradigma del vivir bien*, el control plural de constitucionalidad, deberá verificar que *la decisión emanada* de la jurisdicción indígena originaria campesina *sea acorde con los ritualismos armónicos* con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados por la comunidad, *de acuerdo a la cosmovisión propia* de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

> Como *cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien*, el control plural de constitucionalidad deberá establecer *la proporcionalidad* de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesina, en este caso, se deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que *la decisión fue absolutamente necesaria para* –en el marco de la inter e intra culturalidad–, *resguardar bienes jurídicos superiores* amenazados con la conducta sancionada.
>
> La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos.
>
> En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en contextos inter e intra culturales, podrán ser tutelados por el control plural de constitucionalidad; en ese orden, *su interpretación deberá ser realizada a la luz de una pauta específica de interpretación inter e intra cultural: El paradigma del vivir bien*, a cuyo efecto y a través del test precedentemente desarrollado, los derechos fundamentales en el *ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, tendrán plena eficacia, consolidando así una verdadera armonía y paz social.*[8]

Como puede verse, la interpretación intercultural nos remite a la *ponderación intercultural* (primer elemento del test del vivir bien) en los márgenes de la cosmovisión del pueblo indígena (segundo elemento). De esta manera se garantizan ritualismos armónicos (tercer elemento) y bienes jurídicos supremos de los pueblos indígenas (cuarto elemento), entre ellos, su concepción de la naturaleza, elemento central del vivir bien.

Para el mundo indígena boliviano, lo que en Occidente se denomina "derechos" tiene una dimensión distinta, como lo señala el antropólogo indígena Marcelo Fernández Osco:

> … los Derechos Humanos, por su propia naturaleza, tienen globalidad y deben ser vistos como un todo indivisible e interconectado. En suma, la integralidad que implican en la práctica arrancan de su origen único y común, que a su vez es la base de todos los demás: la dignidad de la persona contextualizada en su medio social, cultural, emotivo, medioambiental, geográfico y cosmológico. Misma perspectiva en la que se articulan los fundamentos

[8] Sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre.

> humanos indígenas, que no conciben al sujeto desligado de su contexto multidimensional, donde no hay normas abstractas, pues la relación "jaqi" (individuo social), "comunidad", "autoridad", "divinidades", "animales", "plantas" y el "cosmos" constituye cadena intrínseca que otorga y garantiza la generación de derechos de vida […] Es así que en el mundo indígena se habla de un complejo sistema de vidas, el cual existe en forma de organismos vivos singulares, donde cada uno depende de los otros. El *jaqi* no es solamente persona individual sino que por definición se asume como persona social; es decir, depende de la comunidad y de los diferentes entes, estos es, del mundo animal, vegetal, de las divinidades y del cosmos.[9]

Por ello, para los pueblos indígenas, es parte de su sentido común que la naturaleza es un ente, un ser, y posiblemente no les sea extraño que se le reconozcan derechos. Sin embargo, manifestar que la naturaleza es un sujeto de derechos puede ser un elemento que sorprenda en el mundo occidental. Ramiro Ávila Santa María[10] relata que cuando se enteró de que en Montecristi (el lugar en el que se desarrolló el proceso constituyente ecuatoriano) se estaban planteando los derechos de la naturaleza, su sorpresa lo llevó a cuestionarse qué teoría occidental ha desarrollado los márgenes de comprensión de los derechos de la naturaleza. Y Ávila señala que no la encontró, lo que lo llevó a la necesidad de volver a aprender un nuevo derecho.

El TCP boliviano, siguiendo a la Corte Constitucional colombiana[11] o a la Corte ecuatoriana,[12] ha podido avanzar en algunas caracterizaciones de este derecho; no obstante, la imaginación jurídica todavía sigue siendo occidental y monista. Sin embargo, algunos rastros, algunas huellas pueden encontrarse en fragmentos de jurisprudencia del TCP boliviano, que consideramos parte de un potencial contrahegemónico del derecho plurinacional que puede acercarnos a construir algunas bases de este "nuevo derecho".

---

[9] Marcelo Fernández, *Desatando invisibilidades, promoviendo pluriversidades: pluralismo, derechos humanos e interculturalidad* (La Paz: Ediciones del Defensor del Pueblo, 2009), 18.

[10] Cfr. Liliana Estupiñán *et al.*, *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (Bogotá: Universidad Libre, 2021).

[11] La Corte Constitucional colombiana, en su Sentencia C-666 de 2010, desarrolla un acercamiento desde el paradigma biocéntrico a la *sintencia* animal, la Corte afirmó que "la protección que se deriva de la Constitución, supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas y reconoce la importancia que estos tienen dentro del entorno en el que habitan las personas […], en cuanto seres sintientes". Asimismo, se puede mencionar la Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, a través de la cual, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, en el caso denominado Río Atrato, abandonó la forma clásica y antropocéntrica de concebir solo al ser humano como sujeto de derechos al ampliar dicha categoría al río Atrato.

[12] En el caso del Ecuador, su Corte Constitucional ha brindado al mundo la primera sentencia en la que la naturaleza es considerada sujeto de derechos. Nos referimos a la sentencia de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011. Otra sentencia ejemplar es la decisión de la Corte Provincial de Justicia de Azuay que logró suspender la minería en Río Blanco.

Las huellas, los rastros, son parte de un futuro en construcción, como señala Verónica Tozzi: "accedemos al conocimiento de eventos pasados después y a veces mucho después de que hayan sucedido";[13] por ello, estos rastros y huellas son parte de la condición de acontecimiento[14] de la CPE boliviana. Los acontecimientos son aquello que se da en lo cotidiano, muchas veces volando bajo, lejos del alcance de las grandes teorías, pero esperando su realización. En este mismo entendido, Derrida[15] da a entender que las huellas son *el (re)trazo de un acontecimiento*, siempre distinto, cuya primera y última vez marcan *el asedio de lo (re)aparecido.*

Y es que este "nuevo derecho", en realidad es nuevo porque recién emerge ante nuestros ojos, pero es antiguo en la medida en que pertenece a una tradición, a una cosmovisión distinta, pero ancestral.

2. Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia del TCP boliviano

La CPE boliviana, en su artículo 33, reconoce que los derechos ambientales no son solo derechos de los seres humanos, sino también de otros seres vivos, generando de esta manera un desplazamiento del antropocentrismo al biocentrismo.

Sin embargo, más allá de la mención que el artículo 33 de la CPE realiza respecto al derecho de otros seres vivos, lo avanzado por la jurisprudencia constitucional respecto a los derechos de la naturaleza es todavía débil, pues el TCP aún no sistematiza esta temática, tal vez debido a que el texto constitucional no reconoce de manera expresa dichos derechos. Sin embargo, encontramos una serie de fragmentos, menciones, referencias en algunas sentencias del TCP, que entendemos como ecos de las cosmovisiones de los pueblos indígenas, como pequeños regalos para un futuro por venir.

La primera sentencia en este sentido (SCP 808/2018-S4) denomina a la CPE boliviana como una Constitución Ecológica, bajo el entendido de que la materia ecológica que regula la CPE no solo se refiere a los seres humanos, sino a otras formas de vida. Para el TCP, esta condición supera el antropocentrismo, es decir, pone al ser humano como un ser más, complementario a los otros seres vivos que

---

[13] Verónica Tozzi, *La historia según la nueva filosofía de la historia* (Buenos Aires: Prometeo, 2009), 37.

[14] Gianni Vattimo, en una conversación con John D. Caputo, señala que "los acontecimientos son provocaciones y promesas, y tienen la estructura de lo que Derrida llama lo imprevisible 'por venir'. O quizás nos invocan, reclaman nuestro retorno a todo lo que ha fluido hacia el pasado irremisible, por lo que forman la base de lo que Johan Babtist Metz llama 'recuerdos peligrosos' de la injusticia sufrida por los antiguos". Gianni Vattimo y John D. Caputo, *Después de la muerte de Dios. Conversaciones sobre religión, política y cultura* (Buenos Aires: Paidós 2010), 76-78.

[15] Cfr. Jacques Derrida, *Mal de archivo. Una impresión freudiana* (Madrid: Trotta, 1997).

habitan el planeta. Asimismo, el TCP refiere al llamado principio *pro natura*, que puede entenderse como *in dubio pro natura*, un principio *favoris debilis* en pro de la interpretación que sea más benéfica para la naturaleza. Veamos una parte de la Sentencia SCP 808/2018-S4:

> De nuestro texto constitucional puede extraerse la denominada 'Constitución Ecológica', entendida como el conjunto de postulados, principios y normas constitucionales en materia ecológica que permiten entre otros el uso racional de los recursos naturales renovables y no renovables, *para preservar la vida no únicamente del ser humano sino del resto de los animales, plantas y otras formas de vida que conforman los diferentes ecosistemas cuyo análisis supera el antropocentrismo que estableció al ser humano como la medida de las cosas y la considera como una especie más de entre las otras, no más importante sino complementario al resto de seres vivos, la tierra y lo que se encuentre adherido a ella* y permite resolver las causas sometidas a éste Tribunal en base al *principio pro natura* justamente porque dicha tutela a la larga no sólo busca proteger al ser humano concreto sino el derecho de existir de futuras generaciones. (Énfasis agregado)

Otras sentencias que mencionamos a continuación (SCP 052/2012; SCP 0037/2018-S4 y SCP 0273/2016-S1) se refieren al único derecho fundamentalísimo[16] que posee la CPE boliviana en su artículo 373, el agua: "Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad".

Respecto a este derecho, las cosmovisiones de los pueblos indígenas lo vinculan directamente con la vida. Por ello, en las sentencias referidas, el vínculo entre el agua y las cosmovisiones de pueblos indígenas es recurrente.

La Sentencia SCP 052/2012 señala:

> *El derecho al agua* tiene una doble dimensión constitucional, tanto como un derecho individual fundamental como un derecho colectivo comunitario fundamentalísimo, que está reconocido en el texto constitucional como en instrumentos internacionales, *cuya tutela y protección no debe responder a una visión antropocentrista y excluyente*; en este sentido por la naturaleza de este derecho en su ejercicio individual, no puede arbitrariamente ser restringido

[16] En el proceso constituyente boliviano, los derechos del 15 al 20 de la CPE vigente eran denominados derechos fundamentalísimos. En el proceso de revisión y adecuación que realizó el H. Congreso de la República al proyecto de texto constitucional emanado de la Asamblea Constituyente se eliminó esta caracterización; sin embargo, es posible que olvidaran corregir el artículo 373 que mantiene en su redacción el derecho fundamentalísimo al agua.

> o suprimido mediante vías o medidas de hecho en su uso racional como bien escaso por grupo social alguno –sea una comunidad campesina o sea una colectividad diferente– ni tampoco por persona particular. (Énfasis agregado)

Por su parte, la Sentencia SCP 0273/2016-S1 indica:

> Las NPIOC, de acuerdo a la Conclusión II.5 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, *consideran al agua como parte de la vida y expresión de ella, es el elemento que hace nacer las plantas, los sembradíos y da de beber a sus animales y rebaños.* En las comunidades andinas, culturalmente, *la organización temporal está en base al líquido*; por ello, *el agua es un ser vivo sagrado, omnipotente, creador y transformador, proviene de Wiraqucha, dios creador del universo, que fecunda la Pachamama y permite la reproducción de la vida*; por consiguiente, no es solamente un componente básico, ni mucho menos es únicamente un recurso híbrido, sino se constituye en la sabia de la madre tierra que permite la subsistencia de sus hijos. (Énfasis agregado)

La sentencia que acabamos de referir (SCP 0273/2016-S1) presenta una huella de la cosmovisión indígena del tiempo. Para el mundo indígena no hay pos ni pre, pues la historia no es lineal, sino que se mueve en ciclos y espirales.[17] En el presente están incluidos el pasado y el futuro (si se quiere utilizar estas categorías), existe un fluido y continuo movimiento del tiempo: revuelta y renovación.

En nuestra exploración por estos fragmentos encontramos una de las pocas sentencias que se refirió a la naturaleza como sujeto de derechos de manera explícita. En la Sentencia SCP 0572/2014 de 10 de marzo de 2014 se señala:

> Debe considerarse que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en la mayoría de los casos, todavía habitan en su territorio o realizan actividades en él, aunque no tengan un asentamiento permanente en el territorio que vivieron sus antepasados y ancestros, *siendo para ellos, la tierra no un simple bien o un medio de producción, sino parte de su vivencia, de su ser, de su existencia, concebida como una integralidad*, la casa en la cual vivieron sus antepasados, el territorio que vio el comienzo de los tiempos, viviendo en comunidad con sus hermanos, plantas animales y otros seres a quienes se les llama "achachilas", "Awichas", "Waq'as", etc.
>
> […]
>
> Así, *todo ese espacio geográfico es su casa grande,* donde todas las cosas pertenecen a todos y a nadie en particular, bajo una comprensión integral, entonces su hábitat, son sus *ríos, cerros, montañas, cascadas, bosques, plantas, árboles* etc., cada uno en su especie, *están llenos de significados profundos sobre la cosmovisión* de estos pueblos, para ellos el hábitat es el santuario, pues allí está su medicina, sus alimentos, lo que da vida, lo que mantiene y alivia el espíritu, es el principio y el fin, es su vida misma, en conexión con el "multiverso" y

> aún después de la muerte sus "ajayus" estarán allí, bajo otra forma de expresión, por ello deben ser preservados y respetados.
>
> […]
>
> Los pueblos indígenas tienen prácticas y concepciones propias, donde la tierra y el territorio son compartidos y heredados de generación en generación, con un valor de uso y no de cambio, dichas concepciones devienen de una concepción que va más allá del sentido de "propiedad" o "apropiación", por cuanto *la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas está vinculada a la naturaleza, que no es objeto de apropiación sino también sujeto de derechos.* (Énfasis agregado)

En la sentencia citada (SCP 0572/2014) hay varios elementos, a manera de pequeños monumentos, que muestran este vínculo de los derechos de la naturaleza y la cosmovisión de los pueblos indígenas. Se refiere a la tierra como *la casa del ser*, la casa de los antepasados, la casa grande en la que se encuentran los ríos, los cerros, las montañas, las cascadas, los bosques y, aun después de la muerte, los espíritus (*ajayus*), aludiendo de esta manera a una cosmovisión que, combinada con lo señalado por la Sentencia SCP 0273/2016-S1, presenta una comprensión circular de la presencia de la mitología indígena, al señalar al agua como el ser vivo que proviene de Wiraqocha, dios creador, para la reproducción de la vida en la Pachamama. Para los pueblos indígenas, la naturaleza, al estar viva y sintiente, no puede ser un objeto, una res o una cosa, y por ello no podrían hacer referencia a un recurso, sino necesariamente a un sujeto, aunque la categoría de sujeto siga siendo parte de la teoría occidental y eurocéntrica del derecho, como lo indica el jurista español Martín Cabo.[17]

Otra sentencia del TCP que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos es la SCP 0228/2019-S4 de 16 de mayo, que asume de manera implícita que la Madre Tierra es titular de derechos, al invocar la Ley 71 de Derechos de la Madre Tierra:[18]

> Adicionalmente, cabe señalar que el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, conforme a la normativa señalada, tenía la obligación de implementar y ejecutar todas las acciones necesarias para solucionar la contingencia y mitigar los niveles de contaminación acecidos (sic) para el medio ambiente del citado municipio, dando cumplimiento a los preceptos constitucionales y normativa señaladas; así como a la *Ley de Derechos de la Madre Tierra 71 (2010). Esta Ley establece como objeto en su art. 1, reconocer los derechos de la Madre Tierra*, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la

---

[17] Cfr. Carlos de Cabo, *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico* (Madrid: Trotta, 2017).

[18] La Ley 071 de 21 de diciembre de 2010, Ley de Derechos de la Madre Tierra, en su artículo 1 señala: "La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos".

> sociedad para garantizar el respeto de estos derechos. En materia de residuos la citada normativa, en su art. 7.I.7), establece lo siguiente: "I. La madre tierra tiene los siguientes derechos: A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radiactivos generados por las actividades humanas". (Énfasis agregado)

Conclusiones

Comenzamos este artículo señalando que son pocas las sentencias del TCP que se refieren a los derechos de la naturaleza, pero algo característico en todas ellas es la mención constante de lo plurinacional, del paradigma del vivir bien, de la descolonización, y los pequeños fragmentos y huellas del pensamiento indígena que posibilitan pensar la vida en el planeta como algo holístico, es decir, un todo complejo o una casa del ser.

Estos fragmentos, estas huellas que encontramos, pueden ser un potencial decolonial de crítica a la modernidad colonial del derecho constitucional, como lo señala la declaración constitucional DC 006/2013:

> *Cualquier forma de interpretación o reinterpretación constitucional de los pluralismos y pluralidades del Estado, de construcción de nuevas políticas, paradigmas y proyectos de vida deben partir desde una visión descolonizadora, que tenga la pretensión de dejar en el pasado el Estado Colonial de exclusión y materializar las formas de vida que los pueblos y naciones indígena originario campesinos han denominado como el "Vivir Bien".*
>
> En consecuencia, son estos ejes fundacionales los que deben guiar al intérprete constitucional al momento de resolver los problemas jurídicos planteados en sede constitucional, pues *bajo el reconocimiento de una Constitución principista y axiológica, ahora de carácter plural, como la boliviana, estos nuevos principios-valor de la plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo y descolonización, decantan no sólo como ejes articuladores que se reflejan en la estructura organizacional del Estado, sino en el reconocimiento de nuevos derechos de carácter colectivo y en la construcción de nuevas categorías desde lo propio*, bajo una visión plural que se asiente en los saberes y conocimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuya materialización son función y fin esenciales del Estado Plurinacional boliviano. (Énfasis agregado)

Y una vez más cabe concluir que la novedad es la reactualización del presente, en tanto el TCP parte de recuperar una tradición ancestral que se encuentra en las culturas y cosmovisiones de pueblos indígenas, los cuales son un potencial contrahegemónico y, para muchos juristas, una alternativa a la modernidad capitalista.

Bibliografía

De Cabo, Carlos. *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta, 2017.

De Lora, Pablo. *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*. Madrid: Alianza, 2006.

Derrida, Jacques. *Mal de archivo. Una impresión freudiana*. Madrid: Trotta, 1997.

De Sousa Santos, Boaventura. *Justicia entre saberes: epistemologías del Sur contra el epistemicidio*. Madrid: Morata, 2020.

Estupiñán, Liliana, Claudia Storini, Rubén Martínez y Antonio De Carvalho. *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2021.

Fernández, Marcelo. *Desatando invisibilidades, promoviendo pluriversidades: pluralismo, derechos humanos e interculturalidad*. La Paz: Ediciones del Defensor del Pueblo, 2009.

Grosfoguel, Ramón. *La descolonización de la economía política*. Bogotá: Universidad Libre, 2010.

Rivera, Silvia. *Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2010.

Tozzi, Verónica. *La historia según la nueva filosofía de la historia*. Buenos Aires: Prometeo, 2009.

Vattimo, Gianni y John D. Caputo. *Después de la muerte de Dios. Conversaciones sobre religión, política y cultura*. Buenos Aires: Paidós, 2010.

Verdesio, Gustavo. "Semiosis colonial". En *La colonialidad y sus nombres: conceptos clave,* coordinado por Mario Rufer, 275-285. Buenos Aires: Clacso, 2022.

Zaffaroni, Eugenio. *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*. Buenos Aires: Colihue, 2010.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 469-484, ISSN 2346-0849

Britney Jamile Ponciano Dioses* **(Perú)**
Emily Fátima Vílchez Rojas** **(Perú)**

El amparo ambiental y su desarrollo en el Perú: un análisis comparativo

RESUMEN

En el Perú se ha regulado el derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, el cual está respaldado por el amparo ambiental en el ámbito constitucional. Sin embargo, su eficacia para la defensa de este derecho es cuestionable. Este artículo busca, entonces, evidenciar la necesidad de un desarrollo jurisprudencial más sólido de este mecanismo legal. Para ello, primero, se explora el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado; luego, se aborda el amparo ambiental y, por último, se lo compara con los marcos normativos de otros países. De esta manera, se destaca la importancia de fortalecer el amparo ambiental en la jurisprudencia peruana para asegurar su eficacia como mecanismo de defensa del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado.

Palabras clave: amparo ambiental; medio ambiente; derecho ambiental.

Environmental Amparo Protection and its Development in Peru: A Comparative Analysis

ABSTRACT

Peru has regulated the right to enjoy a balanced and adequate environment, which has been constitutionally supported by the protective action of environmental amparo. However, it is debatable whether it is effective for defending this right. This article seeks to demonstrate the need to strengthen the jurisprudential development of this legal mechanism. First, it explores the right to a balanced and adequate environment; then, it discusses the environmental amparo protection and, finally, it compares it

* Universidad Nacional del Santa, britneyjamileo7@gmail.com / https://orcid.org/0009-0007-4714-0608

** Universidad Nacional del Santa, vilchezrojasemily@gmail.com / https://orcid.org/0009-0009-3617-3265

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

with the normative frameworks in other countries. Thus, the article highlights the importance of strengthening the environmental amparo in Peruvian jurisprudence to ensure its effectiveness as a mechanism to defend the right to enjoy an adequate and balanced environment.

Keywords: Environmental amparo; environment; environmental law.

Die Umweltbeschwerde und ihre Entwicklung in Peru: eine vergleichende Analyse

ZUSAMMENFASSUNG

In Peru ist das Recht auf den Genuss einer ausgewogenen, adäquaten Umwelt gesetzlich geregelt und wird auf verfassungsrechtlicher Ebene durch die Umweltbeschwerde gestützt. Deren Wirksamkeit bei der Gewährleistung dieses Rechtes kann jedoch bezweifelt werden. Dieser Beitrag möchte daher aufzeigen, warum eine gründlichere Weiterentwicklung des erwähnten Rechtsmechanismus durch die Rechtsprechung erforderlich ist. Dazu wird zunächst auf das Recht auf eine ausgewogene, adäquate Umwelt eingegangen, gefolgt von der Betrachtung der Umweltbeschwerde und einem Vergleich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen anderer Länder. Dadurch wird die Bedeutung der Stärkung der Umweltbeschwerde in der peruanischen Rechtsprechung unterstrichen, um ihre Wirksamkeit als Mechanismus zur Verteidigung des Rechts auf den Genuss einer ausgewogenen, adäquaten Umwelt zu gewährleisten.

Schlagwörter: Umweltbeschwerde; Umwelt; Umweltrecht.

Introducción

El cuidado del medio ambiente ha ido ganando cada vez más relevancia a lo largo de la historia, convirtiéndose en un tema central en la agenda global. América Latina no ha dejado de lado este movimiento, adoptando medidas legales y políticas para ejercer el derecho a la justicia en asuntos ambientales. En este contexto, el Perú se ha destacado por reconocer el derecho fundamental a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado, el cual se encuentra plasmado en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú. Este derecho garantiza condiciones ambientales saludables y promueve un desarrollo sostenible y armonioso para las generaciones presentes y futuras.

En este sentido, el amparo ambiental rige como una herramienta esencial para hacer efectivo dicho derecho. Es un mecanismo de defensa que vela por su tutela si se ve vulnerado. Sin embargo, en el Perú, su uso ha sido limitado y escaso, lo cual se atribuye, en parte, a su discutible eficacia.[1] Por ello, aquí se evidencia la necesidad

[1] Samuel Bernardo Abad Yupanqui, "El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: las dificultades del proceso de amparo para su tutela", *Revista de Derecho*

de un desarrollo jurisprudencial más sólido del amparo ambiental, que garantice su eficacia como herramienta de protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. Dicho sustento se vinculará con el análisis de jurisprudencia relevante y la comparación de los marcos normativos de otros países que han avanzado en el desarrollo del amparo ambiental. Por tanto, este artículo ofrecerá una visión objetiva y rigurosa sobre una problemática inherente a nuestra realidad, con el fin de promover el fortalecimiento del amparo ambiental en el sistema legal del Perú.

1. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado

Históricamente, los textos constitucionales han tendido a omitir disposiciones específicas sobre el medio ambiente, hecho que genera problemas de eficiencia y eficacia en la protección ambiental. Esta ausencia ha llevado a que las disposiciones ambientales enfrenten dificultades para lograr su efectividad, especialmente en el contexto de la grave degradación ambiental que afecta a muchas partes del mundo. Como bien anota Ruiz Rico:

> El verdadero problema de esta nueva oleada de Constituciones ambientales –a nuestro juicio– es que tienen que aplicarse sobre una realidad física y natural que soporta unos niveles tan elevados de degradación, que con toda probabilidad sus objetivos esenciales no pasarán de ser loables declaraciones semánticas sin apenas contenido jurídico vinculante.[2]

Justamente, el principal desafío que enfrenta este derecho fundamental es lograr su eficacia en la realidad. Como se ha mencionado, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú,[3] en el artículo 2, inciso 22, donde se estipula que toda persona tiene derecho a "la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida". El Tribunal Constitucional (TC), en el texto de la Sentencia 01206-2005-AA/TC,[4] refirió que el contenido de este derecho "está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve".

Administrativo, n.º 6 (2008): 201-206, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14064

[2] Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *El derecho constitucional al medio ambiente* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 19.

[3] Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de año.

[4] STC 01206-2005-AA/TC de 20 de abril, fundamento 2.

De acuerdo con esta sentencia, este derecho implica que las personas tienen la facultad de disfrutar de un entorno en el que los elementos naturales se desarrollen armoniosamente, sin alteraciones significativas causadas por la intervención humana, y que este entorno sea propicio para el desarrollo y la dignidad de la persona. Mientras que, en su segunda manifestación, abarca tanto el derecho a la preservación del medio ambiente como la obligación de los poderes públicos y los particulares de mantener los bienes ambientales en condiciones adecuadas para su disfrute. Por ello, en el artículo 19 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 15 de junio de 2016, la Organización de los Estados Americanos (OEA) afirma:

> El derecho a un medio ambiente seguro, sano, [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo. Este derecho puede ser difícil de hacer cumplir, y su inclusión en la constitución lo hace más efectivo que otros derechos reconocidos solo por la jurisprudencia nacional. A pesar de ello, no han sido muchos los procesos de amparo interpuestos para garantizar este derecho fundamental.[5]

Un caso notable fue el de José Aniceto Vásquez Pérez, quien demandó a don Oswaldo Alberto Kaufmann Medina por haber estado presentando, en forma continua y sistemática, espectáculos musicales y/o bailables en su restaurante, actividad para la cual no estaba autorizado, agrediendo de esta manera al vecindario con el aumento de sonidos nocivos. En tal ocasión, el TC en el Exp. 0260-2001-AA/TC,[6] sostuvo:

> … resulta amparable la violación del derecho a la tranquilidad del demandante, pues la invasión de que él es objeto, mediante la emisión de ruidos nocivos o molestos no tolerables normalmente, penetran la esfera de intangibilidad de su vida personal o familiar, vulnerando el derecho de no ser molestado que forma parte del núcleo esencial del derecho a la tranquilidad y a la intimidad personal o familiar.

En este caso, el TC consideró que la empresa del demandante producía ruidos que afectaban el derecho a la tranquilidad de los vecinos; por ello, declaró fundada la demanda y ordenó el cese de perturbaciones a la tranquilidad del demandante por la contaminación sonora que se producía en su restaurante. Este caso fue relevante, ya que estableció que la emisión de ruidos nocivos puede impactar negativamente a un individuo o su familia, situación intolerable que este derecho fundamental busca proteger.

---

[5] Organización de los Estados Americanos (OEA), *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,* AG/RES. 2888 de 14 de junio de 2016.

[6] Exp. 0260-2001-AA/TC de 20 de agosto, fundamento 6.

Posteriormente, se presentó un caso por la instalación de una antena y equipos en un lote colindante con la vivienda de la demandante Alida Cortez Gómez de Nano, lo que la llevó a interponer una demanda de amparo, pues consideraba que dicha acción afectaba su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. En tal ocasión, el TC en el Exp. 0964-2002-AA/TC,[7] afirmó:

> ... en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas. En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, pese a lo que se ha expuesto en el fundamento N° 5 de esta sentencia, que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas.

El TC declaró fundada la demanda y ordenó a Nextel del Perú S.A. que retirara los equipos y las antenas ubicadas cerca del domicilio de la demandante. El caso fue relevante al determinar que la instalación de antenas y equipos debe realizarse a una distancia suficiente de las zonas residenciales para evitar afectar el derecho fundamental de los residentes a un ambiente equilibrado y adecuado.

En un caso similar, se interpuso una demanda de amparo contra la empresa Nextel del Perú S.A., con el objetivo de que se ordenara el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la demandada en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos. El demandante consideraba que la permanencia de dichos elementos constituía una grave vulneración del derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como del derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización. En este hecho, en el Exp. 4223-2006-PA/TC,[8] el TC manifestó que de los informes técnicos solicitados "se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de Nextel sería una medida irrazonable y desproporcionada". En este caso, se observa un cambio de criterio jurisprudencial, ya que no se determinó ningún riesgo que justificara la demanda; por lo que el TC la declaró infundada, pero dispuso que "la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población garantiza la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes". De esta manera, este caso definió que una de las medidas principales para determinar la afectación de los derechos

---

[7] Exp. 0964-2002-AA/TC de 17 de marzo, fundamento 12.

[8] Exp. 4223-2006-PA/TC de 2 de junio, fundamento 35.

ambientales es la medición de la exposición radioeléctrica. Aunque en este caso la demanda fue declarada infundada, contribuyó significativamente al reconocimiento de una manera de comprobar la violación de este derecho fundamental.

En suma, el Tribunal Constitucional peruano ha ampliado la legitimación del derecho al medio ambiente y, de manera conjunta, existen casos que han representado un aporte sustancial a la defensa efectiva del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado a través del proceso de amparo. No obstante, a diferencia de Argentina y Ecuador, como se verá más adelante, en el Perú no se ha desarrollado de manera exhaustiva el denominado recurso de amparo ambiental, ya que solo se ha abordado de manera jurisprudencial. Además, hay escasa información al respecto y pocos casos en los que se haya mencionado, como se detallará a continuación.

2. Amparo ambiental

En el Perú, el proceso de amparo permite la representación de intereses difusos, ya sea aplicando analógicamente el artículo 67 del Nuevo Código Procesal Constitucional[9] o la jurisprudencia del Tribunal, de acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, que señala expresamente: "Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Esto se reafirma en el artículo 143 de la Ley General del Ambiente,[10] que establece que cualquier persona natural o jurídica tiene legitimidad para obrar contra aquellos que causen o contribuyan a ocasionar un daño ambiental.

El amparo ambiental es el proceso constitucional por el que se pretende tutelar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Se vincula con el derecho ambiental y presenta características que lo distinguen de otros recursos constitucionales, principalmente porque busca preservar el medio ambiente y prevenir el daño ambiental. Morales y Novak afirman que el amparo que tutela el derecho a un ambiente sano y equilibrado es "una herramienta jurídica para alcanzar en forma rápida y expedita una medida precautoria que, de estar sujeta a las condiciones de una acción ordinaria podría convertir en irreparable el daño producido".[11] Es decir, el amparo ambiental se erige como un escudo protector que prioriza la preservación del entorno sobre los formalismos procesales.

En el Perú, una de las primeras demandas que menciona al amparo ambiental fue interpuesta por Nory Navarro contra la Pesquera Natalia. En esa ocasión, en la

---

[9] Nuevo Código Procesal Constitucional, *Diario Oficial El Peruano* de 23 de julio de 2021.

[10] Ley 28611, Ley General del Ambiente, *Diario Oficial El Peruano* 302291 de 15 de octubre de 2005.

[11] Alicia Morales Lamberti y Aldo Novak, *Instituciones de derecho ambiental* (Córdoba: MEL Editor, 2005), 196.

STC 04216-2008-PA/TC,[12] el TC mencionó que "el amparo ambiental se nutre de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios propios del derecho ambiental".

Es menester mencionar que esas medidas correctivas y preventivas están reguladas en el Nuevo Código Procesal Constitucional. La demanda puede ser interpuesta por el propio afectado o por la legitimación activa. Cualquier persona o entidades sin fines de lucro dedicadas a defender los derechos, incluido el derecho al medio ambiente u otros derechos difusos, están facultadas para desempeñar esta labor, según los artículos 39 y 40. Además, el artículo 44, inciso 25, señala que el amparo procede en defensa del derecho a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, para el desarrollo de la vida".

Asimismo, de acuerdo con la STC 4223-2006-PA/TC,[13] el ejercicio del Estado frente a este derecho tiene dos dimensiones: en su dimensión negativa, no debe realizar acciones que perjudiquen el entorno equilibrado y adecuado para la vida y salud de las personas; en su dimensión positiva, tiene responsabilidades y compromisos orientados a preservar un entorno equilibrado. En la misma línea, hay que destacar que no se limita solo a labores de conservación, sino que abarca medidas preventivas que protejan dicho ambiente equilibrado.

Así, el proceso constitucional llamado a proteger el ambiente, tanto de forma particular como colectiva, es el proceso de amparo, en el que se abre la posibilidad de buscar la reparación del daño ambiental. El TC, en la STC 322/2023,[14] declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la Región de Loreto cuando indicó:

> La contaminación ambiental y la subsecuente vulneración de otros derechos fundamentales, como la salud, la vida, el bienestar, [...] como consecuencia de la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos. Y la contaminación ambiental [...] como consecuencia de la falta de tratamiento, o el tratamiento defectuoso, de las aguas residuales.

La sentencia señala que la mala gestión de residuos sólidos es una de las principales causas de la contaminación en Loreto. La falta de un sistema adecuado para el acopio y la gestión de estos residuos ha llevado a una acumulación incontrolada de desechos, que ha generado efectos adversos en la salud pública y en el ecosistema local. Esta situación refleja una inacción estatal que compromete la calidad de vida de los habitantes de la región.

Asimismo, el TC destaca el tratamiento inadecuado de aguas residuales como otra fuente significativa de contaminación. La ausencia de un tratamiento eficaz o la implementación de métodos defectuosos para manejar estas aguas están provocando

---

[12] STC 04216-2008-PA/TC de 6 de marzo, fundamento 12.

[13] STC 4223-2006-PA/TC de 2 de junio, fundamento 5.

[14] STC 322/2023 de 25 de julio, fundamento 149.

la contaminación de recursos hídricos vitales, lo que afecta directamente la salud y el bienestar de la población. Esta realidad resalta la interconexión entre el deterioro ambiental y la vulneración de derechos fundamentales.

La declaración de un estado de cosas inconstitucional implica que el Estado tiene la responsabilidad de adoptar medidas urgentes y eficaces para abordar la crisis ambiental en Loreto. Esta decisión del TC no solo sirve como un llamado a la acción, sino que también establece la obligación de los órganos de gobierno de implementar políticas y acciones que aseguren la recolección adecuada de residuos sólidos y el tratamiento efectivo de aguas residuales. De esta manera, se busca proteger los derechos de la población y salvaguardar el ambiente, promoviendo una convivencia más saludable y sostenible.

De esta forma, el TC estableció medidas urgentes que los demandados deben cumplir perentoriamente, como el cese del vertimiento de desechos orgánicos y residuos sin tratar al sistema de alcantarillado. Además, se dispone el abastecimiento de un sistema de agua potable accesible, de calidad y suficiente, así como la construcción definitiva del sistema de desagüe integrado a la red de alcantarillado municipal.

En la misma línea, en el Exp. 00316-2011-PA/TC,[15] el TC afirmó que "la figura del amparo ambiental es construida a partir de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal y colectivo y de principios propios del derecho ambiental". Concretamente, la figura del amparo ambiental se construye a partir de diversas fuentes, abarcando desde la doctrina hasta la normativa e incluyendo principios fundamentales del derecho ambiental, como la prevención, precaución y responsabilidad.

Así mismo, se relaciona con los derechos colectivos y difusos y se nutre del derecho procesal, que establece las reglas y los procedimientos legales para casos que involucran a grupos de personas. En conjunto, estas fuentes contribuyen a definir y desarrollar la figura del amparo ambiental, un mecanismo legal para proteger el medio ambiente y los derechos relacionados, no solo individual, sino colectivamente y en beneficio de la comunidad. Respecto a ello Landa argumenta:

> … lo que corresponde a la jurisprudencia es ir construyendo el contenido esencial del derecho al medio ambiente. Desde el punto de vista de la doctrina, se puede señalar que teóricamente el contenido esencial de cualquier derecho se encuentra en el derecho de acceder al medio ambiente equilibrado y sano y por la faz negativa uno tiene el derecho a no ser privado del mismo.[16]

---

[15] Exp. 00316-2011-PA/TC de 17 de julio, fundamento 12.

[16] César Landa, en entrevista del Instituto Peruano de Protección Ambiental, Ipama**,** 21 de junio de 2017.

3. Análisis comparado con Argentina y Ecuador

Dada su importancia, la mayoría de los países de América Latina otorgan rango constitucional a las medidas para ejercer el derecho a la justicia en asuntos ambientales. Actualmente, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), al menos un tercio de los países de la región contemplan en su legislación una fórmula normativa para que cualquier persona pueda iniciar un proceso jurídico en defensa de los intereses difusos o del medio ambiente.[17] Por eso, en la legislación de países como Argentina y Ecuador, el amparo en materia ambiental se ha presentado y mencionado expresamente.

En el caso de Argentina, la Ley General del Ambiente 25.675,[18] en su artículo 30, menciona que "toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo". Esta medida legal y constitucional garantiza y fortalece el acceso a la justicia en asuntos ambientales en el país. El amparo ambiental está contemplado no solo a nivel nacional, sino provincial. En la Provincia de Córdoba, la Ley de Política Ambiental 10.208,[19] en su artículo 71, señala:

> … el amparo ambiental procede cuando se entable en relación con la protección y defensa del ambiente y la biodiversidad, preservando de las depredaciones, alteraciones o explotación irracional, el suelo y sus frutos, la flora, la fauna, los recursos minerales, el aire, las aguas y los recursos naturales en general, comprendiendo cualquier tipo de contaminación o polución que afecte, altere o ponga en riesgo los recursos naturales, la salud y la calidad de vida humana y no humana.

Existen dos diferencias principales entre el amparo ambiental a nivel nacional y local. La ley nacional se enfoca en detener actividades que están causando daño ambiental, mientras que la ley local puede aplicarse también para evitar que se produzcan eventos perjudiciales para el medio ambiente. Adicionalmente, la ley local no requiere que el daño ambiental sea claramente evidente o manifiesto para que se tomen acciones, dado que su objetivo es proteger el entorno, incluso antes de que el daño se vuelva obvio. La flexibilidad de la ley local subraya un compromiso más inmediato con la preservación del entorno, ajustándose a la realidad de que los daños ambientales no siempre son instantáneamente perceptibles.

---

[17] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe* (Santiago: Naciones Unidas, 2018), 112.

[18] Ley 25.675 de 27 de noviembre, Ley General del Ambiente, DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 1 de enero de 2003, 673.

[19] Ley 10.208, Ley Política Ambiental Provincial, B.O. de 27 de junio de 2014.

En Argentina, se tiene el conocido caso Gremo, María Teresa y otros c/ Corp. Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos del Área Metropolitana.[20] Córdoba. S.A. (Cormecor) – Amparo (Ley 4915) – Cuerpo de copias – Recurso de Apelación. Se trata de un conflicto relacionado con la instalación de una planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos en un terreno cerca de Villa Parque Santa Ana por parte de la empresa Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos del Área Metropolitana Córdoba S.A. (Cormecor). La municipalidad de este lugar inicialmente presentó un amparo para impedir la instalación, apoyada por vecinos y pequeños productores con el mismo objetivo.

Además de las demandas judiciales, se solicitó una medida cautelar para que la empresa se abstuviera de realizar cualquier obra relacionada con la instalación de la planta hasta que se resolviera la cuestión principal. En cuanto a la cuestión de fondo, la Cámara Contencioso Administrativa, en el Auto 286 de 30 de diciembre, aceptó el amparo ambiental, pues el sitio seleccionado para la planta no cumplía los requisitos socioambientales exigidos, y resolvió:

> … se ordena a la demandada Cormecor, por razones ambientales de urgencia y en virtud de los principios precautorio y preventivo, que se abstenga de ejecutar toda obra de instalación de la planta de tratamiento de residuos domiciliarios dentro del predio señalado en la demanda de amparo, hasta tanto se realicen los estudios de impacto ambiental en toda la zona de influencia, finalice el procedimiento previsto por el marco normativo específico en materia ambiental y se resuelva la cuestión de fondo, todo en función de lo establecido en el capítulo IV de la Ley 10208 y sus correlativos de la L.G.A. 25675.

La decisión fue apelada por la empresa demandada y el caso fue derivado al Tribunal Superior de Justicia (TSJ). De esta manera, en el Exp. 2892090/36 de 18 de mayo, el Tribunal rechazó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada Cormecor en contra del Auto 286 y, en consecuencia, ratificó parcialmente la medida ordenada. Por ese motivo, la empresa tuvo que abstenerse de ejecutar toda obra civil relacionada con la instalación de dicha planta, y solo ejercer actos preparatorios necesarios para el desarrollo del proceso ambiental, hasta tanto se resolviera la cuestión principal. En este caso, se destaca el rol del TSJ, el cual, al dictar la medida cautelar solicitada por los vecinos, evitó un posible daño irreversible que podría haber afectado el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado. Sin duda, el amparo en la Ley 4915 de la Provincia de Córdoba se ha legislado en conveniencia con la normativa nacional. Respecto a ello, Picolet considera:

> La vía local es la que mejor sigue la línea garantista de la Constitución de la Nación Argentina, pues establece el amparo cuando la lesión, restricción,

[20] Exp. 2593023/36 de 4 de octubre de 2016.

> alteración o amenaza sea actual o inminente, algo compatible con la regulación del amparo ambiental por la legislación local que prevé esta vía sea para hacer cesar los daños o sea para evitar un daño lesivo. Ampliando de este modo la protección de la ley nacional.[21]

Esto denota, sin duda, el cambio de perspectiva que ha tenido Argentina con respecto al medio ambiente, demostrando que es uno de los bienes colectivos más preciados. Por ello, lo regula nacional y provincialmente, estableciendo criterios para su correcta aplicación en el ámbito legal. En este contexto, María Florencia Vélez manifiesta: "Enhorabuena es que la sociedad haya despertado y se haya dado cuenta que cada acción individual que realicemos impacta necesariamente en nuestro medio ambiente ya sea afectándolo, beneficiándolo o transformándolo".[22] Es decir, gracias a esta conciencia ambiental, Argentina ha logrado que el derecho a un ambiente sano y equilibrado sea un derecho de jerarquía constitucional, desarrollando, a su vez, un marco legal robusto para la protección del medio ambiente.

Mientras tanto, Ecuador es otro de los países donde se priorizan los derechos ambientales individuales o colectivos. Este país ha logrado importantes avances en la protección ambiental, destacando la inclusión de los derechos de la naturaleza en su Constitución. Uno de los textos legales que protege al medio ambiente es la Ley de Gestión Ambiental,[23] la cual se ha pronunciado a favor de una amplia legitimación activa para el caso específico del amparo ambiental. En su artículo 41 establece:

> Con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, concédase acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente, sin perjuicios de la acción de amparo constitucional prevista en la Constitución Política de la República.

Esta medida legal constituye una demostración evidente del alcance con el que el legislador ecuatoriano interpreta la legitimación en las acciones que tutelan el ambiente. A su vez, en su artículo 42, dispone que "toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, previa fianza de calumnia, que se inicien por infracciones de carácter ambiental,

---

[21] David Eduardo Picolet, "Procesos colectivos ambientales: el control judicial del procedimiento de evaluación ambiental y la atenuación de los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares" (tesis de pregrado, Universidad Siglo 21, 2019), 9, https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/18618/TESIS%20-%20david%20picolet.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[22] María Florencia Vélez, "El amparo y la medida cautelar en materia ambiental" (tesis de pregrado, Universidad Siglo 21, 2020), 7, https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/20350/Velez%20Maria%20Florencia%20-%20Entregable%204%20-%20Florencia%20V%C3%A9lez.pdf?sequence=1

[23] Ley de Gestión Ambiental, Codificación 19, Registro Oficial, Suplemento 418 de 10 de septiembre de 2004.

aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos". Ello sugiere que el estado ecuatoriano facilita a los ciudadanos hacer uso de estos mecanismos y acciones legales en materia ambiental.

Un caso conocido en materia de amparo ambiental en Ecuador es el visto por el Tribunal Constitucional Ecuatoriano (TCE), en la Resolución 314-RA-00-I.S.,[24] asignado con el número 1187-99-RA. En el caso, compareció la señora Esther Gudelia Castro Montero, quien manifestó que la discoteca Tequila Rock, situada junto a su domicilio, emanaba ruido que afectaba su tranquilidad, por lo cual interpuso una demanda de amparo.

La demandante declaró que se veían afectados sus derechos constitucionales, toda vez que se estaba violentando su derecho humano al medio ambiente. El TCE se avocó a la causa y, para resolver, se remitió a la Ley de Régimen Municipal, al Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental originada por la emisión de ruidos, así como a la Constitución Política, fallando en el siguiente sentido:

> … que según el artículo 86 de la Constitución Política, el Estado protege el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, protección que no solo se refiere al ámbito natural, sino también al medio necesario para que el ser humano pueda desarrollarse en condiciones que permitan el goce de sus derechos humanos.

Finalmente, el TCE determinó que el ruido excesivo emitido por la discoteca Tequila Rock, situada junto al domicilio de la accionante, afectaba su tranquilidad y resolvió otorgar la acción de amparo y declarar la vulneración del derecho constitucional de la accionante, previsto en el artículo 23, número 6, de la entonces vigente Constitución de 1998,[25] el cual menciona que sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas "el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación". La resolución citada muestra con claridad que la defensa del derecho a un medio ambiente sano mediante la acción de amparo es viable.

Actualmente, está en vigencia la Constitución de la República del Ecuador de 2008[26] y, dados los cambios respectivos, este derecho está regulado ahora por el artículo 66, número 27, el cual reconoce y garantiza a las personas "el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza". A pesar de que está en vigencia otra Constitución,

---

[24] Resolución 314-RA-00-I.S. de 20 de octubre de 2000.

[25] Constitución de Ecuador, 5 de junio de 1998.

[26] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

este caso sigue teniendo relevancia, pues la demandante logró que se respetara su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, demostrando así la importancia del amparo ambiental. De acuerdo con Velasco, Caicedo y Sarango,

> La legislación ecuatoriana a lo largo del tiempo ha sufrido grandes y positivos cambios en lo que a materia ambiental se refiere. […] En este sentido, y desde esta evolución, a la par se ha promulgado todo un cuerpo de leyes, acuerdos ministeriales y otras directrices que contribuyeron, en su conjunto, a la generación de políticas que protejan la naturaleza.[27]

No cabe duda de que la legislación ambiental en Ecuador se origina en las fuentes del derecho ambiental internacional, incluyendo principios de tratados, protocolos y convenciones. La Ley de Gestión Ambiental ayuda a que se apliquen efectiva y eficazmente los derechos de protección de la naturaleza, tomando en cuenta los textos legales en materia ambiental y la respectiva aplicación del amparo ambiental. Ello demuestra que Ecuador ha desarrollado una legislación integral que incluye no solo normas para la conservación ambiental, sino también mecanismos para garantizar la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia ambiental.

Es notable que tanto Ecuador como Argentina han avanzado significativamente en el desarrollo y la implementación del amparo ambiental. Ambos países han reconocido la importancia crucial de proteger el medio ambiente y han adoptado medidas legales que fortalecen la capacidad de los ciudadanos para defender este derecho fundamental a través del sistema judicial. En contraste, en el Perú, si bien el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado está reconocido en la Constitución, el amparo ambiental no tiene un desarrollo jurisprudencial muy sólido. Esto ha limitado la efectividad del amparo como herramienta para proteger el medio ambiente y ha generado un escaso empleo de este recurso en la práctica jurídica.

La experiencia comparada de Argentina y Ecuador en la implementación y el desarrollo del amparo ambiental ofrece importantes aprendizajes que pueden ser trasladados al caso peruano para fortalecer el reconocimiento y la efectividad del derecho a un medio ambiente equilibrado. Uno de los aspectos clave es el fortalecimiento normativo y jurisprudencial.

Argentina y Ecuador cuentan con legislaciones específicas que definen y regulan el amparo ambiental, lo que facilita su aplicación. Perú podría beneficiarse de un marco normativo más claro y específico que detalle los procedimientos, requisitos y competencias para la acción de amparo en materia ambiental. Además, la creación

---

[27] María del Carmen Velasco Hurtado, Mónica Annabelle Caicedo Leones y Ericka Viviana Sarango Herrera, "Legislación ambiental en Ecuador", *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento*, n.º 1 (2022): 189, doi: 10.26820/recimundo/6.(1).ene.2022.182-190

de una jurisprudencia sólida en torno al amparo ambiental es fundamental para su efectividad. Perú debería fomentar la creación de precedentes judiciales que interpreten y amplíen el alcance de esta herramienta, lo que podría aumentar su uso y reconocimiento en la práctica.

Otro aprendizaje relevante es el acceso y la amplia legitimación. Ecuador se ha destacado por conceder acción pública a cualquier persona para denunciar violaciones de normas ambientales, facilitando el acceso a la justicia. Perú podría considerar la ampliación de la legitimación activa, permitiendo que más actores, incluidos grupos comunitarios y organizaciones no gubernamentales, puedan iniciar acciones de amparo ambiental. Asimismo, la simplificación de los procedimientos para interponer amparos ambientales podría hacer que esta herramienta sea más accesible para la ciudadanía en Perú.

La conciencia y educación ambiental también juegan un papel crucial en este contexto. Tanto en Argentina como en Ecuador, la conciencia ambiental ha crecido significativamente. Es esencial implementar programas de educación y sensibilización que informen a la población sobre sus derechos ambientales y la importancia del amparo ambiental. Esto puede fomentar una cultura de defensa del medio ambiente que impulse el uso de estas herramientas legales. La promoción de la participación activa de la sociedad civil en la defensa del medio ambiente puede llevar a un mayor reconocimiento del amparo ambiental en Perú.

En cuanto a los cambios institucionales, se requiere un fortalecimiento de las instituciones encargadas de la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia. Esto incluye capacitación para jueces y fiscales en temas ambientales, así como la creación de tribunales especializados en la materia. Además, fomentar la colaboración entre instituciones gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil es crucial para abordar de manera integral las problemáticas ambientales y facilitar el acceso a la justicia.

Por último, la adopción de una perspectiva preventiva y precautoria puede ser un cambio positivo en la legislación peruana. Implementar enfoques que prioricen la prevención de daños ambientales, como se ha hecho en las legislaciones de Argentina y Ecuador, podría mejorar la eficacia del amparo ambiental en Perú. Esto implicaría permitir que se tomen medidas preventivas antes de que ocurra un daño ambiental significativo.

Conclusiones

El desarrollo jurisprudencial del amparo ambiental en el Perú ha sido crucial para garantizar su eficacia como herramienta de protección del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado. Aunque el país reconoce este derecho en su Constitución, la aplicación efectiva del amparo ambiental ha sido limitada debido a la falta de un marco jurisprudencial más sólido.

Se evidencia la necesidad de fortalecer el amparo ambiental en la jurisprudencia peruana para garantizar su eficacia en la protección del medio ambiente, y se destaca la importancia de desarrollar una política nacional del medio ambiente encaminada a reforzar la gestión ambiental, así como de disponer de mecanismos administrativos y judiciales eficaces para proteger este derecho en casos de amenaza. Los cambios institucionales son pertinentes para fomentar un entorno más propicio para el uso del amparo ambiental en Perú. Esto incluye la actualización y el fortalecimiento de la legislación, la promoción de la educación ambiental, el empoderamiento de la ciudadanía y la mejora de los mecanismos de acceso a la justicia.

La experiencia de Argentina y Ecuador sirve como modelo y fuente de inspiración para este proceso de transformación en el contexto peruano. Al implementar estos aprendizajes, como las regulaciones sobre el amparo ambiental y las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales en esos países, Perú puede experimentar un cambio en la tendencia de bajo reconocimiento del amparo ambiental, fy fortalecer así los derechos ambientales de sus ciudadanos.

Bibliografía

Doctrina

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo. "El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: las dificultades del proceso de amparo para su tutela". *Revista de Derecho Administrativo,* n° 6 (2008): 201-206. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14064

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.* Santiago: Naciones Unidas, 2018.

Morales Lamberti, Alicia y Aldo Novak. *Instituciones de derecho ambiental*. Córdoba: MEL Editor, 2005.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. *El derecho constitucional al medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Picolet, David Eduardo. "Procesos colectivos ambientales: el control judicial del procedimiento de evaluación ambiental y la atenuación de los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares". Tesis de pregrado. Universidad Siglo 21, 2019. https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/18618/TESIS%20-%20david%20picolet.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Velasco Hurtado, María del Carmen, Mónica Annabelle Caicedo Leones y Ericka Viviana Sarango Herrera. "Legislación ambiental en Ecuador". *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento,* nº 1 (2022): 182-190. Doi: https://doi.org/10.26820/recimundo/6.(1).ene.2022.182-190

Vélez, María Florencia. "El amparo y la medida cautelar en materia ambiental". Tesis de pregrado. Universidad Siglo 21, 2020. https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/

handle/ues21/20350/Velez%20Maria%20Florencia%20-%20Entregable%204%20-%20Florencia%20V%C3%A9lez.pdf?sequence=1

Jurisprudencia

Asamblea Constituyente de Ecuador. Constitución de Ecuador, 5 de junio de 1998.

Asamblea Constituyente de Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.

Congreso de la Nación Argentina. Ley 25.675, Ley General del Ambiente, 27 de noviembre de 2002.

Congreso de la Nación Argentina. Ley 10.208, Ley Política Ambiental Provincial de 27 de junio de 2014.

Congreso de la República del Perú. Ley 28611, Ley General del Ambiente de 15 de octubre de 2005.

Organización de los Estados Americanos (OEA). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14 de junio de 2016.

Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia. Nuevo Código Procesal Constitucional, 24 de julio de 2021.

Tribunal Constitucional. Exp. 0260-2001-AA/TC de 20 de agosto de 2002.

Tribunal Constitucional. Exp. 0964- 2002-AA/TC de 17 de marzo de 2003.

Tribunal Constitucional. Exp. 4223-2006-PA/TC de 2 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional. Exp. 00316-2011-PA/TC de 17 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional. STC 01206-2005-AA/TC de 20 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional. STC 4223-2006-PA/TC de 2 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional. STC 04216-2008-PA/TC de 6 de marzo de 2008.

Tribunal Constitucional. STC 322/2023 de 25 de julio de 2024.

Tribunal Constitucional Ecuatoriano. Resolución 314-RA-00-I.S. de 2000.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Exp. 2593023/36 de 4 de octubre de 2016.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 485-501, ISSN 2346-0849

Julián Gutiérrez-Martínez* **(Colombia)**
Gabriel R. Nemogá-Soto** **(Colombia)**

¿Derechos bioculturales y derechos de la naturaleza? Elementos constitucionales para un test o juicio de bioculturalidad***

RESUMEN

Este artículo analiza desarrollos innovadores en la jurisprudencia colombiana para el tratamiento jurídico de conflictos socioambientales complejos, tales como los derechos bioculturales incorporados con la Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional. Se encuentra que el desarrollo posterior llevado a cabo por diferentes tribunales y juzgados no ha sido coherente con los postulados avanzados en dicha sentencia. Además de la novedad, una posible dificultad para jueces, litigantes y funcionarios es la ausencia de una delineación más clara entre derechos bioculturales y derechos de la naturaleza. Por eso, se propone un test de bioculturalidad integrado por tres criterios aplicables en cada caso concreto: a) un criterio socioambiental, b) un criterio relacional, y c) el esclarecimiento del objeto de protección. La aplicación del test propuesto con-

* Magíster en Sociología, Universidad de Oxford; abogado y especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Investigador del grupo Plebio, Universidad Nacional de Colombia. Investigador principal sobre Empresas y Derechos Humanos en Dejusticia. julfgutierrezmar@unal.edu.co / julian.gutierrezmartinez@sociology.oxon.org https://orcid.org/0000-0002-6771-1267

** Descendiente del pueblo muisca. Doctor en Ecología Humana, Universidad de California-Davis; magíster en Estudios Sociojurídicos, Universidad de Brunel; sociólogo, Universidad Nacional de Colombia; abogado, Universidad Libre. Profesor Universidad de Winnipeg (Canadá) e investigador del grupo Plebio, Universidad Nacional de Colombia. grnemogas@gmail.com / g.nemoga@uwinnipeg.ca https://orcid.org/0000-0003-2174-8651

*** Algunas de las reflexiones en este artículo fueron presentadas por los autores en el panel "Litigio climático y derechos humanos: el litigio estratégico como herramienta de cambio para enfrentar la emergencia climática", en el marco del Workshop on Transnational Climate and Ecological Litigation: Exploring the Transformative Role of Actors in Shaping Legal Mechanisms, organizado por Curiae Virides Research Project - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica) y el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo (Cider) - Universidad de los Andes (Colombia).

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

tribuirá a desarrollar una innovadora línea jurisprudencial y a determinar, con sujeción al derecho, en qué contextos fácticos procede la aplicación de derechos bioculturales.

Palabras clave: derechos bioculturales; derechos de la naturaleza; test de bioculturalidad.

Biocultural Rights and Rights of Nature? Constitutional Elements for a Bioculturality Test or Judgement

ABSTRACT

This article analyzes innovative developments in Colombian jurisprudence for the legal treatment of complex socio-environmental conflicts, such as the biocultural rights incorporated into Constitutional Court Ruling T-622 of 2016. The article finds that later developments by different courts and tribunals have not been consistent with the postulates advanced in that ruling. In addition to the novelty, a potential difficulty faced by judges, litigants and officials is the lack of a clearer demarcation between biocultural rights and the rights of nature. For this reason, the article proposes a bioculturality test consisting of three criteria to be applied in each specific case: a) a socio-environmental criterion, b) a relational criterion, and c) clarification of the object of protection. The application of the proposed test will contribute to developing an innovative jurisprudential line and to determining, subject to the law, the factual contexts in which biocultural rights may be applied.

Keywords: Biocultural rights; rights of nature; bioculturality test.

Biokulturelle Rechte und Naturrechte? Verfassungselemente für eine Biokulturalitätsprüfung oder -bewertung

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit innovativen Entwicklungen in der kolumbianischen Rechtsprechung bei der juristischen Behandlung komplexer sozialer und umweltpolitischer Konflikte wie zum Beispiel die durch das Urteil T-622 (2016) des Verfassungsgerichts aufgenommenen biokulturellen Rechte. Dabei lässt sich feststellen, dass die spätere Weiterentwicklung durch unterschiedliche Gerichte nicht mit den im o. g. Urteil formulierten Postulaten im Einklang steht. Eine Neuigkeit und möglicherweise auch eine Schwierigkeit für Richter, Prozessparteien und Beamte ist das Fehlen einer eindeutigeren Abgrenzung von biokulturellen Rechten und Naturrechten. Deshalb wird ein Biokulturalitätstest mit drei Kriterien vorgeschlagen, die in jedem Fall anzuwenden sind: a) ein soziales und Umweltkriterium, b) ein relationales Kriterium, und c) die Klarstellung des zu schützenden Gegenstands. Die Durchführung der vorgeschlagenen Prüfung kann dazu beitragen, eine innovative Rechtsprechungslinie zu entwickeln und rechtlich fundierte Entscheidungen darüber zu treffen, in welchen Sachzusammenhängen die biokulturellen Rechte zur Anwendung kommen.

Schlagwörter: Biokulturelle Rechte; Naturrechte; Biokulturalitätsprüfung.

Introducción

¿Puede el derecho proteger las interrelaciones vitales que los Pueblos Indígenas,[1] Afrodescendientes y comunidades locales tienen con sus territorios y su biodiversidad? Tanto el derecho internacional como el derecho constitucional latinoamericano han buscado maneras de abordar las graves afectaciones ambientales que se presentan en conflictos socioecológicos complejos, con respuestas jurisprudenciales innovadoras. En Colombia, la Corte Constitucional adoptó un enfoque biocultural para reconocer estos vínculos entre los ambientes naturales y las culturas de los Pueblos Indígenas, Afrodescendientes y comunidades locales a través de la Sentencia T-622 de 2016, que declaró la cuenca del río Atrato como sujeto de derechos.[2] Empero, los desarrollos posteriores de esta línea jurisprudencial han abandonado la reflexión sobre el contenido de la bioculturalidad y se han enfocado en proteger a la naturaleza por su valor intrínseco, desconociendo las relaciones entre las comunidades y sus territorios.

Para la protección de la interdependencia de los Pueblos Indígenas y las comunidades con sus territorios es fundamental clarificar el contenido de los derechos bioculturales y los de la naturaleza. Este artículo propone elementos para brindar respuestas iniciales en el marco de la diversidad biocultural, el derecho internacional y regional, así como en la innovadora doctrina constitucional colombiana sobre derechos bioculturales.[3]

De tal manera, esta investigación tiene como objetivo proponer una metodología para el análisis de casos sobre conflictos y daños en contextos socioambientales, a través de un juicio o test de bioculturalidad, de modo que los jueces y litigantes puedan reconocer en qué casos corresponde proteger derechos bioculturales.

Primero, el texto presenta el análisis de casos sobre conflictos y daños en contextos socioambientales desde sus fundamentos en el derecho y la jurisprudencia

---

[1] Las expresiones Indígena y Afrodescendiente (incluso en sus plurales) se utilizarán con letra mayúscula a lo largo del artículo para dar visibilidad a estos grupos que históricamente han sido objeto de violencia, marginación y acciones genocidas. Esta práctica es coherente con el uso de estos términos por parte de la Organización de las Naciones Unidas en sus documentos oficiales, por ejemplo en la Resolución A/77/460 de 28 de noviembre del 2022.

[2] En la Sentencia T-622 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia adopta elementos distintivos del marco de diversidad biocultural presentado en el X Encuentro Constitucional por la Tierra, Ibagué, septiembre de 2014 y publicado en las Memorias del Congreso. Ver Gabriel Nemogá, "Limitada protección de la diversidad biocultural de la nación", en *Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra*, 85-126 (Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, 2014), https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Encuentro%20Jurisdiccional%202014.pdf

[3] Para una presentación detallada de los fundamentos filosóficos y jurídicos, ver Gabriel Nemogá-Soto y Julián Gutiérrez-Martínez, "Elementos para una dogmática constitucional de los derechos bioculturales: fundamentos teóricos y jurídicos", *Revista Academia & Derecho* 14, n.º 27 (2023): 1-26, https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/11216

nacional; luego, presenta la elaboración, con base en la dogmática constitucional, de un test o juicio de bioculturalidad; finalmente, ofrece algunas conclusiones.

1. Marco constitucional y jurisprudencial colombiano: derechos bioculturales y derechos de la naturaleza

Con la Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional abrió un camino de reconocimiento de derechos bioculturales en la jurisprudencia constitucional colombiana, que tienen el potencial para enfrentar situaciones de crisis ambiental y humanitaria. De acuerdo con la parte motiva de esta sentencia (secc. 4 y 5), el reconocimiento constitucional de la diversidad biocultural integra premisas constitucionales que protegen la diversidad étnica y cultural de la nación, la integralidad del ambiente y sus ecosistemas, y un modelo de desarrollo que apunte a la sostenibilidad y justicia social.[4] Un paso fundamental en el camino constitucional es el diseño y la exigibilidad de derechos bioculturales; en esta sección analizaremos el alcance de tales derechos y la forma en que se relacionan con los derechos de la naturaleza, pues la generalizada aplicación de estos puede terminar resquebrajando el sendero constitucional hacia la bioculturalidad, inaugurado con la Sentencia T-622 de 2016.

1.1. Derechos bioculturales y protección de la diversidad biocultural en la Sentencia T-622 de 2016

En la Sentencia T-622 de 2016 sobre el río Atrato como sujeto de derechos,[5] la Corte Constitucional colombiana conoce de una acción de tutela interpuesta por las comunidades Afrodescendientes que habitan la cuenca del río Atrato, con el apoyo de la organización Tierra Digna - Centro de Estudios para la Justicia Social. Las comunidades habían visto afectados sus derechos fundamentales a la vida, la salud, el territorio, el agua potable, la seguridad alimentaria, la cultura y el medio ambiente sano, por los daños causados al río como consecuencia de la omisión de las autoridades en prevenir la minería ilegal y otras actividades que estaban contaminando las fuentes hídricas. Esta es una decisión hito del tribunal constitucional, principalmente, por iniciar una línea jurisprudencial de protección a la naturaleza como sujeto de derechos desde una perspectiva de diversidad biocultural.[6]

---

[4] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[5] *Idem.*

[6] Ver planteamientos filosóficos y jurídicos en Nemogá-Soto y Gutiérrez-Martínez, "Elementos para una dogmática constitucional de los derechos bioculturales: fundamentos teóricos y jurídicos".

En términos generales, la Corte afirma que, a partir de una interpretación sistemática, axiológica y finalista de la Constitución Política, dos grandes conceptos se verán interconectados a lo largo de esta decisión: los de constitución ecológica y los de la constitución cultural. La constitución ecológica nace del análisis de, al menos, 34 disposiciones constitucionales,[7] donde se reconoce una doble dimensión de obligaciones: proteger integralmente el medio ambiente y garantizar un modelo de desarrollo sostenible acorde con esta visión.[8] Esto involucra, además del manejo, uso y conservación de los recursos y el equilibrio ecosistémico, "la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural".[9] Por ello, tal visión se acompaña del contenido de esta constitución cultural, centrada en la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas por cuanto, en palabras del tribunal, "la conservación de la biodiversidad no se basa únicamente en la protección de especies y ecosistemas por su valor intrínseco: la supervivencia de las comunidades humanas está indudablemente ligada a la integralidad de su medio ambiente".[10]

Esto se extiende al contenido que ha otorgado la Corte Constitucional en su jurisprudencia al derecho al territorio ancestral y a la identidad cultural de los Pueblos Indígenas y tribales, y al concepto de territorialidad,[11] así como al vínculo entre los derechos a la vida digna, al agua,[12] a la alimentación y seguridad alimentaria,[13] y a la salud, cuyo desarrollo, sin embargo, supera los objetivos de esta investigación. No obstante, queda claro que para los Pueblos Indígenas y comunidades negras "la preservación de las fuentes de agua y el abastecimiento de la misma en condiciones dignas es esencial para la supervivencia de las culturas indígenas y tribales, *desde*

---

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016, 5.3.

8 *Idem.*

9 *Ibid.*, 5.2.

10 *Ibid.*, 5.3.

11 Es decir, lazos ancestrales basados en la ocupación histórica que configura la identidad cultural las comunidades con el territorio, a partir de esa especial relación que supera la simple tenencia de la tierra, pues "lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce" (*Idem.*).

12 El derecho al agua "es parte esencial del medio ambiente y resulta necesaria para la vida de los múltiples organismos y especies que habitan el planeta y, por supuesto, para las comunidades humanas que se desarrollan a su alrededor" ((*Ibid.*, 5.50).

13 Esa relación implica la preservación de las comunidades de producción artesanal "acorde con sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos y pesqueros". (*Ibid.*, 5.56). En ese sentido, la degradación ambiental sobre las fuentes hídricas ocasiona un detrimento "en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura, provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales del mercado de alimentos, y con ello, la afectación de las economías tradicionales de subsistencia" (5.53).

una perspectiva biocultural"[14] (énfasis agregado), la cual entreteje una visión entre el ambiente, el ser humano y sus prácticas culturales que resuena con la evolución de la jurisprudencia interamericana.[15] La perspectiva biocultural se desarrolla al reconocer derechos de la naturaleza en conexión con los derechos bioculturales. En este sentido, la Corte Constitucional subraya la interconexión entre la forma de vida de las comunidades y su entorno natural al precisar el contenido de los derechos bioculturales como aquellos dirigidos

> … a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios –de acuerdo con sus propias leyes, costumbres– y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad, […] los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente.[16]

Aunque con esta perspectiva la Corte incorpora la conceptualización ecocéntrica y la valoración intrínseca de la naturaleza al reconocer al río Atrato como un sujeto de derechos, lo hace en estrecha conexión con las comunidades Indígenas y Afrodescendientes que interactúan con el ecosistema ribereño. Por tanto, su interpretación debe realizarse como reconocimiento de derechos de la naturaleza dentro de una visión relacional. La Corte, en efecto, rompe con la visión que enfatiza la apropiación y pone a las comunidades en el centro de la discusión por la función que cumplen dentro y para sus entornos bioculturales, como protectoras y cogeneradoras del ambiente.

Así, le brinda un rol especial a la protección de la diversidad cultural como parte de una visión holística de diversidad biocultural, y correlativamente a la autonomía de las comunidades en términos de 1) autodeterminación y derecho propio, y 2) de su participación en lo público respecto a las políticas de protección de la biodiversidad. En el marco de esta visión biocultural, y como ejercicio de su

---

[14] *Ibid.*, 5-50.

[15] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha realizado contribuciones significativas sobre el reconocimiento de la propiedad colectiva, la identidad cultural y las interrelaciones con el territorio de los Pueblos Indígenas. Estos desarrollos se han visto en varias sentencias desde 2001, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 79, hasta el año 2020, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 06 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 420, incluyendo la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. El análisis de la jurisprudencia interamericana se presenta en Nemogá-Soto y Gutiérrez-Martínez, "Elementos para una dogmática constitucional de los derechos bioculturales: fundamentos teóricos y jurídicos".

[16] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016, 5.11.

autonomía y jurisdicción propia reconocidas constitucionalmente,[17] diferentes Pueblos Indígenas han avanzado en distintas regiones, por ejemplo, hacia la protección integral de su patrimonio biocultural mediante el establecimiento de protocolos comunitarios bioculturales.[18]

1.2. La Amazonia como sujeto de derechos y desarrollos jurisprudenciales posteriores

Al contrario, la declaratoria de derechos de la naturaleza o de sus componentes (ríos, páramos, montañas) como sujetos de derechos es limitada en su protección, si esta no se reconoce en el marco de los derechos bioculturales de las comunidades que han preservado y mantienen una íntima interacción con dicha naturaleza. Esto ocurre cuando se omiten las interrelaciones entre cultura y naturaleza desde interpretaciones jurídicas que buscan proteger la naturaleza (valor intrínseco) sin tener en cuenta las múltiples formas en que las comunidades interactúan con sus territorios.

La Sentencia STC-4360 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia,[19] por ejemplo, se enfocó en garantizar el derecho de jóvenes, niños y generaciones futuras afectados en su derecho al ambiente sano, su salud y su vida por las perturbaciones que impactan el ecosistema amazónico. En su decisión, la Corte Suprema valora la Amazonia colombiana por sus funciones ecosistémicas y ambientales (por ejemplo, la captura de carbón, la regulación del ciclo del agua y su papel en la morigeración del cambio climático). El alto tribunal propone, entonces, superar el énfasis en la satisfacción de derechos individuales y, en su lugar, enfocarse en las obligaciones hacia la humanidad como género y hacia la naturaleza. Con ello, la Corte Suprema subraya un altruismo humanista general que incluya las futuras generaciones, fundándose en una valoración instrumental de la naturaleza como proveedora de materias y de servicios a la humanidad.

Seguidamente, la Corte Suprema opta por declarar la Amazonia colombiana como sujeto titular de personalidad jurídica, un mecanismo que habilita la acción de distintos actores en la gestión y protección de su integridad y funcionalidad ecológica. Sin embargo, en esta acción y decisión judicial se omiten las interrelaciones entre los Pueblos Indígenas y las comunidades locales con el ecosistema amazónico. La sentencia opta por proteger los derechos de jóvenes y niños urbanos, pero no

---

[17] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-247 de 2023, M. P. Juan Carlos Cortés González.

[18] Cabildo Mayor de Chigorodó, *Dayi Zarea. "Nuestra Tierra". Protocolo de Protección y Promoción del Patrimonio Biocultural del Pueblo Embera,* Edición especial Protocolos Comunitarios Bioculturales, 2018, 45; Gabriel Nemogá-Soto y Andrés Amarís-Álvarez, "Los protocolos comunitarios bioculturales y su papel en la autodeterminación y autonomía en las comunidades étnicas", *Revista Etnobiología* 21, n.º 2 (2023): 139-159.

[19] Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC-4360 de 2018, M. P. Luis Alberto Tolosa Villaloba.

vincula como sujetos titulares de derechos a los Pueblos Indígenas amazónicos, a las comunidades locales, ni a sus jóvenes y niños. Esto, a pesar de que la deforestación, la expansión de la frontera agrícola, la minería y los cultivos ilegales han venido impactando directamente el modo de vida de los Pueblos Indígenas, cuyos territorios colectivos en su conjunto cubren más del 50% de la Amazonia colombiana.[20]

En el razonamiento final de la Corte Suprema predominó una visión que sitúa al Amazonas como patrimonio social o global, como un activo ambiental que debe servir a las necesidades de la humanidad y las generaciones futuras. Bajo este razonamiento, se excluyó la participación de los Pueblos Indígenas que no solo interactúan directamente con este ecosistema, sino que han contribuido a la generación y conservación de su biodiversidad.[21]

En conclusión, la acción judicial y la sentencia de la Corte Suprema sobre el Amazonas se distancia sustancialmente de la fundamentación de los derechos bioculturales que protegen las interrelaciones entre los Pueblos Indígenas, las comunidades locales y la naturaleza. Esta perspectiva se encuentra presente en otras sentencias de tribunales colombianos como se ilustra en la tabla 1.

El reconocimiento de derechos de la naturaleza, omitiendo las interrelaciones con las poblaciones locales, es un paso atrás en la formulación y el desarrollo doctrinal de los derechos bioculturales para responder a una realidad histórica de crisis ambiental límite que exige enfoques más integrales. Por su parte, el reconocimiento de los derechos bioculturales garantiza la sostenibilidad ambiental y la protección de la naturaleza haciendo, al mismo tiempo, justicia social a las comunidades que desarrollan un papel activo en su cuidado y preservación.

Los derechos bioculturales implican la transición desde una valoración predominantemente instrumental y/o intrínseca de la naturaleza hacia una valoración que enfatiza las relaciones y responsabilidades con la tierra y el agua en el centro de la protección jurídica. Por ello, el interés de la humanidad por la conservación de la biodiversidad y el futuro de generaciones venideras se puede alcanzar en forma más sólida a través del desarrollo y la observación de derechos bioculturales.

Por tanto, el avance doctrinario sobre derechos bioculturales y su aplicación extensiva son premisas para el reconocimiento y la protección de la inmensa riqueza biológica, cultural y lingüística del territorio. La siguiente sección presenta aspectos prácticos relacionados con la aplicación de los derechos bioculturales.

---

[20] Óscar García y Luis Acosta, "Resguardos indígenas y conservación del medio ambiente: particularidades en la Amazonia colombiana", *Revista Colombia Amazónica* 4 (2009): 175-176; Mario Alejandro García Rincón, "Amazonia colombiana: ¿conservación o desarrollo? Consideraciones socio-jurídicas", *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* IV, n.º 7 (2013): 19-54.

[21] David A. Posey, "Indigenous knowledge, biodiversity, and international rights: Learning about forests from the Kayapo Indians of the Brazilian Amazon", *The Commonwealth Forestry Review* (1997): 53-60.

Tabla 1. Jurisprudencia de tribunales colombianos sobre reconocimiento de derechos de la naturaleza

Fecha	Tipo de proceso	Juez | Tribunal	Declaratoria de sujeto de derechos
10 de noviembre de 2016	Acción de tutela	Corte Constitucional	Río Atrato
16 de agosto de 2017	Acción de tutela Hábeas corpus	Corte Suprema de Justicia	Oso Chucho
5 de abril de 2018	Acción de tutela	Corte Suprema de Justicia	Amazonia
9 de agosto de 2018	Acción de tutela	Tribunal Administrativo de Boyacá	Páramo de Pisba
30 de mayo de 2019	Acción popular	Tribunal Administrativo del Tolima	Ríos Combeima, Cocora y Coello
17 de junio de 2019	Acción de tutela	Tribunal Superior de Medellín	Río Cauca
12 de junio de 2019	Acción de tutela	Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	Río Pance
11 de septiembre de 2019	Acción de tutela	Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	Río Otún
24 de octubre de 2019	Acción de tutela	Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva	Río Magdalena
5 de diciembre de 2019	Acción popular	Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta de Decisión	Río Quindío
18 de junio de 2020	Acción de tutela	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil	Vía Parque Isla Salamanca
15 de septiembre de 2020	Acción de tutela	Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, Sala Laboral	Parque Nacional Natural Las Hermosas
25 de noviembre de 2020	Acción de tutela	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral	Parque Nacional Natural Los Nevados

Fuente: Tomado parcialmente de Ángela M. Amaya Arias y Diego G. Quevedo Niño, "La declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos. ¿Decisión necesaria para la efectividad de las órdenes judiciales?", *Revista de Derecho Ambiental* 5, n.º 10 (2020): 15-35.

2. Hacia la creación de un test o juicio de bioculturalidad

La revisión de los presupuestos teóricos y conceptuales de decisiones judiciales permiten distinguir formas de protección basadas en el reconocimiento de derechos sobre la naturaleza desde una perspectiva antropocéntrica, la protección de la naturaleza a partir del reconocimiento de su valor intrínseco y la protección desde el reconocimiento de las interacciones entre la diversidad de la vida y la diversidad cultural, como un valor relacional. El origen y desarrollo de estas formas de protección también es visible en el derecho internacional de los derechos humanos; la regulación sobre biodiversidad, conocimiento tradicional y recursos genéticos; el derecho interamericano[22] y la jurisprudencia constitucional colombiana orientada a proteger derechos bioculturales y derechos de la naturaleza.

Ahora bien, una preocupación fundamental es reflexionar sobre la mejor forma de afrontar, desde el derecho, los grandes daños y las amenazas a la biodiversidad y, al mismo tiempo, a la integridad cultural de los Pueblos Indígenas y las comunidades en sus relaciones de interdependencia y coevolución. Esto implica la búsqueda de herramientas o metodologías prácticas para los operadores judiciales al momento de analizar casos en los cuales se encuentren en discusión derechos vinculados con relaciones bioculturales en contextos socioambientales. Con tal objetivo, se propone un juicio o test de bioculturalidad para que el juez pueda analizar en qué casos están en discusión vínculos bioculturales que deben ser protegidos.

Analizando los diferentes desarrollos teórico-filosóficos, legales y jurisprudenciales, creemos que este objetivo se puede alcanzar recurriendo al análisis de tres criterios de delimitación fáctica aplicables al caso concreto: 1) un criterio socioambiental, es decir, la existencia de un pueblo o comunidad y su habitación en un territorio-ambiente concreto; 2) un criterio relacional, es decir, los vínculos especiales del pueblo o la comunidad con su territorio-ambiente; 3) el esclarecimiento del objeto de protección.

Como intentaremos mostrar adelante, una metodología de análisis sobre los casos de conflictos en contextos socioambientales puede traer ventajas al momento de diferenciar las afectaciones territoriales donde hay lugar a derechos bioculturales; y, al mismo tiempo, permite acudir, por vía de exclusión, a la salvaguarda del ambiente y la naturaleza como valores intrínsecos.

2.1. Primer criterio: la existencia y presencia de un pueblo o comunidad en un territorio-ambiente concreto

El propósito práctico de este primer criterio es que el juez pueda determinar si se encuentra frente a un caso donde pueden estar en juego derechos colectivos,

[22] Para una presentación detallada, ver Nemogá-Soto y Gutiérrez-Martínez, "Elementos para una dogmática constitucional de los derechos bioculturales: fundamentos teóricos y jurídicos".

culturales, socioeconómicos o ambientales de un pueblo o una comunidad en un territorio particular. Dos preguntas orientadoras para establecer su contenido pueden ser las siguientes:

- ¿Se ha documentado la presencia de Pueblos Indígenas o comunidades en los territorios, ecosistemas o lugares, independientemente de los derechos de propiedad de los que puedan ser titulares?
- ¿Se trata de un ecosistema, ambiente, especie o lugar con el que los Pueblos Indígenas o las comunidades mantienen una interdependencia vital (material o espiritual)?

En conflictos socioambientales suelen estar involucrados, por lo general, Pueblos Indígenas y comunidades, negros, Afrodescendientes, palenqueros, raizales, Room, campesinos y locales del país, predominantemente en contextos rurales. Sin embargo, el marco de los derechos bioculturales no elimina la posibilidad de que existan relaciones de este tipo en comunidades urbanas (con árboles icónicos, parques, lagos, reservas naturales, etc.), por lo cual utilizamos los conceptos de "pueblos o comunidades" de forma amplia, dejando abierta la posibilidad de una comprensión extensa de este criterio.

2.2. Segundo criterio: la manifestación de vínculos especiales del pueblo o la comunidad con su territorio-ambiente

El segundo nivel de análisis en el ámbito judicial implica la existencia de relaciones especiales entre las comunidades y los ecosistemas que habitan, desde una perspectiva holística, que se nutre igualmente de los modos de vida de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, así como de las comunidades locales, sobre plantas, animales, lagunas, ríos, montañas y mar, guiados por principios de convivencia, identidad, respeto, cuidado y reciprocidad. En estos casos, los comportamientos y las reglas orientadoras de las interrelaciones con la naturaleza no están regidas por la premisa de explotarla para maximizar ganancias económicas. Por lo mismo, hemos sugerido en el punto anterior que la bioculturalidad es un marco amplio que permitiría comprender igualmente las relaciones de grupos humanos y comunidades rurales y urbanas con sus ecosistemas y ambientes.

Como hemos resaltado en este artículo, la determinación de la existencia de bioculturalidad o diversidad biocultural está vinculada con el entendimiento de un sistema socioecológico complejo, coevolutivo e interdependiente cultura-ambiente.

Llegar a esta conclusión implica responder, por lo menos, a las siguientes preguntas:

- ¿Se trata de un ecosistema, ambiente, especie o lugar con significados culturales, espirituales para los Pueblos Indígenas o las comunidades?

- ¿Tienen los Pueblos Indígenas o las comunidades relaciones de identidad cultural o espiritual con el territorio, ecosistema, ambiente, especie o lugar?
- ¿Los modos de vida de los Pueblos Indígenas o las comunidades dependen de las condiciones y los recursos que ofrece el ecosistema, ambiente, especie o lugar?
- ¿Los procesos de transferencia de conocimientos tradicionales y saberes ancestrales se dan a través de actividades o acciones en conexión con el ecosistema, ambiente, especie o lugar?

Por supuesto, la determinación de las relaciones que existen entre las comunidades y su territorio-ambiente pasa tanto por la provisión material de sus necesidades como por los vínculos culturales y espirituales que se tejen con su lugar de habitación ancestral. La determinación de ambos es clave para la caracterización del nivel de interconexión biocultural.

2.3. Tercer criterio: las relaciones bioculturales como objeto de protección

Ahora bien, habiendo establecido la existencia de estas comunidades en un territorio-ambiente concreto, así como las relaciones que estas tejen y han tejido a través del tiempo, el juez debe abordar la pregunta por la vulneración de derechos a la que se enfrenta y decidir sobre su protección. Esto es especialmente relevante en casos donde se busca la protección de ecosistemas, accidentes geográficos o especies a través de acciones constitucionales que pretenden la declaración de la naturaleza como sujeto de derechos, pero no hacen mención explícita a la protección de las relaciones bioculturales materialmente vinculadas, es decir, es una acción en donde no está clara la perspectiva biocultural. Para el juez constitucional esto implica, entre otras cosas, entender si la acción judicial salvaguarda no solo los ecosistemas desde una visión biocéntrica, con una valoración intrínseca, sino también una perspectiva ecocéntrica de valor relacional, donde están en riesgo vínculos bioculturales frente a su posible destrucción o grave afectación, con independencia de si el mayor daño se encuentra en los derechos fundamentales o colectivos de las comunidades, o en afectaciones al ambiente y su biodiversidad. A esto denominamos esclarecer el "objeto de protección" de los derechos bioculturales.

Al respecto proponemos que el juez debería responder, ante una acción constitucional que pretende la protección de la naturaleza, las siguiente tres preguntas:

- ¿Se han documentado afectaciones que han perjudicado al territorio, los seres vivos, el agua, los espacios sagrados, las aspiraciones, los intereses y derechos de los Pueblos Indígenas, así como el papel de la mujer de los Pueblos Indígenas y las comunidades?

- ¿Dichas afectaciones a la naturaleza o al territorio han producido una alteración en las interrelaciones de los Pueblos Indígenas y las comunidades con sus territorios, su cosmovisión y los seres que hacen parte de dicha cosmovisión?
- ¿Se han documentado procesos que afectan la historia, la memoria y el patrimonio biocultural de los Pueblos Indígenas y las comunidades?
- *A contrario sensu*, el juez puede preguntarse por la ausencia de este tipo de relaciones y de sus afectaciones en la situación concreta, de la siguiente manera:
- ¿Se puede concluir que el ecosistema, el ambiente, las especies o los lugares no tienen interacción con las poblaciones locales y que, por tanto, no se desconocen derechos de los Pueblos Indígenas y las comunidades si se protegen el ecosistema, el ambiente, la especie o el lugar mediante derechos de la naturaleza y no mediante derechos bioculturales?

Este último criterio es clave para aproximarse a una delimitación del campo de protección constitucional de los derechos bioculturales, especialmente en contraste con los derechos de la naturaleza. Esta mayor claridad del alcance de las decisiones que protegen, por un lado, la naturaleza por su valor intrínseco y, por otro, la diversidad biocultural como valor *relacional*, permitiría un desarrollo más claro de las obligaciones del Estado y las instituciones, la representación judicial del ambiente, el nivel de participación e involucramiento de las comunidades que conforman (o no) el complejo sistema biocultural en la implementación de las órdenes, su seguimiento y la naturaleza de las reparaciones culturales, materiales y ambientales, entre otras. En síntesis, la respuesta a esta pregunta permitirá al juez identificar el contenido de las órdenes por dictar, identificando explícitamente acciones orientadas a la restauración biocultural, o enfocando solo medidas centradas en la restauración ecológica funcional.

Como resaltamos en la sección anterior, existe un camino abierto y fructífero para decisiones judiciales que reconozcan grandes afectaciones ecosistémicas en territorios con relaciones de coevolución e interdependencia con Pueblos Indígenas y comunidades. No obstante, aún hay diferentes elementos por clarificar y afinar.

Por un lado, existe una discrepancia argumental en la sentencia sobre el río Atrato respecto del inicial reconocimiento del contenido biocultural de las relaciones de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes y las comunidades locales con el territorio, y la posterior decisión de declarar al río como sujeto de derechos. La Corte Constitucional, según vimos, adopta un marco de diversidad biocultural desde el cual desarrolla la declaración de la cuenca del río Atrato como entidad sujeto de derechos. Al avanzar una definición de derechos bioculturales, el tribunal constitucional señala un derrotero para que las interacciones entre diversidad cultural de Pueblos Indígenas y negros en la cuenca sean reconocidas como parte esencial del sistema socioecológico complejo. Sin embargo, al desarrollar las órdenes de cumplimiento para las entidades accionadas incluye un listado sin una estructura consistente o jerarquizada, lo que ha propiciado una respuesta desarticulada que

no se centra en la reparación del tejido biocultural y su protección. En la práctica, la acción de las diferentes entidades hacia el cumplimiento de la Sentencia T-622 de 2016, lideradas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), se ha enfocado en actividades y planes estructurados con un énfasis ecocéntrico y la ausencia del enfoque biocultural.[23]

Por otro lado, la sentencia sobre la Amazonia (y las siguientes citadas en la tabla 1) plantea un problema crítico para el avance positivo de este marco teórico relacional o biocultural: el desconocimiento de la bioculturalidad que conduce a la declaración de la naturaleza como sujeto de derechos, pasando por alto los derechos de los Pueblos Indígenas y las comunidades que desarrollan relaciones de identidad y de respeto con las entidades naturales. Esto va desde la clara omisión de los pueblos y las comunidades en la sentencia, su no vinculación oficiosa en el proceso de acción de tutela, teniendo en cuenta que buena parte del territorio amazónico está habitado por Pueblos Indígenas o es directamente resguardo indígena, hasta el enfoque de las órdenes y el diseño del modelo de seguimiento de esta sentencia.

Derivado de esto, un juicio de bioculturalidad como el propuesto en este artículo permitiría una mayor claridad conceptual respecto del tipo de argumentación que se utiliza de acuerdo con la realidad fáctica de las vulneraciones ecosistémicas. Esto quiere decir, reconocer la bioculturalidad en los casos donde se encuentren probados elementos que evidencian interacciones entre pueblos o comunidades con la naturaleza o, de lo contrario, poder ahondar en el valor intrínseco que tienen territorios y entidades naturales, sin estrecha interrelación con pueblos o comunidades que, en todo caso, merecen una protección especial.

Una mayor claridad también podría manifestarse en el dictamen de órdenes con enfoques diferentes. En contextos bioculturales, la decisión debería tener como eje articulador las órdenes enfocadas en restaurar y reconstruir los vínculos y la interconexión entre los Pueblos Indígenas y las comunidades con su territorio-ambiente. En ese sentido, la inclusión de órdenes para la protección, restauración, recuperación del ecosistema, ambientes, especie y lugares –desarrolladas en las sentencias que incluyan a la naturaleza como sujeto de derechos– debería articularse bajo la orden nuclear de restauración y reparación biocultural. Igualmente, en contextos bioculturales, la estructuración e implementación de las órdenes debería estar centrada en el papel de las comunidades como representantes del sistema biocultural y garantes de su preservación en términos biofísicos y relacionales.

Finalmente, el avance en una mayor delimitación conceptual y jurídica de la bioculturalidad podría permitir su aplicación en otros escenarios. Por ejemplo, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia, mediante el Auto 079 del 12 de noviembre de 2019, acreditó como

[23] WWF *et al.*, *Concepto conjunto del panel de expertos y asesores al séptimo informe de avance de cumplimiento de la Sentencia T-622 de 2016,* Bogotá, 26 de abril de 2021, 85.

víctima, en calidad de sujeto colectivo de derechos, al *Katsa Su* (Gran Territorio), basada en la interrelación, interdependencia e inescindibilidad del territorio con el pueblo Indígena Awá, también reconocido como víctima del conflicto.[24] La aplicación de un enfoque biocultural permitiría tender esta clase de puentes interculturales para entender y reconocer la especial relación espiritual y material que tienen las comunidades con sus territorios. Este y otros temas, sin embargo, quedan para investigaciones futuras, pues desbordan el alcance de este artículo.

Conclusiones

Nuestro análisis detalla la confusión creada en la jurisprudencia colombiana respecto de los derechos bioculturales y las decisiones sobre derechos de la naturaleza que siguieron a la Sentencia T-622 de 2016. Se ha registrado la ausencia de una formulación constitucional distintiva sobre derechos bioculturales. En este sentido, hemos precisado elementos nodales de una teoría constitucional sobre derechos bioculturales consistente con el orden constitucional y con los desarrollos jurídicos internacionales. Bajo esta preocupación y orientación, estructuramos elementos seminales para un test de bioculturalidad aplicable en conflictos socioambientales. Su aplicación ofrece criterios de operación práctica en contextos bioculturales para salvaguardar los derechos de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes y comunidades locales que contribuyen, a su vez, a la protección de la integridad del medio ambiente y de la naturaleza en general. Igualmente, permite establecer cuándo son más pertinentes cláusulas de protección enfocadas solo en el reconocimiento de derechos de la naturaleza.

Encontramos que la aplicación del test de bioculturalidad puede traer resultados positivos en relación con 1) la participación de las comunidades, 2) la emisión de órdenes en las decisiones, 3) el proceso de implementación y modelo de seguimiento judicial. Una decisión judicial estructurada sistemáticamente permitirá una mayor exigibilidad de los derechos tutelados. Adicionalmente, registramos como temas de investigación la aplicación de derechos bioculturales en desarrollos de jurisdicciones especiales como la JEP. Asimismo, encontramos que el marco de bioculturalidad y los derechos bioculturales tienen el potencial de ser reconocidos e instrumentados en otras jurisdicciones nacionales y en la jurisdicción interamericana. Estos temas quedan abiertos para reflexión e investigación futura.

[24] Jurisdicción Especial para la Paz, Auto SRVBIT-079 de 12 de noviembre de 2019, Caso 02 de 2018, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR).

Bibliografía

Doctrina

Amaya Arias, Ángela M. y Diego G. Quevedo Niño. "La declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos. ¿Decisión necesaria para la efectividad de las órdenes judiciales?" *Revista de Derecho Ambiental* 5, n.º 10 (2020): 15-35.

Cabildo Mayor de Chigorodó. *Dayi Zarea. "Nuestra Tierra". Protocolo de Protección y Promoción del Patrimonio Biocultural del Pueblo Embera*. Edición especial Protocolos Comunitarios Bioculturales, 2018.

García Rincón, Mario Alejandro. "Amazonia colombiana: ¿conservación o desarrollo? Consideraciones socio-jurídicas". *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* IV, n.º 7 (2013): 19-54.

García, Óscar y Luis Acosta. "Resguardos indígenas y conservación del medio ambiente: particularidades en la Amazonia colombiana". *Revista Colombia Amazónica* 4 (2009): 175-176.

Nemogá-Soto, Gabriel. "Limitada protección de la diversidad biocultural de la nación". En *Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra*, 85-126. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, 2015. https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Encuentro%20Jurisdiccional%202014.pdf

Nemogá-Soto, Gabriel y Andrés Amarís-Álvarez. "Los protocolos comunitarios bioculturales y su papel en la autodeterminación y autonomía en las comunidades étnicas". *Revista Etnobiología* 21, n.º 2 (2023): 139-159.

Nemogá-Soto, Gabriel y Julián Gutiérrez-Martínez. "Elementos para una dogmática constitucional de los derechos bioculturales: fundamentos teóricos y jurídicos". *Revista Academia & Derecho* 14, n.º 27 (2023): 1-26.

Posey, David A. "Indigenous knowledge, biodiversity, and international rights: Learning about forests from the Kayapo Indians of the Brazilian Amazon". *The Commonwealth Forestry Review* (1997): 53-60.

WWF, Siembra, Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial, Grupo de Investigación Plebio-Universidad Nacional de Colombia, Dejusticia, Universidad de Antioquia y Foro por Colombia capítulo región central. *Concepto Conjunto del Panel de Expertos y Asesores al Séptimo Informe de Avance de Cumplimiento de la Sentencia T-622 de 2016*. Bogotá, 26 de abril de2021.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-247 de 2023, M. P. Juan Carlos Cortés González.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC-4360 de 2018, M. P. Luis Alberto Tolosa Villaloba.

Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 79. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte IDH, Caso Comunidades Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 400. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Medio ambiente y derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Jurisdicción Especial para la Paz, Auto SRVBIT-079 de 12 de noviembre de 2019, caso No. 02 de 2018, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR). https://www.jep.gov.co:443/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-acredita-al-%E2%80%98katsa-su%E2%80%99,-gran-territorio-aw%C3%A1,-y-al-pueblo-aw%C3%A1-(unipa)-como-v%C3%ADctimas-del-conflicto-armado-colombiano.aspx

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 503-532, ISSN 2346-0849

Carlos Ramón Salcedo Camacho* **(República Dominicana)**

El Tribunal Constitucional dominicano y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado

RESUMEN

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución constituyen la manifestación grandilocuente de poesía constitucional, si no van acompañados de sus garantías. La preservación de los derechos colectivos y difusos depende del cumplimiento de las obligaciones y la gestión eficiente por parte del entramado institucional estatal, así como de la ejecución de deberes constitucionales y legales del empresariado y la ciudadanía. Analizaremos sentencias del Tribunal Constitucional que responden a ese fundamento, todas vinculadas al derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; sentencias relevantes.

The Dominican Constitutional Court and the Right to a Healthy and Ecologically Balanced Environment

ABSTRACT

Constitutionally recognized fundamental rights that lack safeguards are a grandiloquent manifestation of constitutional poetry. The preservation of collective and diffuse rights depends on the fulfillment of obligations and effective management by the state institutional framework as well as on the fulfillment of the constitutional and legal duties of the business community and the citizenry. We will analyze Constitutional Court rulings that reflect this rationale, all of them related to the right to a healthy and ecologically balanced environment.

* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales y libertades públicas, societario y comercial, empresarial y económico, legislación bancaria, del trabajo y de la seguridad social y argumentación jurídica; doctorando en derechos fundamentales y libertades públicas. Dirige la firma Salcedo & Astacio. csalcedo@salcedoyastacio.com.do / carlos30salcedo@gmail.com / https://orcid.org/0000-0002-4222-5246

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Keywords: Constitutional Court; healthy and ecologically balanced environment.

Das dominikanische Verfassungsgericht und das Recht auf eine gesunde und ökologisch ausgewogene Umwelt

ZUSAMMENFASSUNG

In der Verfassung verankerte Grundrechte ohne Garantien sind vollmundige Beispiele von Verfassungspoesie. Die Sicherung der kollektiven, diffusen Rechte hängt von der Erfüllung der Verpflichtungen und dem effizienten Management des Netzwerks der staatlichen Institutionen ebenso ab wie von der Umsetzung der konstitutionellen und gesetzlichen Aufgaben durch die Unternehmen sowie die Bürgerinnen und Bürger. Der Beitrag nimmt eine Analyse von Urteilen des Verfassungsgerichts vor, die auf dieser Grundlage ergangen sind und ausnahmslos das Recht auf eine gesunde und ökologisch ausgewogene Umwelt zum Thema haben.

Schlagwörter: Verfassungsgericht; gesunde und ökologisch ausgewogene Umwelt.

Introducción

Los riesgos de una debacle medioambiental y ecológica en el mundo y, particularmente, en la República Dominicana son de tal magnitud que resultan necesarias diferentes técnicas de protección. Una de ellas es la categorización constitucional, como de dominio público, de los bienes y servicios medioambientales y los recursos naturales.

Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución reconoce como patrimonio de la nación los recursos naturales no renovables[1] que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico. Asimismo, en cuanto a los recursos hídricos, el artículo 15 constitucional dispone:

> El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. El consumo humano del agua tiene prioridad sobre cualquier otro uso. El Estado promoverá la elaboración e implementación de políticas efectivas para la protección de los recursos hídricos de la Nación. Las cuencas altas de los ríos y las zonas de

[1] Los recursos naturales todos, una vez tocados por el hombre, no se renuevan, se manejan. Según el informe presentado por la Evaluación de Ecosistemas del Milenio (EM), "una vez que se altera el medio ambiente, ya sea por la contaminación, la deforestación, la urbanización u otras actividades humanas, es difícil, si no imposible, que vuelva a su estado original, es por esto por lo que es un error llamarle recursos no renovables, como equivocadamente lo hace el constituyente derivado en la Constitución dominicana de 2010, debido a que se trata más de su manejo y regularización del mismo que su renovación". Ver Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis* (Washington, D.C.: Island Press, 2005).

> biodiversidad endémica, nativa y migratoria, son objeto de protección especial por parte de los poderes públicos para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la Nación. Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas.

Por su parte, el artículo 16 de la carta sustantiva reconoce igualmente las áreas protegidas como bienes patrimoniales de la nación:

> La vida silvestre, las unidades de conservación que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y los ecosistemas y especies que contiene, constituyen bienes patrimoniales de la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los límites de las áreas protegidas sólo pueden ser reducidos por ley con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras del Congreso Nacional.

Por ser patrimonio colectivo o de dominio público, el artículo 17 del texto fundamental dominicano establece como condición para el aprovechamiento de los recursos naturales, lo siguiente

> Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables, [que] sólo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios ambientales sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley. En consecuencia: 1) Se declara de alto interés público la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional y en las áreas marítimas bajo jurisdicción nacional; 2) Se declara de prioridad nacional y de interés social la reforestación del país, la conservación de los bosques y la renovación de los recursos forestales; 3) Se declara de prioridad nacional la preservación y aprovechamiento racional de los recursos vivos y no vivos de las áreas marítimas nacionales, en especial el conjunto de bancos y emersiones dentro de la política nacional de desarrollo marítimo; 4) Los beneficios percibidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales serán dedicados al desarrollo de la Nación y de las provincias donde se encuentran, en la proporción y condiciones fijadas por ley.

Partiendo de las disposiciones anteriormente indicadas, nuestra carta política se podría denominar como una verdadera Constitución medioambiental. Esta aservación se robustece cuando la propia carta magna, en el artículo 67, ordena al Estado la protección del medio ambiente. Así, de la aludida disposición viene dado el deber estatal

> ... de prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones. En consecuencia: 1) Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza; 2) Se prohíbe la introducción, desarrollo, producción, tenencia, comercialización, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y de agroquímicos vedados internacionalmente, además de residuos nucleares, desechos tóxicos y peligrosos; 3) El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes; 4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la obligación de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado; 5) Los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre.

Dichas disposiciones responden al desarrollo internacional para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. De manera especial, son el resultado del trabajo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que creó distintas entidades dedicadas a los objetivos de defensa, conservación y protección medioambiental, dirigiendo y alentando la participación en el cuidado del medio ambiente, motivando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo la de las futuras generaciones.[2] Es oportuno destacar el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma),[3] creado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1972 y del que forma parte la Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

---

[2] A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (CNUMAH), conocida como Conferencia de Estocolmo, celebrada en junio de 1972, en el seno de la ONU se conocieron cuestiones medioambientales. En ese orden, se organizó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma) y tras la Cumbre de la Tierra, en Río de Janerio, en 1992, se crearon tres convenciones: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación.

[3] De acuerdo con la ONU, el Pnuma es el portavoz dentro del sistema de las Naciones Unidas. En ese orden, actúa como catalizador, promotor, educador y facilitador para promover el uso racional y el desarrollo sostenible del medio ambiente mundial. Ver https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-environment-programme/)

De acuerdo con las directrices internacionales y para seguir coronando el catálogo normativo fundamental, sin dejar de lado otras leyes dirigidas a institucionalizar la gestión de los recursos naturales y de los bienes y servicios medioambientales,[4] en el año 2000, mediante la Ley 64-00, la República Dominicana creó el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, a cargo del establecimiento de las políticas públicas de protección del medio ambiente, la regulación del sector medioambiental y de recursos naturales, y las acciones y sanciones en esta materia.

Pero no basta tener esa estructura institucional y normativa ni que las competencias estén definidas ni indicadas, como lo están los principios del derecho medioambiental antes referidos en la Constitución y en el catálogo normativo aludido. El Estado está obligado a prevenir, proteger y mantener el medio ambiente y los recursos naturales en provecho de las presentes y futuras generaciones y a imponer las sanciones procedentes a quien les causen daño, pues en materia ambiental "quien contamina paga".

Entre otras debilidades del sistema de protección medioambiental expuesto están la falta de cumplimiento normativo, la aplicación sesgada de la ley y la aún tímida, débil y muchas veces inconsistente gestión de las autoridades medioambientales. Para enfrentarlas, el Estado debe intervenir de manera temprana, constante, permanente, sistemática y universal en la educación medioambiental y en materia de recursos naturales de los estudiantes de todos los niveles: primario, secundario, técnico, universitario y de cursos de diplomados, posgrados, maestrías y doctorados, así como de la ciudadanía y la población en general.

Claro, son indispensables, primero, materias, programas, actividades, pasantías, promoción de escritos, prácticas y experiencias educativas, teóricas y prácticas, en los centros educativos, sin excepción. Es decir, establecer una política pública educativa para tener un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para lo cual el Ministerio de Medio Ambiente debería trabajar con los ministerios de Educación y de Educación Superior, para ofrecer tanto formación y educación teórica como prácticas suficientes en la materia, dirigidas a los estudiantes del sistema educativo y universitario.

Se precisa, además, el conocimiento ciudadano de la realidad ecológica, medioambiental y de nuestros recursos naturales. Para ello, el Estado, a través de todas sus instituciones, debe fortalecer el cumplimiento de la legislación, destinar los recursos suficientes, realizar una gestión eficiente, establecer las sanciones, y promover y difundir el diagnóstico del medio ambiente y de nuestros recursos

[4] Dentro de estas normas están: 1) Ley Sectorial de Áreas Protegidas, n.° 202-04; 2); Ley que declara a la República Dominicana como estado archipielágico, n.° 66-07; 3); Ley que crea el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INDRHI), n.° 6; 4) Ley de ordenamiento territorial, uso de suelo y asentamientos humanos, n.° 368-22; 5) Ley sobre prevención, supresión y limitación de ruidos nocivos y molestos que producen contaminación sonora, n.°,287-04; 6) Ley general de gestión integral y coprocesamiento de residuos sólidos, n.° 225-20; y 7) Ley de seguridad de la biotecnología, n.° 219-15, entre otras.

naturales. Esto debe conducir a la sensibilización, conciencia y compromiso ciudadanos para enfrentar al enémigo real de nuestro deseado y permanente crecimiento económico: la catástrofe ecológica.

Cuando habla del "síndrome del arca", Yuval Noah Harari se pregunta si en verdad la economía puede seguir creciendo eternamente y si no acabará con quedarse sin recursos y deteniéndose, pues con el fin de asegurar el crecimiento perpetuo, de algún modo debemos descubrir una fuente inagotable de recursos.[5] Además, si bien es cierto que podríamos confiar en la nanotecnología, la ingeniería genética y la inteligencia artificial, que de seguro revolucionarán la producción y abrirán secciones completamente nuevas en nuevos megamercados, que no dejarán de expandirse, con lo cual tenemos muchas probabilidades de superar el problema de la escasez de recursos, Harari afirma que la némesis real de la economía moderna es el colapso ecológico. Esto porque tanto el progreso científico como el crecimiento económico tienen lugar en el seno de una biosfera frágil y, a medida que adquieren impulso, sus ondas expansivas desestabilizan la ecología.[6]

Es cierto, pues, que poseemos un catálogo normativo constitucional, convencional y legal adjetivo medioambiental, que pone a cargo del Estado la obligación de protección del medio ambiente y los recursos naturales, la reducción de su vulnerabilidad y la reversión de las pérdidas recurrentes por el uso inadecuado del medio ambiente y de los recursos naturales, pero, al mismo tiempo, se identifican falencias en la gestión normativa, en particular, y del sistema, en general.

Sin embargo, la labor y la urdimbre normativa son necesarias, mas no suficientes. Una forma normativa y educativa de mejorar y coronar ambos aspectos es con la labor del Tribunal Constitucional dominicano.[7] Este, efectivamente, ha emitido varias sentencias relevantes sobre el derecho fundamental a un medio ambiente sano y la necesidad de protección de los derechos colectivos y difusos, protegidos en virtud del artículo 66 de la Constitución, como en los casos de Loma Miranda, Palmarejo y Cayo Levantado, entre otros relativos también a parques nacionales,

---

[5] Yuval Noah Harari, *Homo deus, breve historia del mañana* (Barcelona: Liberdúplex, 2017), 238-339.

[6] *Idem*.

[7] El Tribunal Constitucional tiene el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, y sus decisiones tienen carácter o fuerza normativa. En efecto, en virtud de lo que dispone el artículo 184 de la Constitución, "habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria". Asimismo, en virtud de lo que dispone el artículo 53 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, bajo las condiciones y en los casos establecidos en dicho artículo.

cuya preservación fue introducida por el artículo 67 de la Constitución de la República, proclamada el 26 de enero de 2010.

En sus decisiones, el Tribunal Constitucional ha denotado, insuficientemente en algunos casos, como se demostrará más adelante, el carácter supranacional del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como la doble dimensión de este: la objetiva, pues es deber del Estado prevenir la contaminación y proteger el medio ambiente; y la subjetiva, en virtud de la cual toda persona tiene el derecho al uso y goce de los recursos naturales.

Cinco de las sentencias del Tribunal Constitucional en dicha materia, que serán objeto de estudio en el presente artículo, permiten identificar la labor de garantía y protección de los derechos colectivos, difusos y fundamentales por parte de este alto tribunal. Algunas de las decisiones emitidas entre los años 2016 y 2022 tienen, en algunos casos, referencias a sentencias anteriores[8] que, por su carácter normativo y por ende vinculante, destacan la labor de garantizar la supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, particularmente en lo que concierne al medio ambiente y los recursos naturales y, muy especialmente, en lo atinente al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

1. Estudio de sentencias destacadas del Tribunal Constitucional en materia de medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado

Siguiendo el esquema de Toulmin,[9] se identificarán los aspectos más destacados de cada sentencia objeto del presente análisis. En dichos estudios, corresponderá a los datos (D), a las garantías (G), al respaldo (R), a la conclusión (C) y a las excepciones (E).

---

[8] La Sentencia TC/0167/13 analiza un conflicto en el que se invocaba la vulneración del derecho a un medio ambiente sano, producto de las actividades extractivas realizadas por una empresa. En dicha ocasión, este Tribunal señaló: "Al tener los derechos de libre empresa y el derecho al trabajo componentes individuales frente al derecho colectivo y difuso que representan las medidas para la preservación del medio ambiente, el cual, como indicamos antes, tiene además un alcance supranacional, los dos primeros derechos deben ceder en su ámbito de protección frente al último siempre y cuando quede evidenciado que una actuación particular pueda tener o tenga un efecto adverso e irreversible en el mantenimiento del equilibrio ecológico, máxime cuando la actuación a largo plazo de los particulares pudiere arriesgar la seguridad y la subsistencia de seres humanos" (Sentencia TC/0458/21).

[9] Stephen Toulmin fue un matemático y filósofo inglés y, aunque no fue jurista, realizó un gran aporte al análisis del razonamiento moral y a la historia de la cultura, con la innegable influencia del pensador austríaco Ludwig Wittgenstein. A través de sus escritos y la prolífica y profunda labor bibliográfica buscó el desarrollo de argumentos prácticos que pudieran ser usados eficientemente al evaluar la ética detrás de los asuntos morales. Su modelo argumentativo explica desde el punto de vista lógico la estructura o el esquema al cual responde un texto argumentativo. El esquema en comentario es producto de su magnífica obra *The uses of*

1.1. Sentencia TC/0128/22

La Sentencia TC/0128/22, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (TC), trata sobre el recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por el Ministerio Casa de Gloria La Vega, Centro Educativo Yami, Centro Educativo Norberto Luciano Mora Bayacanes La Vega y compartes (en adelante, Centro Educativo Yami y compartes) contra la Sentencia 212-2018-SSEN-00101, dictada por la Tercera Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Vega (CPJPI de La Vega), el 7 de septiembre de 2018.

Este caso se fundamenta en el hecho de que Juan Domingo Madera, Lorenza Mora, Javier Osvaldo Gómez de la Cruz, Transporte Vásquez, SRL (Tranvas) (Tranvas y compartes) iniciaron la explotación de unas minas ubicadas en la sección de Bayacanes, provincia La Vega, utilizando explosivos que ocasionaron daños a la comunidad, a su infraestructura y a la salud, incluso la muerte de algunos residentes. Por ello, el Centro Educativo Yami y compartes presentaron una acción de amparo ante la CPJPI de La Vega, en la cual intervinieron el procurador fiscal de La Vega y el Ministerio de Medio Ambiente.

Mediante la Sentencia 212-2018-SSEN-00101, la CPJPI de La Vega acogió las pretensiones de Tranvas y compartes al declarar la acción de amparo inadmisible por su notoria improcedencia, ya que los accionantes no demostraron la calidad para accionar en justicia, en virtud de que la instancia no se encuentra firmada por ellos, ni las personas morales estuvieron debidamente representadas por personas físicas. En consecuencia, el Centro Educativo Yami y compartes recurrieron dicha sentencia en revisión constitucional de sentencia de amparo ante el TC.

El TC admitió la revisión de la sentencia de amparo dictada por la CPJPI de La Vega, debido a que cumplía con los requisitos de forma que prevé el artículo 96 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, y fundamentándose en la relevancia constitucional de la protección de los derechos fundamentales involucrados en el conflicto, como la salud y un medio ambiente no contaminado.[10]

---

arguments (Los usos de la argumentación), del cual me sirvo para el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano.

[10] Esta posición fue fijada previamente por el TC mediante la Sentencia TC/0007/12, la cual estableció que la especial trascendencia o relevancia constitucional "solo se encuentra configurada, entre otros, en los supuestos: 1) que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; y, 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional".

El TC consideró que la CPJPI de La Vega fue incongruente en su fallo, en sus fundamentos y respecto a los alegatos de las partes. Ante dicha situación, declaró la admisibilidad del recurso de revisión de amparo, conoció el fondo del caso, acogió el recurso de revisión y revocó la sentencia atacada por este, pero, debido a que había otra vía judicial abierta con la que se pueden salvaguardar los derechos de las partes, esto es, mediante un recurso contencioso administrativo, declaró la inadmisibilidad de la acción de amparo.

Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

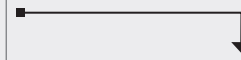
La parte recurrente, Centro Educativo Yami y compartes, alegó que la sentencia objeto del recurso le violentó uno de los principios rectores del sistema de justicia constitucional, específicamente, el establecido en el numeral 1 del artículo 7 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, de accesibilidad, causándole un agravio, al impedir acceder a la justicia mediante sus representantes legales.

Al margen de las consideraciones procedimentales que causaron la revocación de la decisión objeto del recurso y el conocimiento por parte del TC de la acción de amparo primigeniamente perseguida, el TC observó que la existencia de un acuerdo previo al recurso suscrito por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales a petición de la sección Bayacanes, de la provincia de La Vega y la Planta de Agregados Transvas, S. A. para cumplir con el Plan de Manejo y Adecuación Ambiental (PMAA), implicó que ya se había realizado una acción para enfrentar la posible vulneración de derechos fundamentales colectivos y difusos, particularmente al de un medio ambiente sano. Por ello, el TC advirtió que debía declarar la inadmisibilidad del recurso, debido a que mediante la acción de amparo era imposible verificar la satisfacción o no del acuerdo arribado, y que la vía correcta sería la contenciosa administrativa.

Sin embargo, a pesar de ello, el TC reconoció que

> ... el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado y sano los constituyentes han incorporado a la Constitución de la República, para su garantía y protección, a fin de preservar el equilibrio ecológico, la defensa del medio ambiente y la calidad de vida, todo ello prevaleciendo frente al progreso económico que pueda desarrollarse ante la extracción de mina.

Dentro de esta sentencia encontramos un voto salvado de la magistrada María del Carmen Santana de Cabrera, quien consideró que el TC debió haber acogido el recurso de revisión como lo hizo, para revocar la sentencia recurrida y declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo, pero no debió haber hecho consideraciones y argumentos que se vincularan con el fondo del litigio.

Datos (D). Tranvas y compartes demandados por causar daño ambiental y a la salud de las personas aledañas a una operación minera. Dichas personas interponen una acción de amparo, la cual es declarada inadmisible.	(…) por tanto 
	Conclusión (C). Se revoca la sentencia emitida por la CPJPI de La Vega y se declara la inadmisibilidad de la acción de amparo. Sin embargo, se reconoce la prevalencia del derecho a un medio ambiente sano ante el progreso económico que puede desarrollarse por la extracción de una mina.
Garantías (G). La Ley que crea la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00), en su artículo 18, numeral 6, establece que "[c]orresponden a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales las siguientes funciones: 6) Velar por que la exploración y explotación de los recursos mineros se realice sin causar daños irreparables al medio ambiente y a la salud humana; paralizar la ejecución de cualquier actividad minera, cuando considere, sobre la base de estudios científicos, que la misma puede poner en peligro la salud humana y causar daños irreparables al medio ambiente o a ecosistemas únicos o imprescindibles para el normal desarrollo de la vida humana; y garantizar la restauración de los daños ecológicos y la compensación por los daños económicos causados por la actividad minera"; y el artículo 67 de la Constitución establece el derecho a un medio ambiente sano.	
	Excepción (E). A menos que hubieran accionado por la vía contenciosa administrativa.
Respaldo (R). El Tribunal Constitucional no hace uso de ningún instrumento internacional ni de precedentes de sus homólogos para fundamentar su decisión.	

Fundamento de datos (D)

El Centro Educativo Yami y compartes interpusieron una acción de amparo contra Tranvas y compartes, por la alegada contaminación medioambiental y la muerte de

algunas personas por sus operaciones mineras con dinamita. Se realizó un memorándum de entendimiento para poder mitigar el impacto producido por la actividad de la explotación minera realizada en dicha comunidad.

Como se expuso en la sentencia, le correspondía al TC conocer del presente recurso, por cumplir con los plazos y requisitos correspondientes y, al estar involucrados derechos fundamentales, como lo establecen los artículos 185.4 de la Constitución, y 94 y 95 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, por tener especial trascendencia constitucional.

Tras ser apoderado, el TC examinó todas las pruebas incorporadas al proceso y analizó los derechos vulnerados que alegó el recurrente en amparo; pero hizo caso omiso de estos, ya que la acción era inadmisible por haber sido interpuesta, a pesar de existir una vía judicial más efectiva para tutelar los derechos vulnerados, esto es, la vía contenciosa administrativa. Pero, confirmó que el derecho al disfrute de un medio ambiente sano prevalece ante el derecho de progreso económico que deriva de la explotación de una mina.

Fundamentos de las garantías (G) y respaldo (R)

Relativo a las garantías que busca proteger, el TC solo menciona los derechos fundamentales vulnerados y su importancia; pero no se adentra en su análisis y, en consecuencia, a pesar de anunciar hacerlo, no conoce plenamente el fondo del proceso, puesto que procedía una inadmisibilidad debido al memorándum de entendimiento con entidades de derecho público, en cuyo caso el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con respecto al respaldo, en su sentencia, el TC no agregó ningún respaldo internacional, dejándola desprovista de dicha fuente y base legal.

Conclusión (C)

La sentencia acogió el recurso, revocó la sentencia de la CPJPI de La Vega y declaró inadmisible la acción de amparo, por existir una vía judicial más efectiva para tutelar los derechos vulnerados, como lo es el recurso contencioso administrativo. Sin embargo, se reconoce la prevalencia del derecho a un medio ambiente sano ante el progreso económico que puede desarrollarse ante la extracción minera.

Excepción (E)

Si los amparistas hubieran escogido la vía jurisdiccional pertinente –la contenciosa administrativa– se hubieran evitado la inadmisibilidad y probablemente hubiesen obtenido la protección de sus derechos fundamentales a un medio ambiente sano.

1.2. Sentencia TC/0384/16

La Sentencia TC/0384/16, dictada por el TC dominicano, versa sobre el recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por Miguel Ramón Suriel

y Ariel Suriel contra la Sentencia 0036/2012, dictada por la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monseñor Nouel (CPJPI de Monseñor Nouel), el 16 de abril de 2012.

Los hechos objeto de la acción se contraen a que Danilo Jiménez Jáquez y Evelin Jeannette Frómeta Cruz interpusieron una acción de amparo contra los propietarios de la Tienda WAO, Miguel Ramón Suriel y Ariel Suriel por supuesta contaminación ambiental y por violación de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00). En ese orden de ideas, la Procuraduría de Medio Ambiente y Recursos Naturales levantó, en diferentes fechas, actas de inspección en la mueblería WAO, para verificar la situación y confirmar si efectivamente había contaminación ambiental que afectaba a los residentes de la zona donde se encuentra la tienda.

La acción de amparo fue conocida por ante la CPJPI de Monseñor Nouel, la cual le ordenó la suspensión de los trabajos de ebanistería a los propietarios de la Tienda WAO, debido a la contaminación, tanto auditiva como aérea, que afectaba a los residentes de la zona. La CPJPI de Monseñor Nouel acogió las pretensiones de los señores Danilo Jiménez Jáquez y Evelin Jeannette A. Frómeta Cruz, accionantes en amparo, por lo que, los perdidosos, Miguel Ramón Suriel y Ariel Suriel, recurrieron la decisión adversa, en revisión constitucional ante el TC.

El TC admitió la revisión de la sentencia de amparo dictada por el CPJPI de Monseñor Nouel, fundamentándose en la relevancia constitucional de la protección de derechos fundamentales, como a la salud y a un medio ambiente no contaminado. En cuanto al fondo, evaluó los alcances y límites que deben tener las empresas con ocasión de sus operaciones en zonas residenciales.

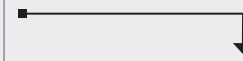
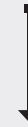
El TC consideró que la orden de reubicación de la fábrica de muebles no vulneró ningún derecho y, por el contrario, confirmó que la CPJPI de Monseñor Nouel hizo una acertada ponderación de los derechos involucrados: al trabajo, a la libre empresa, a la salud y a un medio ambiente sano y, con ello, se protegieron los derechos constitucionales de las partes envueltas en el litigio.

Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

El TC consideró que el juez de amparo hizo una correcta aplicación de la norma constitucional y actuó con un elevado sentido de justicia al decidir como lo hizo.

En ese contexto, el TC hizo referencia a la existencia de un informe del Departamento de Gestión Ambiental del Ayuntamiento del municipio de Bonao, el cual establecía la necesidad de que el taller de la referida fábrica de muebles fuera trasladado a un lugar adecuado, pues el ruido producido alcanzaba más de 70 decibeles, y en el municipio de Bonao todos los talleres de esta naturaleza están en las afueras de la ciudad. Este informe, cuya credibilidad y certeza no fueron puestas en duda, estableció que existía efectivamente la contaminación ambiental que podía afectar a las personas residentes en la zona.

Debido a que en la sentencia de amparo objeto del recurso de revisión no se impuso ninguna medida orientada a garantizar la efectividad de la sentencia, el TC la modificó para establecer una astreinte o sentencia pecuniaria accesoria que, como tal, asegurara la ejecución de la decisión de amparo. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, que le da al juez la facultad de pronunciar este tipo de medida. En el mismo sentido, este criterio ha sido establecido por el TC en las sentencias TC/0217/13 y TC/0333/14.

Datos (D). Tienda WAO tiene un negocio de fabricación de muebles que afecta la salud de los residentes del vecindario. Aunque la tienda alega tomar todas las medidas a lugar, tras las recomendaciones recibidas después de realizado un informe oficial, se le ordena que mueva parte de su producción a otra área, porque todavía tiene un impacto que afecta a la población de la zona de la mueblería.	(…) por tanto 
	Conclusión (C). La sentencia del TC acoge el recurso parcialmente, modifica la sentencia recurrida, para agregar una astreinte y mantiene en parte la sentencia emitida por la CPJPI de Monseñor Nouel, la cual ordena la suspensión de los trabajos de ebanistería en la zona donde se encuentra ubicada la Tienda WAO.
Garantías (G). Los artículos 61 y 67 de la Constitución dominicana salvaguardan estos derechos fundamentales conculcados, como lo son el derecho a la salud y a la protección del medio ambiente.	
	Excepción (E). Si la Tienda Wao hubiera estado ubicada fuera de la zona residencial, se hubiese denegado la acción.
Respaldo (R). El Tribunal Constitucional no hace uso de ningún instrumento internacional ni de precedentes de sus homólogos para fundamentar su decisión. Solo el magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, en un voto salvado, hace uso de una jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela.	

Fundamento de datos (D)

Nos encontramos ante un caso en el que Danilo Jiménez Jáquez y Evelin Jeannette Frómeta Cruz interpusieron una acción de amparo contra los señores Miguel Ramón Suriel y Ariel Suriel, propietarios de la Tienda WAO, por alegada contaminación medioambiental de una zona residencial, debido a sus actividades comerciales. En ese orden, las autoridades de la Procuraduría de Medio Ambiente, del Departamento Judicial de La Vega, les ordenaron a los propietarios de la Tienda WAO que tomaran una serie de medidas correctivas para tratar de evitar que sus actividades tuvieran un impacto dañino en la población de la zona; pero tras ser implementadas, los afectados seguían percibiendo la contaminación acústica, por lo que el juez de amparo les ordenó mover la fábrica fuera de la zona residencial.

En la presente sentencia, el TC no transcribe el fallo íntegro del juez de amparo, sino solo su dispositivo, con lo cual limita la posibilidad de hacer una mejor y más amplia interpretación de la decisión.

Como se expuso en la sentencia, por la especial trascendencia constitucional del recurso con relación a los derechos fundamentales involucrados y según lo establecido por los artículos 185.4 de la Constitución, 9, 72, párrafo III, y 94 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, le correspondía al TC conocer del recurso de que se trata, sin importar que se haya interpuesto ante la Corte de Apelación del Departamento Judicial de La Vega.

Tras ser apoderado, el TC examinó todos los documentos y pruebas aportados al proceso y, contrario a lo alegado por los recurrentes, Miguel Ramón Suriel y Ariel Suriel, propietarios de la Tienda WAO, sobre la vulneración del derecho de defensa por la denegación de escuchar el testimonio del técnico que realizó el informe y sus propios testimonios, no encontró ninguna prueba que indicara la referida violación del derecho de defensa.

Fundamentos de las garantías (G) y respaldo (R)

La sentencia no menciona los derechos fundamentales vulnerados ni su relevancia en el caso. Sin embargo, el TC sí reconoció que el juez de amparo hizo una correcta ponderación de los derechos involucrados, como el derecho al trabajo, a la libre empresa, a la salud y a un medio ambiente sano.

El TC verificó que no hubo una violación del derecho de defensa, en los términos planteados por Rafael Suriel y Ariel Suriel, propietarios de la Tienda WAO, debido a que no se pudo comprobar ningún pedimento formulado en las etapas correspondientes para escuchar el testimonio del técnico que realizó el informe utilizado como base de la decisión recurrida.

No obstante, sí cabe destacar que para garantizar el cumplimiento de la sentencia recurrida, el TC reconoció importante la imposición de una astreinte, para dar mayor seguridad al cumplimiento de lo que se ordena en la sentencia. Todo ello de conformidad con la potestad del TC plasmada en el artículo 93 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

Precisamente, ha sido criterio del TC fijar la referida sanción en virtud del principio de oficiosidad, el cual le permite la imposición de medidas para garantizar la supremacía constitucional. Algunos ejemplos de este escenario son las sentencias TC/0217/13 y TC/0333/14.

Con respecto al respaldo, lo único que se plasma es el voto salvado del magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, quien considera que la revisión constitucional de la acción de amparo cuando ha sido interpuesta de manera errónea, como en el caso de que se trata, se debe conocer de igual manera, pero haciendo la corrección correspondiente y convirtiendo la acción de un recurso de apelación en un recurso de revisión. Según señala, ante la necesidad de la protección de los intereses difusos y colectivos, así lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. La misma tendencia ha sido seguida por el Tribunal Constitucional dominicano en sentencias anteriores. El magistrado Acosta de los Santos cuestionó que no se haya hecho la conversión de lugar, la cual, conforme a su criterio, debió ser plasmada en la parte integral de la sentencia.

Conclusión (C)
La sentencia acogió parcialmente el recurso de revisión constitucional y agregó un ordinal a la sentencia recurrida para imponer una astreinte. Del mismo modo, confirmó en los demás aspectos la sentencia recurrida, dado que, según el criterio del TC, el juez de amparo hizo una correcta aplicación de la norma constitucional y, al decidir como lo hizo, actuó con un elevado sentido de justicia y, por lo tanto, no se verificó ninguna violación del derecho de defensa que alegaban los recurrentes.

Excepción (E)
No hubo forma de haber prevenido el caso por el actuar de la parte recurrente al instalar una empresa de fabricación de muebles en los pisos segundo y tercero de un edificio que se ubica en una zona residencial.

1.3. Sentencia TC/0402/16

La Sentencia TC/0402/16, dictada por el TC dominicano, trata sobre el recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por Equipos y Construcciones Cibao, SRL, (Ecocisa) y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Mimarena) contra la Sentencia 514-15-00478, dictada por la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago (CCCJPI de Santiago), el 23 de septiembre de 2015.

En este caso, Mimarena otorgó a Ecocisa permisos de extracción por medio de los certificados de registro de impacto mínimo DP (25SN)-1938-15 y SDL-CCP-038-10. Tras el inicio de las operaciones mineras, Roberto Méndez, Pablo Almonte y compartes presentaron una solicitud referente a la Dirección Provincial del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales para paralizar la

extracción de materiales del monumento natural Pico Diego de Ocampo; pero Mimarena ignoró dicha solicitud.

En vista de la falta de respuesta, Roberto Méndez y compartes interpusieron una acción de amparo contra Ecocisa y Mimarena, debido a que Ecocisa no había reforestado ni rellenado el área minada y había violado el derecho fundamental a un medio ambiente sano, dada la contaminación provocada por sus actividades. Para ello, dichos accionantes aportaron un informe pericial que daba cuenta de que en la extracción de materiales de la mina no se llevaban a cabo los criterios básicos exigidos.

La acción de amparo fue acogida por la CCCJPI de Santiago, mediante la Sentencia 514-15-00478 de 23 de septiembre de 2015. A Ecocisa se le ordenó la suspensión del permiso ambiental DP (25SN)-1938-15 de 10 de abril de 2015 y la paralización de las extracciones de materiales en el monumento natural Pico Diego de Ocampo, debido a que Mimarena no le exigió a Ecocisa un plan de minado y de recuperación ambiental; ni tampoco se hizo la supervisión del lugar con posterioridad a la expedición de la autorización; además, la misma empresa se encontraba en incumplimiento de las normativas correspondientes para sus actuaciones en la zona. La CCCJPI de Santiago acogió las pretensiones de Roberto Méndez y compartes, accionantes en amparo, por lo que Ecocisa y Mimarena recurrieron la decisión adversa ante el TC.

El TC admitió la revisión de la sentencia de amparo dictada por el CCCJPI de Santiago, fundamentándose en la relevancia constitucional de la protección de derechos fundamentales, como los derechos colectivos y difusos, y a un medio ambiente no contaminado. En cuanto al fondo, evaluó el incumplimiento por parte del Mimarena, como órgano encargado de dar permisos ambientales, de supervisar las actividades mineras, asegurar el cuidado del medio ambiente y garantizar el cumplimiento de las normas de protección de este. Al igual que en el proceso de fondo, el TC comprobó que Ecocisa no estaba cumpliendo con sus deberes de cuidado del medio ambiente, ya que no puso en marcha el plan de recuperación ambiental requerido y solamente había efectuado la reforestación de una pequeña porción de la mina.

El TC consideró que la suspensión del permiso no vulneraba ningún derecho, sino que, al contrario, la CCCJPI de Santiago hizo una acertada ponderación de los derechos involucrados: derecho al trabajo, a la libre empresa, colectivos y difusos, y a un medio ambiente sano; además, con su decisión se protegieron los derechos constitucionales de las partes, limitando algunos para resguardar el bien mayor de los ciudadanos.

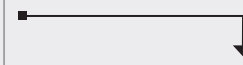
Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

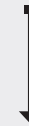
El TC consideró que el juez de amparo fundamentó de manera correcta su sentencia y que sus argumentos fueron precisos y apegados a los cánones constitucionales y legales, debido a que se pudo comprobar que Ecocisa incumplió los lineamientos de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00), precisamente

en lo relativo al plan de recuperación ambiental. Así, el Mimarena incumplió con su deber de supervisión como institución encargada de las políticas públicas de protección al medio ambiente.

En cuanto a la explotación de yacimientos, el TC se ha pronunciado en los numerales 10.33 y 10.34 de su Sentencia TC/0167/13, dejando claro que estas actividades mineras pueden ser de importancia para el motor económico del país, pero es necesario proteger el medio ambiente y tomar en cuenta los efectos devastadores que puede tener la minería. En ese orden de ideas, ha considerado que es de suma importancia realizar los estudios de impacto ambiental, como indican el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Academia de Ciencias de la República Dominicana (ACRD). También, se debe respetar el derecho a la libertad de empresa y de trabajo, pero, al mismo tiempo, se deben limitar estos derechos para proteger el bienestar de los seres humanos y el ambiente en el que viven.

Cabe destacar el voto salvado del magistrado Lino Vásquez Sámuel, en el cual expresa que la sentencia recurrida debió referirse a la obligatoriedad de la consulta previa en los procesos de autorización de actividades que pudieran afectar al medio ambiente, como presupuesto inescindible del derecho fundamental a un medio ambiente sostenible, en los términos establecidos en el artículo 67 de la Constitución dominicana. El magistrado Vásquez manifiesta que se le tuvo que dar relevancia a la necesidad de que se cumplan los lineamientos de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00), y a que exista la participación ciudadana antes de otorgar permisos que afectan a los ciudadanos y que, por tanto, no solo se haga mención del caso en particular rechazando el recurso, sino que se establezca un precedente para que Mimarena no vuelva a cometer esta grave falta.

Datos (D). Mimarena no le exigió a Ecocisa un plan de minado y de recuperación ambiental, ni tampoco se hizo la supervisión de lugar con posterioridad a la expedición de la autorización. De igual forma, Ecocisa no estaba cumpliendo con las normativas en su operación minera, afectando con ello al medio ambiente.	(…) por tanto 
	Conclusión (C). Se mantiene la sentencia emitida por la CCCJPI de Santiago al rechazar el recurso de revisión constitucional. Un voto salvado del magistrado Lino Vásquez Sámuel indica que se debió haber mencionado la necesidad de la participación ciudadana en los procesos de permisos en temas ambientales y que se debe forzar al Mimarena en el cumplimiento de la normativa.

Garantías (G). Los artículos 66 y 67 de la Constitución dominicana salvaguardan estos derechos fundamentales conculcados, como los derechos colectivos y difusos, y la protección del medio ambiente.	
	Excepción (E). A menos que Mimarena tuviera la información relevante y hubiera inspeccionado que Ecocisa había llevado a cabo un plan de reforestación y cuidado que se estuviera acatando de acuerdo con las normativas del país y tuviera constancia de este.
Respaldo (R). Los derechos colectivos y difusos y el derecho a un medio ambiente sano, como derechos fundamentales, han sido plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados, pactos, convenciones relativas a derechos humanos, así como en nuestra Constitución. Estos son prioritarios, como se evidencia en informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), para que se realicen estudios e investigaciones necesarias para garantizar que los resultados arrojados no sean de tan alta lesividad antes de proceder con la operación.	

Fundamento de datos (D)

El presente caso se debe a la falta de cumplimiento por parte del Mimarena en requerir toda la documentación necesaria y supervisar los trabajos de minería y de recuperación ambiental.

La recurrente, Ecocisa, en su recurso alega violación del artículo 69 de la Constitución, con relación a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, así como a las dispocisiones de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00). El recurrente, Mimarena, en su recurso solicita la anulación, en todas sus partes, de la Sentencia 514-15-004478 de 23 de septiembre de 2015.

La sentencia del TC falla al no añadir en la parte integral el fallo transcrito de la primera instancia, como se debe, para poder apreciar la decisión de tribunal del que proviene la sentencia objetada con el recurso.

La admisibilidad de los recursos de revisión en amparo se encuentra establecida en el artículo 100 de la referida Ley 137-11, reforzada por la Sentencia TC/0007/12 de 22 de marzo de 2012.

Se destaca que el 18 de enero de 2016 se creó una comisión para inspeccionar la mina de Jacagua, para comprobar si la extracción de materiales ha ocasionado daños

ecológicos en la localidad, por la erosión del terreno, y si el tamaño de la mina se ha reducido a un paso alarmante. Esto, junto a las ponderaciones del juez de amparo fueron más que suficientes para rechazar los recursos incoados por los recurrentes.

Fundamentos de las garantías (G) y el respaldo (R)
En relación con casos de explotación de yacimientos de mina, el TC estableció en los numerales 10.33 y 10.34 de su Sentencia TC/0167/13 que, aunque los yacimientos sean una actividad importante para contribuir al desarrollo económico, es necesario proteger el medio ambiente y tomar en cuenta los efectos devastadores que tienen estas operaciones mineras. Así lo expresan los informes expuestos por el PNUD, capítulo República Dominicana, y por la ACRD sobre la obligatoriedad de un criterio medioambiental sostenible respecto de este tipo de operaciones.

Esta es la única garantía y respaldo que usa el TC en la parte integral de su sentencia. Sin embargo, es muy importante el aporte del magistrado Lino Vásquez Sámuel, quien desea contribuir al fortalecimiento de los fundamentos jurídicos de la decisión resaltando la importancia de la consulta pública o consulta previa en los procesos de autorización de actividades que pudieran poner en riesgo el medio ambiente o los recursos naturales. En ese orden de ideas, el magistrado Vásquez comenta que el TC no se refirió a la obligatoriedad de consultas previas a procesos de autorización, haciendo mención de los derechos, las garantías y los derechos fundamentales, en especial los derechos colectivos y difusos y del medio ambiente. Para sostener su posición, el magistrado Lino cita a Lozano Cutanda, quien, indicando la necesidad de que los ciudadanos sean consultados, sostiene:

> ... el trámite de audiencia a los ciudadanos o las asociaciones representativas se configura de esta forma como de preceptiva observancia cuando se trata de disposiciones que afectan directamente a sus derechos e intereses legítimos, y cuando la índole de la disposición lo aconseje, como ocurrirá en la mayoría de los casos relativos a la protección del entorno, habrá de ser sometida a trámite de información pública.

Todo esto lo vemos transcrito en el artículo 39 del Reglamento del Proceso de Evaluación Ambiental.

Conclusión (C)
Se mantiene la sentencia emitida por la CCCJPI de Santiago y se rechaza el recurso de revisión constitucional porque los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida son precisos y apegados a los cánones constitucionales y legales.

Excepción (E)
El caso pudo haber sido prevenido si Mimarena, antes de otorgar la autorización ambiental DP (25SN)-1938-15 de 10 de abril de 2015, hubiera exigido a la empresa Ecocisa un plan de minado y de recuperación ambiental, y, con posterioridad a la

expedición de la autorización, hubiera supervisado las actividades realizadas en virtud de esta. De igual manera, Ecocisa debía encargarse de depositar el plan y cumplir con las tareas de recuperar, rellenar y reforestar el área que había sido minada.

1.4. Sentencia TC/0458/21

En la Sentencia TC/0458/21 el TC decidió sobre el recurso de revisión constitucional en materia de amparo interpuesto por la Asociación Municipal de Mujeres, Inc. (AMMUS), la Asociación de Cosecheros de Tabaco de la Región del Cibao, Inc., y Santiago Álvarez, Francisco Agustín Peña, Ariel Martínez Aponte y compartes (en adelante, AMMUS y compartes) contra la Sentencia 0514-2019-SSEN-00304, dictada por la CCCJPI de Santiago, el 9 de septiembre de 2019.

En este caso, Héctor Radhamés Cruz Espinal y la empresa Mina Mar Palmarejo (Constructora Mar) fueron autorizados por el Mimarena para la extracción y el transporte de materiales. Dichas autorizaciones fueron dadas mediante los permisos VSA-11-1221 (19-11-2018), de 100.000 metros cúbicos, que según una nota no fue utilizado; VSA-01-0098 (23-1-2019), de 92.161 metros cúbicos, del que hubo una prórroga, VSA-11-1221; VSA-03-0283 (15-3-2019), de 52.696 metros cúbicos; VSA-05-0657 (23/05/2019), de 30.000 metros cúbicos, y uno solicitado el 18-6-2019, de 30.000 metros cúbicos. Como consecuencia, la empresa inició actividades extractivas a cielo abierto de materiales conglomerados calcáreos (materiales áridos) de la corteza terrestre para obtener agregados.

Al ver el impacto de esta actividad minera, AMMUS y compartes presentaron una acción de amparo colectivo solicitando la paralización definitiva de las actividades extractivas, en el entendido de que destruyen de forma irreparable el equilibrio ecológico de la fauna, la flora y la vida humana del entorno y, especialmente, en el área protegida del Pico Diego de Ocampo. El juez de amparo solicitó a la ACRD la elaboración de un informe técnico para constatar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de las actividades extractivas realizadas en dicho emplazamiento.

La CCCJPI de Santiago acogió de manera parcial la acción constitucional de amparo interpuesta por AMMUS y compartes; pero rechazó la disposición de paralización definitiva de la extracción de materiales, esto es, de la operación minera, y ordenó al Mimarena supervisar, vigilar y dar seguimiento al plan de manejo y adecuación ambiental, con base en el cual se aprobaron y se aprueban los permisos de explotación, para garantizar el cumplimiento de manera total del plan y hasta el cierre defintivo del lugar de extracción y de minimizar el impacto negativo que produzca la extracción.

AMMUS y compartes interpusieron el recurso de revisión constitucional de amparo con el propósito de que se ordenara la suspensión definitiva de la explotación de los materiales mineros y las excavaciones hasta tanto tanto culmine de manera definitiva el proceso judicial; se anule y revoque la decisión impugnada y se ordene la devolución del expediente al tribunal de amparo, a fin de que sea conocida

la acción nuevamente. Sin embargo, Constructora Mar, SRL alegó que estaba cumpliendo con todas las normativas correspondientes y que sus actividades se encontraban lejos de cualquier zona protegida, cuerpo de agua y cualquier sitio al que pudieran afectar.

Con esto, se manifiesta en la sentencia recurrida que la CCCJPI de Santiago no comprobó que se hayan afectado zonas protegidas, que el lugar de extracción se encuentra a una distancia más que necesaria de zonas protegidas, ríos, pueblos o cualquier otro lugar que pueda causar un impacto; pero sí hay una falta por parte del Mimarena, por lo que en cuanto al pedimento de paralización le fue negado, pero se acogió que se ordenara al Mimarena realizar las labores de lugar para garantizar que se cumplan los requisitos y haya el menor impacto medioambiental posible.

El TC declaró la admisibilidad del recurso de revisión constitucional, pues se aviene a los requisitos de admisibilidad, en especial, en los artículos 95 y 100 de la Ley 137-11, al igual que en la Sentencia TC/0007/12 de 22 de marzo de 2012, debido a que se está ante un caso que tiene un impacto para los ciudadanos.

Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

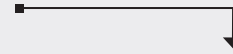
Tras analizar el informe pericial emitido por Luis Ovidio Carvajal Núñez, el 12 de junio de 2019, el TC observó muchas irregularidades, entre ellas, que 1) la franja norte se solapa con la zona de amortiguamiento; 2) dado que el área del polígono es de 52% del total referido es imposible establecer con precisión en qué medida se afecta el área protegida y hacia dónde se extiende el terreno excluido no mapeado; 3) no se cumplió el procedimiento de obtención de los permisos ambientales, ya que el EIA se realizó sin las autorizaciones del Ayuntamiento de Villa González, ni se hicieron las consultas sociales establecidas en la norma; 4) las autorizaciones firmadas por el Mimarena superan 14 veces los volúmenes solicitados, entre muchas más violaciones que generan incertidumbre con respecto al razonamiento de la CCCJPI de Santiago a la hora de fallar el caso.

El TC consideró la obligación de que los poderes públicos cumplan con el deber que el ordenamiento jurídico establece para cada caso. Es necesario que Mimarena cumpla con sus labores, no solo en cuanto al deber de agotar los procedimientos administrativos de concesión de autorización, sino también de ejecutar su labor de supervisión de las actividades autorizadas para garantizar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgan autorizaciones de operaciones mineras. Reiterando la pertinencia de que los poderes públicos cumplan con el deber que el ordenamiento jurídico establece en cada caso, como lo señala la Resolución 06922-2010 de 16 de abril de 2010, de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que se usó como fundamento del caso.

Para garantizar la ejecución de esta sentencia y en atención a la solicitud de los accionantes, el TC fijó una astreinte equivalente a cincuenta mil pesos dominicanos

(RD$50.000.00) por cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia a cargo de la empresa Constructora Mar, a computarse a partir de la notificación de la sentencia a dicha empresa.

Con estos fundamentos, el TC admitió el recurso de revisión constitucional incoado por AMMUS y compartes, lo acoge en cuanto al fondo y revoca la sentencia recurrida. Asimismo, acogió la acción de amparo, ordenando la paralización inmediata de la operación minera y fijando la astreinte referida hasta el cumplimiento de esta sentencia.

Datos (D). La empresa Constructora Mar, SRL realiza una operación minera que afecta una zona protegida y, a su vez, a la población cercana. Por esta razón, AMMUS y compartes interpusieron una acción de amparo, por violación del derecho a un medio ambiente sano.	(…) por tanto 
	Conclusión (C). Se revoca la sentencia emitida por la CCCJPI de Santiago, por lo que se acoge la acción de amparo interpuesta por AMMUS y compartes contra Constructora Mar, se ordena la parálisis de la operación minera y se fija una astreinte que debe ser pagada por Constructora Mar.
Garantías (G). Los artículos 66 y 67 de la Constitución dominicana salvaguardan estos derechos fundamentales conculcados, como los derechos colectivos y difusos y la protección del medio ambiente.	
	Excepción (E). A menos que se hubiera hecho una investigación más exhaustiva y certera, en vista de que el informe pericial había indicado que era "imposible establecer con precisión en qué medida se afecta el área protegida y hacia dónde se extiende el terreno excluido no mapeado", se habría prevenido el caso.
Respaldo (R). Agotar los procedimientos de evaluación ambiental y comunicación para la participación ciudadana es un requisito que está planteado en la Resolución 06922-2010 de 16 de abril de 2010, de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica. Igualmente, está plasmado en el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica la garantía de cuidar el derecho a un medio ambiente sano.	

Fundamento de datos (D)
La empresa Constructora Mar estuvo realizando una operación minera, la cual afectaba una zona protegida y, a su vez, a la población cercana. Por esta razón, AMMUS y compartes interpusieron una acción de amparo por violación del derecho a un medio ambiente sano.

El TC verificó que el juez de amparo hizo una errónea aplicación del derecho y revocó la sentencia. El TC consideró que era necesario que el Mimarena cumpliera con el deber que el ordenamiento jurídico le establece en cada caso.

Fundamentos de las garantías (G) y respaldo (R)
Respecto a las garantías constitucionales, el TC refuerza la necesidad de cumplir con las disposiciones del artículo 67 de la Constitución sobre el derecho a un medio ambiente sano, citando el artículo 17 de la misma ley sustantiva que se refiere a los yacimientos mineros y a la necesidad de regulación y los debidos permisos. Con ello, penetran en las regulaciones y los deberes de instituciones como el Mimarena que establece el artículo 36 de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00), concerniente a la aprobación de las explotaciones mineras. Más adelante, el artículo 41.10 de la referida Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00) se contrae a las actividades que requieren la elaboración y aprobación de un estudio de impacto ambiental.

El TC hizo una buena labor apoyando la base legal nacional con la Resolución 06922-2010 de 16 de abril de 2010, de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que considera que agotar los procedimientos de evaluación ambiental y comunicación para la participación ciudadana es un requisito que está planteado en la norma. Igualmente, en el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica está plasmada la garantía de cuidar el derecho a un medio ambiente sano.

Conclusión (C)
Se revoca la sentencia emitida por la CCCJPI de Santiago, por lo que acoge la acción de amparo interpuesta por AMMUS y compartes contra Constructora Mar, procediendo a ordenar la paralización de la operación minera y fijando una astreinte que debe ser pagada por Constructora Mar.

Excepción (E)
Si se hubiera hecho una investigación y un estudio más exhaustivos y certeros sobre la proyección de la mina y el plan de manejo, y la empresa lo hubiera acatado, se hubiera prevenido el daño. De hecho, el informe pericial estableció que es "imposible establecer con precisión en qué medida se afecta el área protegida y hacia dónde se extiende el terreno excluido no mapeado". También se hubiera evitado el conflicto de que el Mimarena cumpliera con sus funciones y hubiera hecho las observaciones y tomado las medidas de lugar para poder hacer una explotación minera que siguiera los lineamientos pautados en la ley.

1.5. Sentencia TC/0679/16

En la Sentencia TC/0679/16 el TC decide sobre el recurso de revisión constitucional en materia de amparo, interpuesto por la Fundación Ecológica y Salud Inc. (FES) contra la Resolución 27/2015, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago (CPJPI de Santiago), el 12 de noviembre de 2015.

La FES interpone una acción de amparo contra Juan Gilberto Serulle Ramia, que funge como alcalde del municipio Santiago, y Marcos Gómez (en adelante, Ayuntamiento de Santiago), por la remodelación del parque Duarte de la ciudad de Santiago, alegando una violación de los derechos colectivos y difusos, y la afectación del medio ambiente y los recursos naturales. Lo antes dicho, porque aducían que para la remodelación del parque ejecutaron talas y cortes de árboles.

Asimismo, la FES presentó una querella ante la Procuraduría para la Defensa del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Departamento Judicial de Santiago, que ordenaba la paralización de los trabajos. No obstante, el Ayuntamiento de Santiago continuó las labores y anunció la inauguración del parque. Por estos acontecimientos, la FES solicitó la imposición de una medida de coerción y de instrucción contra el Ayuntamiento de Santiago, medidas que fueron rechazadas, sin mencionar en la resolución de rechazo ninguna vulneración de derechos fundamentales relativos al medio ambiente.

La FES elevó una instancia en solicitud de medidas de instrucción y de coerción a la CPJPI de Santiago, en la cual se pidió el nombramiento de un juez de la instrucción en virtud del privilegio de jurisdicción del alcalde Juan Gilberto Serulle Ramia, contra quien también estaba dirigida la acción. Tras ser apoderado, el magistrado José Saúl Taveras Canaán tardó en tomar una decisión y el 12 de octubre de 2015 inauguró el parque involucrado en el proceso y no hubo ningún movimiento. Por lo dicho, la acción de amparo ante la CPJPI de Santiago anteriormente referida fue rechazada, ya que el caso tenía la vía abierta ante la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santiago. No conforme con la decisión, la FES presentó el recurso de revisión constitucional ante el TC.

Luego de haber analizado el caso, el TC consideró su especial trascendencia o relevancia constitucional y, por tanto, declaró admisible el recurso para seguir reforzando el criterio del artículo 70.3, de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, relativo a la inadmisibilidad.

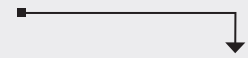
Teniendo en cuenta que ya había un tribunal apoderado del caso, que todavía no había conocido de fondo el proceso y que la FES interpuso una acción de amparo ante otro tribunal que rechazó su pedimento, el TC consideró que no podía conocer de este recurso de revisión constitucional debido a su improcedencia.

Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional

Una vez vistas y estudiadas las pruebas del proceso y las pretensiones de las partes, el TC llegó a la conclusión de que el recurso de revisión constitucional debía ser declarado inadmisible, en vista de que no podían conocer sobre un asunto que estaba pendiente de ser conocido en la jurisdicción ordinaria, lo que contribuiría a alterar el orden institucional del sistema de justicia y correría el riesgo de generar contradicciones en los fallos que se pudieran emitir con respecto a una misma cuestión, aunque se tratara de asuntos relacionados con la protección de derechos fundamentales, para lo cual el juez de amparo siempre sería competente.

El TC hizo referencia a la Sentencia TC/0074/14, específicamente al criterio de la improcedencia notoria de la acción de amparo cuando se encuentra en la jurisdicción ordinaria el conocimiento del proceso en materia penal. El TC ha sentado una línea jurisprudencial larga en este contexto, al aplicar el artículo 70.3, en el supuesto de que no procede el amparo cuando exista una jurisdicción apoderada de la cuestión principal. Precisamente, entre las sentencias que contienen este criterio se pueden mencionar las TC/0074/14, TC/0438/15 y la TC/0389/16, entre otras.

Por dichas razones, el TC acogió en cuanto al fondo el recurso de revisión constitucional; revocó la Resolución 27/2015, dictada por la CPJPI de Santiago el 12 de noviembre de 2015; y declaró inadmisible la acción de amparo interpuesta por la FES.

Datos (D). El Ayuntamiento de Santiago realizó la remodelación del parque Duarte de la ciudad de Santiago, el cual, según la FES, afecta el medio ambiente. Aunque había una orden de paralización por parte de la Procuraduría Especializada, el Ayuntamiento siguió con la remodelación.	(…) por tanto 
	Conclusión (C). Se revoca la Resolución 27/2015, dictada por la CPJPI de Santiago, el 12 de noviembre de 2015, y se declara inadmisible la acción de amparo.
Garantías (G). Los artículos 66, 67, 68 y 69 de nuestra Constitución salvaguardan estos derechos fundamentales conculcados, como los derechos colectivos y difusos, la protección del medio ambiente, las garantías de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva.	
	Excepción (E). A menos que se haya acatado la orden de paralización de la Procuraduría Especializada hasta tanto se conozca del caso.
Respaldo (R). El TC no hizo uso de ninguna disposición internacional en la decisión.	

Fundamento de datos (D)
La FES alegó que se le violaban la tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución de la República, ya que el juez apoderado del caso ni siquiera había fijado audiencia para conocer del proceso. La recurrente, a través del recurso de revisión constitucional pretendió que el TC emitiera un auto de fijación de audiencia para ampliar los motivos y las circunstancias, en vista de las violaciones constitucionales que alegaba.

La parte recurrida en su escrito de defensa pretendió, de manera principal, que se declarara inadmisible el recurso por existir otra jurisdicción apoderada de la cuestión, esto es, la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santiago y, de manera subsidiaria, que se rechazara el referido recurso por la misma causa dada para declararlo inadmisible.

Fundamentos de las garantías (G) y respaldo (R)
Se mencionan las garantías que deben ser protegidas por el Estado, como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos fundamentales, establecidos en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución dominicana. Sin embargo, no se refieren mucho a ellos, puesto que el TC considera que si bien el amparo es una vía idónea para conocer de la vulneración de estos derechos, para el caso de que se trata, la vía no es admisible porque ya otra jurisdicción se encontraba apoderada del asunto.

Con respecto al respaldo, el TC falló en no agregar ninguno a nivel internacional, dejando muy pobre la base legal usada.

Conclusión (C)
Se revoca la Resolución 27/2015, dictada por la CPJPI de Santiago, el 12 de noviembre de 2015, y se declara inadmisible la acción de amparo, debido de que ya hay otro tribunal apoderado que no ha conocido de fondo el proceso y, en consecuencia, se podrían emitir sentencias contradictorias.

Excepción (E)
Se hubiera podido resolver el conflicto si tan solo el Ayuntamiento de Santiago hubiera acatado las órdenes de la Procuraduría para la Defensa del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del Departamento Judicial de Santiago, órgano que exigió la paralización de los trabajos en el referido parque.

Conclusiones

La Constitución medioambiental dominicana de 2010 corona los esfuerzos internacionales para promover la inclusión y el reconocimiento en sus normas sustantivas y adjetivas del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Situados

en la categoría de los derechos de tercera generación, nuestra carta magna los reconoce en su artículo 67, numeral 1.

La preservación de dichos derechos fundamentales, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, se une al reconocimiento de su naturaleza no solo individual, sino colectiva. Desde la propia cláusula precitada y en el artículo 66 son elevados al rango de derechos colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. Ello implica que el Estado debe proteger, entre otros derechos, la conservación del equilibrio ecológico, esto es, la homeostasis, como conjunto de fenómenos de autorregulación que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y las propiedades del medio interno de un organismo[11] de la fauna y la flora, y la preservación del medio ambiente.

Este inventario normativo internacional se une a la respuesta del Tribunal Constitucional, constituido en 2010, que a través de varias sentencias ha venido marcando el camino de cumplimiento de su mandato superior de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Y es que la disposición del constituyente derivado dominicano fue la de darles carácter normativo a las disposiciones del máximo tribunal de justicia del país, pues sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado, conforme lo dispone el artículo 184 de la ley de leyes.

Examinadas las sentencias referidas en el cuerpo de este artículo y de manera particular en el caso de los derechos en comento, se puede afirmar que el TC ha venido cumpliendo, en gran medida, la triple prescripción del legislador sustantivo superior dominicano. Por un lado, ha tutelado los derechos colectivos y difusos y los derechos fundamentales al medio ambiente sano y balanceado desde la óptica ecológica. Por otro lado, ha suplido las debilidades institucionales, y de manera fundamental por parte del Mimarena, al no requerir la documentación necesaria ni supervisar adecuadamente la minería y la recuperación ambiental (sentencias TC/0402/16 y TC/458/21); asimismo, ha indicado que este Ministerio debe cumplir con el ordenamiento jurídico en cada caso y con sus labores, no solo de agotar los procedimientos administrativos de concesión de autorización en materia minera, sino su labor de supervisión de las actividades permitidas, para garantizar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgan dichas autorizaciones (Sentencia TC/458/21), y de otras autoridades vinculadas en la gestión, regulación y sanción de los derechos medioambientales vulnerados o amenazados.

Las respuestas del TC, si bien distancian, en algunos casos, la respuesta estatal en el tiempo, desde ese llamado órgano extrapoder o derivan el conocimiento de las transgresiones involucradas a otras instancias, han marcado, destacado y ordenado a las autoridades oficiales y a las empresas extractivas y contaminantes del medio

[11] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, vigesimotercera edición, https://dle.rae.es/homeostasis?m=form

ambiente, el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales de proteger y salvaguardar los derechos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Frente a los agravios alegados por los recurrentes ante decisiones de los jueces que conocen en materia de amparo, quizás ha cumplido su obligación de suplencia de oficio de algunos medios de derecho (*iura novit curia*) en la verificación de los medios de impugnación. Así, para proteger los derechos colectivos y difusos y los derechos fundamentales involucrados, ha podido darle incluso la connotación o nomenclatura recursiva procedente, en caso de error por parte del recurrente, según entiendo, al tenor de lo que dispone el artículo 85 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. No así en todos los casos y con el mayor alcance de protección y garantía posibles.

De todas formas, se destaca la impronta y constancia de sus decisiones, no para ejercer un control nomofiláctico (orientador), sino para prescribir y exigir de las autoridades públicas, más que todo de medio ambiente y recursos naturales y de los particulares, el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales en la materia, con igual jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74, numeral 3, del texto supremo de la nación.[12]

En algunas de las decisiones del TC analizadas se advierte la falta de respaldo, partiendo tanto de los instrumentos internacionales de derechos humanos como de otras jurisdicciones constitucionales con acendradas experiencias y disposiciones protectoras de los derechos medioambientales y ecológicos. Se destaca sí algún voto salvado que ha indicado dicha insuficiencia normointernacional que le hubiera dado un mayor fundamento a la sentencia y, con ello, redondearía mucho más el nivel de satisfacción decisoria, como lo exige la propia Constitución de la República a la luz de la normativa comunitaria internacional.

La mayor de las falencias pudiera estar en lo que las sentencias no revelan expresamente en sus motivaciones, tanto en el *decisum* o parte resolutiva de aquellas en concreto y con efectos *erga omnes* e *inter partes*, según el caso; en la *ratio decidendi,* o lo que cabe decir son las razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, como en los *obiter dictum*, es decir, a lo que se dice de paso en la providencia, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión.

Se trata de lo que está detrás de las sentencias -la *policy*- y que forma parte de la cultura pública institucional y de la propia ciudadanía poseedora de derechos; pero también de la baja intensidad en la asunción de las obligaciones derivadas de

[12] El artículo 74 de la Constitución (capítulo III), titulado *De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales*, e intitulado *Principios de reglamentación e interpretación*, establece: "La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los prinicipios siguientes: […] 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado".

las normas. En muchos de los casos, lo son la cultura de desobediencia institucional a las disposiciones constitucionales y legales; la disminución de intensidad o la moderación o relajación y acomodos de las acciones de prevención, fiscalización, seguimiento y sanción por parte del Estado cuando se encuentren en juego derechos particulares, individuales, personales o empresariales,y los derechos colectivos y difusos; y el desacato de las propias sentencias del Tribunal Constitucional.

Por ello, y con sobrada razón, dicho tribunal, en primer orden, en la mayoría de las decisiones que venimos analizando, para vencer la resistencia a sus dispositivos, dispone la fijación de una astreinte, como mecanismo económico conminatorio para la ejecución de las sentencias.

Por parte parte, el Tribunal Constitucional creó en 2018 una Unidad de Seguimiento de Ejecución de las sentencias, adscrita al Pleno del Tribunal Constitucional, que fue puesta en funcionamiento mediante la Resolución TC/0001/18 que aprueba el *Manual de procedimiento*, con la finalidad de investigar y tramitar las solicitudes tendientes a resolver las dificultades en la ejecución o el incumplimiento de las decisiones del TC.

Las distorsiones del sistema normativo e institucional, que impiden la cabal obediencia y cumplimiento de las obligaciones puestas a cargo del Estado por las normas sustantivas y adjetivas, impiden la mayor concreción de los derechos colectivos y difusos y de los derechos fundamentales, particularmente en materia de medio ambiente y recursos naturales. De suerte que ante las ambigüedades, flaquezas o debilidades orgánicas, organizacionales y de recursos del Gobierno de la nación, los derechos, bienes y servicios medioambientales quedan afectados y sin posibilidad de manejo adecuado, de manera especial en el ámbito minero, donde, en los hechos, en el caso dominicano –sin desconocer lo que también ocurre en muchas otras latitudes– hay un impedimiento o condicionamiento fatal para garantizarlos, con su consecuente negación, proscripción, contemporización, acomodamiento, dulcificación y atenuación.

Bibliografía

Doctrina

Harari, Yuval Noah. *Homo deus, breve historia del mañana*. Barcelona: Liberdúplex, 2017.

Millennium Ecosystem Assessment. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*. Washington D.C.: Island Press, 2005.

Naciones Unidas, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n73/039/07/pdf/n7303907.pdf?token=9bI9XUPo9jzJFsbQJn&fe=true

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, vigesimotercera edición. https://dle.rae.es

Jurisprudencia

Constitución de la República Dominicana. *Gaceta Oficial,* n.° 10805 de 13 de junio de 2015.

Ley que crea el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INDRHI), Ley 6, *Gaceta Oficial,* n.° 8945 de 8 de septiembre de 1965.

Ley sobre enseñanza obligatoria en todas las escuelas y colegios del país, de la asignatura de medio ambiente (Ley 300-98). *Gaceta Oficial,* n.° 9992 de 31 de julio de 1998.

Ley Sectorial de Áreas Protegidas (Ley 202-04). *Gaceta Oficial,* n.° 10282 de 30 de julio de 2004.

Ley sobre prevención, supresión y limitación de ruidos nocivos y molestos que producen contaminación sonora (Ley 287-04). *Gaceta Oficial,* n.° 10291 de 15 de agosto de 2004.

Ley que declara a la República Dominicana como estado archipielágico (Ley 66-07). *Gaceta Oficial,* n.° 10419 de 22 de mayo de 2007.

Ley de seguridad de la biotecnología (Ley 219-15). *Gaceta Oficial,* n.° 10815 de 27 de octubre de 2015.

Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley 64-00). *Gaceta Oficial,* n.° 10056 de 18 de agosto de 2000.

Ley General de gestión integral y coprocesamiento de residuos sólidos (Ley 225-20). *Gaceta Oficial,* 10990 de 30 de septiembre de 2020.

Ley de ordenamiento territorial, uso de suelo y asentamientos humanos (Ley 368-22). *Gaceta Oficial,* n.° 11092 de 22 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0384/16 de 11 de agosto de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0402/16 de 26 de agosto de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0679/16 de 16 diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0458/21 de 3 de diciembre de 2021.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0128/22 de 27 de abril de 2022.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 533-554, ISSN 2346-0849

Ximena Jhasmin Blas Rodríguez* **(Perú)**
Hannet Coral Dávila Epifanía** **(Perú)**
Sariany Govinda Martínez Alvarado*** **(Perú)**

La función social aplicada a la propiedad colectiva y al medio ambiente sano

RESUMEN

En este artículo se examina la aplicación de la función social a la propiedad colectiva en los países con mayor territorio amazónico y, por ende, mayor responsabilidad de protección constitucional ambiental. Se promueve un análisis comparativo que permita evaluar el estado de la problemática ambiental relacionada con los grupos indígenas, desde una perspectiva regional. A su vez, se muestran tres contextos regionales relacionados con estos derechos, advirtiendo una protección a la propiedad y el medio ambiente sin efectividad política, una desprotección amplia de los dos derechos y una protección al medio ambiente sano como pilar de derechos conexos.

Palabras clave: derecho al medio ambiente sano; función social de la propiedad colectiva; pueblos indígenas.

* Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Santa. Coordinadora académica de A PARI MUN - Instituto de Investigación y Debate en Derecho; investigadora. blasj189@gmail.com / https://orcid.org/0009-0000-2342-6264

** Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Santa. Subcoordinadora académica de A PARI MUN - Instituto de Investigación y Debate en Derecho; secretaria de Defensa de la Asociación de Estudiantes de Derecho del Perú - Filial Chimbote; voluntaria en la ONG Kura Oqllo - Project for Human Rights; investigadora. hannet1117@gmail.com / https://orcid.org/0009-0001-0846-549X

*** Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Santa. Coordinadora general de A PARI MUN - Instituto de Investigación y Debate en Derecho; govimaral@gmail.com / https://orcid.org/0009-0003-8449-0288

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Social Function Applied to Collective Property and a Healthy Environment

ABSTRACT

This article examines the application of social function to collective property in the countries with the most extensive Amazon territory and, therefore, the greatest responsibility to ensure constitutional environmental protections. It aims to advance a comparative analysis that allows assessing the state of environmental issues that relate to indigenous groups, from a regional perspective. It also presents three regional contexts related to these rights, noting the protection of property and the environment without political effectiveness, a broad lack of protection of the two rights, and the protection of a healthy environment as the pillar of related rights.

Keywords: Right to a healthy environment; the social function of collective property; indigenous peoples.

Die soziale Funktion des kollektivem Eigentums und einer gesunden Umwelt

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit der sozialen Funktion des kollektiven Eigentums in den größten Amazonas-Anrainerstaaten und ihrer daraus folgenden gesteigerten Verantwortung für den verfassungsrechtlich verankerten Umweltschutz. Dazu nimmt er eine vergleichende Analyse vor, die eine Evaluierung der Umweltproblematik zusammen mit den indigenen Bevölkerungsgruppen aus einer regionalen Perspektive ermöglicht. Zugleich wird im Zusammenhang mit den genannten Rechten auf drei regionale Zusammenhänge eingegangen: Im ersten Fall werden Eigentum und Umwelt zwar rechtlich anerkannt, es besteht jedoch kein politisch wirksamer Schutz; im zweiten Fall sind die beiden Rechte im Prinzip nicht gewährleistet, während im dritten der Umweltschutz als Rückgrat für verwandte Rechte gestaltet wird.

Schlagwörter: Recht auf eine gesunde Unwelt; soziale Funktion des kollektiven Eigentums; indigene Völker.

Introducción

Con el reciente reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como derecho universal,[1] aparece un escenario de conflicto entre este y otros derechos humanos, como la propiedad colectiva de las poblaciones indígenas. Al momento de abordar la protección del medio ambiente y ponderarla sobre este tipo de propiedad, es importante resaltar la intervención de la teoría de la función social como instrumento mediador reconocido por diferentes países en sus constituciones. Por ello, el presente artículo desarrolla los alcances de esta teoría aplicada a la propiedad colectiva, a

[1] Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/76/300 de 28 de julio de 2022, El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

efectos de compararlos con los estándares de protección ambiental establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Para tal fin, veremos que Perú, Ecuador, Colombia, Brasil y Surinam son países interesantes para el presente estudio ya que comparten una gran extensión del Amazonas, poseen abundantes recursos naturales y presentan casos emblemáticos ante el sistema interamericano de derechos humanos. De esta manera, se traerán a colación los pronunciamientos de sus cortes constitucionales en relación con el rol del Estado como protector del medio ambiente y se analizará si regular constitucional y legalmente estos derechos es suficiente para garantizarlos.

1. La función social de la propiedad

La propiedad es aquella relación entre los miembros de un grupo social o una comunidad, la cual se establece con base en los bienes que consideran suyos o bajo su dominio.[2] En ese sentido, el derecho de propiedad emerge como garantía para el individuo como resultado de la titularidad, materializada en las facultades que se le confieren. Para efectos del presente artículo, entre dichas facultades están las de usar, disfrutar, disponer, gravar, destruir y reivindicar el bien. El *ius utendi* se concibe como el servirse directamente del bien[3] dentro de la utilidad normal que socialmente corresponde a sus características. Disfrutar del bien refiere a la facultad de hacerse propietario de los frutos que genere,[4] incluso, si estos generan un daño sobre el mismo,[5] a pesar de que alteren la esencia del bien. En lo relativo la disposición del bien, es aquel poder que "reúne una serie de actos materiales y jurídicos",[6] permitiendo, a su vez, trasladar algunas facultades que generan la constitución de derechos sobre el bien en favor de otro. Además, la reivindicación del bien, clásicamente definida como la recuperación de lo propio, luego del despojo o de una posesión inadecuada por quien carece de titularidad sobre la cosa,[7] es un concepto que actualmente permite reivindicar un bien sea, que la posesión hubiera sido arrebatada o nunca la hubiera ejercido el titular.

---

[2] Antonio Peña Jumpa, "La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú", *Ius et Veritas* n.° 45 (2012): 258, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12002

[3] Jorge Avendaño y Francisco Avendaño, *Derechos reales* (Perú: Fondo Editorial PUCP, 2017), 59.

[4] *Ibid.*, 59.

[5] Tribunal Constitucional Peruano, STC 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, fundamento 26.

[6] Francisco Ternera y Fabricio Mantilla, "El concepto de derechos reales", *Revista de Derecho Privado*, n.° 36 (2006): 125, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033184003

[7] Enrique Palacios Pareja, "La pretensión reivindicatoria: las dos caras de la moneda", *Ius et Veritas* n.° 24 (2002): 83, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16172

Al respecto, los romanos defendían que disponer es el acto de prescindir del bien, incluyendo dentro de esta facultad su enajenación, así como hipotecarlo, abandonarlo o destruirlo.[8] Sin embargo, en la actualidad, esta facultad se ha visto limitada por el análisis de la utilidad que le genere la destrucción al propietario y los efectos negativos que produciría en los derechos (reales o no) de los demás, y el rol del Estado es prevenir estos escenarios. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 21, determina que la ley puede subordinar el uso y goce de bienes con base en el interés social.[9] De esta manera, el derecho de propiedad se analiza de manera interseccional con otros derechos humanos, creando nuevos conceptos, como el derecho de propiedad colectiva de las comunidades o pueblos indígenas, con relación a su derecho a la libre autodeterminación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha identificado que las garantías en torno a los territorios de estos grupos son una condición para el ejercicio efectivo de los derechos inherentes a sus miembros, por lo cual su reconocimiento como sujetos colectivos titulares del derecho de propiedad es la base para su desarrollo.[10] En ese sentido, diversos instrumentos legales reafirman que el derecho al territorio de los pueblos indígenas es preexistente al Estado: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que los Estados deben reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre aquellas tierras que tradicionalmente ocupan, garantizar su reivindicación,[11] consultar y obtener su consentimiento en caso de extracción de recursos de la zona,[12] o si el Estado considera necesaria la reubicación,[13] y respetar la modalidad de transmisión del derecho de propiedad que establezca la comunidad.[14]

Además, la Declaración Americana sobre pueblos indígenas reconoce el derecho de estos grupos a mantener la relación cultural y espiritual que sostienen con sus territorios y los recursos obrantes en ellos. Para tal fin, los Estados deben asegurar su protección jurídica, en respeto de sus tradiciones y sin injerir en el control del territorio, dado que este responde a los sistemas de cada pueblo.[15] Así, es menester

---

8 Avendaño y Avendaño, *Derechos reales*, 59.

9 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, artículo 21.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), OEA/Ser.L/V/II de 28 de diciembre de 2021, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, párrafo 127, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf

11 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, artículo 14.

12 *Ibid.,* artículo 15.

13 *Ibid,* artículo 16.

14 *Ibid,* artículo 17.

15 Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración Americana sobre pueblos indígenas del 14 de junio de 2016, artículo XXV.

extrapolar la comprensión de la propiedad hacia el derecho constitucional a fin de analizar su protección frente a otros derechos fundamentales, como el derecho al medio ambiente. Por ende, el análisis debe surgir de una interpretación extensiva que favorezca los derechos humanos.

2. La teoría de la función social

El mayor exponente de esta teoría en la región fue León Duguit, quien cambió en Argentina la manera de comprender el derecho de propiedad.[16] Su influencia se extendió a otros países, que hasta la actualidad reconocen constitucionalmente la función social. Su teoría consistía en cinco postulados: "la negación del individualismo, la noción de solidaridad, la inexistencia del derecho subjetivo, la función social de la propiedad y la noción de servicio público".[17]

Así, Duguit consideró tres ideas claves: primera, que el Estado debía velar por el correcto flujo económico a través de sus medios de producción, por lo que estaba facultado para exhortar a los propietarios a cumplir con los fines de productividad conforme a las cualidades de sus bienes. Segunda, los individuos debían desarrollarse en sociedad bajo el principio de solidaridad, utilizando sus habilidades y conocimientos en favor de la comunidad, dado que la suma de la individualidad genera una colectividad estable. Tercera, la propiedad no debía concebirse como un derecho absoluto, sino como uno relativo, cuyo beneficio tendría un alcance social.[18] En otras palabras, la función social para Duguit se traduce en lo siguiente: quien tenga condición de propietario o poseedor adquiere una protección estatal siempre y cuando cumpla con la función social; en caso contrario el Estado puede realizar una legítima intervención ante su incumplimiento parcial o total, o su cumplimiento defectuoso.[19]

La propuesta teórica de Duguit atribuye un rol importante al propietario para ejercer su voluntad sobre el bien y garantizar el uso que por naturaleza posee. Así, la finalidad del autor es que los propietarios analicen las consecuencias de disponer

---

[16] Abelardo Levaggi, "Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920", *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* , n.° 1 (2007): 128, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0006_investigacion.pdf

[17] Ana Mercado Gazabón, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015), 3, https://doi.org/10.7476/9789587386387

[18] Jonathan David Marín Jiménez, "Un acercamiento a la función social de la propiedad", *Revista Estudiantil de Derecho Privado*, n.° 4 (2020): 6-7, https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2020/06/RED-FUNCIO%CC%81N-SOCIAL-DE-LA-PROPIEDAD-PUBLICAR-24062020.pdf

[19] León Duguit, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, ed. por Adolfo Posada y Ramón Jean (Buenos Aires: Heliasta, 2015), 172-173.

del bien, de forma que no perjudique a los demás y, en caso de beneficios, que estos sean de provecho para la comunidad.

Si bien la definición dada por Duguit es la que predomina en países como Colombia o Argentina, existen otros autores que han desarrollado sus propios conceptos para explicar la función social de la propiedad. Alvear la conceptualiza como técnica-remedio que desplaza la idea de un derecho de propiedad absoluto.[20] Escribano la define como un medio para ejercer el poder jurídico con base en normas prohibitivas, limitando las facultades que afecten la función social y configurándose como un principio permanente y abstracto.[21] Para Mendoza, el poder jurídico de Escribano se manifiesta de dos maneras, en limitaciones y obligaciones: la primera se expresa externamente, con las expectativas de la sociedad sobre el propietario; la segunda se expresa internamente, en tanto adecua su conducta, proyectos y expectativas a los estándares de su comunidad.[22]

Desde la perspectiva de Velásquez, se debe diferenciar si la propiedad es función social o tiene función social,[23] para lo cual se entenderá que la primera se configura cuando el Estado permite su asignación a un particular mediante un título, mientras que la segunda se da cuando dicho título obliga al propietario a respetar los intereses sociales. Asimismo, Avendaño reitera que la administración pública debe ser pieza clave para el cumplimiento del interés social.[24] Es decir, la función social de la propiedad tiene tres elementos esenciales: el Estado, el individuo propietario y la sociedad.

Ahora bien, con relación al derecho de propiedad colectiva, este individuo propietario es comprendido por un grupo de personas, pudiéndose inferir que cada una de ellas debe contribuir a la función social.

3. La función social de la propiedad indígena aplicada al plano constitucional

Por el principio de soberanía, la función social es regulada conforme al contexto de los Estados. La constitución ecuatoriana es una de las normas más garantistas, ligada a las nociones de sostenibilidad medioambiental. Así, en los artículos 66.26

---

[20] Julio Alvear Téllez, "El derecho de propiedad y su función social: más allá del socialismo y del liberalismo", *Actualidad Jurídica*, n.º 43 (2021), 15-43.

[21] Pedro Escribano Collado, "Función social y propiedad privada urbana: estudio de jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 6 (1975): 452-453.

[22] Gilberto Mendoza del Maestro, "Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales", *Foro Jurídico*, n.º 12 (2013), 97-108, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803

[23] Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, *Bienes* (Bogotá: Temis, 2014).

[24] Jorge Avendaño Valdez, "El derecho de propiedad en la Constitución", *Themis Revista de Derecho*, n.º 30 (1994): 121, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11406

y 321 se expresa que el derecho de propiedad se ejerce en función de lo social y lo ambiental. Asimismo, detalla que estas instituciones se engloban en todas las formas de propiedad, incluida la comunitaria.

Además, el legislador concede la facultad de "usar, gozar y disponer de la propiedad, al igual que fija las limitaciones y obligaciones derivadas de su función social",[25] considerando la indemnización por la disposición de esta.[26] No obstante, según el artículo 57, en cuanto a las tierras comunitarias de las poblaciones indígenas, dicha propiedad es inembargable, inalienable e indivisible y, en caso de que sus recursos naturales sean provechosos, aplica la consulta previa a efectos de garantizar sus derechos ambientales y culturales.

La Corte Constitucional de Ecuador ha refrendado la noción de la función social, indicando que "implica una serie de obligaciones del propietario tendientes a que la actividad del dominio cumpla con fines constitucionales y dispuestos justificadamente por autoridades competentes, tales como garantizar el acceso equitativo a los derechos del buen vivir".[27] Esta teoría gira en torno a los derechos colectivos, porque su sistema inicia y termina con el ser humano, en virtud del fundamento solidario. Adicional a ello, Ecuador utiliza la teoría de la función social para sustentar su rol protector del medio ambiente; con este fin, la Constitución se ha encargado de unificar las ideas sociales y ecológicas para la organización del país.[28]

En Colombia, desde la Constitución de 1991, el derecho de propiedad adquiere una nueva perspectiva; es enmarcado en el Estado social de derecho y se complementa con el interés colectivo y la intervención estatal.[29] En ese sentido, el artículo 58 establece que, cuando exista un conflicto entre el interés particular y el interés público, debe prevalecer el interés público, lo cual podría interpretarse como una pérdida del poder de disposición jurídica del titular del bien.[30]

Del artículo materia de análisis se pueden advertir tres elementos esenciales: primero, la garantía constitucional otorgada al derecho de propiedad en Colombia; segundo, el interés privado cede al interés común y, por último, la función social de

---

[25] Santiago Andrade Mayorga, *Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador* (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7142/1/SM279-Andrade-Tutela.pdf

[26] Ex-Corte Suprema de Justicia, Resolución 505-99 de 25 de febrero de 2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

[27] Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 68-16-IN/21 de 25 de agosto de 2021.

[28] Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussán, *Teoría constitucional* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006), http://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=75753

[29] Héctor Santaella Quintero, "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana", *Revista de Derecho Privado,* n.° 21 (2011): 237, http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n21/n21a11.pdf

[30] Fabricio Mantilla *et al.*, "Propiedad y constitución: análisis del escenario colombiano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.° 10 (2019): 326, https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/316-335.pdf

la propiedad en este país.[31] Sobre esta función social, la norma indica que es inherente a la función ecológica y el Estado es el que se encarga de custodiarla y promoverla, basándose en el interés social y la utilidad pública, por lo que se denomina constitución ecológica.[32] En ese sentido, la función social puede ser entendida de dos formas; la primera, como un poder jurídico de la realidad social, y la segunda, como un instrumento que permite adaptar estructuras sociales como la función ecológica de la propiedad.[33]

Además de ello, la Constitución colombiana, en su artículo 319, contempla los resguardos indígenas como divisiones territoriales de carácter legal, que, por medio de un título, garantizan a determinado grupo indígena la propiedad sobre un territorio poseído en común y tradicionalmente habitado por él.[34] Es decir, son de propiedad colectiva y no enajenable; el territorio que fue otorgado como resguardo indígena en mérito a su vínculo histórico, no se puede vender.

La Constitución brasileña de 1988 presenta un marco jurídico innovador en cuanto al derecho de propiedad, al dotarlo de un fuerte carácter social y establecer mecanismos específicos para orientar ciertas formas de propiedad hacia su función social. De esta manera, en el artículo 5 se establece una lista de derechos, específicamente, en el inciso XXII se garantiza el derecho a la propiedad. En contraste con constituciones anteriores, esta tiene un enfoque eficaz y transformador, reconociendo el derecho a la propiedad, pero añadiendo la obligación de ejercerlo de manera que se armonicen los intereses individuales y sociales,[35] tal como sucede con los intereses del medio ambiente.

Sin embargo, la propiedad de los grupos indígenas no se encuentra contemplada a nivel constitucional, pues únicamente se reconoce una posesión permanente, así como el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos.[36] La finalidad de la norma es garantizar el mantenimiento, la existencia y la vida digna de estas poblaciones; por ende, se entiende que la posesión tradicional de la tierra por parte de las comunidades

---

[31] Johana Vergel, Martín Casadiegos y Ana Carrascal, "La propiedad privada: tendencia de los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia a partir de la colisión interés general y el interés particular", *Revista CES Derecho,* n.° 14 (2023): 149, https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7250

[32] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 17 de junio de 1992.

[33] Viviana Lara, "La función social de la propiedad"*, Revista de Derecho Privado,* n.° 10 (1992): 6, https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/be936703-boda-4284-9246-d695daf97736/contento

[34] Departamento de Desarrollo Regional y Medio Ambiente, *Plan Colombo-Peruano para el Desarrollo Integral de la Cuenca del Río Putumayo - Diagnóstico Regional Integrado* (Washington, D.C.: OEA, 1993), https://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea62s/oea62s.pdf

[35] Luis Zanini, "O direito de propiedade e a função social no Brasil. O iptu, como instrumento a serviço da função social da propiedade urbana", *Dialnet* (2012), https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54186

[36] Constitución Brasileña de 1988, artículo 231.

indígenas será distinta de la posesión civil.[37] Es decir, el uso, a través de la posesión y el usufructo, responde a sostener la vida y permanencia de dichas comunidades, mas no se les otorga una propiedad con limitaciones, tal como en Colombia.

La República de Surinam, en el artículo 34 de su Constitución Política, establece el derecho a la propiedad, en el cual los bienes, tanto de la comunidad como de la persona privada, deberán cumplir una función social, por lo que el goce de este derecho no es absoluto. El artículo 41 establece que las riquezas y los recursos naturales son propiedad de la nación y se utilizarán para promover el desarrollo económico, social y cultural; el Estado tiene el derecho inalienable de tomar posesión completa de sus recursos naturales cuando sea necesario.

A pesar de hacer mención a bienes "de la comunidad", el país se ha negado a reconocer el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, y no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, lo que ha dado como resultado ataques al medio ambiente y la cultura de los grupos Kaliña, Lokono, Trio y Wayana.[38] Pese a que la Constitución de 1987 (art. 144) establece que el Tribunal Constitucional es el encargado de interpretar las leyes, este se instaló en mayo de 2020, por lo cual, a la fecha, no existe una interpretación constitucional sobre la función social de la propiedad, sea esta colectiva o no.

A diferencia de los países señalados, la Constitución de Perú de 1993 no acuña el término "función social", sino "bien común". Ello debido a que el artículo 70, que desarrolla el derecho a la propiedad, se basaba en el interés social, lo cual era utilizado para las expropiaciones en beneficio de empresas extractivas.[39] Por ello, el Código del medio ambiente y recursos naturales reconoce "el ejercicio del derecho de propiedad, conforme al interés social", pero con la nueva Constitución ahora se entiende como bien común, pues el beneficio no es privado.[40] Al respecto, el bien común se debe comprender como un beneficio medible y útil para todos.[41] En otras palabras, la función social no está direccionada a satisfacer necesidades, las cuales son limitadas, restringidas e incluso temporales, sino a generar utilidad con un provecho sostenible.[42]

---

[37] Tribunal Supremo Federal de Brasil, RE-1017365 de 21 de septiembre de 2023, https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1

[38] Existen otras comunidades afectadas por esta falta de reconocimiento. En este apartado se mencionan los cuatro grupos nativos más grandes del país.

[39] Antonio Páucar Lino, "El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993", *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 11 (2019): 306, https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.10

[40] Congreso Constituyente Democrático, *Diario de debate constitucional 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento* (Lima: Congreso de la República del Perú, 1993).

[41] Avendaño Valdez, "El derecho de propiedad en la Constitución", 121,

[42] Deyvid Usco Rutti, "¿La función social de la propiedad en el ordenamiento peruano crea un estatuto de derechos y obligaciones para el propietario del suelo?" (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 12, https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20309/Usco_Rutti_Funci%C3%B3n_social_propiedad1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

En ese orden de ideas, toda propiedad responde a la función social, incluso la propiedad de las comunidades nativas, pues en situación de abandono pasan al dominio del Estado para su venta.[43] Ello debido a que el Tribunal Constitucional sostuvo que la propiedad es un derecho y un deber que determina la explotación de la tierra garantizando el bien común, debido a que existe la función social como "instituto constitucionalmente garantizado".[44] Del mismo modo, sostuvo que "el bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad".[45] Por ende, todas las facultades del propietario deben cumplir con la naturaleza intrínseca de la función social.[46]

4. La protección del derecho al medio ambiente

4.1. En el sistema interamericano de derechos humanos

En el sistema interamericano, el derecho al medio ambiente fue acogido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Dentro de este protocolo, se establece el vínculo con el derecho a la vida digna que posee cada ser humano y que se encuentra establecido en el artículo 4 de la CADH, a la luz del *corpus iuris internacional* existente.[47] Hasta el momento, esta es la única norma jurídica de carácter general que regula expresamente las nociones del derecho al medio ambiente sano.[48] No obstante, de manera específica se encuentra la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto normativo recoge el derecho a la protección del medio ambiente sano.[49]

---

[43] Constitución Política del Perú, artículo 89.

[44] Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 26.

[45] Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 85.

[46] Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento 20.

[47] Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309, párrafo 172.

[48] Protocolo de San Salvador, artículo 1. Derecho a un medio ambiente sano: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

[49] Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo XIX. "Derecho a la protección del medio ambiente sano. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. […] 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos".

La CADH no reconoce este derecho. Sin embargo, la Corte IDH ha mencionado que el derecho al medio ambiente se encuentra regulado de manera implícita en el artículo 26; por ello, es posible su protección ante su jurisdicción.[50] Dicho artículo permite interpretar y abordar los derechos contenidos en otros instrumentos legales del sistema interamericano, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y los desarrollados en el párrafo precedente.

A ese tenor, la Corte IDH entiende que el derecho al medio ambiente tiene dos dimensiones: individual y colectiva. La primera, relativa al correcto ejercicio y disfrute de otros derechos humanos, como la vida, la integridad y la salud, garantizando que la persona pueda desarrollarse en condiciones dignas. La segunda, es entendida como un interés universal donde las condiciones de un ambiente sano dependen del cuidado de las personas en el presente, con efectos en las generaciones futuras.[51] Así, el medio ambiente es un factor de sostenimiento de la vida humana, al interconectarse con otros derechos.

Con relación al rol del Estado en la protección del derecho al medio ambiente sano, la Corte IDH ha precisado que este derecho es universal y constituye un derecho fundamental, el cual es intrínseco a cada ser humano. Además, la protección estatal sobre este derecho está constituida por diferentes elementos, que comprenden los aspectos procedimental y sustantivo.[52]

Por un lado, están los aspectos procedimentales: el acceso a la información, el cual debe estar bajo el control del Estado y puede ser solicitado aludiendo a un interés público.[53] En segundo lugar, está la participación política, que busca que las poblaciones sean consultadas a fin de evitar perjuicios por decisiones gubernamentales en materia ambiental.[54] Finalmente, está el acceso a la justicia, el cual implica que las personas tengan una vía que garantice sus derechos sin obstáculo alguno por parte del Estado.[55]

Por otro lado, se encuentran los aspectos sustantivos, donde se incluye la protección del aire, el agua, el alimento, el ecosistema, el clima, los bosques, los ríos, los mares, entre otros, como componentes del medio ambiente. Además, a estos les otorga la categoría de intereses jurídicos en sí mismos, por lo que los Estados están obligados a proteger el medio ambiente. Ello se debe a que la Corte ha considerado

---

[50] Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511, párrafo 115.

[51] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos, párrafo 59.

[52] Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, párrafo 118.

[53] Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 151, párrafo 86.

[54] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172, párrafo 133.

[55] Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 97, párrafo 50.

que dentro de estos ecosistemas no solo se encuentra la vida humana, sino otros tipos de vida que merecen una protección por parte de los Estados.[56]

De igual forma, la Corte ha definido la debida diligencia como el deber estatal de prevenir, sancionar y erradicar violaciones de derechos humanos;[57] esto es, tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades a efectos de protegerlos de las acciones de entidades públicas y privadas,[58] por lo que los Estados podrían ser responsables en aquellos casos en los que no tomaran las precauciones debidas.

De manera específica, conforme al principio precautorio, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, lo cual se materializa al realizar estudios de impacto ambiental (EIA), establecer un plan de contingencia y mitigar el daño ambiental que se hubiere producido.[59] La Corte ha precisado que el objetivo de los EIA no es únicamente medir el posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros de las comunidades tengan conocimiento y voluntad de asumir los posibles riesgos y evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.[60] En ese sentido, los EIA no solo deben responder a la protección cultural de los pueblos indígenas, sino también a la protección del bien común y el medio ambiente; es decir, responder a la función social de la propiedad.

4.2. En las legislaciones nacionales

Bajo el principio de convencionalidad, los Estados han tratado de regular el derecho al medio ambiente en sus normas constitucionales. Ecuador reconoce textualmente los derechos de la naturaleza. Así, la Corte Constitucional ha señalado que, a fin de efectivizar estos derechos, entre ellos la conservación de ecosistemas, es menester que el Estado cumpla con sus obligaciones para lograr este objetivo. La Constitución, a partir del artículo 395, desarrolla un capítulo completo sobre biodiversidad; el artículo 400 declara la conservación de la biodiversidad como un área de interés público, y el artículo 408 establece que es propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado.[61]

Del caso ecuatoriano resalta que sus magistrados reconocen el derecho al medio ambiente como fundamental e interconectado con los demás derechos. Es más,

---

[56] Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, párrafo 118.

[57] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párrafo 123.

[58] Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, párrafo 125.

[59] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párrafo 154.

[60] Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 245, párrafo 205.

[61] Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 1149-19-JP/21 de 10 de noviembre de 2021, fundamento 151.

recientemente han reconocido que los ríos y los animales son sujetos de derecho y, por ende, les compete una regulación mediante ley orgánica, puesto que forman parte de los derechos de la naturaleza.[62]

En el caso colombiano, la anterior carta constitucional no contemplaba textualmente un artículo o capítulo que hiciera referencia al cuidado del medio ambiente, pero sí se desarrolló un código ambiental que regulaba la materia,[63] por lo que, de alguna forma, se garantiza este derecho, aunque no desde un rango constitucional. En la actualidad, la Constitución de Colombia contiene una parte destinada a los Derechos Colectivos y del Ambiente, la cual abarca desde el capítulo 78 hasta el 82. Sin embargo, se debe precisar que no se trata de derechos fundamentales, sino que fueron categorizados como derechos de tercera generación.[64]

En el artículo 79 se deja establecido textualmente el derecho al goce de un ambiente sano para todas las personas. Además, se precisa que el Estado tiene el deber de proteger el ambiente, a través de diferentes acciones de conservación y educación. También, debe encargarse de regular la forma en que se manejan y aprovechan los recursos ambientales, de manera que se realice sosteniblemente, sin atentar contra los ecosistemas y el interés social; sin embargo, este último cede ante el espacio público y su uso común. Es decir, la Constitución de Colombia no solo regula un simple reconocimiento al derecho a un ambiente sano, sino que le otorga una responsabilidad al Estado como sujeto protector y garantista de este derecho.

Brasil tiene una regulación ambiental vanguardista, debido a que es el país con mayor porcentaje de territorio amazónico. No obstante, a diferencia de países como Colombia, el derecho a un ambiente sano se concibe como un derecho fundamental, debido a que está relacionado con las condiciones de vida de las personas y la dignidad humana, por lo que posee atributos como indivisibilidad, imprescriptibilidad, indisponibilidad o inalienabilidad.[65]

En ese sentido, la Constitución brasileña, en su artículo 225, establece que es el Estado el que debe encargarse de defender y preservar el medio ambiente y la diversidad e integridad del patrimonio genético.[66] El artículo explica en sus siete incisos

---

[62] Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero del 2022, fundamentos 70 y 77.

[63] Ricardo Soberón Garrido, "Régimen constitucional de la protección al medio ambiente y los recursos naturales en la región andina", *Ius Et Praxis*, n.° 18 (1991): 69-70, https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1991.n018.3484

[64] John Restrepo Tamayo, Sebastián Hurtado y Leonardo Vásquez, "El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia", *Revista de Bioética y Derecho,* n.° 52 (2021): 292, https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31986

[65] Juliana Jota Dantas, "Al Estado de derecho ambiental: caminos para superar la crisis de efectividad del derecho constitucional ambiental brasileño", *Veredas do Direito,* n.° 20 (2023): 11, https://www.scielo.br/j/vd/a/9xn4qTZdQQYhbrfhcRV7Z8n/?format=pdf&lang=es

[66] Congreso Nacional de Chile - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, *Consagración Constitucional del Derecho al Ambiente Sano.* Serie Minutas, n.° 156, 4 de diciembre de 2019, 13

del punto 1 la responsabilidad del Estado respecto al medio ambiente, que implica, entre otras, preservar y restaurar ecosistemas o el patrimonio genético,[67] la definición y alteración de espacios territoriales, regular las causantes de degradación del medio ambiente, promover la educación ambiental y proteger la fauna y la flora. Además, a lo largo de la Constitución también encontramos otros artículos donde se advierte la responsabilidad estatal respecto al medio ambiente, tales como los artículos 23,[68] 24[69] y 129,[70] donde se precisa que el Estado, a través de sus diferentes instituciones, debe velar por la protección del medio ambiente.

Por su parte, Perú otorga una protección a este derecho de manera concisa y limitada. El artículo 2, inciso 22, de su Constitución establece el derecho a gozar de un ambiente equilibrado. Aparte de este artículo no hay mayores precisiones relativas al medio ambiente ligadas con otros intereses del Estado u otros derechos relacionados con la propiedad. En ese sentido, la protección de este derecho está limitada a las interpretaciones brindadas por el Tribunal Constitucional.

En reiterada jurisprudencia,[71] el Tribunal ha señalado que los aspectos individual y colectivo del Estado deben estar complementados con la constitucionalización de la economía, la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. Refiere que el derecho al medio ambiente debe ser entendido como un derecho a gozar y preservar el medio ambiente, y que de este se deriva una obligación positiva y negativa del Estado, e incluso de particulares, con actividades económicas. Las obligaciones positivas se refieren a conservar y prevenir, y las negativas tienen que ver con abstenerse de afectar al medio ambiente para garantizar los demás derechos humanos.[72] Asimis-

---

[67] Constitución de la República Federativa del Brasil, Lei 13.123 de 20 de maio de 2015 (Acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e normatiza a repartição de benefícios), artículo 2. "Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei: I - patrimônio genético - informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos".

[68] Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, artículo 23. "Es competencia común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios: VI proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas; VII preservar las florestas, la fauna y la flora".

[69] *Ibid.*, artículo 24. "Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: VI florestas, caza, pesca, fauna, conservación a la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución".

[70] *Ibid.*, artículo 129. "Son funciones del Ministerio Público: III promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos".

[71] Tribunal Constitucional Peruano, sentencias 0048-2004-PI, fundamento 15; 01752-2004-AA, fundamentos 21-24; 03343-2007-AA, fundamento 21; 01963-2006-AA, fundamento 6.

[72] *Ibid.*, Sentencia 1272-2015-AI/TC de 25 de mayo de 2021, fundamentos 12-14.

mo, indicó que la interpretación de los derechos ambientales recae en principios de conservación, prevención, restauración, de mejora y precautorio.[73]

En el mismo parecer, la Constitución de Surinam menciona en su artículo 6, como objetivos sociales del país, la determinación de las posibilidades de desarrollo del propio medio natural y la ampliación de las capacidades para potenciarlas. Además, establece como objetivo la creación y mejora de las condiciones necesarias para la preservación del equilibrio ecológico. En su artículo 41 precisa que las riquezas y los recursos naturales son propiedad de la nación y se utilizarán para promover el desarrollo económico, social y cultural, lo cual se ha visto materializado en la creación del Ministerio de Recursos Humanos.

En consecuencia, el Estado surinamés tiene la potestad inalienable de tomar posesión completa de sus recursos naturales, a fin de utilizarlos en beneficio del desarrollo económico, social y cultural de la nación. A diferencia de los demás países de la región, no existe otra base constitucional que desarrolle el derecho al medio ambiente y el rol de protección del Estado frente a este. Se entiende así, que el cuidado del medio ambiente es únicamente un objetivo general del Estado para garantizar el crecimiento económico del país.

5. La función social de la propiedad en la protección del medio ambiente

La teoría de la función social sostiene que los derechos de propiedad deben servir al bienestar general de la sociedad, no solo a los intereses individuales. Sin embargo, en la práctica, este principio puede entrar en conflicto con otros aspectos, como el desarrollo económico, la protección ambiental y los derechos de los grupos indígenas. Frente a ello, la jurisprudencia de la Corte IDH permite analizar los límites y parámetros para cumplir con lo establecido en el artículo 21 de la CADH, en complemento con el artículo 11 del Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

Pese a que la Constitución de Ecuador reconoce la propiedad colectiva de la población indígena, existen casos en los que dicha norma jurídica no fue considerada cuando se trataba de factores económicos o de desarrollo empresarial. El Estado de Ecuador fue declarado responsable internacionalmente por vulnerar el derecho a la propiedad y afectar derechos ambientales de la población Kichwa de Sarayaku, debido a que permitió la explotación de hidrocarburos en las tierras que le pertenecían a dicha población, talando árboles que aportaban a su subsistencia.[74] El principal argumento de Ecuador fue que el impacto de dicha empresa sería positivo para la comunidad en general e incluso para los demandantes. Sin embargo, la Corte IDH

[73] *Ibid.*, fundamento 16.

[74] Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 105.

señaló que, por más beneficio económico, la población indígena tiene el derecho a la consulta previa, máxime cuando son sus derechos ambientales los involucrados.

Como se mencionó, Brasil reconoce constitucionalmente una posesión y usufructo para los grupos indios o indígenas sobre sus tierras originarias. No obstante, en el Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, la Corte recordó que la CADH protege la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras, recursos naturales y elementos inmateriales, por lo que la propiedad de esta tierra es comunal y pertenece al grupo, no a individuos, mereciendo la misma protección.[75] Así, el pueblo Xucuru merecía el reconocimiento de su derecho de propiedad colectivo, más aún si se considera el contexto histórico, cultural y social que enmarca la legitimidad de uso de los pueblos indígenas sobre determinados territorios. Al respecto, si bien en la Constitución brasileña no se ha regulado como una "propiedad" en estricto sentido, conforme lo indicó el Tribunal Supremo Federativo de Brasil en el año 2023,[76] la finalidad del artículo 231 de la Constitución es ofrecer una vida digna a estas poblaciones, incluyendo la protección del ambiente y los recursos naturales que habitan.

En Colombia, se ha establecido a nivel constitucional que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, con la participación de sus representantes.[77] Lo cierto es que ello no se viene cumpliendo; tal es el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, donde, a pesar de que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables,[78] las comunidades de Cacarica fueron desplazadas y afectadas en sus derechos fundamentales. En este caso, ante la relación especial entre las comunidades de Cacarica y los territorios que habitaban, la Corte indicó que estas se ven afectadas no solo por ser despojadas de estos, sino también por haberse permitido la explotación ilegal de recursos naturales por parte de terceros.[79] En ese contexto,

---

[75] Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 346, párrafo 115.

[76] Tribunal Supremo Federal de Brasil, RE 1017365 de 21 de septiembre de 2023, 100.

[77] Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 330. "Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

[78] *Ibid.*, artículo 63. "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

[79] Corte IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 270, párrafo 459.

a pesar de que las pautas que el Estado debe seguir para proteger a las comunidades deben estar reguladas en la Constitución, en Colombia todavía no se aprecia una mayor inclinación por la protección de los territorios étnicos; por el contrario, se favorecen las actividades extractivas. Como resultado, se incrementa el desplazamiento y la desprotección de estos grupos de poblaciones.

En cuanto a Surinam, se ha establecido que no existe un reconocimiento del derecho de propiedad colectiva de los grupos indígenas, lo cual ha permitido que estos sean afectados por concesiones mineras de empresas particulares. La Corte IDH encontró responsable al Estado, reconociendo que los derechos de la población indígena de los pueblos Kaliña y Lokono se complementan con el derecho al medio ambiente, por lo cual deben ser protegidos.[80] Asimismo, la Corte resaltó el rol protector y las prácticas tradicionales que estas poblaciones mantienen dentro de su comunidad con la finalidad de preservar el medio ambiente, siendo ella la función social que se compatibiliza con sus derechos ambientales. De la misma manera, en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte declaró responsable al Estado por haber sobrepuesto el desarrollo económico, al otorgar la concesión minera, a los derechos ambientales y el derecho a la propiedad, aunque no reconocido legalmente, del pueblo tribal Saramaka. La Corte estableció que, frente a situaciones donde se podría provocar un gran perjuicio a una comunidad, debe ponerse en conocimiento de esta y obtener su consentimiento para proceder con las actividades.[81] Así, el Estado puede ejercer la función social desde una perspectiva económica, pero esta no puede estar por encima de la función social *per se* de la comunidad indígena y los derechos de sus miembros, debido a que los recursos naturales son estrictamente derechos ambientales relacionados con las nociones culturales e ideológicas que estas comunidades poseen.

De los países analizados se advierte que el reconocimiento legal del derecho de propiedad colectiva y el derecho al medio ambiente sano no bastan para garantizar el desarrollo de los pueblos indígenas, sino que se necesita complementar estas normas con políticas públicas implementadas por gobiernos responsables.

Conclusión

La teoría de la función social está regulada en las constituciones de diversos países de la región y ha sido uno de los pilares para que se reconozca el derecho al medio ambiente con relación a la propiedad de los pueblos indígenas. Se advierte que algunos países han acogido posturas garantistas para la protección de estos grupos, estableciendo en sus constituciones su derecho de propiedad, mientras que otros países han reconocido constitucionalmente el derecho al medio ambiente, sin precisar su

[80] Corte IDH, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párrafo 173.

[81] Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, cit., párrafo 133.

relación con la función social de la propiedad colectiva, por lo cual se debe recurrir a normas legales de menor rango para su desarrollo. Teniendo en cuenta lo anterior, se plantean tres escenarios.

El primer escenario se encuentra en Surinam, donde se reconoce constitucionalmente que el derecho a la propiedad debe cumplir una función social, mas no se evidencia otra normativa que especifique los alcances de esta. Así, la propiedad y sus límites se enmarcan en una compleja dinámica entre lo que establece la Constitución y su aplicación frente a la realidad de las comunidades indígenas, cuyo derecho a la autodeterminación y propiedad colectiva no son reconocidos por el Estado, lo que los pone en una situación de vulnerabilidad, siendo este uno de los casos más extremos de esta región.

En el segundo escenario se encuentran las realidades de Colombia, Perú y Ecuador, países cuyo ordenamiento jurídico sí contempla el respeto al derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y, por ende, el derecho al medio ambiente, que les es propio. Sin embargo, en la realidad, estos no son garantizados, lo cual se evidencia en los casos ante la Corte IDH, donde se ha visto que pese a ratificar estándares internacionales de protección, al momento de verse afectados en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas no tienen respuesta por parte de los Estados. Lo anterior ocurre, ya que el reconocimiento legal no es suficiente ante la ocurrencia de otros factores como la corrupción, el crimen organizado y los cambios de gobierno, los cuales inciden en la eficacia de la normativa y dificultan el cumplimiento de la función social.

El tercer escenario se presenta en el caso de Brasil, queconsidera como un pilar el reconocimiento del medio ambiente para garantizar los derechos de las poblaciones indígenas dentro de su territorio. Este país, pese a no reconocer en su texto constitucional el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, mantiene una solución alternativa a través de los territorios indígenas legales, los cuales facultan la posesión y el usufructo, esto es, algunos atributos del derecho de propiedad. También brindan una protección frente a terceros motivados por el desarrollo económico indiscriminado, cumpliendo de esta manera con la función social de la propiedad aplicada al medio ambiente sano. Esta posición refuerza la idea anterior, de que una base legal sin acciones o planes de protección al medio ambiente no tiene impacto positivo en las poblaciones indígenas, por ende, no cumple su fin social.

En conclusión, podemos notar que la teoría de la función social aplicada a la propiedad colectiva es idónea para otorgar una protección adecuada al derecho al medio ambiente, más aún si se trata de poblaciones indígenas, quienes se encuentran relacionadas por su cultura y tradición con la preservación del ambiente en el que habitan.

Bibliografía

Doctrina

Alvear Téllez, Julio. "El derecho de propiedad y su función social: más allá del socialismo y del liberalismo". *Actualidad Jurídica* 43 (2021): 15-43.

Andrade Mayorga, Santiago. *Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7142/1/SM279-Andrade-Tutela.pdf

Avendaño Valdez, Jorge. "El derecho de propiedad en la Constitución". *Themis Revista de Derecho*, n.° 30 (1994): 117-122. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11406

Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño. *Derechos reales.* Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

Congreso Constituyente Democrático. *Diario de debate constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento.* Lima: Congreso de la República del Perú, 1993.

Departamento de Desarrollo Regional y Medio Ambiente. *Plan Colombo-Peruano para el Desarrollo Integral de la Cuenca del Río Putumayo - Diagnóstico Regional Integrado*. Washington, D.C.: Organización de los Estados Americanos, 1993. https://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea62s/oea62s.pdf

Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. *Consagración Constitucional del Derecho al Ambiente Sano.* Serie Minutas, n.° 156, 4 de diciembre de 2019.

Escribano Collado, Pedro. "Función social y propiedad privada urbana: estudio de jurisprudencia". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.° 6 (1975): 452-453.

Jota Dantas, Juliana. "Al Estado de derecho ambiental: caminos para superar la crisis de efectividad del derecho constitucional ambiental brasileño". *Veredas do Direito*, n.° 20 (2023): 1-31. https://www.scielo.br/j/vd/a/9xn4qTZdQQYhbrfhcRV7Z8n/?format=pdf&lang=es

Lara, Viviana. "La función social de la propiedad". *Revista de Derecho Privado,* n.° 10 (1992): 5-30. https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/be936703-b0da-4284-9246-d695daf97736/contento

León Duguit. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Editado por Adolfo Posada y Ramón Jean, 172-173. Buenos Aires: Heliasta, 2015.

Levaggi, Abelardo. "Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920". *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja"*, n.° 1 (2007): 128.

Mantilla, Fabricio, Gabriel Hernández y Francisco Ternera. "Propiedad y constitución: análisis del escenario colombiano". *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* n.° 10 (2019): 316-335. https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/316-335.pdf

Marín Jiménez, Jonathan David. "Un acercamiento a la función social de la propiedad". *Revista Estudiantil de Derecho Privado,* n.° 4 (2020): 1-17.

https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2020/06/RED-FUNCIO%CC%81N-SOCIAL-DE-LA-PROPIEDAD-PUBLICAR-24062020.pdf

Mendoza del Maestro, Gilberto. "Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales". *Foro Jurídico*, n.° 12 (2013): 97-108. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13803

Mercado Gazabón, Ana. *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015. https://doi.org/10.7476/9789587386387

Palacios Pareja, Enrique. "La pretensión reivindicatoria: las dos caras de la moneda". *Ius et Veritas,* n.° (2002): 83-92. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16172

Pardo Schlesinger, Cristina y Carlos Parra Dussán. *Teoría constitucional*. Bogotá: Editorial Universitaria del Rosario, 2006.

Páucar Lino, Antonio. "El bien común en la Constitución Política del Perú de 1993". *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.° 11 (2019): 300-324. https://doi.org/10.35292/ropj.v9i11.10

Peña Jumpa, Antonio. "La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las comunidades andinas y amazónicas del Perú". *Ius et Veritas,* n.° 45 (2012): 254-272. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12002

Restrepo Tamayo, John, Sebastián Hurtado y Leonardo Vásquez. "El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia". *Revista de Bioética y Derecho*, n.° 52 (2021): 287-301. https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31986

Santaella Quintero, Héctor. "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana". *Revista de Derecho Privado,* n.° 21 (2011): 233-253. http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n21/n21a11.pdf

Soberón Garrido, Ricardo. "Régimen constitucional de la protección al medio ambiente y los recursos naturales en la región andina". *Ius et Praxis,* n.° 18 (1991): 61-79. https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1991.n018.3484

Ternera Barrios, Francisco y Fabricio Mantilla Espinoza. "El concepto de derechos reales". *Revista de Derecho Privado,* n.° 36 (2006): 117-139. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033184003

Usco Rutti, Deyvid. "¿La función social de la propiedad en el ordenamiento peruano crea un estatuto de derechos y obligaciones para el propietario del suelo?". Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20309/Usco_Rutti_Funci%C3%B3n_social_propiedad1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vergel, Johana, Martín Casadiegos y Ana Carrascal. "La propiedad privada: tendencia de los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia a partir de la colisión interés general y el interés particular". *Revista CES Derecho* 14 (2023): 148-159. https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/7250

Zanini, Luis. "O direito de propiedade e a função social no Brasil. o iptu, como instrumento a serviço da função social da propiedade urbana". *Dialnet* (2012). https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54186

Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II de 28 de diciembre de 2021, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 17 de junio de 1992. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 68-16-IN/21 de 25 de agosto de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkNTlkZmNjMi1hZTcoLTQ5M-GEtOWUyNS00N2QxNTI1NmNhNGMucGRmJ30=

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 1149-19-JP/21 de 10 de noviembre de 2021. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1149-19-JP/21

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22 de 27 de enero de 2022. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRk-ZDQtYTM2NC1kOGNiMWIwYWViMWMucGRmJ30=

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 270.

Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 97.

Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 151.

Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172.

Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 245.

Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309.

Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 346.

Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre del 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Solicitada por la República de Colombia. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Ex-Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º 505-99, de 25 de febrero de 2000, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución A/RES/76/300 de 28 de julio de 2022. El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible.

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 01752-2004-AA de 20 de noviembre de 2004. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01752-2004-AA.html

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0048- 2004-PI/TC del 01 de abril de 2005. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 01953-2006-AA de 05 de diciembre de 2006. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 03343-2007-AA de 19 de febrero de 2009. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 0864-2009-AA/TC de 28 de agosto de 2009. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00864-2009-AA.html#:~:text=El%20Estado%20est%C3%A1%20en%20la,respetar%20el%20derecho%20de%20propiedad

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 1272-2015-AI/TC de 25 de mayo de 2021. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01272-2015-AA.pdf

Tribunal Supremo Federal De Brasil, RE1017365 de 21 de septiembre de 2023. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur495534/false

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 555-576, ISSN 2346-0849

Álvaro Javier Píriz Smith* **(Uruguay)**
Fabián Alexander Cuenca Belduma** **(Ecuador)**

La naturaleza: límites y limitaciones de su derecho a la reparación integral en el marco constitucional ecuatoriano

RESUMEN

La cuestionada innovación de la naturaleza como sujeto de derechos, insertada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la Constitución de la República de 2008, trajo consigo una articulación entre los derechos de la naturaleza, el derecho constitucional a la restauración y la obligación emanada de toda declaración de vulneración de sus derechos: ejecutar la reparación integral en su favor. Así, la reparación integral, dirigida a satisfacer los derechos de la naturaleza lesionados, tiene enfoques particulares, que difieren de las visiones clásicas y son abordados desde la doctrina y la jurisprudencia, haciendo énfasis en la calidad especial de la naturaleza como sujeto de derechos. Como objetivo central del artículo, se debaten las limitaciones a la reparación integral de la naturaleza, elemento esencial al identificar los obstáculos presentes para aplicarla a un sujeto de derechos tan complejo.

Palabras clave: derechos de la naturaleza; reparación integral de la naturaleza; límites a la reparación integral.

* Abogado, magíster en Derecho Ambiental, diplomado internacional en Ciencias Políticas, Administración Pública y Gobernanza Territorial. Profesor, Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Técnica de Machala. apiriz@utmachala.edu.ec / https://orcid.org/0000-0002-3575-5484

** Abogado, Universidad Técnica de Machala; diplomado en Formación Política, Fundación CAJE. Finalista de las Olimpiadas de Razonamiento Constitucional de la Corte Constitucional. fcuenca3@utmachala.edu.ec / https://orcid.org/0009-0009-4287-1836

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Nature: Limits and Limitations of Its Right to Comprehensive Reparations in the Ecuadorian Constitutional Framework

ABSTRACT

The questioned innovation of viewing nature as a subject of rights that the 2008 Constitution introduced into Ecuador's legal system established a connection between the rights of nature, the constitutional right to restoration and the obligation derived from any declaration that its rights were infringed: comprehensive reparations in its favor. Thus, comprehensive reparations, which seek to satisfy the harm suffered by the rights of nature, have specific approaches that differ from the classic perspective, and which are addressed through doctrine and jurisprudence, with emphasis on the special quality of nature as the subject of rights. The main purpose of this article is to discuss the limitations of comprehensive reparations to nature, which is essential for identifying the obstacles to applying them to such a complex subject of rights.

Keywords: Rights of nature; comprehensive reparations to nature; limits to comprehensive reparations.

Die Natur: Grenzen und Beschränkungen ihres Anspruchs auf umfassende Wiedergutmachung nach der ecuadoranischen Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Die umstrittene Innovation der Natur als Rechtssubjekt, die durch die Verfassung von 2008 in die ecuadoranische Rechtsordnung eingeführt wurde, geht mit der Koordination der Rechtsansprüche der Natur, des verfassungsrechtlichen Rechts auf Wiederherstellung und der aus jeder Erklärung der Verletzung ihrer Rechte abgeleiteten Verpflichtung zur Umsetzung einer umfassenden Wiedergutmachung zu ihren Gunsten einher. Die umfassende Wiedergutmachung zur Befriedigung der Ansprüche der verletzten Naturrechte geht dabei von spezifischen Schwerpunkten aus, die von den klassischen Ansätzen abweichen und Gegenstand der Rechtsdoktrin und der Rechtsprechung sind, die jedoch den besonderen Charakter der Natur als Rechtssubjekt betonen. Zentraler Gegenstand des Artikels ist die Debatte über die Beschränkungen der umfassenden Wiedergutmachung der Natur und damit eines wesentlichen Elements bei der Identifizierung der Hindernisse, die ihrer Anwendung auf ein so komplexes Rechtssubjekt im Wege stehen.

Schlagwörter: Umweltrechte; umfassende Wiedergutmachung für die Natur; Grenzen der umfassenden Wiedergutmachung.

1. Restauración y reparación integral de la naturaleza: derecho constitucional ecuatoriano y derecho interamericano

Antes de centrar la atención en la reparación integral directa de la naturaleza, debemos entender que la necesidad de reparar integralmente un daño ocasionado por acciones u omisiones nace de una vulneración de derechos y de un conflicto jurídico. Así, los sujetos activos de la vulneración –sean estos personas naturales, jurídicas, el Estado, entre otros– son sentenciados por un órgano competente a la reparación de las vulneraciones y, adicionalmente, al establecimiento de medidas para la no repetición de estas lesiones, tal como se determina en el artículo 86.3 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) cuando señala, por ejemplo, que en los trámites de acciones jurisdiccionales, "en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse".[1]

Los sistemas constitucionales actuales protegen derechos y bienes jurídicos (individuales y supraindividuales) derivados de dichos derechos, como una herramienta central para la convivencia social. En este sentido, el Estado constitucional de derechos y justicia debe –o debería– articular elementos preventivos para evitar lesiones a los derechos; y solo para el supuesto de casos de lesiones ya cometidas, reservar la activación de los mecanismos legales correspondientes, por parte de la ciudadanía y los órganos competentes, para solicitar las reparaciones integrales idóneas, como vía reactiva y secundaria.

Así, el objetivo de la reparación integral es garantizar la restauración de los daños causados a la víctima y la protección de derechos vulnerados, para su futuro ejercicio, buscando hacer desaparecer los efectos de la conducta dañina y, en la medida en que exista la posibilidad, restituir los derechos al estado previo a la vulneración, todo esto, compatibilizando la dualidad del deber de reparar con el derecho de las víctimas a que sus derechos vulnerados sean remediados. En otras palabras, a través del derecho a la reparación integral, se persigue revertir la alteración de la realidad al momento previo a la lesión de los derechos. Conforme se observará en el presente trabajo, se entiende que no en todos los casos esta reparación integral es posible, puesto que existen limitaciones que operan en su contra.

Es importante también derivar la mirada hacia los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto de la reparación integral y las diversas formas que esta posee. Conforme manifiesta Ron Erráez, la Corte IDH dicta medidas de reparación en aquellos casos que son llevados a su

[1] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008, 43.

conocimiento, a partir de la potestad dispuesta en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

> Cuando la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención dispone que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y que se pague una justa indemnización a la parte lesionada.[2]

Por ende, se establece una relación de causalidad, en donde todas aquellas resoluciones tomadas por la Corte IDH, que sentencian la violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, incluirán medidas reparatorias para los derechos vulnerados, así como la correspondiente indemnización. No en vano, en su jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que toda violación de un derecho internacional que haya producido daños, genera el deber de su reparación adecuada.[3] En este marco, y sin el ánimo de abarcar todas las definiciones y percepciones entregadas por la Corte IDH respecto de la reparación integral, en lo principal, este organismo ha expresado que esta responde a las siguientes formas o modalidades, condicionadas por los daños causados:

Reparación material: La reparación por daños materiales es un elemento clásico dentro del derecho, donde el ámbito probatorio se ha extendido de gran manera respecto de las diversas formas de probar y cuantificar estos daños. Se parte de la base de que las reparaciones "no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación",[4] y en este aspecto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha explorado los alcances de estas reparaciones que como destaca la doctrina, se subdividen en tres subcalificaciones: i) el daño emergente, ii) la pérdida de ingresos, y iii) el lucro cesante y el daño al patrimonio familiar.[5] No es el ánimo de abundar en estos tipos de reparaciones, porque excedería los límites del presente trabajo, pero sí se debe dejar sentado que

---

[2] Ximena Ron Erráez, "La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Juees* 2, n.° 1 (2022): 36, https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/download/942/699/5297

[3] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 7, párrafo 25; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212, párrafo 227.

[4] Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205, párrafo 450.

[5] Jorge Calderón Gamboa, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano* (México:

estas responden a perjuicios materiales, cuantificables económicamente y que, por nexo causal, se deben desprender directa o indirectamente de las vulneraciones de derechos probadas procesalmente.

Reparación inmaterial: Está relacionada con los daños intrínsecos que se ocasionan con toda vulneración de derechos. Así, la Corte IDH ha manifestado que el daño inmaterial que se inflige a las víctimas es evidente, por ejemplo, en los casos donde las personas son sometidas a agresiones, torturas, debido a que se experimenta terror, angustia, entre otros sufrimientos, y que, por ello, este daño no requiere pruebas.[6] Se agrega también que la inmaterialidad de los daños y, por ende, de las reparaciones tiene relación con la moral de las personas, pues incluye "tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".[7]

Reparaciones colectivas y con carácter social: La gran variedad de daños y lesiones permite también la identificación de vulneraciones de derechos colectivos, con carácter supraindividual. Conforme determina Calderón Gamboa, "los daños de carácter colectivo y social atienden a vulneraciones que se derivan de la violación y que repercuten en un grupo de personas o población determinada, sobre todo en su calidad de grupo, más allá de las afectaciones de carácter individual".[8] En el ámbito interamericano, la Corte IDH, tal como destaca el autor antes citado, ha ordenado medidas de restitución (en casos de derechos sobre territorios), medidas indemnizatorias, medidas de satisfacción (instalación de centros de educación, caminos y la recuperación de las culturas indígenas), garantías de no repetición, así como otras medidas, todas tendientes a la restauración de los derechos colectivos vulnerados, donde se aprecia que este tipo de lesiones es más frecuente contra los derechos de pueblos, comunidades y nacionalidades.

Adicionalmente, en el ámbito de la Corte IDH, en materia de reparación ambiental, es pertinente citar el caso reciente de la Comunidad La Oroya vs. Perú,[9] en el cual se determinaron diversas reparaciones, lo que muestra la complejidad del abordaje y la solución de los daños ambientales y, por ende, de la reparación integral de la naturaleza. Entre estas reparaciones están aquellas que ordenan rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, indemnizaciones compensatorias por daños materiales, inmateriales, así como costos y gastos. De estas medidas, se citan

---

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013), edición en PDF.

6 Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 109, párrafos 210 y 232.

7 Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 359, párrafo 238.

8 Calderón Gamboa, *La reparación...,* 40.

9 Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

algunas relevantes para la presente investigación, que son de obligatoria aplicación por parte del Estado peruano:

1. Iniciar, promover y continuar las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, establecer las responsabilidades de funcionarios o terceros, según corresponda, respecto de la contaminación ambiental producida en La Oroya.
2. Que el Estado realice un diagnóstico de línea base para determinar el estado de la contaminación del aire, suelo y agua en La Oroya. Este deberá incluir un plan de acción para remediar los daños ambientales, con acciones a corto, mediano y largo plazo, así como un diagnóstico de las fuentes y los niveles y focos de contaminación para delimitar las áreas que necesiten un remedio prioritario, atendiendo al riesgo que impliquen para el medio ambiente y la salud, y realizar las acciones de descontaminación del aire, los suelos y el agua, incluyendo las casas de las víctimas.
3. Brindar gratuitamente, y por el tiempo que sea necesario, a través de instituciones de salud pública especializadas, o personal de salud especializado, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico, en caso de ser requerido, a las víctimas de violaciones del derecho a la salud, integridad personal o vida digna.
4. Publicar la sentencia completa del caso y difundir extractos por diversos medios estatales y ministeriales.
5. Compatibilizar la normativa que define los estándares de calidad del aire, de forma tal que los valores de plomo, dióxido de azufre, cadmio, arsénico, material particulado y mercurio en el aire no sobrepasen los máximos permisibles para la protección del medio ambiente y la salud de las personas, así como crear un Fondo de Asistencia para sufragar los costos derivados del traslado, hospedaje y alimentación de las personas que requieran recibir tratamiento médico fuera de la ciudad de La Oroya.
6. Adoptar y ejecutar medidas para garantizar que las operaciones del Complejo Metalúrgico La Oroya (CMLO) se realicen conforme a los estándares ambientales internacionales, previniendo y mitigando daños al ambiente y a la salud de los habitantes de La Oroya, y también diseñar e implementar un plan de compensación ambiental aplicable al ecosistema altoandino de La Oroya a efectos de que las operaciones del CMLO incluyan un compromiso ambiental de recuperación integral del ecosistema.
7. Diseñar e implementar un sistema de información que contenga datos sobre la calidad del aire y el agua en las zonas del Perú donde exista mayor actividad minero-metalúrgica.

Si bien la anterior clasificación de las reparaciones surge en función de los daños (materiales, inmateriales y colectivos), así como de los sujetos afectados (personas naturales, medio ambiente y otros sujetos involucrados), de modo general, todos

estos aspectos deben ser valorados al momento de pretender calificar la reparación como *integral*. Es decir, la integralidad de la reparación reposa en que todas las medidas ordenadas por los órganos competentes deben ir dirigidas a la recomposición de los derechos vulnerados, con nexo entre estas medidas y los daños ocasionados por las conductas antijurídicas de los sujetos activos de las infracciones (sean en el área penal, faltas administrativas, responsabilidades civiles o desprendidas de lesiones a derechos constitucionales, que, por el sentido del presente trabajo, lógicamente son de índole ambiental). Además, se aprecia que las variedades de la reparación integral se subdividen en las que pueden ser aplicadas de forma individual y las de tipo colectivo.

Al respecto, la reparación integral posee modalidades individuales, de tipo monetario y rehabilitador, mientras que las modalidades colectivas se centran en la satisfacción y las garantías de no repetición, incluyendo las modalidades de reparación reconocidas por los organismos internacionales.[10] Sobre esto, se evidencia que, en el sentido estricto de la reparación integral en el ámbito de los derechos ambientales y de la naturaleza, los elementos individuales están presentes, pero pasan a un segundo plano, dejando lugar preponderante a los elementos de carácter colectivo, tomando en consideración que el medio ambiente y la naturaleza, al ser bienes jurídicos supraindividuales,[11] no corresponden de manera particular a una persona en concreto, sino a la sociedad o comunidad en su conjunto, sin perjuicio de la reparación de lesiones individuales como producto de los daños al medio ambiente.

Por ello, se debe prestar especial atención al elemento de remediación ambiental, que tiene efectos únicamente dirigidos a la mitigación y eliminación de los contaminantes más evidentes, atenuando los efectos destructivos posteriores a la afectación grave, pero sin contemplar los derechos de las personas que habitan el espacio físico o que tienen una relación estrecha con la naturaleza. Y, más allá de lo anterior, se debe ampliar la mirada a la reparación integral, buscando que el "sistema natural vuelva a sostenerse, bajo condiciones que le permitan el desenvolvimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".[12] En este sentido, se considera al ser humano en la interrelación con el sistema ambiental y su vínculo de aprovechamiento y cuidado del espacio natural. Estas características permiten definir que una reparación será integral siempre que las medidas ordenadas sean

---

[10] Glenda Anabel Granda Torres y Carmen del Cisne Herrera Abrahan, "Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación", *Revista de Derecho Ius Humani* 9, n.° 1 (2020): 253, https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209

[11] Cristina García Arroyo, "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 24 (2022): 1-45, https://idus.us.es/handle/11441/156293

[12] Angie Bitalia Peñaherrera Dávila, "Reparación integral de la naturaleza en Ecuador. Un análisis de su aplicación y relevancia en el contexto de cambio climático" (tesis de máster, Universidad Andina Simón Bolívar, 2022), 34, https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8544/1/T3730-MCCSD-Pe%c3%b1aherrera-Reparacion.pdf

idóneas y suficientes para la restauración y la reparación de los daños directos a la naturaleza, así como al resto de los sujetos de derechos afectados.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, frente a toda sentencia donde se determine un daño a los derechos constitucionales, se debe ordenar la reparación integral (similar a lo antes visto en el sistema interamericano de derechos humanos). En el caso de la naturaleza, el derecho que se le reconoce en el artículo 72 de la CRE es relativo a la restauración, redactado en los siguientes términos:

> La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.[13]

A partir de la cita anterior, los autores de este trabajo consideran que el derecho a la restauración refiere a la recuperación del medio ambiente a su estado original, con carácter conexo, y regula la reparación integral de otros elementos. Ejemplo de esto son las compensaciones económicas a las que tengan derecho otros sujetos, a raíz de los perjuicios causados por las lesiones a la naturaleza, para lo cual –como indica la doctrina– resulta admisible la objetivación de los daños (a través del derecho civil), para establecer los casos de responsabilidad civil objetiva por las afectaciones al ambiente y a otros derechos e intereses colectivos.[14]

Esta inclusión de la restauración dentro de la reparación integral se manifiesta también en el artículo 396 de la CRE al momento de determinar que "la responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas".[15] Así, la reparación integral se estructura tanto por la restauración como por las indemnizaciones pertinentes, por concepto de daños materiales (por ejemplo, daños a la propiedad) e inmateriales, como en el caso de la importancia de los territorios ancestrales. Adicionalmente, el Ministerio del Ambiente del Ecuador señala que la reparación integral es "un derecho de la naturaleza por medio del cual, cuando esta se ha visto afectada por un impacto ambiental negativo o un daño, debe ser retornada a las

---

[13] Constitución de la República del Ecuador, 36.

[14] Mauricio Rueda Gómez, "Ley 1333 de 2009. Muchos problemas, pocas soluciones", en *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, ed. por Gloria Amparo Rodríguez e Iván Andrés Páez Páez (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 153-177, edición en PDF.

[15] Constitución de la República del Ecuador, 188.

condiciones determinadas por la autoridad ambiental competente, que aseguren el restablecimiento de equilibrios, ciclos y funciones naturales".[16]

Para comprender cómo se aplica la reparación integral a la naturaleza, se debe considerar la polarización jurídica que existe en la relación humano-naturaleza, dividida en dos corrientes. En primer lugar, la antropocentrista utilitarista, que en los sistemas jurídicos pone al hombre como el fin de las políticas ambientales, las cuales serán relevantes en tanto garanticen los derechos de los hombres sobre la naturaleza.[17] Para este pensamiento, lo más importante es reconocer que, en un sistema legal, la reparación integral en los casos donde se vulneren los derechos de la naturaleza se enfocará en resarcir los daños que impidan al hombre ejercitar sus derechos de goce y uso de la naturaleza como medio para la satisfacción de sus necesidades y de sus objetivos económicos.

En segundo lugar, la corriente biocentrista defiende que el ser humano tiene obligaciones morales con las plantas, los animales silvestres y la comunidad biótica de la tierra, y que el rol del ser humano es hacer que dichas obligaciones sean positivizadas en mandatos legales y políticas en su favor.[18] En tal sentido, la idea principal del biocentrismo es considerar a la naturaleza como el objetivo principal de las políticas medioambientales, y, por ende, todas las actividades que se realicen en torno a la misma deben ser en su beneficio. Entonces, cuando se hagan reparaciones integrales con un enfoque biocentrista, a favor de la naturaleza, no se buscará únicamente satisfacer el beneficio del hombre, sino que principalmente los esfuerzos se centrarán en lograr la reparación integral de la naturaleza por el valor intrínseco de sus elementos bióticos y abióticos, procurando eliminar los riesgos derivados de los aspectos transgeneracional y transfronterizo de los daños ambientales, para que las generaciones futuras puedan disfrutar también del medio ambiente.

Es pertinente señalar que la dualidad del daño ambiental se manifiesta, por una parte, en la afectación a la naturaleza o el medio ambiente y, por otra, en su impacto adicional a varios bienes jurídicos, entre ellos la salud, la alimentación y el agua potable, que tienen directa relación con el ser humano y la sociedad. Por ello, este elemento dual no debe ser dejado de lado al momento de diseñar y ordenar los procedimientos para la reparación integral. En el Ecuador, constitucionalmente se recogen tanto los derechos intrínsecos de la naturaleza –en su calidad de sujeto de derechos, elemento que no está exento de debates– como los derechos propios de los seres humanos, relacionados con los bienes jurídicos mencionados *supra*, de forma tal que resulta viable que se ordene mediante sentencia la reparación integral tanto

---

[16] Ministerio del Ambiente, Acuerdo Ministerial 061, *Registro Oficial Edición Especial* 316 de 4 de mayo de 2015, 8.

[17] Ángela Prada Cadavid, "Antropocentrismo jurídico: perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental", *Revista Criterio Libre Jurídico*, n.° 17 (2012): 34, https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/740

[18] Eduardo Gudynas, *Derechos de la naturaleza, ética biocéntrica y políticas ambientales* (Nueva York: Programa Democracia y Transformación Global, 2014), edición en PDF.

de los derechos de la naturaleza como de los derechos de las personas naturales, pueblos, comunidades y nacionalidades afectadas colateralmente. Esta afirmación se sustenta, por ejemplo, en la Sentencia 1149-19-JP/21, a través de la cual, en lo principal, se verifica que:

> El Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica vulneró los derechos de la naturaleza que le corresponden al Bosque Protector Los Cedros y el derecho al agua, así como el derecho a ser consultado sobre decisiones o autorizaciones que puedan afectar al ambiente de las comunidades asentadas en la zona de influencia de los proyectos mineros Magdalena 01 y 02.[19]

En esta decisión se aprecia una dualidad, donde dos sujetos de derechos diferentes ven lesionados dichos derechos. En primer lugar, la naturaleza, en concreto el bosque antes citado, y, en segundo lugar, las personas físicas pertenecientes a las comunidades afectadas. Esta dualidad también se observa en el momento de las reparaciones y las garantías de no repetición, que son diferenciadas entre las que van dirigidas a subsanar derechos del bosque Los Cedros y las que amparan a las personas físicas, relativas a ser consultadas sobre decisiones o autorizaciones que puedan afectar al medio ambiente del cual se benefician o en el que se desarrollan dichas comunidades.

Ante estas reflexiones, cabe preguntarse: ¿Es la reparación integral de la naturaleza diferente a la reparación de otros sujetos de derechos? La respuesta es positiva y tiene ciertas aristas de interesante debate. Al respecto se debe advertir que los bienes jurídicos contemplados en el derecho, de forma general, son diferentes entre sí. Esto tiene sentido toda vez que los sujetos de derechos son diversos y, en el caso de la naturaleza, la reparación integral se complejiza, puesto que, a más de ser un sujeto de derechos, es un bien jurídico compuesto, donde entran en juego múltiples variables bióticas, abióticas e intereses económicos. Además, la reparación integral originalmente surge para satisfacer derechos humanos violentados, donde se inserta actualmente la naturaleza como un nuevo sujeto de derechos, a la que también se le debe aplicar la reparación integral, aunque dicha calidad especial de sujeto de derechos obligue a que se efectúe de forma diferenciada.

Ejemplo de lo anterior son ciertos elementos de la reparación integral, tales como los derechos a la verdad, a la justicia, a la memoria, a las disculpas públicas, que si bien pueden ser aplicados en casos de lesiones de derechos ambientales,[20] son dirigidos a satisfacer derechos lesionados de las personas (naturales o jurídicas), mas no derechos de la naturaleza, toda vez que se interpreta que dicha naturaleza no recibe beneficio o satisfacción alguna en el momento en que se falla la verdad de los hechos ante los responsables del daño ambiental, ni tampoco con la sentencia

---

[19] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1149-19-JP/21, Caso 1149-19-JP/20, 78.

[20] Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú y Sentencia 1149-19-JP/21, en la que asoma, por ejemplo, que la "sentencia constituye en sí misma una forma de reparación". Ver *ibid.*, 79.

como instrumento de reparación o memoria, salvo en aquellos casos donde la determinación de los responsables de los daños acarrea también su obligación de aplicar medidas de reparación ambiental. Así, los aspectos de la reparación integral antes descritos son beneficiosos para las personas naturales que se hayan visto afectadas por estos daños ambientales.

Entonces, la calidad especial de sujeto de derechos de la naturaleza obliga a interpretar la reparación integral de forma diferenciada, como en el caso de la ejecución de la reparación integral de espacios naturales donde existe un aprovechamiento por parte de pueblos, comunidades o nacionalidades. Esta situación muestra que no solo es necesario articular una reparación integral de los recursos naturales, con la calidad y disponibilidad previa a la lesión de dichos recursos, sino también reparar los daños ocasionados a estos pueblos, comunidades o nacionalidades por la restricción al acceso y aprovechamiento de dichos recursos, derivada de la lesión principal, buscando la reparación integral de todos los derechos vulnerados que sean compatibles entre sí.

Hasta aquí, queda de manifiesto que la defensa jurídica de la naturaleza, en su calidad de víctima, debe probar los diversos aspectos y aristas de los daños que le sean ocasionados, así como a las personas o conjunto de personas que se beneficiaban de ella para, de esta forma, entregar al órgano jurisdiccional la información suficiente a fin de determinar las medidas de reparación indispensables para el caso en concreto. Se aprecia también que los sujetos pasivos, cuyos derechos son lesionados, poseen diversos bienes jurídicos. Esto quiere decir que no todas las reparaciones integrales son adecuadas, por lo que se debe revisar la calidad de los diferentes sujetos de derechos para, de este modo, ajustar las reparaciones integrales a sus necesidades.

2. Enfoque constitucional respecto de la reparación integral a la naturaleza en el Ecuador

En el marco jurídico ecuatoriano, el derecho a la reparación integral, de modo amplio, se encuentra establecido en la CRE en su artículo 78, mismo que determina que "se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado".[21] Esta conceptualización general parte de la necesidad de reparación integral, a raíz de lo que la CRE denomina 'víctimas de infracciones penales', por lo que sería aplicable en el caso de delitos (de acción pública y de acción privada) y contravenciones ambientales, conductas tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal en los artículos 245 al 267, donde se incluyen adicionalmente las disposiciones comunes,

[21] Constitución de la República del Ecuador, 40.

y la responsabilidad penal de las personas jurídicas por infracciones ambientales, entre otros elementos.

Por otra parte, en cuanto a los procesos de garantías jurisdiccionales, vale la pena acotar que en el artículo 86, numeral 3, de la CRE –citado en el apartado anterior– se especifican ciertos elementos de la reparación integral que son de necesaria reflexión.

En primer lugar, se determina que la reparación integral se divide entre material e inmaterial, donde el carácter material se refiere a "la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso",[22] definición doctrinal basada en lo recogido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Así, en el marco de las lesiones a la naturaleza, las reparaciones materiales pueden catalogarse con referencia a los daños generados a las personas que se benefician económicamente del medio ambiente, pero también se deben incluir los gastos derivados de los procesos de reparación ambiental, para que así se puedan sostener las actividades requeridas de cara a restablecer el espacio natural a su estado original previo a la lesión.

En otro sentido, el aspecto inmaterial de la reparación integral comprende "los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".[23] Se entiende que en el sentido estricto de las lesiones a la naturaleza en cuanto sujeto de derechos, las modificaciones a las condiciones de su existencia son las alteraciones al medio ambiente y a los procesos que dentro de ella se desarrollan. Además, si bien no se pueden cuantificar o monetizar los sufrimientos causados a la naturaleza por las vulneraciones a sus elementos o componentes –por motivos obvios, puesto que no tiene una personalidad o un conjunto de sentimientos que puedan ser lesionados–, sí se puede establecer una responsabilidad y montos económicos por concepto de reparaciones a sus elementos bióticos y abióticos, la ruptura de la relación entre sí y los perjuicios causados a los grupos humanos que de ella se servían previamente a la lesión.

Sobre el elemento inmaterial, en una perspectiva ambiental, es preciso resaltar que la naturaleza posee una importancia intrínseca, que, más allá del valor material, forma parte del patrimonio natural de un país o región. Este aspecto es más evidente en el marco de la subsistencia de los pueblos, comunidades y nacionalidades donde estos grupos humanos valoran ciertos espacios naturales por dotarlos de un sentido comunitario, religioso o histórico, que forma parte de un acervo cultural y tiene importancia inmaterial. Así, estos pueblos muestran una poderosa y armónica conexión "en sentido espiritual y cósmico, con la naturaleza y sus recursos, cuidándola

[22] Granda Torres y Herrera Abrahan, "Reparación integral...", 254.

[23] Calderón Gamboa, *La reparación...*, 33.

y apropiándose solo de aquellos elementos que consideran estrictamente necesarios para su supervivencia, convirtiéndose en los primeros guardianes de los recursos naturales, sus ciclos vitales y regenerativos".[24]

En segundo lugar, para la ejecución de la reparación integral, es obligación del órgano jurisdiccional –sea este de carácter unipersonal o pluripersonal– especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial –es decir, de la sentencia– y las circunstancias en que deban cumplirse. Estos elementos son centrales a la hora de la ejecución de las sentencias, tomando en cuenta que, al menos en el ámbito constitucional ecuatoriano, la interposición de recursos en los procesos de garantías jurisdiccionales no interrumpe el cumplimiento de las sentencias.

Es importante destacar que el Estado ecuatoriano es el garante de los derechos de los diversos sujetos de derechos que se conciben en este ordenamiento jurídico. De este modo, el artículo 397 de la CRE establece:

> En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.[25]

Así, el Estado acude como garante principal de la restauración, para luego repetir los cobros de los valores utilizados para la antedicha restauración contra el/los responsable(s). Ahora bien, el asambleísta constituyente no determinó que el Estado sea responsable inmediato de la reparación –comprendiendo que esta es un concepto más amplio, donde se incluyen tanto la restauración como otros valores económicos– sino que se limita a la restauración de los ecosistemas, de forma tal que, para poder reparar daños directos e indirectos contra otros sujetos de derechos perjudicados por las lesiones ambientales, se deberán activar los mecanismos judiciales correspondientes y resolver respecto de las responsabilidades de los sujetos activos de dichas lesiones.

Un elemento central en el ámbito de la reparación integral es la obligación que señala la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 18: "La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma

---

[24] Alexander Barahona Néjer y Alan Añazco Aguilar, "La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios", *Revista Foro*, n.° 34 (2020), 55, https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1460

[25] Constitución de la República del Ecuador, 189.

audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación".[26] De este modo, se aprecia que, de manera directa, la naturaleza no puede comparecer a juicio ni, menos aún, expresarse sobre las lesiones recibidas. He aquí que cobra especial importancia la tutela judicial efectiva de los derechos de la naturaleza en el marco de la posibilidad de comparecer que tienen las organizaciones colectivas y sociales, conforme el artículo 97 de la CRE, para la demanda de "reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir",[27] lo que se vincula con la disposición del artículo 397.1 de la CRE, donde se permite a

> ... cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.[28]

De esta forma, se les otorga la capacidad de activar los procedimientos idóneos y necesarios para proteger los derechos de la naturaleza, comparecer en su nombre y, a través de ellos, lograr las reparaciones requeridas según los daños ocasionados.

3. Consideraciones de la Corte Constitucional del Ecuador respecto de la reparación integral a la naturaleza

Tomando en cuenta que la CRE, como norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no opera como un cuerpo estático, sino que sus disposiciones se mantienen vivas con la activación de las vías constitucionales para la protección de los derechos conferidos en la carta magna, en este análisis de la reparación integral a la naturaleza en su calidad de sujeto de derechos, es preciso incluir pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), como máximo órgano interpretativo dentro del sistema judicial nacional.

En tal sentido, la CCE ha determinado que en un "Estado constitucional de derechos y justicia, la expectativa de respeto a los derechos constitucionales es mayor […] por lo tanto, se espera que la reparación de los daños causados consiga un sentido integral en función a la naturaleza interdependiente de los derechos".[29] Así,

---

[26] Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley 0), *Registro Oficial Suplemento* 52 de 22 de octubre de 2009, 9.

[27] Constitución de la República del Ecuador, 47.

[28] *Ibid.,* 189.

[29] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 004-13-SAN-CC, Causa 0015-10-AN, 24.

se evidencia que la CCE busca que la reparación integral, a más de una medida de reparación de los perjuicios o daños causados, se considere un derecho, y, por tanto, la integralidad de dicha reparación esté concatenada con el resto de los derechos contenidos en el ordenamiento jurídico nacional.

En una visión más amplia, la CCE configura la reparación integral no solo como un derecho, sino como "un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos".[30] Esta categorización dual, como derecho –que le asiste a los sujetos de derechos– y como principio –mandato que debe ser observado por los prestadores de justicia al momento de hacer justicia–, muestra, por una parte, la extensión de la reparación integral, pero también exhibe la necesidad de recordar a los juzgadores que dicha reparación opera como derecho y como una guía fundamental, de cara a mantener la vigencia de la CRE como cuerpo normativo de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sancionando y reparando toda lesión a los derechos contenidos en dicho cuerpo normativo.

En directa relación con lo mencionado, la CCE señala:

> El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, incluye también el derecho de esta a la restauración, lo que implica la recuperación o rehabilitación de la funcionalidad ambiental, de sus ciclos vitales, estructura y sus procesos evolutivos, sin considerar las obligaciones adicionales de carácter económico que el responsable del daño deba cancelar a quienes dependan de los sistemas naturales afectados.[31]

Conviene subrayar que la restauración se considera una medida contenida en la reparación integral –elemento revisado previamente–, que funciona con un enfoque biocéntrico, al buscar como prioridad el restablecimiento de la naturaleza a su estado original. Adicionalmente, es interesante reflexionar sobre el hecho de que la CCE haya identificado que la naturaleza está compuesta por un conjunto interdependiente e indivisible de elementos bióticos y abióticos,[32] de forma tal que la reparación integral a la naturaleza debe, inevitablemente, prestar atención a estos elementos, así como a su relación e interdependencia en el estado previo a la lesión de tales derechos, para que la restitución a este estado original mantenga dichas interdependencia e indivisibilidad, y así precautelar el cumplimiento de estas cualidades. En caso contrario, la reparación puede ser catalogada como no integral, insuficiente o no satisfactoria.

---

[30] *Idem*.

[31] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-15-SEP-CC, Causa 0507-12-EP, 11.

[32] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21, Causa 22-18-IN.

4. Límites y limitaciones de la reparación integral a la naturaleza en el Ecuador

Como resultado de los análisis realizados a lo largo de este artículo, podemos apreciar que la complejidad de la naturaleza en su calidad de sujeto de derechos alcanza y condiciona su reparación integral. Se interpreta que dicha complejidad de los elementos que componen la naturaleza, bióticos y abióticos, unidos a los elementos sociales, culturales, económicos y religiosos, son aristas de la reparación integral, en aspectos materiales e inmateriales, lo que lleva a comprender que la visión biocéntrica, no solo dirige la atención a la reparación integral a la naturaleza en su visión de bien jurídico aprovechable por el ser humano, sino también al valor propio, considerando la calidad de sujeto de derechos que asiste a la naturaleza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, las interpretaciones y el análisis de la reparación integral a la naturaleza no deben ser percibidos desde una concepción formalista, sino amplia,[33] con base en el tipo de sujeto de derechos especial que se pretende proteger y reparar.

En este sentido, el derecho a la reparación integral forma parte de las garantías de goce de derechos en el Ecuador, y su naturaleza objetiva se centra en la reparación de los daños causados a la víctima. En consecuencia, el primer límite a la reparación integral está constituido por la relación y concordancia entre el daño y las medidas de reparación, es decir, la proporcionalidad entre sí. Este límite, de carácter legal, se fundamenta en que el principio de proporcionalidad obliga a que la sentencia valore equitativamente los daños ocasionados y las reparaciones ordenadas, con el propósito de evitar asimetrías en esta relación entre los daños y las reparaciones.

Por otra parte, las limitaciones, a diferencia de los límites antes analizados, aparecen como dificultades que impiden la determinación y/o ejecución de la reparación integral. En ciertos casos, una limitación manifiesta es la catalogada como limitación fáctica o de hecho. Es decir, los daños ambientales son tan extensos y profundos, que no existe tecnología o recursos –humanos y/o económicos– que permitan tal reparación. Aquí, por mejores intenciones que existan por parte de los juzgadores y las partes procesales, la realidad supera a lo jurídico. La doctrina considera que estos casos ocurren "cuando la actividad por su naturaleza puede generar daños de tal envergadura que su reparación total se hace imposible".[34]

La *restitutio in integrum* se torna compleja y puede constituir una limitación a la reparación integral de la naturaleza en casos donde exista carencia de información ambiental respecto de ecosistemas y biodiversidad. El daño a la naturaleza debe ser

---

[33] Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón Peña, "El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Foro. Revista de Derecho,* n.° 30 (2018): 123, https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8

[34] Ramón Domínguez Águila, "Los límites al principio de reparación integral", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15 (2010): 14, http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001

cierto, puesto que el "daño, para que sea reparable, debe tener cierta consistencia; no es suficiente alegar la existencia de un daño para obtener reparación, sino que es necesario que el mismo tenga ciertas características: debe ser *cierto*".[35] La certeza del daño y sus alcances se prueban en los procesos judiciales, y esto condiciona la reparación integral que se ordena. Es decir, se presenta una limitación en el momento en el cual no se puedan determinar fehacientemente los alcances del daño, razonamiento por fuera de la inversión de la carga de la prueba, puesto que aquí no se busca la responsabilidad por los daños, sino la reparación de estos.

El eje de este análisis debe ceñirse a que la integralidad de la reparación no pasa únicamente por los conceptos económicos en calidad de indemnizaciones, sino también por la articulación de las políticas públicas y los esfuerzos privados para restituir los valores intrínsecos propios de la naturaleza. Para ello, se deben tener en cuenta los nexos entre los diversos elementos bióticos y abióticos de esta, y su relación con la sociedad, además de entender que "es la naturaleza del conflicto y el tipo de afectaciones las que determinan las formas y alcances de la reparación integral".[36]

Se debe tener presente que la naturaleza posee "características particulares, tales como la [...] precisión concreta de su ciclo vital, estructura, funciones y procesos evolutivos",[37] y que el desconocimiento de estas características originales puede limitar o impedir que se diseñen y apliquen las medidas de reparación integral adecuadas. Por ello, se requiere un catálogo taxonómico actualizado, que permita "tener un conocimiento, claro y detallado, de cuántas especies existen, dónde están ubicadas, cuáles son sus atributos que las diferencian de sus parientes y su relación con otros organismos".[38] Este catálogo –elaborado por expertos en diversas materias– debe recoger información detallada sobre los distintos ecosistemas del Ecuador, para así tener una base que posibilite establecer un punto de partida para la determinación del estado previo a las lesiones a la naturaleza, insumos que serán utilizados por los peritos, en el momento de valorar o cuantificar los daños, y por los jueces, para ordenar las reparaciones integrales idóneas, según el ecosistema alterado.

Por ende, el desconocimiento del estado de la naturaleza previo a la vulneración de los derechos perjudica la restitución integral de los derechos violentados, así como la proporcionalidad de dicha reparación, debido a que no se podría establecer una relación adecuada e idónea entre los perjuicios y la reparación.

También es preciso observar que la justicia posee la facultad de ser la ejecutora de las sentencias, es decir, no solo es responsable de la tramitación del proceso y de la emisión de la sentencia, sino que también reposa sobre ella la obligación de ejecutarla.

---

35 Tomás Hutchinson, *Daño ambiental* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011), 54.

36 Aguirre Castro y Alarcón Peña, "El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", 129.

37 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2167-21-EP/22, Causa 2167-21-EP, 35.

38 "Catálogos taxonómicos fortalecen el conocimiento de la biodiversidad en México", *Portal Ambiental*, https://www.portalambiental.com.mx/biodiversidad/20231002/catalogos-taxonomicos-fortalecen-el-conocimiento-de-la-biodiversidad-en

Es por ello que la Corte Constitucional, "en relación con el tercer componente de la tutela judicial efectiva, [...] ha señalado que los procesos jurisdiccionales únicamente terminan con la ejecución integral de la decisión, que incluye la ejecución de las medidas de reparación integral".[39] Extrapolando esto a los casos de vulneraciones de derechos de la naturaleza, es el juez constitucional quien se encarga de velar por que su resolución se cumpla en tiempo y forma, tomando en consideración los diferentes tipos de reparación. Una limitación manifiesta puede tener lugar en el momento en que el juez encargado del cumplimiento de la sentencia en favor de la naturaleza, sea por excesiva carga o por algún motivo en concreto, no vigile de manera adecuada el cumplimiento de dicha resolución judicial, elemento que limita la ejecución de la reparación integral y, por ende, perjudica a la naturaleza y a las posibles víctimas colaterales, colocándolas en una situación de doble vulnerabilidad.

Otra de las barreras que sufre la reparación integral, brevemente mencionada dentro de las limitaciones fácticas, es el aspecto económico. Aunque todos los daños deben ser reparados de forma integral, las indemnizaciones de carácter económico representan un peso importante para quien vaya a reparar, desde una persona natural, en su condición de individuo, hasta empresas multinacionales. En el caso del Estado como actor inmediato y subsidiario de la reparación integral –sin perjuicio de la repetición que luego ejerce contra los responsables–, para dicha reparación utiliza insumos económicos que son, en términos directos, bienes públicos o recursos otorgados por los contribuyentes a través de impuestos, por lo que el manejo de dichos fondos debe ser respetuoso de su fuente. Adicionalmente, es posible que el Estado retire recursos de otras áreas –educación, salud, seguridad– para poder hacer frente al desastre medioambiental que deba ser reparado, de forma tal que la limitación se aprecia en el momento en que se debe valorar la necesidad de la reparación ambiental y la disponibilidad de recursos para su ejecución, so pena de la reducción de fondos en otras áreas que también son socialmente esenciales.

Por otra parte, cuando los obligados a reparar son individuos –personas naturales–, la limitación es más evidente, puesto que la mayoría no dispone de fondos económicos amplios, como los del Estado, por lo que la reparación integral se ve afectada y limitada a partir de sus capacidades económicas. Esto, toda vez que sería imposible ejecutar una reparación económica que no posea relación proporcional respecto del patrimonio de quien paga. En este sentido, Ramón Domínguez Águila, citando a Marie E. Roujou de Boubée, afirma: "Los medios financieros del individuo no son extensibles sin límites; si no se le quiere empujar a la ruina, debe fijarse un límite que su deuda directa hacia la víctima no debería superar".[40] En efecto, si se busca el cumplimiento de la reparación integral, debe modularse el pago en relación directa con la capacidad económica de la persona procesada, tomando en cuenta sus ingresos, gastos para subsistir, patrimonio y cargas familiares, y aclarar que esto

[39] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 145-15-EP/20, Causa 145-15-EP, 7.

[40] Domínguez Águila, "Los límites al principio de reparación integral", 13.

no se propone como una forma de suavizar la pena pecuniaria o la reparación económica en favor de la naturaleza y otros afectados, sino como un modo de volver factible la ejecución de la reparación.

Relacionado con el aspecto económico, la determinación de la reparación integral respecto del valor patrimonial de la naturaleza en sentido histórico, cultural, social y religioso presenta serios inconvenientes para su cuantificación económica. Estas son las denominadas limitaciones valorativas, toda vez que, como lo ha señalado la CCE, "cuando se trata de daño moral o extrapatrimonial, la naturaleza del daño genera dificultades probatorias",[41] es decir, que la valoración de estos daños es de difícil probanza, de modo tal que al no reunir los requisitos para ser un daño cierto o tangible, se transforma en un elemento de debate, sujeto a diversas interpretaciones. Por ello, esta complejidad también puede constituirse como una limitación a la reparación integral.

Por último, vinculada con los factores económicos y legales que representan limitaciones para la reparación integral, se debe considerar la limitación relacionada con la capacidad del operador de justicia en el momento de establecer las modalidades correctas de reparación integral, es decir, las denominadas limitaciones jurisdiccionales. Este tipo de limitaciones ocurre en casos donde la reparación no alcanza la integralidad, lo que da lugar a una resolución que decide una reparación parcial. Esto acontece, por ejemplo, en el momento de resolver la restauración de un ecosistema, pero sin tomar en consideración la totalidad de los elementos lesionados, a las personas afectadas o la carencia de la determinación de medidas preventivas que eviten futuras lesiones.

Conclusiones

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el establecido en Ecuador, es indispensable la articulación de mecanismos para la reparación integral de los derechos vulnerados. En este sentido, la naturaleza, en su calidad de sujeto de derechos, puede acceder a la restauración y a la reparación integral, conforme se establece constitucionalmente en la carta magna ecuatoriana. Desde un aspecto biocentrista, esta reparación integral centra la atención en lo relativo a la relación humano-naturaleza y en la reparación de los elementos bióticos y abióticos que componen los ecosistemas, para llegar a reparar la materialidad y la inmaterialidad de este complejo sujeto de derechos.

Asimismo, se debe establecer que la calidad de sujeto de derechos de la naturaleza y su derecho a la reparación integral son determinadas en la CRE, y estos derechos son activados por la CCE a través de su jurisprudencia, desde una visión como derecho y como un principio que debe guiar las resoluciones y actuaciones judiciales.

[41] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 145-15-EP/20, cit., 9.

Sin embargo, en la realidad, se aprecian límites a la reparación integral, como la aplicación del principio de proporcionalidad, y limitaciones fácticas o de hecho, desconocimiento del estado previo a la vulneración de los derechos de la naturaleza, limitaciones económicas en el momento de reparar y limitaciones jurisdiccionales, derivadas de la incorrecta resolución de los conflictos jurídicos, donde la reparación no alcanza la integralidad, elementos que terminan por complejizar la *restitutio in integrum* de la naturaleza y sus derechos.

En el Ecuador se podría trabajar para superar estas limitaciones, en primer lugar, con la aplicación estricta de los principios de prevención y precaución, donde el derecho administrativo ambiental, la autoridad ambiental (Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica) y los gobiernos autónomos descentralizados (gobiernos provinciales, municipales, parroquiales, distritos metropolitanos y el régimen especial de Galápagos) juegan un rol fundamental en el control de las actividades antropogénicas y sus impactos en el medio ambiente, con carácter previo a todo daño.

En segundo lugar, una vez presentes los daños, a más de aquellas limitaciones económicas y de la carencia de catálogos taxonómicos actualizados, en perspectiva ya no preventiva, sino reactiva, se puede aportar con el diseño de un sistema de justicia en materia ambiental, con juzgados especializados y con la expansión de la Unidad Especializada para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente y los Derechos de la Naturaleza de la Fiscalía General del Estado, para que estén presentes en aquellas provincias con mayor índice de comisión de infracciones ambientales. Por otra parte, este sistema de justicia especializada en materia ambiental sería el espacio idóneo para que se desarrollen criterios jurisprudenciales de derecho probatorio ambiental, donde se tomen en consideración las particularidades intrínsecas al derecho ambiental, la calificación de la responsabilidad por los daños ambientales, su acreditación y la valoración económica de los daños materiales e inmateriales.

En cuanto a la academia, es pertinente la profundización de estudios de pregrado y posgrado en materia ambiental y, más precisamente, en relación con peritajes ambientales, derecho ambiental, responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos ambientales, delitos transnacionales de tráfico de especies, entre otras áreas que deben ser exploradas y debatidas en pro de la mejora continua en la materia, en una sociedad donde el riesgo de daños ambientales con consecuencias nocivas para la naturaleza y el desarrollo humano está vigente, y que, por tratarse de bienes jurídicos supraindividuales, transgeneracionales y transfronterizos, requieren un compromiso social generalizado.

Bibliografía

Doctrina

Aguirre Castro, Pamela y Pablo Alarcón Peña. "El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". *Foro. Revista de Derecho*, n.° 30 (2018): 121-143. https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8

Barahona Néjer, Alexander y Alan Añazco Aguilar. "La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios". *Foro. Revista de Derecho*, n.° 34 (2020): 45-60. https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.3

Calderón Gamboa, Jorge. *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013. Edición en PDF.

Domínguez Águila, Ramón. "Los límites al principio de reparación integral". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15 (2010): 9-28. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001

García Arroyo, Cristina. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 24 (2022): 1-45. https://idus.us.es/handle/11441/156293

Granda Torres, Glenda Anabel y Carmen del Cisne Herrera Abrahan. "Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación". *Revista de Derecho Ius Humani* 9, n.° 1 (2020): 251-268. https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209

Gudynas, Eduardo. *Derechos de la naturaleza ética biocéntrica y políticas ambientales*. Nueva York: Programa Democracia y Transformación Global, 2014. Edición en PDF.

Hutchinson, Tomás. *Daño ambiental.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

Peñaherrera Dávila, Angie Bitalia. "Reparación integral de la naturaleza en Ecuador. Un análisis de su aplicación y relevancia en el contexto de cambio climático". Tesis de máster. Universidad Andina Simón Bolívar, 2022. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8544/1/T3730-MCCSD-Pe%c3%b1aherrera-Reparacion.pdf

Portal Ambiental. "Catálogos taxonómicos fortalecen el conocimiento de la biodiversidad en México". https://www.portalambiental.com.mx/biodiversidad/20231002/catalogos-taxonomicos-fortalecen-el-conocimiento-de-la-biodiversidad-en

Prada Cadavid, Ángela. "Antropocentrismo jurídico: perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental". *Revista Criterio Libre Jurídico*, n.° 17 (2012): 29-43.

Ron Erráez, Ximena. "La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Juees* 2, n.° 1 (2022): 35-55. https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/download/942/699/5297

Rueda Gómez, Mauricio. "Ley 1333 de 2009. Muchos problemas, pocas soluciones". En *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, editado por Gloria Amparo Rodríguez e Iván Andrés Páez Páez, 153-177. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. Edición en PDF.

Jurisprudencia

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley 0), *Registro Oficial Suplemento* 52 de 22 de octubre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 004-13-SAN-CC, Causa 0015-10-AN.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 166-15-SEP-CC, Causa 0507-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 22-18-IN/21, Causa 22-18-IN.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2167-21-EP/22, Causa 2167-21-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 145-15-EP/20, Causa 145-15-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1149-19-JP/21, Caso 1149-19-JP/20.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 7.

Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 109.

Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205.

Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212.

Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 359.

Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

Ministerio del Ambiente, Acuerdo Ministerial 061, *Registro Oficial Edición Especial* 316 de 4 de mayo de 2015.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXX, BOGOTÁ, 2024-2025, PP. 577-630, ISSN 2346-0849

Raul A. Ruiz Aguirre* **(Venezuela)**
Sebastián J. Zabaleta Cedeño** **(Venezuela)**
Daniel A. Yánez Roo*** **(Venezuela)**

La incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones

RESUMEN

Este artículo estudia la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones como un problema latente a nivel mundial. El sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) ha sido fuertemente criticado por mermar la acción climática que los Estados deben emprender para lograr los objetivos fijados en el Acuerdo de París y en otros instrumentos internacionales. Particularmente, el arbitraje de inversión como mecanismo característico del SCIE ha recibido fuertes críticas por favorecer efectos adversos, como el *regulatory chill*. Ante esta situación, el artículo propone una breve revisión de la confluencia entre los dos ámbitos, para reflexionar sobre la dirección que están tomando los acuerdos internacionales de inversión (AII) para ser compatibles con el cambio climático.

Palabras clave: cambio climático; derecho al medio ambiente; derechos humanos; derecho internacional de las inversiones; reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

The Impact of Climate Change on International Investment Law

ABSTRACT

This article studies the impact of climate change on international investment law as a latent global problem. The Investor-State Dispute Settlement System (ISDS) has

* Estudiante de derecho, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). raulantonioruizaguirre@gmail.com / https://orcid.org/0009-0001-6028-7635

** Abogado cum laude, Universidad Central de Venezuela (UCV). jrzabaleta.50@gmail.com / https://orcid.org/0009-0004-0272-2346

*** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). danielyanez0403@gmail.com / https://orcid.org/0009-0001-6173-3799

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

been heavily criticized for undermining the climate actions that must be undertaken by states to achieve the goals set out in the Paris Agreement and other international instruments. In particular, investment arbitration, as the characteristic mechanism of ISDS, has been strongly criticized for promoting adverse effects such as regulatory chill. In this context, the article proposes a brief overview of the confluence between the two fields, in order to reflect on the direction that international investment agreements (IIAs) are taking to become compatible with climate change.

Keywords: Climate change; environmental law; human rights; international investment law; reform of the Investor-State Dispute Settlement System.

Auswirkungen des Klimawandels auf das internationale Investitionsrecht

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel untersucht die Auswirkungen des Klimawandels auf das internationale Investitionsrecht als ein weltweit latentes Problem. Das System der Investor-Staat-Schiedsverfahren (ISDS) ist heftiger Kritik ausgesetzt, weil es die Aktionen beeinträchtigt, die von den Staaten für die Erreichung der im Pariser Abkommen und anderen internationalen Instumenten vereinbarten Klimaziele festgelegt wurden. Vor allem die Investitionsschiedsverfahren als charakteristischer ISDS-Mechanismus wurden heftig kritisiert, weil sie zu entgegengesetzten Ergebnissen, z. B. einem regulatory chill führen. Angesichts dieser Situation stellt der Beitrag kurz den Zusammenfluss der beiden Bereiche dar, um der Frage nachzugehen, in welche Richtung sich die internationalen Investitionsabkommen (IIA) entwickeln, um mit dem Klimawandel kompatibel zu sein.

Schlagwörter: Klimawandel; Anspruch auf Umwelt; Menschenrechte; internationales Interventionsrecht; Reform der Investor-Staat-Schiedsverfahren.

Introducción

El derecho a un medio ambiente sano se encuentra garantizado en una gran variedad de textos constitucionales;[1] su constitucionalización solo refleja la relevancia de este derecho en el desarrollo de una vida digna. Es más, el derecho a un medio ambiente sano ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos. En la actualidad, el cambio climático ha generado estragos que afectan el goce y disfrute de ese derecho, pero en especial existe una idea de que las inversiones internacionales más contaminantes se han aprovechado de los acuerdos

[1] Jaume Vernet y Jordi Jaria, "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 525-533.

internacionales de inversión (AII)[2] cuando las regulaciones dirigidas a mitigar o adaptarse a los efectos del cambio climático no eran convenientes para el curso de la inversión, reclamando compensaciones y accediendo al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).

En consecuencia, es importante estudiar cuál es la relación entre las obligaciones de los Estados de garantizar el derecho al medio ambiente y la formulación de los AII que han suscrito con otros Estados, dado que si esos AII van en detrimento del derecho al medio ambiente, entonces cabría afirmar que, para garantizar este derecho, hay que reformar dichos AII. Al menos esta es la narrativa que esgrime cierto sector del foro internacional, pero entender este argumento requiere un estudio mesurado de la situación y un análisis de las posibles soluciones.

Las inversiones internacionales representan un factor de gran relevancia para el crecimiento de todas las economías, pero a menudo no se considera cómo dichas inversiones pueden generar un impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos del país donde actúa un inversionista extranjero. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change)[3] publicó un informe en 2022, donde afirma que el SCIE es utilizado para proteger la actividad petrolífera,[4] lo que afecta, en consecuencia, el medio ambiente y, en ocasiones, frustra la actividad regulatoria de los Estados dirigida a la protección de ciertos derechos.

Esta afirmación fue ampliada por el relator especial en materia de derechos humanos y medio ambiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando expresó:

> En un momento en que es imprescindible que los Estados intensifiquen la acción climática […] *ha surgido un obstáculo colosal. Los inversionistas extranjeros han convertido en arma un proceso de arbitraje internacional*, caracterizado por el secretismo, que se conoce como *solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) y que está previsto en miles de acuerdos internacionales de inversión (AII)*, la mayoría de ellos tratados bilaterales de inversión.[5] (Énfasis agregado)

---

[2] Se utilizará AII para hablar de tratados bilaterales de inversión (TBI), tratados multilaterales de inversiones, tratados de libre comercio (TLC) y acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), por igual. En este trabajo no se consideran los contratos internacionales de inversión.

[3] Organización Meteorológica Mundial, Resolución 4 de 1998 (EC-XL), Grupo Intergubernamental de Expertos para Analizar el Cambio Climático.

[4] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change*, Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, 1.506.

[5] Naciones Unidas, Asamblea General, Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos, Res. A/78/168 de 2024.

Las conclusiones del relator David R. Boyd no son nuevas en el foro de la Organización de las Naciones Unidas. En 2010, la ONU Comercio y Desarrollo (antes Unctad - United Nations Conference on Trade and Development)[6] publicó un reporte en el que se denunciaba que los AII tienen una naturaleza de doble filo, por cuanto eran un elemento indirecto que promocionaba la inversión extranjera directa, pero también podían limitar las prerrogativas regulatorias de los Estados en materia de cambio climático[7] al exponerlos a litigios sumamente onerosos. En 2022, esta misma organización estimó que al menos 175 casos de arbitrajes de inversión consistían en reclamos propiciados por medidas destinadas a proteger el ambiente,[8] por lo que es posible afirmar que medidas tomadas en cumplimiento de la acción climática han sido objeto de disputas internacionales.

Hoy en día es relevante comprender cómo el SCIE se relaciona con los derechos humanos y, particularmente, las cláusulas de apertura que convierten esos derechos en fundamentales de conformidad con las constituciones de cada país. Aunado a lo anterior, el diálogo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de cada Estado[9] ha venido redefiniendo el rol de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y la garantía de derechos, por lo que ahora es importante evaluar el impacto del SCIE a la luz de esas obligaciones. De lo contrario, se estaría dejando de evaluar una pieza importante del rompecabezas para la protección de los derechos humanos.

Lo anterior implica comprender que el constitucionalismo se manifiesta de varias maneras y una de ellas consiste en el *ius constitutionale commune*, entendido como el complejo de normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan el ejercicio de la autoridad pública y que tienen como fin promover el bien común.[10] En esta manifestación del constitucionalismo, el derecho internacional de las inversiones no juega un rol indistinto, especialmente si pretende contribuir a la realización del

---

[6] ONU Comercio y Desarrollo, "UNCTAD se renombra como 'ONU comercio y desarrollo'", Unctad, 9 de abril de 2024, https://unctad.org/es/news/unctad-se-renombra-como-onu-comercio-y-desarrollo

[7] Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010* (Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2010), 136-137.

[8] Naciones Unidas, *International Investment Agreements Issues Note. Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action* (New York: ONU, 2022).

[9] Constanza Núñez Donald, "Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución", *Revista Ius et Praxis* 24, n.º 3 (2018): 381-384.

[10] Armin von Bogdandy *et al.*, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina (Iccal) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción", en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*, coord. por Armin von Bogdandy *et al.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 8.

ideal de un Estado de derecho.[11] Siguiendo esta lógica, los AII no pueden operar limitando la capacidad de los Estados de promover el bien común y garantizar el acceso y goce de los derechos humanos.

El derecho internacional de las inversiones surge como producto del nuevo orden económico internacional, del cual hay que decir que es nada más y nada menos que el paquete de reformas básicas de las reglas, los principios y las disposiciones que rigen el funcionamiento de las inversiones internacionales. Ahora bien, este es tan solo uno de los movimientos que dio inicio al derecho internacional de inversiones, pues en definitiva esta rama nace como "resultado de una realidad cambiante influenciada por la proliferación de conflictos que, a su vez, justifican su existencia".[12]

Entonces, el derecho internacional de las inversiones es también "un sector del derecho internacional público en el cual el inversor podría reclamar directamente contra el Estado receptor de la inversión, existiendo la posibilidad de que solicite un arbitraje";[13] o, lo que es lo mismo, es el conjunto de reglas destinadas a atraer y proteger la inversión extranjera, de modo que controla la actividad del Estado receptor de la inversión. Reglas que por cierto guardan una relación indiscutible con otras disciplinas del derecho internacional público.

Por su lado, el derecho internacional ambiental comprende el marco jurídico y regulatorio que implementa la comunidad de Estados para solucionar los problemas ambientales a nivel global. En el marco de la promoción del desarrollo, como una actividad que comprende los esfuerzos académicos destinados a dejar atrás el subdesarrollo, se entendió que no podía alcanzarse un verdadero crecimiento si este iba en contra del medio ambiente, por lo que ahora los esfuerzos de los Estados al respecto tendrían presente que no podrían, bajo ningún concepto, transgredir el medio ambiente. En este sentido, el derecho internacional ambiental[14] ha tomado

---

[11] Thomas Schultz y Cédric Dupont, "Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study", *The European Journal of International Law* 25, n.º 4 (2014): 1163-1165.

[12] Borja Álvarez Sanz y Ana Isabel Fernández Alonso, "Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones", en *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*, coord. por Jorge Luis Collante González (Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023), 50.

[13] Jorge Luis Collantes González, "El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución", en *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*, coord. por Jorge Luis Collante González (Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023), 14; Sebastián López, "El buen gobierno en los proyectos de tratado de inversión de la OCDE", en *Chile en el club de los países desarrollados* (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010), 191. De acuerdo con el autor, el derecho internacional de la inversión se estructura en torno al concepto de buen gobierno. También conocido como buena gobernanza, este busca garantizar al inversionista extranjero una administración transparente, coherente y responsable por parte del gobierno anfitrión, que asegure un Estado de derecho efectivo.

[14] Lavanya Rajamani y Jacqueline Peel, "International Environmental Law. Changing Context, Emerging Trends and Expanding Frontiers", en *The Oxford Handbook of International*

un rol protagónico en la consecución de la promoción del desarrollo, especialmente porque se ha incluido en la concepción de este la protección del medio ambiente[15] y, congruentemente, los Estados han recogido obligaciones en relación con el derecho a un medio ambiente sano.

Dentro del derecho internacional ambiental es posible ubicar las normas que se refieren al cambio climático. En este artículo no se abordará la autonomía de esas normas sobre cambio climático como una rama del derecho.[16] Por lo que bastará con aclarar que se estudian los tratados y las declaraciones internacionales, los acuerdos regionales, las decisiones y opiniones consultivas y los instrumentos de *soft law*, que han tocado la materia del cambio climático, ya sea para la mitigación de sus efectos o para lograr la adaptación a estos.

Es importante entender que el "objetivo de conservar y mejorar el medio ambiente se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico internacional, en el que ocupa hoy el lugar de un verdadero programa constitucional".[17] De modo que el derecho internacional ambiental, junto con los instrumentos específicos del cambio climático, no solo forman parte de la estrategia de promoción del desarrollo, sino que también representan un elemento fundamental para la consecución de un programa constitucional congruente con los derechos humanos. En ese sentido, las obligaciones que tienen los Estados de proteger los derechos humanos perfectamente podrían extenderse también a los AII como una expresión de su actividad soberana.

Para entender la afirmación anterior y su relevancia en este artículo, es menester entender el movimiento de la mundialización o globalización de los derechos humanos como la instauración de un estatuto jurídico transnacional con independencia de la jurisdicción y de la nacionalidad.[18] Esto incide directamente en la esfera constitucional de cada país, ya que han transitado hacia un modelo constitucional en el que le dan cabida al derecho internacional de los derechos humanos, ora

---

Environmental Law, ed. por Lavanya Rajamani y Jacqueline Peel (New York: Oxford University Press, 2021), 2. En definitiva, comprende el marco jurídico y regulatorio que implementa la comunidad de Estados para solucionar los problemas ambientales a nivel global.

[15] Victoria Abellán Honrubia, "El derecho internacional económico (I): La promoción del desarrollo", en *Instituciones de derecho internacional público*, ed. por Manuel Diez de Velasco (Madrid: Editorial Tecnos, 2007), 728-729.

[16] Cfr. Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law* (New York: Oxford University Press, 2017), 11, con quienes compartimos opinión; y J. B. Ruhl y James Salzman, "Climate change meets the law of the horse", *Duke Law Journal* 62, n.º 5 (2013): 975-1027, para una revisión más amplia del problema.

[17] Fernando Mariño Menéndez, "La protección internacional de medio ambiente (I): Régimen general", en *Instituciones de derecho internacional público,* ed. por Manuel Diez de Velasco (Madrid: Editorial Tecnos, 2007), 768.

[18] Carlos Ayala Corao, "La mundialización de los derechos humanos", en *La mundialización del derecho*, coord. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 95-96.

integrándolo en sus ordenamientos, ora acogiéndose al mismo mediante la suscripción de tratados internacionales.[19]

Esto último tiene que ver con la concepción de nuevas nociones de Estado, derecho y soberanía. Así, luego de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de soberanía estatal deja de ser una cuestión excluyente de cada Estado y pasa a ser un concepto sometido a la persona como sujeto de derechos, lo que produce la soberanía de los derechos que "justifica, obliga y limita el poder de los Estados a actuar y a limitarse, desde una doble fuente: la constitucional y la internacional".[20]

De este nuevo concepto deviene el principio de fiel adecuación, consistente en la recepción por los Estados de los criterios establecidos en la interpretación autorizada de normas de derecho internacional de los derechos humanos, en donde se realiza el contacto entre el derecho constitucional y el derecho internacional.[21] El estudio del *corpus iuris* en materia de cambio climático cobra entonces relevancia en la medida que el derecho al medio ambiente sano y a la vida se puede ver afectado por las inversiones internacionales y los AII.

Para estudiar la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, este artículo abarca tres objetivos principales: en primer lugar, explicar el desarrollo y la evolución del *corpus iuris* del cambio climático. En segundo lugar, abordar la relación del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones. En tercer lugar, analizar las propuestas más elementales en la reforma de los AII, a la luz de los efectos negativos producidos por el cambio climático.

De esta manera, al estudiar estas cuestiones es posible responder cómo ha incidido el cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, especialmente a la luz del vínculo que existe entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los objetivos de desarrollo sostenible.[22]

En consecuencia, la relevancia de esta investigación queda circunscrita a la protección del medio ambiente como un derecho humano, que es efectivamente garantizado por el derecho internacional en sus distintas vertientes, y que se ve afectado por el desarrollo del derecho internacional de las inversiones. Debido a los compromisos cada vez más numerosos y urgentes en relación con el cambio climático, es necesario estudiar los AII como objeto de esos compromisos, pues solo así los Estados podrán salvaguardar los derechos humanos de sus nacionales.

---

[19] Por ejemplo, el profesor Casal Hernández relata esta situación en el contexto de Latinoamérica. Ver Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo* (Caracas: Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, 2015), 67.

[20] Carlos Ayala Corao, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos (la internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados*) (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024), 47.

[21] *Ibid*., 67-68.

[22] Naciones Unidas, Asamblea General, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. El objetivo número 13 es el de adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático, Res. A/RES/70/1 de 2015.

1. Evolución de la regulación sobre cambio climático y su incidencia

Este artículo pone de relieve la necesidad de realizar un recorrido histórico por los distintos instrumentos jurídicos internacionales, tanto de carácter general o marco[23] como vinculantes y de carácter referencial, que han marcado pautas y normas para regular la interacción del ser humano con el medio ambiente a lo largo del tiempo.

En esta sección se hará referencia a la evolución transversal que han tenido los distintos instrumentos internacionales en materia de cambio climático en el tiempo, evaluando cómo su progresión puede estar ejerciendo una presión en la reforma de los AII y del SCIE, impulsada por la relevancia de las políticas ambientales.

Con base en lo anterior, cabe precisar las obligaciones previstas en los AII en sentido abstracto, por ser hoy en día relevantes para lograr el desarrollo sostenible, y el balance entre la protección al medioambiente y los derechos de los inversionistas. Se podrían nombrar, *grosso modo*, al menos seis obligaciones sustantivas presentes en los AII: 1) el trato justo y equitativo, 2) el trato no discriminatorio, 3) el trato de la nación más favorecida y sus variaciones, 4) la prohibición de expropiación directa o indirectamente, 5) el derecho a la libre transferencia de las ganancias y 6) el estándar de la plena protección y seguridad.[24]

No obstante, en la práctica, el escaso cumplimiento de estas obligaciones y las dificultades para obtener las indemnizaciones ordenadas por tribunales arbitrales, junto con la limitada perspectiva y entendimiento de los factores contextuales, han hecho que los AII resulten ineficaces e insuficientes para enfrentar los retos que se presentan en la actualidad.[25]

1.1. La creación del Acuerdo de París

El Acuerdo de París[26] se erige como una consecuencia ineludible y necesaria de la constante evolución en la regulación de la actividad comercial global y del deterioro de medio ambiente producto del cambio climático. Es, para quienes lo suscriben,

---

[23] Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, un acuerdo marco es aquel "Acuerdo normativo al que han de ajustarse otros de carácter más concreto", https://dpej.rae.es/lema/acuerdo-marco

[24] Tatiana B. de Maekelt, "Los tratados de promoción y protección a la inversión extranjera y la emergencia económica" en Homenaje a Tomás Carrillo Batalla, Tomo II, coord. por Asdrúbal Grillet Correa (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009), 1010.

[25] Jonathan Bonnitcha y Sarah Brewin, "Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?", *Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible* (2020), compensation-investment-treaties-es.pdf (iisd.org)

[26] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, spanish_paris_agreement.pdf (unfccc.int)

una consecuencia necesaria de la crisis climática que ha venido gestándose con el paso del tiempo.

Para comprender a cabalidad las bases que sustentan el Acuerdo de París, es fundamental remontarse a 1972, cuando tuvo lugar la Cumbre de la Tierra en Estocolmo. Este evento histórico marcó un hito al convertirse en la primera gran conferencia internacional dedicada a temas ambientales, lo que dio origen a la Declaración de Estocolmo,[27] el primer texto fundamental, aunque no vinculante, sobre principios de preservación ambiental a nivel global. Esta cumbre fue el primer paso hacia un consenso sobre las profundas y significativas repercusiones ambientales que la actividad humana ha dejado en el planeta, sentando un precedente en la atención al cambio climático.

En 1979, la Conferencia Mundial sobre el Clima celebrada en Ginebra (Suiza) marcó otro hito, al reconocer por primera vez el cambio climático como una amenaza real e inminente, que requería acciones urgentes de mitigación, siendo una preocupación netamente climática.[28] Casi una década después, Montreal (Canadá) albergó otro avance crucial en la protección ambiental: el Protocolo de Montreal, considerado por muchos como el acuerdo internacional más exitoso en la materia. El exdirector del Departamento de Políticas y Desarrollo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Olav Kjorven, lo resumió de la siguiente manera:

> En el momento de su adopción en 1987, el Protocolo estaba a la vanguardia, porque demostraba la aceptación de la comunidad internacional del primer acuerdo internacional multilateral y jurídicamente vinculante sobre el medio ambiente, lo que anunciaba el comienzo de una nueva era de responsabilidad en materia de medio ambiente.[29]

A pesar del notable progreso que representó el Protocolo de Montreal, los desafíos en materia de desarrollo sostenible y mitigación del cambio climático persistían. El concepto de inversión y gasto público inteligente aún era incipiente en la época, y los esfuerzos eran insuficientes para calibrar la situación medioambiental. En 1992, la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (Brasil) abordó temas cruciales como el desarrollo sostenible, las energías renovables, las inversiones y el cambio climático. En el marco de esta cumbre, resultó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de la cual se quiere destacar el Principio 2:

---

[27] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo, Res. 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII, 1972, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD_SP.pdf?sequence=5&isAllowed=y

[28] Organización Meteorológica Mundial, *World Climate Conference. A Conference of Experts on Climate and Mankind Declaration and Supporting Documents* (Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 1979).

[29] Jay Dowle *et al.*, *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono: 20 años de éxito* (Nueva York: PNUD, 2007).

> De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.[30]

Asimismo, de la declaración anterior también se observa en su principio 11:

> Los Estados *deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente.* Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales *deberían reflejar el contexto ambiental* y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.[31] (Énfasis agregado)

En este sentido, es posible llegar a diversas conclusiones. En principio, de la Declaración de Río se desprende la primera ocasión en la cual, de forma expresa, los Estados se comprometen a implementar estrategias y políticas que mitiguen el cambio climático; asimismo, los Estados, como veladores y garantistas del cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales en relación con los derechos humanos, se comprometen a emprender una actividad legislativa a través de la que se garanticen los derechos humanos y, de conformidad con el contexto ambiental de cada Estado, se busquen soluciones que mitiguen los efectos de cambio climático.

Seguidamente, en diciembre de 1997 se aprobó el Protocolo de Kioto, un acuerdo internacional y multilateral que establece por primera vez la necesidad de que países desarrollados e industrializados o con economías de transición reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero.[32] Expresamente en su artículo 3, el Protocolo establece que "las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades".[33]

Es decir, además de ratificar el compromiso de los Estados para con la mitigación del cambio climático, resalta que si bien son responsabilidades comunes, se deben evaluar las situaciones particulares de cada Estado, tomando en cuenta su capacidad

---

[30] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, A/CONF.151/26 (Vol. I), Río de Janeiro, principio 2, https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm

[31] *Ibid*., principio 11.

[32] José Monzonís Salvia, "El Protocolo de Kioto", *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 35 (2005): 19-39.

[33] Naciones Unidas, Conferencia de las Partes, Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 de 1997.

económica, política y estructural, para establecer proyectos ambientales adecuados a la necesidad y capacidad de cada uno. Esto, si bien no se establece expresamente, se deriva de lo señalado a lo largo del Protocolo.

Sin embargo, dicho Protocolo ha generado diversas opiniones en la doctrina conforme a su aplicación y efectividad, ya que se centra en la reducción de gases, pero no en la implementación de políticas específicas, generalizadas y sostenibles que hagan posible la reducción de los mismos, por lo que no ha obtenido resultados significativos.[34] Aunado a lo anterior, el Protocolo estaba concebido, en su génesis, para ser aplicado en países desarrollados o en vías de desarrollo con capacidad económica suficiente para ejecutar dichas políticas, lo cual restringió aún más su eficiencia y campo de acción.

Esto, a juicio de la comunidad internacional, limitaría la actividad industrial y económica de los Estados, por lo que estos han tenido significativos problemas para poder firmar y ratificar dicho Protocolo. Un caso específico de esto es Estados Unidos, que planteó ante el Congreso la posible firma y ratificación del texto normativo vinculante, y recibió respuesta negativa por ser considerado una "carga intolerable para su economía".[35]

Ha habido avances significativos sobre la concepción del cambio climático y cómo este repercute directamente en la evolución y el desarrollo sostenible de un Estado,[36] lo que ha provocado que la preocupación y atención al cambio climático sea transversal, pero el verdadero cambio de paradigma vino con la aprobación del Acuerdo de París, en la 21.ª Conferencia de las Partes, llevada a cabo en París, Francia.

Este Acuerdo, suscrito hasta el día de hoy por más de 190 países, es el resultado de un continuado esfuerzo por parte de los Estados, no solo por reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, sino por trabajar en aras de construir una base sólida que les permita el desarrollo sostenible, el progreso de la economía y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), promoviendo así inversiones seguras, que sean mínimamente lesivas para el ambiente. De acuerdo con lo anterior, es de destacar lo establecido en el artículo 7.1 de este texto normativo:

> Artículo 7.1. Por el presente, las Partes establecen el objetivo mundial relativo a la adaptación, que consiste en aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con

---

[34] Carlos M. Duarte, "El Protocolo de Kioto: ¿logro o fracaso?", *El Español*, 5 de enero de 2018, https://www.elespanol.com/ciencia/20180105/protocolo-kioto-logro-fracaso/272842718_12.html

[35] Liliana Rodríguez S., "Protocolo de Kyoto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático", *Gestión y Ambiente* 10, n.º 2 (2007): 119-128.

[36] Luis Miguel Galindo *et al.*, *Ocho tesis sobre el cambio climático y el desarrollo sostenible en América Latina* (Santiago de Chile: Cepal, 2015), 18, https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3c816d04-94d8-41e5-bdbf-9f3a96c8618a/content

> miras a contribuir al desarrollo sostenible y lograr una respuesta de adaptación adecuada en el contexto del objetivo referente a la temperatura que se menciona en el artículo 2.

Cabe destacar que el Acuerdo de París, según Matteo Hoffman, es "un medio, mas no un fin".[37] Por lo que se necesita imperativamente que a nivel doméstico los Estados propicien las condiciones específicas para que el desarrollo sostenible sea viable y el hecho de invertir en una situación favorable sea parte de esos incentivos que tengan los inversionistas, que los haga cumplir voluntariamente con estas cláusulas ambientales propuestas por el Estado, que prevén la garantía y protección del ambiente mediante políticas de cero tolerancia a las inversiones altamente contaminantes, teniendo en cuenta que uno de los fines del Acuerdo de París es la adaptación al cambio climático.

Sin embargo, una de las críticas que se le ha hecho a este Acuerdo, desde el punto de vista del objeto de este artículo, es que más allá de ser vinculante y de que se ha utilizado en diferentes ocasiones como base jurídica de acuerdos como el Pacto Verde Europeo (European Green Deal), no permite establecer un balance entre las obligaciones y los derechos de los inversionistas, especialmente en vista de las necesidades de cada continente y tomando en cuenta las condiciones contextuales de los mismos.

1.2. El desarrollo de acuerdos regionales

De esta necesidad de generar consensos que estén más adaptados y adecuados a los contextos particulares de cada continente, nace 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, mejor conocido como Acuerdo de Escazú, adoptado en Costa Rica, el 4 de marzo de 2018.[38]

Este Acuerdo Regional está dirigido a América Latina y el Caribe, y su fin es garantizar los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades estatales. La Asociación Ambiente y Sociedad, de Colombia, lo distingue como "un acuerdo

---

[37] Matteo Hoffman, "El Acuerdo de París funciona según lo previsto, pero aún queda un largo camino por recorrer", *International Science Council Blo*g, 1 de noviembre de 2022, https://es.council.science/blog/the-paris-agreement-is-working-as-intended-but-weve-still-got-a-long-way-to-go/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20es%20un%20medio%2C%20no,ambici%C3%B3n%20y%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20sus%20planes%20clim%C3%A1ticos

[38] Organización de los Estados Americanos (OEA), Acuerdo de Escazú: sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe del 4 de junio de 2018, OEA, https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content

visionario y sin precedentes, negociado por y para los países de América Latina y el Caribe, que refleja la ambición, las prioridades y las particularidades de la región".[39]

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha catalogado el Acuerdo de Escazú como fundamental para "generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles".[40] En el marco de este análisis, los artículos 8.1 y 10.1 del Acuerdo son específicamente relevantes:

> Art. 8.1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.
>
> […]
>
> Art.10.1. Para contribuir a la implementación de las disposiciones del presente Acuerdo, cada Parte se compromete a crear y fortalecer sus capacidades nacionales, sobre la base de sus prioridades y necesidades.

Con base en estos artículos, el Acuerdo Regional es considerado sumamente innovador por involucrar aspectos de justicia climática a nivel regional y nacional,[41] dando un paso más hacia un proceso que favorece la implementación efectiva y eficiente de los AII e incentiva el equilibrio la relación Estado-inversionista.

Así las cosas, en la realidad latinoamericana existe una estrecha relación entre el cambio climático y la afectación de los derechos humanos,[42] y un medio ambiente más sano puede contribuir a que todos los seres humanos gocen plenamente de sus derechos.[43] Con esto como punto de partida, algunos Estados latinoamericanos han desarrollado jurisprudencia sobre la concepción de la naturaleza y la necesidad de protegerla, sobre todo en casos de sobreexplotación ambiental e inversiones no sostenibles (INS). Esto puede observarse claramente en casos como el río Atrato[44]

---

[39] Asociación Ambiente y Sociedad, "Colombia necesita el Acuerdo de Escazú", 2021, https://www.ambienteysociedad.org.co/colombia-necesita-el-acuerdo-de-escazu/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Escaz%C3%BA%20es%20un%20tratado%20visionario,y%20la%20protecci%C3%B3n%20ambiental%20desde%20una%20perspectiva%20regional

[40] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), "Banca multilateral y OCDE consideran fundamental el Acuerdo de Escazú para generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles", 8 de marzo de 2022, https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es/noticias/banca-multilateral-ocde-consideran-fundamental-acuerdo-escazu-generar-un-clima-inversiones

[41] Nicole Stopfer, Marie Christine Fuchs y Georg Dufner, "El Acuerdo de Escazú. Luces y sombras de la política medioambiental regional", *Agenda Estado de Derecho*, 23 de abril de 2021, https://agendaestadodederecho.com/el-acuerdo-de-escazu/

[42] Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo, Res. 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII, 1972, n7303907.pdf (un.org)

[43] Naciones Unidas, Asamblea General, Protección del medio ambiente y desarrollo, A/RES/45/94 de 1994, https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nro/572/57/img/nro57257.pdf

[44] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, pronunciada por la Sexta Sala de Revisión.

y la Amazonia[45] en Colombia, en los cuales se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

De lo anterior se presentan dudas al momento de firmar los AII, que llevan a preguntarse: ¿el Estado debe velar por la protección del medio ambiente solo en casos de INS? Limitar la protección ambiental a situaciones de impacto ambiental significativo sometería al Estado a una gestión reactiva y constante de crisis. En cambio, la protección ambiental debe ser un principio transversal a toda inversión, independientemente de su naturaleza, promoviendo así un desarrollo sostenible desde su origen.

Es decir, el Estado no solo debe cumplir con la obligación internacional preventiva de proteger el medio ambiente como derecho humano, mediante la evaluación y debida diligencia de las inversiones sostenibles (IS) o las INS y su respectivo impacto ambiental, sino además debe adecuar su derecho interno y sus políticas de inversión progresivamente para mantener únicamente las inversiones sostenibles, garantizando la protección del derecho humano al medio ambiente sano.

Lo anterior produce efectos trascendentales cuando se contrasta con la realidad del Acuerdo de Escazú, que en su artículo 3, apartado e), establece: "Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: principio preventivo",[46] por lo que se considera que debería existir el mandato imperativo a los Estados que suscribieron este Acuerdo, de aplicar el principio preventivo y que este sea extensivo a inversiones, por lo que, en consecuencia, deben implementar medidas de protección ambiental tomando en cuenta la previsión de inversiones que no se consideran amigables con el cambio climático.[47] Sin embargo, la materialización de esta premisa requiere mecanismos de regulación que estén bien estructurados.

Ahora bien, los AII son tratados internacionales suscritos entre Estados, y su modificación es una prerrogativa de los Estados partes. Al margen de ello, la relación asimétrica entre Estados e inversionistas está vinculada a la voluntad estatal para manifestar avances con relación a los sujetos que ingresan a la esfera internacional y la medida de su personalidad, esto es, sus derechos y obligaciones. Sin esa voluntad clara y determinada, difícilmente los inversionistas pueden tener un rol en el proceso de negociación, redacción y modificación de los AII.

En el sistema europeo hay desarrollos en cuanto a la protección del medio ambiente y las inversiones sostenibles, junto con la distinción sobre las INS. En consonancia con el Acuerdo de París, el Pacto Verde Europeo ha marcado un precedente

---

[45] Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia STC-4360/2018, Sala de Casación Civil.

[46] Organización de los Estados Americanos, Acuerdo de Escazú.

[47] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Sobre obligaciones de los Estados 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, 128.

distintivo y notorio; impulsado en un principio por todos los países miembros de la Unión Europea (UE), tiene como objetivo primordial la reducción de los gases de efecto invernadero que genera la UE a través del comercio nacional e internacional, aplicando medidas sostenibles y verdes que buscan generar crecimiento económico y condiciones que incentiven la participación de los inversionistas en operaciones sostenibles.[48]

Más allá de la intención de regular las actuaciones de los Estados europeos en materia de protección y garantía del medio ambiente a través de las IS, el Pacto ha resultado ser sumamente difícil de aplicar para algunos, siendo que, por ejemplo, para España el mismo se ha vuelto "una maraña normativa que ha generado, entre otras cosas, una tremenda inseguridad jurídica en el sector energético", puesto que actualmente existen más de 140 normativas que crean confusión en el inversionista y llevan a que la inversión sea mucho más compleja.[49]

Sin embargo, los acuerdos regionales, que buscaban en un principio implementar el Acuerdo de París en sus respectivas regiones y combatir el *greenwashing*,[50] se han vuelto igual de ineficaces e inseguros para los inversionistas, haciendo poco rentable la inversión, pues dichos acuerdos no han sido del todo expresos o claros en lo que se refiere a plantear hojas de ruta para llevar a cabo una transición pacífica y económicamente sólida de inversiones no sostenibles a inversiones sostenibles.

1.3. Situación actual de los AII en relación con el cambio climático

Como se expresó, las dificultades de la eficacia de los AII se han hecho cada vez más notorias, lo que ha provocado que el costo por suscribirlos sea desalentador tanto para los inversionistas como para el propio Estado, el cual, al dejar de tomar las medidas necesarias de prevención, protección y garantía del medio ambiente, podría incurrir en responsabilidad, como ha sucedido en Colombia.[51]

Sin embargo, existen esfuerzos por hacer que los AII y las inversiones cumplan su cometido bajo la realidad actual. Por un lado, el Reglamento de Taxonomía de la UE[52] no solo ayudó a limitar o mitigar el lavado verde, sino que además define

---

[48] Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el Pacto Verde Europeo, COM (2019) 640 de 2019.

[49] Sergio García Magariño y Unai Belintxon Martin, "Pacto Verde Europeo: las dificultades de las que parte España para poder cumplir", *The Conversation*, 5 de diciembre de 2021, https://theconversation.com/pacto-verde-europeo-las-dificultades-de-las-que-parte-espana-para-poder-cumplir-172744

[50] Virginie Loiseau, Christine Weidenslaufer y Paola Álvarez, "El Greenwashing o 'lavado verde' en la legislación comparada", *Asesoría Técnica Parlamentaria*, n.º SUP 131831.

[51] Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia STC-4360/2018.

[52] Unión Europea, Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones

expresamente en su artículo 2.1 lo que se considera por inversión medioambiental sostenible. Esto da luz y guía tanto al Estado, para elaborar mejores estrategias y políticas públicas que garanticen la protección del medio ambiente, como a los inversionistas, para que realmente conozcan lo que se considera una inversión sostenible y una no sostenible.

Asimismo, el párrafo 39 de los considerandos del reglamento establece un pilar fundamental en la construcción de una sociedad y un comercio más sostenible:

> Algunas actividades económicas tienen un impacto negativo en el medio ambiente y la reducción de dicho impacto negativo puede constituir una contribución sustancial a uno o más objetivos medioambientales. En relación con las actividades económicas de ese tipo, es conveniente establecer criterios técnicos de selección que supongan una mejora sustancial del comportamiento medioambiental en comparación, entre otras cosas, con la media del sector, pero que al mismo tiempo eviten efectos de bloqueo perjudiciales para el medio ambiente, en particular efectos de bloqueo que supongan importantes emisiones de carbono, durante la vida económica de la actividad económica financiada. Dichos criterios deben tener en cuenta también las repercusiones a largo plazo de una actividad económica precisa.[53]

De lo anterior cabe destacar el enorme esfuerzo que ha impulsado la UE por favorecer las inversiones sostenibles, no solo definiendo expresamente dichos conceptos, sino además estableciendo estrategias por medio de las cuales la UE, de forma consecuente, realiza avances hacia un desarrollo sostenible a través de los AII. Pese a lo anterior, los retos siguen presentes y se pueden resumir en cinco grandes grupos de problemáticas.

Un primer problema es que en la actualidad existe un excesivo recelo en reconocer de manera expresa en los AII el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, y además, que Estados y empresas deben adoptar políticas y estrategias que no solo favorezcan, sino que desarrollen la protección de dicho derecho.[54]

Existe una minoría de AII que sí reconoce los derechos humanos, por ejemplo, el AII Modelo de Países Bajos de 2019 reconoce la obligación de los Estados de proteger el medio ambiente y los derechos humanos, dando cumplimiento a lo establecido en textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[55] A pesar de

---

sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, 14.

[53] *Ibid.*, párrafo 39, 9.

[54] Naciones Unidas, Asamblea General, Promoción del derecho al medio ambiente sano, Res. A/76/L.75 de 2022, n2243675.pdf (un.org)

[55] Gobierno de los Países Bajos, "Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos," 2019, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download

este ejemplo, persiste la duda: ¿es posible diseñar los AII de tal forma que, en corto plazo, faciliten la transición a energías más sostenibles o, al menos, no fomenten las no sostenibles sin perjudicar directamente al flujo de la economía?

La respuesta corta es no. Para ello sería necesario que los Estados emprendan un movimiento de reforma que excluya de forma expresa a las INS del ámbito de aplicación de los AII y establezca ciertas protecciones al poder regulatorio de los Estados. Al hacerlo, se producen problemas importantes: 1) los Estados se expondrán a constantes reclamos e inconformidades por parte de inversionistas que juegan un rol importante en sus economías; 2) podría llevar a un abuso del poder regulatorio que, aunque fundamentado en el interés público, termine por violar los derechos de los inversionistas, y 3) la relación de asimetría entre el Estado y el inversionista sería mucho mayor.[56] Estas son solo algunas razones por las que sería difícil configurar los AII de tal forma que faciliten la transición a energías más sostenibles.

No obstante esas dificultades, es importante considerar que a nivel interamericano la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[57] sobre medio ambiente y derechos humanos, marcó un hito al consagrar que el disfrute y goce de los derechos humanos se encuentra vinculado al derecho a un medio ambiente sano, definiéndolo como un derecho autónomo, íntimamente relacionado con otros derechos de las generaciones actuales y venideras.

De tal forma, se reconoció que los Estados están obligados a 1) adoptar medidas para prevenir el daño ambiental significativo, dentro y fuera de sus territorios; 2) supervisar y monitorear las actividades que puedan causar daño ambiental, llevar a cabo estudios del impacto ambiental cuando exista riesgo de daño, crear planes de contingencia y mitigar el daño si ha ocurrido a pesar de las acciones preventivas y 3) actuar respetando el principio de precaución para proteger los derechos a la vida y la integridad personal en el caso de un posible daño irreversible y grave del medio ambiente, entre otras obligaciones. Es decir que, así el coste sea muy alto, el Estado tiene una obligación internacional de proteger el medio ambiente y de procurar que las inversiones que se lleven a cabo en el marco de AII sean sostenibles y amigables con su entorno.

Dicho concepto fue reconocido como derecho humano, entre otras, en la Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.[58] Adicionalmente, en Latinoamérica fue interpuesta la Solicitud de Opinión Consultiva sobre la Emergencia Climática y Derechos Humanos por la República de Colombia y la

---

[56] Lise Johnson *et al.,* "Costos y beneficios de los tratados de inversión: consideraciones prácticas para los Estados", *Columbia on Sustainable Investment* (2018), https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/spanish.pdf

[57] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

[58] Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, Res. A/HRC/RES/48/13 de 2021, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/289/53/pdf/g2128953.pdf

República de Chile[59] en la Corte IDH, que, sin lugar a dudas, tocará el punto de las obligaciones de los Estados en el marco de las operaciones económicas.

En el Caso Habitantes de La Oroya, la Corte sugirió que la prohibición de causar daños irreparables al medio ambiente debería ser progresivamente reconocida como una norma de *jus cogens*.[60] Tal afirmación corrobora la obligación que tienen los Estados de proteger el medio ambiente y permite preguntarse si es posible entender que la obligación de protección del medio ambiente de los Estados se extienda a las actividades contaminantes de INS protegidas por un AII.

Para poder dar respuesta a esta pregunta, cabe recalcar que la Corte IDH estableció que "los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente";[61] por esto, en materia de protección ambiental se les impone una obligación preventiva y un estándar de debida diligencia en aquellas situaciones donde se prevé la producción del daño ambiental. Lo que en definitiva justifica pensar que los Estados deben analizar hasta qué punto sus acuerdos económicos pueden perjudicar los derechos de la población.

Con fundamento en lo anterior, es posible pensar que la obligación de proteger el medio ambiente de los Estados se extiende claramente a las actividades de una INS protegida por un AII. Además, los Estados tienen el deber de realizar, *ex ante*, procedimientos de supervisión de las actividades dentro de su territorio que podrían afectar al medio ambiente, incluidas las inversiones internacionales protegidas por AII.

Ahora bien, en lo referente a la responsabilidad de las empresas en esta materia, la OCDE adoptó un instrumento en el que establece una guía para la conducta de las compañías. En dicho documento se menciona que las empresas deben "buscar formas de prevenir o mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos que están directamente relacionados con sus operaciones comerciales, productos o servicios en virtud de una relación comercial, incluso si no contribuyen a dichos impactos".[62] Esto podría extenderse a los Estados cuando realizan una actividad comercial y empresarial.

Aunado a lo anterior, cabe recalcar que organismos como la Asamblea General de la ONU han ratificado la importancia de los procesos preventivos –de debida

---

[59] Corte IDH, Opinión Consultiva de 09 de enero de 2023, solicitada por la República de Colombia y la República de Chile sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[60] Corte IDH, Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511, parr. 129.

[61] *Ibid.*, párrafo 126.

[62] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable* (OCDE, 2023), 29, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2023/06/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_a0b49990/7abea681-es.pdf

diligencia– a empresas que sean propensas a violar o transgredir los derechos humanos. Especialmente, ha establecido que el proceso de debida diligencia es "fundamental como base de lo que debería hacer cualquier empresa para dar cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos".[63] Poco a poco se ha enfatizado que la responsabilidad de proteger y respetar los derechos humanos ya no solo se encuentra en los Estados.

Un segundo problema consiste en la falta de obligatoriedad para los árbitros de considerar los tratados internacionales sobre cambio climático al resolver disputas. En vista de lo anterior, vale la pena preguntarse: ¿los tratados y las disposiciones en materia de derechos humanos deberían ser fuente del derecho internacional de las inversiones? ¿Tienen los árbitros un deber de considerar las disposiciones en materia de derechos humanos en disputas derivadas del incumplimiento de un AII? A ambos cuestionamientos, quienes suscriben consideran que la respuesta corta es que sí. Sin embargo, la relación entre esos tratados y las disputas derivadas del incumplimiento de AII se aclarará más adelante en este artículo.

Un tercer problema es el creciente rechazo, principalmente por parte de los Estados –pero también de los inversionistas–, a la resolución de controversias a través del arbitraje de inversión, debido a que los costos procesales y el acceso a dicho método voluntario de resolución de conflictos se ha vuelto un proceso engorroso, tardío y complicado para ambas partes.[64]

Un cuarto problema es que los tribunales arbitrales se han vuelto incoherentes y muchas veces no han tomado en cuenta el contexto estructural o circunstancial de la disputa. En numerosas ocasiones, el Estado ha justificado la intervención a las inversiones privadas con base en la preservación de un interés público difuso, por lo que en ciertos casos los inversionistas no han recibido indemnizaciones, lo que ha desincentivado la contratación y ha provocado una gran inseguridad en el SCIE.[65]

Finalmente, un quinto problema que encapsula a todos los anteriores es el hecho de que los AII traen consigo grandes y complejas concesiones de derechos y obligaciones entre el Estado y el inversionista extranjero. Es decir, hoy en día, el beneficio de una inversión no se mide únicamente por su rentabilidad económica, sino también por el equilibrio entre la libertad de acción del inversionista y el grado de regulación gubernamental. En la concepción actual, al momento de firmar un AII se generan obligaciones para el Estado, que al final es el que debe aplicar medidas preventivas para proteger y garantizar los derechos humanos en materia ambiental,

---

[63] Naciones Unidas, Asamblea General, Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Res. A/73/163 de 2018, párrafo 17.

[64] Yaritza Pérez Pacheco, "Derecho internacional de inversiones. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana", en *Retos actuales del derecho internacional privado. Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado* (México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015), 19.

[65] Bonnitcha y Brewin, "Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?".

lo que trae como consecuencia una relación asimétrica que depende en gran medida de los compromisos asumidos únicamente por el Estado.

Esta relación de notoria asimetría entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista consiste en el aprovechamiento de los derechos que se le otorgan a este último, cuyas obligaciones son mínimas o inexistentes, mientras que el Estado tiene que cumplir con una numerosa cantidad de obligaciones nacionales e internacionales en materia de cambio climático y preservación del medio ambiente, además de las del AII.

Con el fin de equilibrar la relación asimétrica entre Estados receptores e inversionistas, los AII modernos han introducido cláusulas de responsabilidad social y empresarial. Estas disposiciones permiten a los Estados defender sus intereses y presentar demandas reconvencionales o excepciones contra los inversionistas que incumplan con sus obligaciones de preservación medioambiental,[66] ya sea buscando la desestimación de la demanda interpuesta en su contra o una indemnización por los daños causados.

El desarrollo de la agenda climática está en pleno auge, una muestra de ello es la reciente resolución adoptada por la Asamblea General de la ONU,[67] en la que solicita a la Corte Internacional de Justicia su opinión sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático a fin de establecer bases legales para la justicia climática y su consecuente ámbito de responsabilidad.

Incluso, recientemente el Tribunal Internacional del Derecho del Mar emitió su Opinión Consultiva n.º 31,[68] la primera que establece las obligaciones de los Estados en materia de mitigación de cambio climático en vista de los daños causados en los océanos por los gases de efecto invernadero, lo cual se traduce en el deber de los Estados de prevenir y controlar la polución del mar por vía de dichos gases y su responsabilidad frente a los nexos de causalidad entre una emisión y un daño, todo ello en virtud del ejercicio de su jurisdicción sobre conductas contaminantes.

Es claro que la concepción de los AII debe cambiar, y, sin duda, la relación Estado-inversionista debe equilibrarse, a fin de crear un panorama con mayores incentivos para la inversión sostenible que permita que los Estados puedan ser garantistas del medio ambiente. Esta idea debe coexistir con la sostenibilidad de las inversiones

---

[66] Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, "Reconciliando los derechos de las empresas multinacionales bajo los AII con la responsabilidad civil surgida de sus filiales", *Investment Treaty News*, 19 de diciembre de 2020, https://www.iisd.org/itn/es/2020/12/19/reconciliando-los-derechos-de-las-empresas-multinacionales-bajo-los-aii-con-la-responsabilidad-civil-surgida-de-sus-filiales/

[67] Naciones Unidas, Asamblea General, Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático, Res. A/RES/77/276 de 2023.

[68] Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Opinión Consultiva presentada por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional de 21 de mayo de 2024, párrafo 102.

extranjeras, las cuales no pueden ser un peso imposible de sostener económica o políticamente en el tiempo.

2. La relación entre el cambio climático y el derecho internacional de las inversiones

2.1. Las tensiones entre el derecho de las inversiones y el cambio climático

Como se constató en el apartado anterior, es posible afirmar que el marco regulatorio sobre el cambio climático está en el centro de la agenda global desde hace unos cuantos años –y hoy con mayor intensidad–, lo que indudablemente ha llevado a que los Estados asuman nuevos compromisos en materia de protección del medio ambiente. En ese sentido, se ha hecho manifiesto el rol protagónico y colaborativo de distintos actores públicos, privados e internacionales para hacer frente al cambio climático, lo que responde a uno de los elementos de la sostenibilidad: la protección de la biodiversidad y del ecosistema de la actividad humana, que a su vez opera bajo una premisa mayor como es el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

No es secreto que el cambio climático ya está afectando la vida de las personas, el ejercicio de sus derechos y los ecosistemas de los que dependen y, por ende, al referirnos a las tensiones entre el derecho internacional de las inversiones y el cambio climático, estas se centran principalmente en 1) la explotación de los recursos naturales y el daño ambiental causado que suele asociarse a las industrias extractivas (petróleo, carbón, gas y minería); 2) la reforma económica y legal que supone la agenda climática global –la transición energética–, y 3) los principales problemas para su implementación en el marco del SCIE.

Puesto así, en opinión de quienes escriben es imposible desconocer que el derecho internacional de las inversiones ha tenido gran relevancia en el crecimiento de la economía global, debido a la creciente y constante globalización, lo que ha tenido efectos jurídicos y económicos fronterizos y transfronterizos, y ha influido también en el ámbito de acción de las administraciones públicas de los países, mediante los procesos de adecuación normativa que le son inherentes, y como consecuencia de la puesta en práctica de las políticas de promoción de inversiones y del comercio.

Lo mencionado se hace particularmente relevante si se tiene en cuenta la racionalidad del SCIE, que en palabras de Kaufmann-Kohler y Potestà no es otra que una fórmula para proteger recíprocamente los intereses de la inversión extranjera y evitar preocupaciones como la politización de las decisiones, el trato discriminatorio y la expropiación sin compensación justa.[69] De tal forma, se reconocen un cúmulo de

[69] Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michelle Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, *European Yearbook of International Economic Law* (Cham: Springer International Publishing, 2020), 7-29.

garantías –originadas en un instrumento de derecho internacional público–, para los inversionistas extranjeros en los Estados receptores de su inversión, que les permiten demandar la responsabilidad de los Estados ante tribunales internacionales

Aunque la problemática del cambio climático, como se señaló en la sección anterior, ha recibido atención desde el siglo pasado a nivel internacional, la mayoría de los instrumentos del derecho internacional de inversiones, es decir los AII, han eludido desarrollar o referirse a la agenda de sostenibilidad o a instrumentos internacionales en la materia como el Acuerdo de París;[70] por lo que, como ha afirmado Barker, los AII actuales son climatológicamente ciegos al no prever diferencias entre los tipos de inversión.[71]

Así las cosas, los AII ostentan una función ambivalente, que puede proteger a toda clase de inversionistas tanto INS como IS.[72] Vale la pena mencionar que, para 2023, la mayoría de los reclamos originados por el incumplimiento de las obligaciones de los Estados en el marco de AII surgieron con ocasión de desavenencias relacionadas con inversiones de energías fósiles y sus actividades conexas.[73] Hoy en día, de hecho, los flujos de financiación pública y privada para los combustibles fósiles siguen siendo mayores que los destinados a la adaptación y mitigación del cambio climático.[74]

---

[70] Juan Álvarez Contreras, "El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión", en *Perspectivas sobre el Desarrollo Sostenible en Colombia*, coord. por Lyndon W. Jay y Luis Ferney Moreno (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023), 161-162. El autor destaca algunos AII, como el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (CETA), el TBI modelo de Estados Unidos, el TBI modelo de Holanda y el TBI entre Marruecos y Nigeria, que muy tímidamente hacen referencia a los objetivos de la sostenibilidad, al cumplimiento de las obligaciones de otros instrumentos internacionales (Acuerdo de París, OIT, DUDH) y a la legitimidad de la potestad regulatoria de los Estados para alcanzar objetivos legítimos de política pública. No obstante, estos esfuerzos parecen aislados.

[71] Paul Barker, "Sustainable investment, deep decarbonization, and investor-state dispute settlement: The failure to align the investment treaty system with climate change law & policy?", *Blog de Stanford Law Publications,* 10 de mayo de 2021, https://law.stanford.edu/publications/sustainable-investment-deep-decarbonization-and-investor-state-dispute-settlement-the-failure-to-align-the-investment-treaty-system-with-climate-change-law-policy/

[72] Por ejemplo, España se ha erigido como el país más demandado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones por el caso de las energías renovables; los inversionistas invocan el incumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Carta de Energía, un AI climatológicamente ciego.

[73] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Carga de casos del Ciadi. Estadística - Edición 2023-II", 10, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf. De acuerdo con las estadísticas más recientes del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, un 27% del total de casos administrados por la institución corresponden a petróleo, gas y minería, seguidos de un 15% en sectores de la industria de energética, con lo que, entre estas actividades económicas, concentran casi la mitad de las disputas.

[74] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), Informe de Síntesis del Sexto Informe de Evaluación (AR6), 62, https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf

Los instrumentos del derecho internacional de inversión han sido criticados ampliamente,[75] pero a los efectos de esbozar las tensiones que interesan en esta sección, es suficiente mencionar que han sido catalogados como una forma de coartar la soberanía de los Estados en cuanto a su poder regulatorio para adoptar o regular cuestiones de interés general, un fenómeno que la doctrina ha denominado *regulatory chill*.[76] Este fenómeno podría manifestarse en vista de las medidas regulatorias que adoptan los Estados para proteger el medio ambiente, las cuales pueden afectar directa o indirectamente los derechos de los inversionistas y, en respuesta, podrían intentar demandas millonarias que terminarían por lograr que los Estados se abstengan de implementar tales medidas.

Lo anterior es así, dado que los inversionistas pueden utilizar el SCIE para cuestionar medidas de interés público y general, prevaliéndose de garantías como la del trato justo y equitativo y, particularmente, las expectativas legítimas[77] generadas en el marco de la inversión. En este orden de ideas, no hay que pasar por alto que el derecho internacional de las inversiones padece de un síndrome que ha sido estudiado desde mediados del siglo pasado en el derecho internacional y que comporta todas y cada una de sus ramificaciones: la fragmentación, que es producto de la proliferación de instituciones y de regímenes normativos especializados que gozan de un alto grado de autonomía.[78]

El síndrome de la fragmentación ha sido caracterizado en el derecho internacional desde una vertiente negativa, por la cual muchos han considerado que este constituye un peligro para la estabilidad y coherencia del orden jurídico internacional,[79] y desde una vertiente positiva, que lo ha erigido como parte del desarrollo normal y

---

[75] Sobre el tema, de manera general ver Gloria María Álvarez *et al.*, "A Response to the Criticism against ISDS by EFILA", *Journal of International Arbitration* 33, n.º 1 (2016): 1-22.

[76] Para una profundización, ver Tarald Berge y Axel Berger, "Do investor-state dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of respondent state bureaucratic capacity", *Journal of International Dispute Settlement,* n.º 12 (2021): 1-41.

[77] Por ejemplo, la transnacional Phillip Morris promovió arbitrajes contra Ecuador y Australia para controvertir las medidas adoptadas por estos países para restringir la comercialización de cigarros al dictar normas de protección de la salud. También se presentan casos como: Eco Oro Minerales Corp vs. República de Colombia, Caso Ciadi ARB/16/41, Laudo final del 09 de septiembre de 2021, en el que se interpretó que, aunque una política ambiental esté amparada por una cláusula de excepción por protección del medio ambiente, los Estados todavía tienen la obligación de compensar a los inversionistas.

[78] Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", s. f., https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

[79] Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 52° período de sesiones, Res. A/55/10, 2000, 152, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2000_v2_p2.pdf

deseable del derecho internacional a los fines de garantizar su vitalidad en vista de la pujante globalización.[80]

Si bien es un fenómeno que ha sido medianamente superado por elevar sus virtudes en el marco de la agraciada globalización, aún subsisten intereses que pueden ser coincidentes, distintos e incluso divergentes. En la práctica persisten ciertas cuestiones de índole conflictual, por ejemplo, la falta de diálogo entre los múltiples instrumentos normativos existentes, el *forum shopping*[81] y la presencia de casos de jurisdicciones paralelas. Estos problemas favorecen las contradicciones y la falta de uniformidad y seguridad jurídica.

Lo aquí planteado toma vital relevancia si tenemos en cuenta que el SCIE se encuentra integrado por alrededor de 3.000 tratados suscritos a lo largo del globo,[82] que históricamente se encuentran conformados por cláusulas modelos que han sido utilizadas y elaboradas a partir de principios creados por la doctrina especializada,[83] las cuales constituyen derechos y garantías para los inversionistas, por lo que mayormente las obligaciones han recaído únicamente en los Estados.

Algunos AII contienen referencias someras y aisladas a la protección y garantía del medio ambiente, los derechos humanos y la promoción de la sostenibilidad, pero pocos se han ocupado de desarrollar la influencia de tales disposiciones en el marco de los tratados;[84] aún menos han sido los tribunales arbitrales que se han dado a la

---

[80] Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, "Fragmentación del derecho internacional", párrafos 9 y 11.

[81] Sebastián Zabaleta y Raúl Ruiz, "La doctrina del *forum non conveniens*: ¿amiga o enemiga del derecho internacional privado?", en *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela,* n.º 5, coord. por Claudia Madrid Martínez (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2023), 378. El *forum shopping* consiste en la búsqueda del foro más conveniente o, lo que es lo mismo, en la elección de uno de entre varios tribunales que ostentan jurisdicción para resolver un conflicto; a menudo esta práctica ha sido vista como oportunista y tiene implicaciones procesales para el conflicto.

[82] Álvarez Contreras, "El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión", 141.

[83] Jorge Vega, "La solución de diferencias relativas a inversiones entre un inversor extranjero y un Estado. Análisis crítico de la situación actual en Sudamérica" (tesis para optar por el grado de magíster en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016), 117, http://opac.pucv.cl/pucv_txt/Txt-4500/UCC4810_01.pdf. Por lo general, los tratados internacionales de inversión contienen las siguientes cláusulas: trato nacional, paraguas, estabilidad, la nación más favorecida, la protección y seguridad plenas, el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiaciones en forma directa o indirecta, la remanencia de las obligaciones, la prescripción de conflictos y, por supuesto, el arbitraje de diferencias inversionista-Estado.

[84] Filip Balcerzak, "Los derechos humanos en el derecho internacional de inversiones", en *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios,* ed. por José Álvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz (Bogotá: Universidad del Externado, 2021). El autor afirma que existe un pequeño número de AII dentro de la red de más 3000 que hacen mención a la protección y promoción de los derechos humanos y a los objetivos de desarrollo sostenible; algunos en sus preámbulos, el TBI entre Suiza y Georgia, el TBI entre Austria y Kazajistán, el

tarea de interpretar tales enunciados para emitir sus pronunciamientos,[85] por lo que la inserción simbólica de dichas disposiciones no hace nada por solucionar la asimetría existente entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas.

Así, de la propia letra de los AII se evidencia también una disociación entre los derechos y las obligaciones de los inversionistas que desde hace años se ha erigido como el pilar central del derecho internacional de las inversiones,[86] gracias al proceso de fragmentación del derecho internacional, lo que se traduce en un serio desequilibrio o asimetría en su diseño estructural.

Dicha política de disociación se ha fundado en el problema de imponer obligaciones internacionales de derechos humanos a las empresas multinacionales para crear un régimen mundial de responsabilidad pública, el cual ha tenido gran oposición en la historia del SCIE,[87] lo que a su vez ha limitado la adaptación del derecho internacional de las inversiones a las necesidades de desarrollo sostenible.

TLC entre Canadá y Colombia, el TPI entre Singapur y la Unión Europea, entre otros; y otros, en el cuerpo de sus textos, el TBI entre Nigeria y Marruecos y el TBI modelo de Noruega.

[85] Excepcionalmente, algunos tribunales arbitrales se han pronunciado al respecto en casos como Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa vs. República Argentina, Ciadi ARB/07/26, Laudo final de 8 de diciembre de 2016, donde el tribunal tomó en consideración el marco normativo en derechos humanos para no condenar al Estado; David R. Aven vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018, en donde el tribunal reconoció que las inversiones deben desarrollarse de una manera que sea sensible respecto de preocupaciones medioambientales; Burlington Resources, Inc. vs. República del Ecuador, Caso Ciadi ARB/08/5, Laudo final de 07 de febrero de 2017, que admitió una demanda de reconvención contra el inversionista y lo condenó por los daños ambientales ocasionados.

[86] Javier Echaide, "El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática", en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo,* coord. por Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 147.

[87] Silvia Steininger, "Investment and human rights in the shadow of the pandemic: Recent developments in 2020", en *Yearbook on International Investment Law & Policy 2020* (Oxford: Oxford University Press, 2021), 224-225; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Res. A/HRC/26/9 de 04 de abril de 2014. Se estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyos avances han sido mínimos y aún no se vislumbra su finalización. Eventualmente, este grupo adoptó las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos, con el objetivo de proporcionar un foro apropiado para asegurar reparaciones en materia de derechos humanos; pese a lo anterior, estas reglas no han tenido un éxito notable, posiblemente debido al costo asociado al litigio de tales reclamaciones y al requisito de que ambas partes consientan someter la disputa a arbitraje.

De tal manera, los tribunales arbitrales han sido criticados por desatender cuestiones relacionadas con el contexto donde resuelven las controversias que se les plantean, por no tener en cuenta las demás obligaciones que los Estados poseen dentro del derecho internacional y de sus normas más fundamentales, desconociendo en cierta medida que el SCIE forma parte del derecho internacional y debe responder a su sistema de fuentes y a sus reglas de jerarquía normativa e interpretación,[88] lo cual ha creado una suerte de conflictos normativos.

Es indubitable que la fuente de interpretación principal de derecho de los tribunales arbitrales es el tratado que cubra la disputa y, de ser el caso, se pueden utilizar otras fuentes del derecho internacional para su interpretación; sin embargo, no suele ser bien recibido que los árbitros utilicen, por ejemplo, los instrumentos de derechos humanos o de cambio climático por la especialidad de la materia.[89]

Con estas restricciones interpretativas resulta difícil, en la mayoría de los casos, que estos tribunales tengan en cuenta estándares desarrollados sobre el cambio climático, los derechos humanos o la sostenibilidad, ya que esto podría resultar en una anulación del laudo por haber excedido los poderes otorgados al tribunal arbitral o la controversia discutida por las partes,[90] y su viabilidad en la práctica ha sido una posición minoritaria y vista en muy pocos casos.[91]

Es menester resaltar que los tribunales arbitrales de inversión no son consistentes, puede haber una multiplicidad de árbitros decidiendo disputas sobre materias asociadas al cambio climático y cada uno de ellos podrá tener una perspectiva distinta del asunto; además, estos operadores de justicia tampoco están constreñidos o vinculados a decisiones pasadas –a diferencia de otros foros–, puesto que en el derecho internacional de las inversiones no existe un *stare decisis*, ni mucho menos algo como la jurisprudencia en un sentido técnico, lo cual da lugar a razonamientos diversos, incluso si existen marcos fácticos idénticos a la luz de tratados internacionales similares.[92]

---

[88] Echaide, "El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática", 163.

[89] Juan Gómez-Moreno, "El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático", *Themis. Revista de Derecho*, n.º 82 (2022): 128.

[90] *Ibid.*

[91] A fin de ejemplificar, ver los siguientes casos: Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa, Caso Ciadi ARB/06/5, Laudo final del 15 de abril de 2009; Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú, Caso Ciadi ARB/14/21, Laudo final de 30 de noviembre de 2017; Tulip Real Estate and Development Holanda BV vs. República de Turquía, Caso Ciadi ARB/11/28, Decisión sobre nulidad del Laudo final de 30 de diciembre de 2015; Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipack SRL vs. Rumania [I], Caso Ciadi ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 24 de septiembre de 2008; Hesham TM Al Warraq vs. República de Indonesia, Caso Uncitral 1996, Laudo final del 15 de diciembre de 2014, donde se reconoció la importancia de la integración del derecho internacional general, especialmente, los derechos humanos en el derecho internacional de inversiones.

[92] Gómez-Moreno, "El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático", 129.

2.2. El potencial del derecho internacional de las inversiones en materia de cambio climático

Luego de haber detallado los aciertos y desaciertos del SCIE, es propio afirmar que el derecho internacional de las inversiones se encuentra disociado, en pequeña o gran medida, de los objetivos de desarrollo sostenible, bien sea por la fragmentación que padece de manera natural, o por su propio diseño históricamente arraigado, pues el SCIE parte de una premisa conceptual según la cual la prioridad es proteger a los inversionistas.

Ante este panorama, se presentan dos escenarios fundamentales a los fines de armonizar el derecho internacional de las inversiones con la realidad que hoy representa el cambio climático para el desarrollo de las sociedades: 1) la interpretación integradora de normas internacionales o instrumentos de cambio climático por parte de los tribunales arbitrales, 2) la renegociación de los AII por parte de los Estados para incluir un lenguaje expreso y desarrollado sobre los objetivos de la sostenibilidad.

Una interpretación íntegra y armoniosa en ausencia de disposiciones sobre el cambio climático, derechos humanos o desarrollo sostenible en los AII implica entender que el derecho internacional de las inversiones no se encuentra aislado del sistema de fuentes del derecho internacional público, más bien se encuentra dentro de él.[93] La ubicación conceptual de las normas del derecho internacional de las inversiones se encuentra por debajo del bien común que buscan promover las normas en materia de derechos humanos, de modo que se debe observar en su ámbito el cumplimiento de obligaciones *erga omnes* e *ius cogens*, e incluso ser interpretado y aplicado a la luz de dichas obligaciones.[94]

Por ello, el artículo 31.3.C de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[95] consagra que, junto con el contexto, para la interpretación de los tratados se debe tener en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, entre las cuales se encuentran instrumentos tales como el Acuerdo de París, el Acuerdo de Escazú, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y demás instrumentos del *corpus iuris* internacional. La aplicación de estos instrumentos no se refiere necesariamente a dejar la especialización de la materia, sino más bien a uniformar y fortalecer el orden jurídico internacional.

---

[93] José Manuel Álvarez Zárate y Diana María Beltrán Vargas, "La interpretación de los tratados de inversión", en *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*, ed. por José Alvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz (Bogotá: Universidad del Externado, 2021), 109-111.

[94] Echaide, "El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y gobernabilidad democrática", 163.

[95] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1968, Doc. A/Conf. 39/27.

Un ejemplo ilustrador se encuentra en el artículo 42 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), según el cual los tribunales pueden decidir las diferencias de conformidad con las normas convenidas por las partes. A falta de acuerdo, dichos tribunales se regirán por la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Pero para ello, el rol de las partes es crucial, incluyendo a los árbitros, peritos y abogados para introducir este debate en el *thema decidendum* de los tribunales,[96] sin incurrir necesariamente en un exceso de las facultades del tribunal arbitral que lleve a la anulabilidad del laudo, en vista de que los AII coexisten con el régimen de fuentes y normas interpretativas del derecho internacional. Incluso, se podría dar el caso de que no aplicar estas normas, cuando fueren relevantes o útiles para resolver la disputa, genere una futura nulidad del laudo proferido.

Para la consecución de lo anterior, es importante que los árbitros, como rectores del proceso, tengan y desarrollen suficiente experiencia y conocimiento en las esferas de derechos humanos y medio ambiente, incluidas las controversias relativas al desarrollo sostenible y relacionadas con el clima, con el fin de alcanzar una solución justa y razonable a las controversias entre inversionistas y Estados.

Lo anterior podría significar una enorme diferencia en aquellos casos en que los AII no hacen referencias a los objetivos de sostenibilidad y protección de los derechos humanos y el medio ambiente, o simplemente hacen referencias aisladas y ambiguas sobre estas materias. A tales efectos, una interpretación íntegra de los AII a la luz de los demás instrumentos que conforman el *corpus iuris* internacional coadyuva a resignificar el rol de estas disposiciones aisladas o su ausencia para dirimir la disputa de una mejor forma.

Ahora bien, la renegociación de los AII ya existentes, o el diseño de los nuevos AII alineados con los objetivos de sostenibilidad y la realidad medioambiental, se ha presentado como una salida consentida ante las nuevas dificultades mundiales que plantean la inversión y el desarrollo, formulando políticas públicas que propicien el desarrollo sostenible y, a su vez, reforzando los marcos de las políticas de inversión existentes sin perder de vista este objetivo.

Con base en lo anterior, la renegociación de los AII para incluir disposiciones expresas y desarrolladas sobre el cambio climático y los derechos humanos en coordinación con los objetivos de desarrollo sostenible puede ser una solución a muchos de los problemas aquí planteados; especialmente, la inclusión de disposiciones que tiendan a preservar el poder regulatorio de los Estados en temas de interés público y general como la protección de la salud, el medio ambiente, los derechos humanos

[96] Gómez-Moreno, "El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático", 133-134.

y la lucha contra la corrupción, sin que esto implique la violación de garantías otorgadas a los inversionistas.[97]

Esto contrarrestaría el llamado *regulatory chill* y las demandas acaecidas por la adopción de medidas motivadas por la protección del interés público, siempre y cuando las medidas no sean arbitrarias, injustificadas, ni constituyan una discriminación evidente, denegación de justicia o una violación del debido proceso, porque su objetivo principal es la preservación de un interés superior. Esta reforma progresiva del SCIE, de acuerdo con ONU Comercio y Desarrollo en su balance de 2019, se puede producir por vía de diez opciones distintas con el objetivo de modernizar el acervo de AII del SCIE para reducir la fragmentación del sistema y alinearlo con la realidad mundial.[98]

En pocas palabras, este balance resume y analiza diez opciones, con sus ventajas e inconvenientes, para que los países las adapten y adopten con arreglo a sus objetivos específicos de reforma, entre las cuales se contemplan: la interpretación conjunta de disposiciones de tratados, la enmienda de disposiciones de tratados, la sustitución de tratados anticuados, la consolidación de la red de tratados de inversión, la gestión de las relaciones entre tratados coexistentes, las referencias a normas mundiales, la acción multilateral, el abandono de tratados antiguos no ratificados, la terminación de tratados antiguos existentes y, por último, el retiro de tratados multilaterales.

Cualquiera de estos mecanismos puede ayudar a reducir la incertidumbre y aumentar la previsibilidad para los inversionistas, las partes contratantes y los tribunales y, sobre todo, puede impulsar la modernización con la consecuente reforma integral de los tratados para eliminar sus asimetrías, establecer obligaciones conjuntas y alinearlos con los objetivos de desarrollo sostenible, especialmente, en aquellos tratados de vieja generación.

Por supuesto, hay mecanismos más asertivos, prácticos e inmediatos para enfrentar estos males, por ejemplo, las interpretaciones conjuntas, las enmiendas y la sustitución de AII son más viables a corto plazo, mientras que la acción multilateral, la consolidación de la red de tratados de inversión y la gestión de las relaciones entre tratados coexistentes requieren un esfuerzo diplomático y conjunto mucho mayor.

En suma, dentro del derecho internacional de inversiones es claro que existen los mecanismos para contrarrestar sus desaciertos, bien sea a través de la adecuación del marco normativo existente respecto de las normas internacionales jerarquizadas del derecho internacional, o bien sea por la construcción de una coherencia normativa transversal que reduzca la asimetría normativa en el derecho internacional de inversiones con otras áreas, o por la transformación, modificación

---

[97] Álvarez Contreras, "El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión", 159-161.

[98] ONU Comercio y Desarrollo, Nota de la Secretaría de la Unctad, Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2, TD/B/C. II/42 de 2019.

(dentro o fuera de los tratados) o la terminación de los AII que no se ajusten a los estándares actuales.

Paralelamente, la carencia de un precedente, al menos por ahora, en el SCIE, no necesariamente debe fungir como un problema, más bien fomenta su evolución y adaptabilidad de forma más eficiente a la realidad actual, lo que no implica la carencia de seguridad jurídica, ya que el ámbito de interpretación de los tribunales no solo consiste en el AII aplicable, sino también en el derecho internacional general que abarca los tratados de importancia sistémica en el derecho internacional, como la Convención de Viena, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, e incluso, en ocasiones, el derecho interno o el escogido por las partes se hace manifiesto.

La doctrina y la jurisprudencia doméstica e internacional, a pesar de no ostentar un carácter vinculante *per se*, influyen en los tribunales arbitrales para introducir debates ajustados a la realidad de la sociedad moderna y aportarles perspectivas innovadoras en sus razonamientos, zanjando en cierta medida las brechas que pudieran existir. Los tribunales están facultados para interpretar progresivamente los AII de conformidad con el derecho internacional general, incluidos los tratados pertinentes sobre el medio ambiente o los derechos humanos.[99] Además, los tribunales también pueden tener en cuenta el orden público internacional, como ha subrayado Miles y Lawry-White, en el contexto de los casos relacionados con el clima.[100]

Por lo tanto, podría decirse que los tribunales ya tienen las herramientas para abordar muchas cuestiones relacionadas con el cambio climático. En el informe de noviembre de 2019, la ICC Task Force on the Arbitration of Climate Change Related Disputes concluyó que, incluso cuando los AII no se pronuncien sobre el cambio climático o el Acuerdo de París, las obligaciones internacionales suelen interpretarse de forma progresiva y es probable que el Acuerdo de París y las contribuciones determinadas a nivel nacional (CDN) informen las expectativas legítimas de la parte inversionista a la hora de definir, por ejemplo, una reclamación de trato justo y equitativo.[101]

No obstante, la práctica de los Estados en las renegociaciones de AII será importante para determinar hasta qué punto es probable que el derecho internacional de las inversiones esté en consonancia con la legislación y las políticas sobre cambio

---

[99] Peter A. Allard vs. Barbados, Caso CPA 2012-06, Laudo final del 27 de junio de 2016, párrafo 244; Joshua Paine, "Failure to take reasonable environmental measures as a breach of investment treaty?", *Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 4 (2017): 745-754.

[100] Wendy Miles y Merryl Lawry-White, "Arbitral institutions and the enforcement of climate change obligations for the benefit of all stakeholders: The role of ICSID", *ICSID Review* 34, n.º 1 (2019): 17; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA, Abal Hermanos SA vs. Uruguay, Caso Ciadi ARB/10/7, Laudo final del 8 julio de 2016, párrafo 30.

[101] Cámara de Comercio Internacional, "Resolving Climate Change Related Disputes Through Arbitration And ADR", *ICC Commission Report* (2019), 39.

climático.[102] No cabe duda de que el reto inmediato para el SCIE es seguir el ritmo de la transición energética y la revolución de la sostenibilidad, y considerar de forma crítica lo que el sistema debe ofrecer para mantener su relevancia y legitimidad en esta nueva era.

3. Un nuevo paradigma

3.1. Hacia un nuevo criterio de inversión

La ausencia de una distinción entre inversiones sostenibles e inversiones no sostenibles es un problema que abordamos en un sentido técnico en esta sección, ya que incide en la consecución de los objetivos del cambio climático al permitir que los autores de actividades perniciosas para estos objetivos puedan interponer reclamos sobre la acción climática que desarrollen los Estados. Entonces, la cuestión queda especificada en la distinción entre IS e INS, toda vez que distinguir podría ser útil para el tránsito a las energías renovables, de lo cual se colige la implementación del mandato contenido en el artículo 2(1)(c) del Acuerdo de París.[103]

La relevancia práctica de una distinción se encuentra motivada por dos argumentos: 1) transitar hacia energías renovables, y 2) contrarrestar el llamado *regulatory chill*, pues con una distinción podría limitarse qué inversiones pueden acceder a un sistema de protección. Pero la dificultad técnica en una distinción se encuentra en la misma naturaleza del SCIE, pues ¿hasta qué punto es posible justificar la protección de ciertas inversiones sobre otras?

3.1.1. Dificultades técnicas asociadas al concepto tradicional de inversión

Como punto previo, es importante explicar que la definición de lo que debe ser entendido como inversión juega un rol fundamental en este sistema. En razón del notorio uso del arbitraje de inversión, uno de los problemas más frecuentes del SCIE es la autoridad del tribunal arbitral para conocer de una controversia y dictar una decisión. Cuando un Estado suscribe un AII en el que se prevé el uso del arbitraje para resolver conflictos, renuncia a un elemento de su soberanía; la razón de ser de

---

[102] Freya Baetens, "Combating climate change through the promotion of green investment: From Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement", en *Research Handbook on Environment and Investment Law*, ed. por Kate Miles (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 107-130.

[103] Lorenzo Cotula, "International investment law and climate change: Reframing the ISDS reform agenda", *Journal of World Investment & Trade,* n.º 24 (2023): 782. El artículo 2(1)(c) del Acuerdo de París reza: "Situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero".

esta práctica es la obtención de beneficios mutuos, más que una reciprocidad entre partes.[104] Esto en definitiva solo ocurre con el consentimiento de los Estados.

Por esta razón, cuando los Estados acuerdan resolver cualquier posible conflicto mediante arbitraje, especifican a qué están consintiendo. De modo que un tribunal arbitral no tendrá autoridad para conocer, ni decidir, si no cumple con las condiciones a las que las partes consintieron.[105] La autoridad de un tribunal arbitral para decidir es mejor conocida como la jurisdicción, la cual depende del consentimiento de las partes sobre tres elementos: la materia, el tiempo y la persona. En ese sentido, los tribunales deberán determinar qué es una inversión (materia) de conformidad con el instrumento aplicable, para luego decidir sobre cualquier mérito.[106]

Si bien es cierto que el concepto de inversión puede estar definido en el propio AII o en la legislación doméstica (criterio subjetivo), no es menos cierto que siempre han existido dificultades para determinar qué significa. Por ejemplo, el Convenio Ciadi no incluye un concepto de inversión (de incluirlo sería un criterio objetivo).[107]

La ausencia de un concepto de inversión ha generado múltiples problemas, los cuales aportan una lección útil para considerar una distinción entre IS e INS. Un caso emblemático de los arbitrajes llevados bajo el Convenio Ciadi es el caso Salini, donde se intentó establecer, con ambición de criterio objetivo, que el término inversión consistía en contribuciones económicas durante un cierto periodo de ejecución de una transacción, donde se toma parte en los riesgos de dicha transacción.[108] Como del amor al odio hay solo un paso, las críticas que ha recibido este criterio no son pocas.[109] Al intentar definir objetivamente el término inversión, muchos tribunales

---

[104] Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum y Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2022), 26.

[105] Dejando de lado el estudio de uno de los problemas que se encuentra en el punto de partida del arbitraje de inversión: el consentimiento entre inversionista y Estado. Ver Jan Paulsson, "Arbitration without privity", *ICSID Review* 10, n.º 2 (1995): 232-257.

[106] Zachary Douglas, *The International Law of International Investment Claims* (New York: Cambridge University Press, 2009), 144-145.

[107] Ciadi, Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 14 de octubre de 1966, Washington, cuyo artículo 25(1) reza: "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una *inversión* entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado" (énfasis agregado).

[108] Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos, Caso Ciadi ARB/00/4, Laudo sobre jurisdicción de 23 de julio de 2001, párrafo 52.

[109] Laurence Burger, "The trouble with Salini (Criticism of and alternatives to the famous test)", *Swiss Arbitration Association,* n.º 3 (2013): 145-160. En general, hay tribunales que han optado por apegarse al criterio, o recogerlo y modificarlo, o criticarlo por considerar que no es viable que este test se aplique estrictamente, mientras algunos defienden que si uno de los elementos es manifiesto podría ser suficiente, aunque falte otro de los elementos.

de arbitraje de inversión[110] y autores[111] han mostrado su inconformidad con una definición propiamente objetiva y excluyente de una definición subjetiva.

Tomando esto en cuenta, distinguir entre IS e INS requiere determinar si se usa un criterio objetivo o subjetivo. Adicionalmente, es necesario reflexionar sobre las dificultades técnicas que vienen con la implementación de un criterio de esta clase y, luego, las formas en las que podría ser aplicado en favor del cambio climático.

3.1.2. Entre la objetividad y subjetividad de la distinción

La primera cuestión que hay que analizar es si la distinción entre IS e INS debería consistir en un criterio objetivo o subjetivo. Es necesario aclarar que este no es un requisito existencial de la inversión, por lo que esta distinción debe ser aplicada a sabiendas de que no afecta su existencia, sino que la categoriza y determina efectos posteriores.

Un criterio objetivo puede ser establecido de forma vinculante en un tratado multilateral, pertenezca o no al campo del derecho internacional de las inversiones; también es posible que sea establecido de forma no vinculante con investigaciones y determinaciones científicas. Un criterio subjetivo podría ser fijado en el tratado bilateral de inversiones a expensas de la determinación del Estado o en la legislación doméstica de cada Estado receptor de la inversión.

El problema con un criterio objetivo es que los Estados tienen situaciones y necesidades distintas. Si un Estado no considera la actividad A como INS, un criterio objetivo obligaría a categorizar esa actividad A como INS, lo que afectaría los intereses del Estado. Asimismo, en el caso de que un Estado quiera negociar con sus créditos de carbono,[112] un criterio objetivo podría afectar su capacidad para hacerlo.

Ahora bien, un criterio subjetivo en esta cuestión podría solucionar muchos problemas, pero disminuye la posibilidad de un movimiento totalmente coordinado para la mitigación de los impactos del cambio climático, ya que cada país adoptaría medidas distintas y podría plantearse la simplificación del criterio a conveniencia, retrasando la acción climática. Considerar la implementación de cualquiera de las dos opciones es controversial, por lo que la escogencia de un criterio subjetivo u objetivo dependerá de la situación climática de cada Estado y región.

---

[110] En Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. República Unida de Tanzania, Caso Ciadi ARB/05/22, Laudo final del 24 de julio de 2008, párrafos 314 y ss., el tribunal observó las dificultades presentadas por el test Salini.

[111] Jean Ho, "The meaning of 'Investment' in ICSID Arbitrations", *Arbitration International* 26, n.º 4 (2010): 639-641.

[112] Carbon Market Watch, "Carbon Markets 101. The ultimate guide to global offsetting mechanisms", julio de 2020, https://carbonmarketwatch.org/publications/carbon-markets-101-the-ultimate-guide-to-global-offsetting-mechanisms/. Sin ánimo de profundizar sobre el mercado de créditos de carbono, todo dependerá de si cada Estado maneja un sistema de crédito de comercio de emisiones o créditos límite.

Adicionalmente, establecer una distinción entre IS e INS acarrea un problema práctico que debe ser considerado. Renegociar o complementar los AII para incorporar una distinción conlleva un problema para una gran cantidad de inversionistas que poseen una inversión importante en un Estado receptor y contribuyen a su economía. Además, esta fórmula podría facilitar el abuso por parte de los Estados de los derechos de los inversionistas, ya que, como se expone en la siguiente sección, la relevancia de una distinción reside en la exclusión del ámbito de aplicación de un AII o en el establecimiento de obligaciones para los inversionistas.

3.1.3. Aplicación de una distinción en la formulación de tratados de inversión

Si se solucionan los problemas enunciados en los acápites anteriores, entonces habría que pensar qué hacer con esas distinciones. Existen dos opciones: 1) establecer *carve-outs* (recortes) en el ámbito de aplicación de los tratados de inversión, o 2) establecer obligaciones para los inversionistas sobre la base de la distinción; estas opciones no son mutuamente excluyentes.

Un recorte puede ser definido como aquellas disposiciones que remueven absoluta o parcialmente del ámbito de aplicación de un AII a ciertos sectores de inversión.[113] Para considerar la primera opción es importante señalar la relevancia del derecho internacional de las inversiones en la materialización de un Estado de derecho efectivo,[114] pues si se plantea excluir a las INS para solo proteger a las IS, alguien podría considerar que existe una violación del trato justo y equitativo o en general de los estándares de los AII.[115] Sin embargo, esto ya sucede –por ejemplo, el Pacto Verde Europeo recogió la comunicación de la Comisión Europea respecto de la limitación de energías fósiles–.[116] Como producto de la aceptación de los compromisos en el Acuerdo de París, es posible que los recortes en AII sean una buena alternativa para lograr los objetivos de desarrollo sostenible.

Sobre este particular, la opinión de Paine y Sheargold es ilustradora cuando explican que este tipo de cláusulas no deberían ser entendidas como contrarias al sistema actual y que forman parte de las prerrogativas del Estado para mitigar el

---

[113] Joshua Paine y Elizabeth Sheargold, "A climate change carve-out for investment treaties", *Journal of International Economic Law*, n.° 26 (2023): 291.

[114] López, "El buen gobierno en los proyectos de tratado de inversión de la OCDE", 191.

[115] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/00/2, Laudo final del 29 de mayo de 2003, párrafo 154. Es importante señalar que el estándar del trato justo y equitativo consiste en la expectativa de previsibilidad, transparencia, no arbitrariedad y racionalidad que el inversionista tiene respecto de la conducta del Estado.

[116] Comisión Europea, Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra, COM(2018) 773, párrafo 21: "Para ello habrá que explorar nuevas fuentes de financiación, por ejemplo gravámenes resultantes de la aplicación coherente de los principios de 'quien contamina paga' y la eliminación progresiva de las subvenciones existentes a los combustibles fósiles".

cambio climático.[117] Sin embargo, el problema con establecer recortes o *carve-outs* es que ello requiere un esfuerzo coordinado para renegociar o complementar AII. Si bien es cierto que muchos países van en esa dirección, no es menos cierto que la influencia de actores económicos relevantes y la dinámica de negociación podrían obstaculizar el proceso.

Un enfoque sobre el recorte o *carve-out* que podría ser denominado absoluto fue tomado en el Tratado sobre Inversión Sostenible para la Mitigación y Adaptación al Cambio Climático (TSI)[118] que distingue entre IS e INS. Particularmente, establece como objetivo la eliminación de estas últimas[119] y, para hacerlo, establece la obligación de renegociar los tratados a fin de excluir a las INS[120] del SCIE.[121]

Ahora bien, a un enfoque absoluto le sigue otro parcial, por lo que es importante visualizar hasta qué punto sería más efectiva una limitación de esta naturaleza. Por ejemplo, el TSI establece una limitación al establecimiento de INS y una progresiva eliminación de cualquier tipo de beneficio aplicable.[122] Este tipo de técnica es tanto menos agresiva como menos efectiva.

Finalmente, una última posibilidad que debe ser considerada en la distinción de IS e INS es el establecimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. La disposición de obligaciones para inversionistas es un problema que ha persistido en el sistema,[123] entonces, cabe preguntarse si al diferenciar entre IS e INS vale la pena establecer obligaciones reforzadas o específicas.

En particular, la propuesta sobre reconvenciones del grupo de trabajo especializado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se destaca por especificar dónde pueden estar contenidas dichas obligaciones, señalando que será posible reconvenir por el incumplimiento del

---

[117] Paine y Sheargold, "A climate change carve-out for investment treaties", 293.

[118] Martin Dietrich Brauch *et al.*, "Treaty on Sustainable Investment for climate change mitigation and adaptation", s. f., https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf. El TSI es un proyecto que resultó ganador de un concurso, pero en realidad se trata de un tratado ficticio.

[119] *Ibid*., artículo 1(b): "The objective of this treaty is: […] (b) to discourage Unsustainable Investments and eliminate new Unsustainable Investments".

[120] *Ibid*., artículo 2.6: "*The Parties shall seek* to renegotiate all their respective bilateral, regional and multilateral treaties that grant *substantive or procedural rights to Unsustainable Investors or their investments* so as to *exclude such Unsustainable Investors and their investments* from the scope of application of those treaties or to deny them access to investor–State dispute settlement procedures" (énfasis agregado).

[121] *Ibid*., artículo 9.1.3: "An Unsustainable Investor or its investment may not submit claims or counterclaims under this Part. Claims or counterclaims by Unsustainable Investors or their investments shall be subject to the exclusive jurisdiction of the domestic courts of the host State".

[122] Treaty on Sustainable Investment (TSI), arts. 2.5.1 y 2.5.4.

[123] Kraijakr Thiratayakinant, "Investors' obligations under IIAs: Toward a practical solution", *Columbia FDI Perspectives*, n.º 376 (2024): 1-2.

AII, el derecho doméstico, el contrato o cualquier otro instrumento vinculante.[124] A pesar de que no existe una mención expresa sobre obligaciones relacionadas con los derechos humanos, el grupo de trabajo ha considerado este problema y notado su relevancia.[125] Como corolario de esto, los avances en materia de cambio climático parecen llevar al establecimiento de responsabilidades en común y compromisos compartidos, lo cual es especialmente importante para alcanzar los objetivos que urgen en la opinión de quienes suscriben.

Establecer obligaciones para los inversionistas podría contribuir a lograr la justicia climática usando el arbitraje de inversión. También permitiría resarcir el daño ambiental causado por inversionistas, racionalizando uno de los muchos problemas del SCIE actual: la compensación de daños.[126] Restrepo propone que el cálculo de los daños en el arbitraje de inversión debería limitarse aplicando el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y capacidades respectivas, con la finalidad de hacer un tránsito del principio de compensación por completo (*full compensation*) hacia el primer principio.[127]

No obstante, establecer obligaciones para los inversionistas podría acarrear serios problemas conceptuales y prácticos. En primer lugar, muchos han criticado el SCIE y los AII por ser asimétricos en la relación inversionista-Estado, pero lo cierto es que el sistema fue concebido para brindar beneficios a los inversionistas y no para mantener una relación de igualdad entre estos y Estado. En este sentido, el relator Boyd parece estar en lo cierto cuando afirma que el sistema simplemente ya no es compatible con la acción climática.

En segundo lugar, incluso si el primer problema puede ser pasado por alto, existe otro dilema conceptual que debe ser considerado. Los inversionistas, personas jurídicas o naturales, no son sujetos de derecho internacional público, al menos no en el sentido que permite establecer obligaciones para ellos. Aunque en la actualidad ya no sea posible ignorar la relevancia de los inversionistas en la protección de derechos humanos y así se haya reconocido en casos como el de Urbaser,[128] este sigue siendo un problema teórico que hay que resolver para que esto sea viable.

---

[124] Naciones Unidas, Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting issues, A/CN.9/WG.III/WP.231 de 2023. Ver en especial la cláusula 11 sobre reconvenciones (*counterclaims*).

[125] Naciones Unidas, Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Procesos múltiples y reconvenciones, A/CN.9/WG.III/WP.193 de 2020, 10, párrafo 40.

[126] Jonathan Bonnitcha *et al.*, "Damages and ISDS reform: Between procedure and substance", *Journal of International Dispute Settlement* 14, n.º 2 (2023): 239-240.

[127] Tomás Restrepo Rodríguez, *Investment Treaty Law and Climate Change* (Cham: Springer, 2022), 278.

[128] Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Partzuergoa vs. República Argentina, Ciadi ARB/07/26, párrafos 1193-1210.

En tercer lugar, huelga decir que es responsabilidad de cada Estado materializar la justicia ambiental dentro de su territorio. Esto, más que ser un problema, es una realidad que hay que tener presente. Aun cuando se justifique el establecimiento de obligaciones para los inversionistas, el medio ideal para lograr la justicia ambiental son los mecanismos jurisdiccionales de cada Estado y no el SCIE. Por no mencionar que un eventual reclamo en materia de derechos humanos simplemente escapa de la jurisdicción de un tribunal arbitral y, entonces, genera un problema de jurisdicciones concurrentes o paralelas.

3.2. Navegando el derecho y la obligación de regular

El derecho de los Estados a regular tiene, paradójicamente, su base en las obligaciones asumidas en tratados internacionales. Aunque es una potestad inherente a la soberanía estatal, este derecho se ha reafirmado últimamente en disposiciones de AII. En la primera sección se abordó la evolución del *corpus iuris* en materia de cambio climático, junto con la inevitable vinculación del derecho al medio ambiente y a la naturaleza con la dignidad humana, lo que ha generado obligaciones para los Estados relacionadas con la mitigación y adaptación al cambio climático establecidas en tratados internacionales. Para poder cumplir con dichas obligaciones, los Estados deben asumir conductas positivas que resultan en normas domésticas. En esta subsección se analiza el conflicto entre las normas que deriven del esfuerzo por cumplir con las obligaciones y los compromisos asumidos en materia de cambio climático y los derechos de los inversionistas.

Antes se mencionó el efecto conocido como *regulatory chill*, el cual consiste, *grosso modo*, en la influencia que las disputas de arbitraje de inversión pueden ejercer en la creación de normas destinadas a proteger áreas de interés.[129] La existencia o no de este fenómeno es difícil de probar, especialmente si se toma en cuenta lo difícil que es medir la consciencia de los legisladores sobre el riesgo de una demanda en el SCIE y la seguridad de los Estados al regular de buena fe.[130]

[129] Kyla Tienhaara, "Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science", en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, ed. por Chester Brown y Kate Miles (New York: Cambridge University Press, 2011), 607-608.

[130] *Ibid*., 610-621.

Sin embargo, en casos como Tecmed,[131] Metalclad,[132] Compañía del Desarrollo Santa Elena,[133] Rockhopper,[134] Lone Pine Resources,[135] Uniper SE[136] y RWE AG,[137] por nombrar algunos, la base de los reclamos es la regulación ambiental que realizan los Estados demandados, respectivamente. Por lo que incluso si no existe tal cosa como el *regulatory chill*, ello no obsta para reconocer que el derecho a regular de los Estados ha afectado los derechos de los inversionistas, lo que ha llevado a reclamos de inversión.

Hay casos en los que se ha determinado que cumplir con obligaciones de derechos humanos y con obligaciones derivadas de AII no es mutuamente excluyente.[138] También hay otros casos en los que se ha decidido que sí es posible que los Estados tomen conductas que afectan la inversión, pero que no constituyen una violación de las obligaciones contenidas en AII, siempre que se justifique que dicha conducta sea de buena fe, proporcional, no discriminatoria y legítima.[139]

En ese sentido, es interesante observar lo dicho por el tribunal de *Feldman*: "Los gobiernos deben ser libres de actuar en razón de un interés público a través de la protección del ambiente […]. No es posible alcanzar regulaciones razonables de esta clase si cualquier negocio afectado puede buscar indemnización".[140] De igual forma, el tribunal de Parkerings no condenó a Lituania al considerar

---

[131] Tecmed vs. México, párrafos 35-51.

[132] Metalclad Corporation vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/97/1, Laudo final del 30 de agosto de 2000.

[133] Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi ARB/96/1, Laudo final del 17 de febrero de 2000.

[134] Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd vs. República Italiana, Caso Ciadi ARB/17/14, Laudo final del 23 de agosto de 2022.

[135] Lone Pine Resources Inc. vs. Canadá, Caso Ciadi UNCT/15/2, Laudo final del 21 de noviembre de 2022.

[136] Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. vs. Reino de Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/22, Memorial de demanda del 20 de mayo de 2022.

[137] RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/4, Memorial de demanda del 18 de diciembre de 2021.

[138] Ursula Kriebaum, "Chapter 6. Human Rights and International Investment Arbitration", en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. por Thomas Schulz y Federico Ortino (New York: Oxford University Press, 2020), 179 y ss. En el caso de SAUR International vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/04/4, Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 6 de junio de 2012, párrafo 330; y en el caso CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/01/8, Laudo final del 12 de mayo de 2005, párrafos 115-121, el tribunal determinó que la violación de los tratados de inversión por Argentina no podía ser justificada por la protección de derechos humanos.

[139] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/07/26, párrafo 992.

[140] Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/99/1, Laudo final del 16 de diciembre de 2002, párrafo 103.

que prohibió la construcción de un estacionamiento con el único objetivo de proteger el ambiente.[141]

Más recientemente, en el caso de Aven, el tribunal determinó que bajo el AII debía darse preferencia a la protección ambiental por encima de los derechos de los inversionistas, salvando que el tribunal interpretó esto por una disposición textual del AII y, en todo, caso dicha preferencia debe ser cónsona con los principios del derecho internacional.[142] Aunque el tribunal decidió con base en el texto específico del AII, la decisión de *Aven* crea un vínculo indirecto entre el SCIE y los derechos humanos.[143]

Vale la pena apuntar que en este caso la controversia giraba en torno a delimitar el interés público y el interés privado dentro del SCIE. De esa delimitación surge, en primer lugar, un problema respecto de la consideración de empresas como sujetos de derecho internacional[144] y, en segundo lugar, un problema respecto del alcance del derecho a regular de los Estados.[145]

Precisamente, hay otro precedente importante sobre el derecho a regular de los Estados. En el caso de Michael Anthony Lee-Chin, el tribunal reconoció que si bien es cierto que la protección del medio ambiente es una prioridad en todas las actividades humanas, no es menos cierto que esa actividad debe ser sometida al análisis del cumplimiento de obligaciones derivadas de AII.[146] En nuestra opinión, la comunidad ha llegado ya al consenso de que debe existir un margen de apreciación amplio en cuanto a la regulación aplicada por los Estados para salvaguardar intereses públicos, más aún cuando se trata de regulaciones creadas con el fin de mitigar o adaptarse al cambio climático, pero nunca se ha acordado que ese margen deba ser irracional.

El escenario en el que la protección de esos intereses choca directamente con las obligaciones asumidas en un AII es extraño, pues el estándar bajo el cual deben ser revisadas las regulaciones de un Estado es uno que se encaja en la protección del inversionista, por lo que la cuestión queda circunscrita a un análisis de los estándares de protección del AII. Puesto de otro modo, ¿si un Estado impone una regulación de este tipo siguiendo un procedimiento público, transparente, de buena fe y persiguiendo un fin legítimo, aún sería posible decir que existe un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el AII?

---

[141] Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania, Caso Ciadi ARB/05/8, Laudo final del 11 de septiembre de 2007, párrafo 392.

[142] David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shioleno, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018, párrafo 412.

[143] Debadatta Bose, "David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law", *ICSID Review* 35, n.º 1-2 (2020): 28.

[144] David R. Aven vs. Costa Rica, párrafo 734.

[145] Tomás Restrepo Rodríguez, "David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión", *Discusiones* 26, n.º 1 (2021): 167-170.

[146] Michael Anthony Lee-Chin vs. República Dominicana, Caso Ciadi UNCT/18/3, Laudo final del 6 de octubre de 2023, párrafos 238 y 245.

Nuestra opinión es que si un Estado cumple con crear regulaciones de buena fe, de forma no discriminatoria, pública, transparente y persiguiendo un fin legítimo, no incumple con sus obligaciones. Como se mencionó, con el objeto de evitar controversias y ambigüedades, los AII se están dirigiendo a la complementación, interpretación y reforma para incluir el derecho a regular de los Estados. Lo anterior responde a los reclamos que se han suscitado cuando los Estados afirman que no han incumplido con las obligaciones derivadas del AII al establecer regulaciones que afectan a inversiones protegidas.

Un ejemplo de la regulación expresa del derecho a regular se encuentra en el TSI,[147] en el texto de la reforma del Tratado de la Carta de Energía,[148] en las declaraciones conjuntas en algunos AII, como los que existen entre Colombia e India[149] y Canadá y la Unión Europea.[150] Visto de esta forma, proteger el derecho a regular se ha vuelto una prioridad, especialmente para poder asegurar la materialización de la acción climática a nivel mundial. Sin embargo, es importante no dejar de lado el análisis objetivo sobre la conducta de los Estados; de lo contrario, al igual que se advierte en relación con el establecimiento de *carve-outs*, simplemente se estaría dando vía libre a conductas arbitrarias por parte de los Estados.

3.3. Los AII frente a las obligaciones en materia de derechos humanos: el caso del cambio climático

En esta última sección se reflexiona sobre el punto en el que un Estado se encuentra obligado a asumir conductas positivas en conexión con el cambio climático. Concretamente, hasta qué punto esa obligación puede verse reflejada en un AII y, como consecuencia, hacia dónde se podría dirigir la comunidad internacional.

Al respecto, el caso de los tratados intraeuropeos es particularmente ilustrador. En el año 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó la incompatibilidad de la disposición de arbitraje contenida en un AII con el derecho

---

[147] TSI, artículo 5.1. El artículo de este modelo de tratado especifica qué conductas no pueden ser consideradas como violatorias del tratado siempre que sean llevadas a cabo de buena fe y de forma no discriminatoria.

[148] Comisión Europea, Agreement in principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty, Trade/B3/JGW/eg/5097621 de 2022. En un nuevo artículo se reconoce el derecho a regular de los Estados.

[149] Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República de la India sobre el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre India y Colombia, del 10 de noviembre de 2009, nota 4 sobre el artículo 3: "Para mayor claridad, el estándar de 'trato justo y equitativo' bajo el artículo 3 no requiere compensación por medidas diseñadas o aplicadas para cumplir objetivos de política pública, incluyendo pero no limitándose a: a) la protección o mejora de los recursos naturales y el medio ambiente".

[150] Proyecto de Interpretación del Comité Mixto del Acuerdo Económico y Comercial Global relativo a la interpretación del artículo 8.10, el anexo 8-A, el artículo 8.9 y el artículo 8.39 del Acuerdo, puntos 3 y 4.

europeo.[151] Lo que decidió el TJUE es que los tribunales arbitrales no forman parte del sistema de justicia de la UE, por lo que no pueden garantizar la efectividad del derecho europeo. Esta decisión produjo el acuerdo adoptado por la UE para la terminación de AII intraeuropeos,[152] por medio del cual se intentaba lograr la terminación de 130 tratados y, especialmente, prohibir que sirvieran de base para el establecimiento de arbitrajes.[153]

Recientemente el TJUE condenó al Reino Unido por haber violado sus obligaciones al ejecutar un laudo Ciadi en el que se condenaba a Rumania.[154] El problema es que los demandantes en ese caso habían intentado ejecutar el laudo en distintos países,[155] cosa que, de acuerdo con la Convención del Ciadi, debía proceder como si fueran decisiones nacionales, pero esos otros países se negaron a ejecutar el laudo en razón de una decisión de la Comisión Europea sobre el mismo asunto, en donde estableció que ejecutar el laudo es incompatible con la ayuda estatal prevista en el Tratado de la UE.[156]

El TJUE se pronunció afirmando que en vista de la primacía del derecho de la UE "un laudo arbitral era incompatible con los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, de modo que no debía producir efecto alguno". De manera que "el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de la ejecución forzosa de ese laudo arbitral está obligado a no aplicarlo", todo en vista de que "la competencia exclusiva de la Comisión para apreciar la compatibilidad de una ayuda de Estado con el mercado interior se impone en el ordenamiento jurídico interno".[157]

Los dos casos analizados han agitado el mundo del arbitraje de inversión en Europa y la razón no tiene nada que ver con el cambio climático. Sin embargo, el relato de estos dos casos y sus implicaciones en Europa dejan una plataforma para reflexionar, por ejemplo: ¿pueden los AII ser incompatibles con los criterios establecidos

---

[151] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso República Eslovaca vs. Achmea BV, Sentencia del 6 de marzo de 2018, párrafos 58-60.

[152] Unión Europea, "Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea", *Boletín Oficial de la Unión Europea* n.º L 169/3 de 29 de mayo de 2020.

[153] Devin Bray y Surya Kapoor, "Agreement on the termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?", *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2020, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/

[154] Ioan Micula, Viorel Micula y otros vs. Rumanía (I), Caso Ciadi ARB/05/20, Laudo final del 11 de diciembre de 2013.

[155] James Hope, Nils Ivars, Kateryna Lazarchuk, "Last gasps of Brexit: The CJEU Holds that the UK Breached EU Law in a continuation of the Micula Saga", *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de mayo de 2024, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/01/last-gasps-of-brexit-the-cjeu-holds-that-the-uk-breached-eu-law-in-a-continuation-of-the-micula-saga/

[156] Comisión de la Unión Europea, Decisión 2015/1470 del 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Rumanía Laudo Arbitral Micula/Rumanía del 11 de diciembre de 2013.

[157] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia de 14 de marzo de 2024, párrafos 41 y 172.

en el sistema interamericano o en el sistema universal de protección de derechos humanos? De serlo, ¿qué consecuencias acarrea? Para responder estas preguntas es útil examinar la decisión en el Caso La Oroya, donde un voto concurrente establece:

> Todo lo anterior no implica desconocer el derecho soberano de los Estados sobre la determinación de sus políticas y la disponibilidad de sus recursos conforme a las reglas del Derecho Internacional; *sino que el actual enfoque sostenible exige que los Estados se relacionen entre sí por vínculos de solidaridad internacional y en aras de la solidaridad inter e intrageneracional a fin de aunar esfuerzos en la investigación, tecnología, precaución, planificación y contralor del medio ambiente*.[158] (Énfasis agregado)

En el mismo voto se hace énfasis en que la obligación de protección del medio ambiente "cumple con las características propias de las normas de *jus cogens*, irradiando sus efectos a todo el sistema de derecho internacional".[159] De manera que el Caso de la Oroya define estándares respecto de la obligación de proteger el medio ambiente, asentando en el sistema interamericano la obligación de generar condiciones equitativas para el desarrollo sostenible.

En el caso de Klimaseniorinnen Schweiz, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció por primera vez que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprenden obligaciones positivas para proteger a individuos de los efectos adversos del cambio climático, condenando a Suiza por la falta de identificación, desarrollo e implementación de un marco legislativo y administrativo dirigido a adaptarse o mitigar los efectos del cambio climático.[160]

Tanto La Oroya como Klimaseniorinnen son casos que permiten reflexionar sobre el rol de los AII en la materialización de los objetivos de desarrollo de los Estados, los cuales tienen que ser entendidos como vinculados al medio ambiente. La tensión entre la acción climática y los AII ha impulsado una voluntad de reforma en los acuerdos actuales, junto con otros problemas tradicionales en este ámbito del derecho. Calverts, siguiendo a Roberts, clasifica esas reformas en 1) incrementales, 2) cambios de paradigma, 3) sistemáticas y 4) de pesos compartidos.[161]

La última clasificación de las reformas que atraviesan los AII puede ser esencial para lograr la compatibilidad del SCIE con la acción climática, pues, como se sugirió, el establecimiento de obligaciones para los inversionistas podría ayudar a mitigar el

---

[158] Corte IDH, Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú (voto concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch), párrafo 124.

[159] *Ibid*, párrafo 165.

[160] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Klimaseniorinnen Schweiz y otros vs. Confederación Suiza, Sentencia del 9 de abril de 2024, párrafo 573.

[161] Julia Calvert, *The Politics of Investment Treaties in Latin America* (New York: Oxford University Press, 2022), 9-11.

impacto negativo del SCIE sobre la acción climática, especialmente si los Estados deben lograr sus objetivos de desarrollo de una forma sostenible.

Como consecuencia de lo anterior, es lógico pensar que si el desarrollo de los Estados tiene que ser entendido en función de los compromisos internacionales de protección del medio ambiente, entonces, los Estados que consideren la promoción y protección de inversiones como parte de su estrategia de desarrollo nacional deberán procurar tener AII que sean compatibles con la acción climática. Por lo que ya no es posible afirmar que la promoción y la protección de inversiones pueda desconocer los compromisos que los Estados han asumido en materia de cambio climático y, entonces, al implementar más reformas es importante considerar si el SCIE puede ser útil para cumplir con los objetivos climáticos

Conclusiones

Desde la primera conferencia que reconoció la urgencia de tomar medidas respecto del cambio climático, hasta el Acuerdo de París, nuestro mundo se encuentra sumido en una situación de crisis climática. Los ámbitos desde los que se debe abordar el problema son absolutamente todos. No es posible reservar la urgencia de la acción climática a ciertos ámbitos, mientras excluimos a otros que puedan tener especial trascendencia, como es el de las inversiones extranjeras.

Si antes se dijo que el SCIE contribuye a la materialización de un Estado de derecho, entonces, ahora no es posible voltear la cara y dejar sin respuesta los interrogantes relacionados con el impacto que producen los AII en la acción climática, los cuales se reducen en algo no muy lejano a un temor, pues en definitiva el efecto de un AII que ignora dichos interrogantes consiste en el riesgo financiero de implementar políticas públicas susceptibles de iniciar un conflicto multimillonario.

Para dar respuesta a esos interrogantes hay que, en primer lugar, empezar el debate sobre el futuro de los AII. Ya en algunos lugares ha comenzado la discusión, pero en otros parece ser ignorada. El SCIE ha formado parte de la historia de las empresas internacionales por largo tiempo, su valor como mecanismo para fomentar el comercio internacional y la seguridad de las transacciones no es algo que esté en discusión, pero debe progresar con las necesidades del mundo.

En segundo lugar, hay que reconocer cuáles son las tensiones y oportunidades que se presentan entre el derecho internacional de las inversiones y el cambio climático. Este ejercicio fundamental trae consigo la implementación de compromisos internacionales, los cuales son prioritarios en razón de la crisis climática que enfrenta el mundo.

Consecuentemente, la agenda de objetivos que deben ser logrados por los Estados es muy específica, pero la manera en que lo harán dependerá de cada uno. Uno de esos métodos en común es el de complementar, interpretar, reformar o terminar los AII en función del cambio climático, pues al otorgarles visión climática a los AII

y dilucidar en qué consiste la actividad regulatoria de los Estados motivada por el cambio climático, los Estados podrán enlazar el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sin sacrificar la promoción de inversiones. Además, el rol de los tribunales de arbitraje de inversión en esta tarea parece ser tan importante como el de la modificación de AII.

En tercer lugar, dentro de los grandes problemas que pueden lograr el tránsito hacia un cambio de paradigma en el régimen de los AII se encuentra la distinción entre IS e INS, junto con los usos de tal distinción. Para ello hay que determinar 1) si se genera un criterio objetivo o subjetivo y 2) si en virtud de esa distinción se limita el ámbito de protección de un AII o se establecen obligaciones para inversionistas.

Habrá que volver también a la constante pregunta sobre el contenido y alcance del derecho y la obligación de regular que recae sobre los Estados. Es decir, el estándar que hay que crear respecto de la formulación, discusión, aprobación e implementación de políticas sobre áreas protegidas que puedan afectar los derechos de los inversionistas. De igual manera, debemos reflexionar sobre la relación entre derechos humanos y derecho internacional de las inversiones, desde la perspectiva de la compatibilidad de obligaciones en materia de derechos humanos con los AII.

Finalmente, la reforma de los AII y, consecuentemente, del SCIE para minimizar su impacto negativo en el acceso y goce de los derechos humanos, así como para facilitar la transición a energías renovables como traducción inmediata de los compromisos asumidos por los Estados en vista de la emergencia climática, representa en definitiva un objetivo del constitucionalismo transformador. No es posible concebir un sistema constitucional realmente funcional que ignore el impacto de los acuerdos económicos suscritos por los Estados, puesto que para alcanzar un Estado de derecho en donde la sociedad se desarrolle sosteniblemente es necesario que se entienda y asuma la relevancia del impacto ambiental de las actividades de promoción, tal como sucedió con el derecho al desarrollo. Fallar en comprender esto solo representa un fracaso estructural en la tarea de garantizar derechos que detenta el Estado.

Todos estos puntos son tan solo un abreboca de una extensa discusión que el mundo aún tiene por delante. Este trabajo no constituye una revisión exhaustiva de la incidencia del cambio climático en el derecho internacional de las inversiones, sino más bien una introducción a un asunto que urge tratar. Muy especialmente, este trabajo es una revisión de los conflictos que enfrentan los Estados para asegurar los derechos humanos que deben e intentan garantizar constitucional e internacionalmente, al margen de lo cual, es necesario encontrar la manera de aprovechar el SCIE para facilitar la consecución de objetivos climáticos.

Bibliografía

Doctrina

Abellán Honrubia, Victoria. "Capítulo XXIX. El derecho internacional económico (I): la promoción del desarrollo". En *Instituciones de derecho internacional público*. Editado por Manuel Diez de Velasco, 728-729. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

Álvarez Contreras, Juan. "El cambio climático y los acuerdos internacionales de inversión". En *Perspectivas sobre el desarrollo sostenible en Colombia*. Coordinado por Lyndon W. Jay y Luis Ferney Moreno, 139-194. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023.

Álvarez Sanz, Borja y Ana Isabel Fernández Alonso. "Origen y evolución histórica del derecho internacional de protección de inversiones". En *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*. Coordinado por Jorge Luis Collante González, 41-72. Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023.

Álvarez Zárate, José Manuel y Diana María Beltrán Vargas. "La interpretación de los tratados de inversión". En *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*. Editado por José Álvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz, 97-114. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Álvarez, Gloria María, Blazej Blasikiewicz, Tabe van Hoolwerff, Keoplatra Koutouzi, Nikos Lavranos, Mary Mitsi, Emma Spiteri-Gonzi, Adrian Verdegay Mena y Piotr Willinski. "A Response to the Criticism against ISDS by EFILA". *Journal of International Arbitration* 33, n.º 1 (2016): 1-36.

Asociación Ambiente y Sociedad. "Colombia necesita el Acuerdo de Escazú", 2021. https://www.ambienteysociedad.org.co/colombia-necesita-el-acuerdo-de-escazu/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Escaz%C3%BA%20es%20un%20tratado%20visionario,y%20la%20protecci%C3%B3n%20ambiental%20desde%20una%20perspectiva%20regional

Ayala Corao, Carlos. "La mundialización de los derechos humanos". En *La mundialización del derecho*. Coordinado por Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

Ayala Corao, Carlos. *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos (la internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados)*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024.

Baetens, Freya. "Combating climate change through the promotion of green investment: From Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement". En *Research Handbook on Environment and Investment Law*. Editado por Kate Miles, 107-130. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

Balcerzak, Filip. "Los derechos humanos en el derecho internacional de las inversiones". En *El Derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*. Editado por José Álvarez Zárate y Maciej Z. Enkiewicz, 609-643. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Barker, Paul. "Sustainable investment, deep decarbonization, and investor-state dispute settlement: The failure to align the investment treaty system with climate change law & policy?". *Blog de Stanford Law Publications,* 10 de mayo de 2021. https://law.stanford.edu/publications/sustainable-investment-deep-decarbonization-and-investor-state-dispute-settlement-the-failure-to-align-the-investment-treaty-system-with-climate-change-law-policy/

Berge, Tarald y Axel Berger. "Do investor-state dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of respondent state bureaucratic capacity". *Journal of International Dispute Settlement*, n.º 12 (2021): 1-41.

Bodansky, Daniel, Jutta Brunnée y Lavanya Rajamani. *International Climate Change Law*. New York: Oxford University Press, 2017.

Bonnitcha, Jonathan y Sarah Brewin. "Las indemnizaciones en el marco de los tratados de inversión: ¿qué problemas existen y qué se puede hacer al respecto?". *Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible* (2020). compensation-investment-treaties-es.pdf (iisd.org)

Bonnitcha, Jonathan, Malcolm Langford, José M. Álvarez-Zárate y Daniel Behn. "Damages and ISDS Reform: Between procedure and substance". *Journal of International Dispute Settlement* 14, n.º 2 (2023): 213-241.

Bose, Debadatta. "David R. Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law". *Icsid Review* 35, n.º 1-2 (2020): 20-28.

Bray, Devin y Surya Kapoor. "Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?". *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de noviembre de 2020. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/

Burger, Laurence. "The trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)". *Swiss Arbitration Association,* n.º 3 (2013): 145-160.

Calvert, Julia. *The Politics of Investment Treaties in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2022.

Cámara de Comercio Internacional. "Resolving climate change related disputes through arbitration and ADR". *ICC Commission Report* (2019).

Carbon Market Watch. "Carbon Markets 101. The ultimate guide to global offsetting mechanisms", julio de 2020, https://carbonmarketwatch.org/publications/carbon-markets-101-the-ultimate-guide-to-global-offsetting-mechanisms/

Casal Hernández, Jesús María. *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*. Caracas: Konrad Adenauer Stiftung y Universidad Católica Andrés Bello, 2015.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Carga de casos del Ciadi - Estadística Edición 2023-II". https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf

Collantes González, Jorge Luis. "El derecho internacional de las inversiones como un sector del derecho internacional público y en evolución". En *Introducción al derecho de las inversiones internacionales*. Coordinado por Jorge Luis Collante González, 13-40. Lima: Estudio Mario Castillo Feyre, 2023.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). "Banca multilateral y OCDE consideran fundamental el Acuerdo de Escazú para generar un clima de inversiones sostenidas y sostenibles | Primera reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú". Cepal, 2022. https://acuerdodeescazu.cepal.org/cop1/es/noticias/banca-multilateral-ocde-consideran-fundamental-acuerdo-escazu-generar-un-clima-inversiones

Comisión Europea. "Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra", COM (2018) 773 de 2018.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010*. Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2010.

Cotula, Lorenzo. "International investment law and climate change: Reframing the ISDS reform agenda". *Journal of World Investment & Trade,* n.º 24 (2023): 766-791.

Dietrich Brauch, Martin, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Howard Mann, Mintewab Afework Abebe, Maria Bisila Torao García, Temur Potaskaevi, Gus van Harten, Aaron Cosbey, Ivetta Gerasimchuk, Yanick Touchette, Lourdes Sánchez, Erica Petrofsky, Karin Treyer, Katherine Clark, Ziona Eyob. "Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation", s. f. https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Treaty-on-Sustainable-Investment-for-Climate-Change-Mitigation-and-Adaptation-1.pdf

Dolzer, Rudolf, Ursula Kriebaum y Cristoph Schreuer. *Principles of International Investment Law.* New York: Oxford University Press, 2022.

Douglas, Zachary. *The International Law of International Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009.

Dowle, Jay, Robert Berkeley, Suely Machado Carvalho, Nadan Chirmulay, Jacques van Engel, Kasper Koefoed Hansen, Stuart Kelly, William Kwan, Clint Norris, Frank Pinto, Alejandro Ramírez-Pabón, Anil Sookdeo y Bert Veenendal. *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono: 20 años de éxito*. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.

Duarte, Carlos M. "El Protocolo de Kioto: ¿logro o fracaso?". *El Español*, 5 de enero de 2018. https://www.elespanol.com/ciencia/20180105/protocolo-kioto-logro-fracaso/272842718_12.html

Echaide, Javier. "El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y gobernabilidad democrática". En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo.*

Coordinado por Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert, 143-170. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

Galindo, Luis Miguel, José Eduardo Alatorre, Jimy Ferrer Carbonell, Orlando Reves y Luis Sánchez. *Ocho tesis sobre el cambio climático y el desarrollo sostenible en América Latina.* Santiago de Chile: Cepal, 2015. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3c816d04-94d8-41e5-bdbf-9f3a96c8618a/content

García Magariño, Sergio y Unai Belintxon Martin. "Pacto Verde Europeo: las dificultades de las que parte España para poder cumplir". *The Conversation*, 5 de diciembre de 2021. https://theconversation.com/pacto-verde-europeo-las-dificultades-de-las-que-parte-espana-para-poder-cumplir-172744

Gómez-Moreno, Juan. "El rol del arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático". *Themis Revista de Derecho*, n.º 82 (2022): 123-144.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. "Informe de Síntesis del Sexto Informe de Evaluación (AR6)". https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf

Ho, Jean. "The meaning of 'Investment' in ICSID Arbitrations". *Arbitration International* 26, n.º 4 (2010): 633-648.

Hoffman, Matteo. "El Acuerdo de París funciona según lo previsto, pero aún queda un largo camino por recorrer". *International Science Council Blog*, 1 de noviembre de 2022. https://es.council.science/blog/the-paris-agreement-is-working-as-intended-but-weve-still-got-a-long-way-to-go/#:~:text=El%20Acuerdo%20de%20Par%C3%ADs%20es%20un%20medio%2C%20no,ambici%C3%B3n%20y%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20sus%20planes%20clim%C3%A1ticos

Hope, James, Nils Ivars y Kateryna Lazarchuk. "Last gasps of Brexit: The CJEU Holds that the UK Breached EU Law in a Continuation of the Micula Saga". En *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de mayo de 2024. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/01/last-gasps-of-brexit-the-cjeu-holds-that-the-uk-breached-eu-law-in-a-continuation-of-the-micula-saga/

Johnson, Lise, Lisa Sachs, Brooke Güven y Jesse Coleman. "Costos y beneficios de los tratados de inversión: consideraciones prácticas para los Estados". *Columbia on Sustainable Investment* 2018). https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/spanish.pdf

Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Michelle Potestà. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, *European Yearbook of International Economic Law.* Cham: Springer International Publishing, 2020.

Kriebaum, Ursula. "Chapter 6. Human Rights and International Investment Arbitration". En *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Editado por Thomas Schulz y Federico Ortino, 150-185. New York: Oxford University Press, 2020.

Loiseau, Virginie, Christine Weidenslaufer y Paola Álvarez. "El Greenwashing o 'lavado verde' en la legislación comparada". *Asesoría Técnica Parlamentaria*, n.º SUP 131831.

Mariño Menéndez, Fernando. "Capítulo XXXI. La protección internacional de medio ambiente (I): Régimen general". En *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editado por Manuel Diez de Velasco, 762-789. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

Miles, Wendy y Merryl Lawry-White. "Arbitral institutions and the enforcement of climate change obligations for the benefit of all stakeholders: The role of ICSID". *Icsid Review* 34, n.º 1 (2019): 1-31.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo-Dirección de Inversión Extranjera y Servicios de la República de Colombia. "Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) y sus principales características", 2020. dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx (tlc.gov.co)

Monzonís Salvia, José. "El Protocolo de Kioto". *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 35 (2005): 19-39.

Núñez Donald, Constanza. "Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una Nueva Constitución". *Revista Ius et Praxis* 24, n.º 3 (2018): 379-420.

ONU Comercio y Desarrollo Unctad. Nota de la Secretaría de la Unctad, Evolución reciente del régimen internacional de inversiones: balance de las medidas de reforma de la fase 2. TD/B/C.II/42 de 2019.

ONU Comercio y Desarrollo. *International Investment Agreements Issues Note. Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action*. New York: ONU, 2022.

ONU Comisión de Derecho Internacional. "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", s. f. https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf

ONU Comisión de Derecho Internacional. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52° período de sesiones. Res. A/55/10, 2000. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2000_v2_p2.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales sobre conducta empresarial responsable*. OCDE, 2023. 7abea681-es.pdf (oecd-ilibrary.org)

Paine, Joshua. "Failure to take reasonable environmental measures as a breach of investment treaty?". *Journal of World Investment & Trade* 18, n.º 4 (2017): 745-754.

Paine, Joshua y Elizabeth Sheargold. "A climate change carve-out for investment treaties". *Journal of International Economic Law* n.° 26 (2023): 285-304.

Paulsson, Jan. "Arbitration without privity". *ICSID Review* 10, n.º 2 (1995): 232-257.

Pérez Pacheco, Yaritza. "Derecho internacional de inversiones. Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana". En *Retos actuales del derecho*

internacional privado. Memorias de XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado, 147-172. México: Instituto de la Judicatura Federal, 2015.

Rajamani, Lavanya y Jacqueline Peel. "International environmental law. Changing context, emerging trends and expanding frontiers". En *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Editado por Lavanya Rajamani y Jacqueline Peel, 1-30. New York: Oxford University Press, 2021.

Restrepo Rodríguez, Tomás. "David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión". *Discusiones* 26, n.º 1 (2021): 159-180.

Restrepo Rodríguez, Tomás. *Investment Treaty Law and Climate Change*. Cham: Springer, 2022.

Rodríguez S., Liliana. "Protocolo de Kyoto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático". *Gestión y Ambiente* 10, n.º 2 (2007): 119-128.

Schultz, Thomas y Cédric Dupont. "Investment arbitration: Promoting the rule of law or over-empowering investors? A quantitative empirical study". *The European Journal of International Law* 25, n.º 4 (2014): 1147-1168.

Steininger, Silvia. "Investment and human rights in the shadow of the pandemic: Recent developments in 2020". En *Yearbook on International Investment Law & Policy 2020,* 201-225. Oxford: Oxford University Press, 2021.

Stopfer, Nicole, Marie Christine Fuchs y Georg Dufner. "El Acuerdo de Escazú. Luces y sombras de la política medioambiental regional". *Agenda Estado de Derecho,* 23 de abril de 2021. https://agendaestadodederecho.com/el-acuerdo-de-escazu/

Thiratayakinant, Kraijakr. "'Investors' obligations under IIAs: Toward a practical solution". *Columbia FDI Perspectives,* n.º 376 (2024).

Tienhaara, Kyla. "Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science". En *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Editado por Chester Brown y Kate Miles, 606-627. New York: Cambridge University Press, 2011.

Vega, Jorge. "La solución de diferencias relativas a inversiones entre un inversor extranjero y un Estado, análisis crítico de la situación actual en Sudamérica". Tesis para el grado de Magíster en Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/Txt-4500/UCC4810_01.pdf

Vernet, Jaume y Jordi Jaria. "El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional". *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 513-533.

Von Bogdandy, Armin, Franz Christian Ebert, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Pedro Salazar Ugarte y Ximena Soley. "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina (Iccal) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción". En *El constitucionalismo*

transformador en América Latina y el derecho económico internacional de la tensión al diálogo. Coordinado por Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi y Franz Christian Ebert, 3-32. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

Zabaleta, Sebastián y Raúl Ruiz. "La doctrina del *forum non conveniens*: ¿amiga o enemiga del derecho internacional pPrivado?". En *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela,* n.º 5. Coordinado por Claudia Madrid Martínez, 361-385. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2023.

Jurisprudencia

Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. República Unida de Tanzania, Caso Ciadi ARB/05/22, Laudo final de 24 de julio de 2008.

CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/01/8, Laudo final del 12 de mayo de 2005.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, pronunciada por la Sexta Sala de Revisión.

Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú (voto concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch).

Corte IDH, Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú, Sentencia del 27 de noviembre de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 511.

Corte IDH, Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia y la República de Chile sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 09 de enero de 2023.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia sobre obligaciones de los Estados 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, de 15 de noviembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia STC 4360/2018 de 05 de abril de 2018, Sala de Casacion Civil.

David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shioleno, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney y Roger Raguso vs. República de Costa Rica, Caso Ciadi UNCT/15/3, Laudo final del 18 de septiembre de 2018.

Eco Oro Minerales Corp vs. República de Colombia, Caso Ciadi ARB/16/41, Laudo final del 09 de septiembre de 2021.

Ioan Micula, Viorel Micula y otros vs. Rumanía (I), Caso Ciadi ARB/05/20, Laudo final del 11 de diciembre de 2013.

Lone Pine Resources Inc. vs. Canadá, Caso Ciadi UNCT/15/2, Laudo final del 21 de noviembre de 2022.
Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/99/1, Laudo final de 16 de diciembre de 2002.
Metalclad Corporation vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/97/1, Laudo final del 30 de agosto de 2000.
Michael Anthony Lee-Chin vs. República Dominicana, Caso Ciadi UNCT/18/3, Laudo final de 6 de octubre de 2023.
Parkerings-Compagniet AS vs. República de Lituania, Caso Ciadi ARB/05/8, Laudo final del 11 de septiembre de 2007.
Peter A Allard vs. Barbados, PCA Case 2012-06, Laudo final del 27 de junio de 2016.
Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA, Abal Hermanos SA vs. Uruguay, Caso Ciadi ARB/10/7, Laudo final de 8 julio de 2016.
Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd vs. República Italiana, Caso Ciadi ARB/17/14, Laudo final del 23 de agosto de 2022.
RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos, Caso CIADI ARB/21/4, Memorial de demanda del 18 de diciembre de 2021.
Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos, caso Ciadi ARB/00/4, Laudo sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.
SAUR International vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/04/4, Laudo de jurisdicción y admisibilidad del 6 de junio de 2012.
Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos de México, Caso Ciadi ARB(AF)/00/2, Laudo final del 29 de mayo de 2003.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso República Eslovaca vs. Achmea BV, Sentencia del 6 de marzo de 2018.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, Sentencia del 14 de marzo de 2024.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Klimaseniorinnen Schweiz y otros vs. Confederación Suiza, Sentencia del 9 de abril de 2024.
Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Opinión Consultiva presentada por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional de 21 de mayo de 2024.
Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. vs. Reino de Países Bajos, Caso Ciadi ARB/21/22, Memorial de demanda del 20 de mayo de 2022.
Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República de Argentina, Caso Ciadi ARB/07/26, Laudo final del 8 de diciembre de 2016.

Tratados, declaraciones y resoluciones

Ciadi. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 14 de octubre de 1966.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el Pacto Verde Europeo. COM (2019) 640 de 2019.

Comisión Europea. Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty. Trade/B3/JGW/eg/5097621 de 2022.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. A/CONF.151/26 (Vol. I) de 1992, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Declaración de Estocolmo. Resoluciones 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII de 1972.

Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 de 1997.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1968. Doc. A/Conf. 39/27.

Declaración Interpretativa Conjunta entre la República de Colombia y la República de la India sobre el Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre India y Colombia de 4 de julio de 2018.

Gobierno de los Países Bajos. Modelo de Acuerdo de Inversión de los Países Bajos, 2019. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treatyfiles/5832/download

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change*. Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022.

Naciones Unidas, Asamblea General. Protección del medio ambiente y desarrollo. Res. A/RES/45/94 de 1994.

Naciones Unidas, Asamblea General. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Res. A/RES/70/1 de 2015.

Naciones Unidas, Asamblea General. Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Res. A/73/163 de 2018.

Naciones Unidas, Asamblea General. Promoción del derecho al medio ambiente sano. Res. A/76/L.75 de 2022.

Naciones Unidas, Asamblea General. Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático. Res. A/RES/77/276 de 2023.

Naciones Unidas, Asamblea General. Pagar a los contaminadores: las catastróficas consecuencias de la solución de controversias entre inversionistas

y Estados para la acción climática y ambiental y los derechos humanos. Res. A/78/168 de 2024.

Naciones Unidas. Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Procesos múltiples y reconvenciones. A/CN.9/WG.III/WP.193 de 2020.

Naciones Unidas. Tercer Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting issues. A/CN.9/WG.III/WP.231 de 2023.

Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969. OEA.

Organización de los Estados Americanos (OEA). Acuerdo de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe del 4 de junio de 2018. OEA.

Organización Meteorológica Mundial. Resolución 4 (EC-XL) de 1988. Grupo Intergubernamental de Expertos para Analizar el Cambio Climático.

Organización Meteorológica Mundial. *World Climate Conference. A Conference of Experts on Climate and Mankind Declaration and Supporting Documents* (Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 1979).

Proyecto de Interpretación del Comité Mixto del Acuerdo Económico y Comercial Global, relativo a la interpretación del artículo 8.10, el anexo 8-A, el artículo 8.9 y el artículo 8.39 del Acuerdo.

Unión Europea. Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea L 169/3 del 29 de mayo de 2020.

Unión Europea. Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.

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 edición del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, que para este año recoge 22 artículos, 9 notas y ponencias especiales de autores de más de 12 países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos ejes temáticos: derecho procesal constitucional y la protección constitucional del medio ambiente y los derechos de la naturaleza.

DERECHO
CONSTITUCIONAL