

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 175

Nueva Época Vol. 59 Núm. 175 Enero-Abril de 2026

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175>

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretaria técnica

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 59, número 175, enero-abril de 2026, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: bmdc.ijj@unam.mx. Editor responsable: Camilo Saavedra Herrera. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de forma correcta.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se solidarice con su contenido.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
enero-abril de 2026

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Editor

Camilo Saavedra Herrera

Editor técnico

Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistente editorial

Sofía Ximena Aguilar Pérez

Cuidado de la edición

Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Alejandro Montiel Velázquez

Enrique Rodríguez Trujano

Diseño y formación

Ricardo Hernández Montes de Oca

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Editor

Camilo Emiliano Saavedra Herrera

COMITÉ EDITORIAL

Óscar Cruz Barney (México); Susana Dávalos Torres (México); Flavia Freidenberg (México); Nuria González Martín (México); Luis René Guerrero Galván (México); Ma. Carmen Macías Vázquez (México); Raúl Márquez Romero (México); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

COMITÉ CIENTÍFICO

Francisco Balaguer Callejón (España); Enrique Calvo Nicolau (México); José Ramón Cossío (México); Lawrence Friedman (Estados Unidos); Sergio García Ramírez (México); Juan Luis González Alcántara (México); Roberto Ibañez Mariel, (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Donald McRae (Canadá); Jorge Madrazo Cuéllar (México); Loretta Ortíz Ahlf (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Fernando Serrano Migallón (México); Jean Michel Servais (Bélgica); José Luis Soberanes (México); Gerald Torres Cornell (Estados Unidos); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (México).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo número: 04-2002-060413380600-102

Primera edición: 12 de enero de 2026

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

Contenido

Artículos

El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada	e20662
Sergio Martín Guardado	
Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales	e20376
Francisco M. Mora-Sifuentes	
Violencia doméstica e interseccionalidad en contexto de pandemia. Un estudio de caso en Timon, Maranhão, Brasil	e20407
Tainá da Costa Moraes	
Del indicio a la condena: transferencia probatoria y derecho a la verdad en casos de desaparición forzada	e20674
Sandra Serrano	
Contratante débil no consumidor y derecho internacional privado argentino	e20144
Milton César Feuillade	
Anticorrupción y control migratorio en México: de la limpieza institucional a la ética del abandono (2018-2024).	e20596
Elisa Ortega Velázquez	
La otra reforma indígena. El nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena de Michoacán	e20391
Orlando Aragón Andrade	

El principio protector en el proceso laboral. Deficiencias e inconvenientes en el reconocimiento de su faz hermenéutica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile	e20545
Diego Valdés Quinteros	
El principio de seguridad jurídica en el derecho de la integración: un estudio de las asimetrías normativas del seguro médico en el Mercosur.	e20299
José López-Oliva	
Iván Vargas-Chaves	
Andrea Alarcón-Peña	
Are They Still Here? Transitional Justice Experiences in the Southern Cone and Reactionary Movements	e20521
Thyerrí José Cruz Silva	
Fran Espinoza	
Hannah Silva Linhares	
Derecho económico circular. Fundamentos, evolución y visiones comparadas	e20277
Jorge Alberto Witker Velásquez	
O direito à educação nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009): uma leitura comparativa culturalista a partir do pensamento descolonial e do novo constitucionalismo latino-americano	e20471
Laerte Radtke Karnopp	

El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada

Abortion as a Fundamental Right? A Critical Analysis in Light of Comparative Constitutional Jurisprudence

Sergio Martín Guardado

 <https://orcid.org/0000-0003-0116-5301>

Universidad de Salamanca. España

Correo electrónico: martinguardado@usal.es

Recepción: 20 de octubre de 2025

Aceptación: 9 de febrero de 2026

Publicación: 15 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>

Resumen: Este artículo analiza críticamente si el aborto puede considerarse un derecho fundamental desde una perspectiva comparada, tomando como referencia resoluciones jurisprudenciales recientes en Estados Unidos, España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se emplea un enfoque cualitativo de análisis jurídico y jurisprudencial, y se revisan los argumentos constitucionales y doctrinales que sustentan la protección o limitación de la autonomía reproductiva en cada sistema. El análisis demuestra que la calificación del aborto como derecho fundamental depende más de contextos ideológicos y políticos que de construcciones estrictamente jurídicas. En España la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 lo reconoce y amplía el contenido del derecho a la integridad física y moral, mientras que la sentencia *Dobbs vs. Jackson* en Estados Unidos revierte medio siglo de doctrina de la Corte Suprema, al negar su vinculación a la 14a. Enmienda. El estudio evidencia que el reconocimiento del aborto como derecho fundamental adquiere distintos anclajes según la tradición constitucional en que se plantea. Este examen comparativo aporta una interpretación que favorece la evolución del constitucionalismo contemporáneo hacia una mayor protección de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. En consecuencia, se propone comprender el aborto no como una excepción traumática del ejercicio de un derecho fundamental ni como un mero conflicto de derechos, sino como una manifestación esencial de la ciudadanía y la autonomía personal de las mujeres, coherente con la democracia constitucional y el valor de la dignidad humana.

Palabras clave: aborto; derechos fundamentales; jurisprudencia comparada; justicia constitucional; autonomía sexual y reproductiva; perspectiva de género.

Abstract: This article critically analyses whether abortion can be considered a fundamental right from a comparative perspective, taking as reference recent jurisprudential rulings in the United States, Spain and the European Court of Human Rights. A qualitative approach to legal and jurisprudential analysis is employed, reviewing the constitutional and doctrinal arguments that support the protection or limitation of reproductive autonomy in each system. The analysis demonstrates that the classification of abortion as a fundamental right depends more on ideological and political contexts than on strictly legal constructs. In Spain, Constitutional Court Ruling 44/2023 recognises this, broadening the content of the right to physical and moral integrity, while the *Dobbs v. Jackson* ruling in the United States reverses half a century of Supreme Court doctrine, denying its link to the 14th Amendment. The study shows that the recognition of abortion as a fundamental right takes on different meanings depending on the constitutional tradition in which it is considered. This comparative examination provides an interpretation that favours the evolution of contemporary constitutionalism towards greater protection of sexual and reproductive rights from a gender perspective. Consequently, it proposes understanding abortion not as a traumatic exception to the exercise of a fundamental right or as a mere conflict of rights, but as an essential manifestation of women's citizenship and personal autonomy, consistent with constitutional democracy and the value of human dignity. **Keywords:** abortion; fundamental rights; comparative jurisprudence; constitutional justice; sexual and reproductive autonomy; gender perspective.

I. Planteamiento introductorio

El tema del aborto ha supuesto una cuestión de constante actualidad al estar en permanente debate, tanto desde el punto de vista social y político como desde el punto de vista jurídico. Mientras que algunos Estados tratan de procurar la seguridad y la salud de las mujeres que deciden libremente abortar, en otros las mujeres soportan una ola reaccionaria contra su propia libertad de elección en torno a la decisión de ser o no ser madre. Al menos es cierto que es una realidad que enfrentan los sistemas jurídicos democráticos, por la relevancia que tiene sobre la libertad y autonomía de las mujeres y por razón de la protección de su salud; realidades sobre las que se imponen fuertes posicionamientos ideológicos y morales.

En este artículo se analizarán fundamentalmente las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y del Tribunal Constitucional español adoptadas recientemente. La última decisión de la Corte Suprema estadou-

nidense, de carácter regresivo (en relación con los derechos y libertades de las mujeres), contrasta con la doctrina evolucionista del Tribunal Constitucional español. Y aunque ambas decisiones están colmadas de incongruencias interpretativas y argumentativas —que hay que poner de manifiesto—, con base en ellas se determinará que el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad o no del aborto pasa más por planteamientos ideológicos que jurídico-políticos.

De entrada, el lector podría preguntarse ¿por qué se nos presenta la comparación de dos sistemas tan diferentes en relación con la libre interrupción del embarazo? Dos sistemas que se insertan en tradiciones jurídicas distintas (*common law* vs. *civil law*) y se caracterizan, en su diseño originario, por concepciones claramente divergentes acerca del rol del juez en la creación del derecho. En efecto, mientras que el modelo estadounidense asume como elemento estructural la dimensión creativa del rol de los juzgadores y la centralidad del precedente en la interpretación judicial, el sistema español se articula sobre los presupuestos del constitucionalismo europeo continental, en el que la jurisdicción constitucional debe actuar, al menos desde un prisma eminentemente teórico, dentro de un marco de sujeción estricta a la norma fundamental, sin mermar voluntad del poder constituyente ni desligarse de ella.

Ello obedece a un criterio metodológico de comparación funcional entre dos modelos paradigmáticos de jurisdicción, en relación con la interpretación constitucional de la libre interrupción del embarazo. Precisamente, el interés comparado radica en que, pese a estas diferencias estructurales y culturales, ambos sistemas muestran una tendencia convergente hacia el desarrollo de técnicas interpretativas (“originalismo” vs. “evolucionismo”) que inciden de manera directa en la configuración del contenido de los derechos constitucionales, ya sea en términos de expansión o restricción, sin que se acuda a los procedimientos formales de reforma constitucional. Desde una perspectiva comparatista, esta convergencia permite analizar los procesos de expansión del poder interpretativo de los tribunales constitucionales y sus implicaciones en términos de separación de poderes, legitimidad democrática y delimitación de los límites de la interpretación constitucional.

En efecto, es en el seno de las cortes donde se da una especie de “juego de mayorías” que viene a comprometer la esencia de la interpretación constitucional. La comparación así planteada vendrá a revelar que, en última instancia, modelos que inicialmente responden a dos arquetipos institucionales,

divergentes sobre el modo de entender la justicia constitucional, derivarán en un sobreposicionamiento de dicho juego de mayorías sobre la argumentación y la interpretación de la Constitución (Murphy, 1965).

En definitiva, veremos cómo el “mayoritarismo” impera sobre la lógica argumentativa e interpretativa para validar la “fundamentalidad” o no del aborto como un derecho fundamental. O cómo, en última instancia, el aborto queda sometido a las lógicas de confrontación entre distintas instancias de poder, en el marco de la descentralización política (donde es paradigmático el caso estadounidense), donde también prima la ideología sobre la pretensión de controlar la satisfacción de los derechos y libertades o no en unas u otras instancias de poder. Pero nos da una idea sobre la desconsideración sobre su carácter de derecho fundamental.

Debe tenerse en cuenta, además, que en los ordenamientos caracterizados por su vinculación a un sistema de tutela multinivel de los derechos fundamentales (como es el caso del Estado español, integrado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)), la cuestión se inscribe, con carácter general e indudablemente, de acuerdo con su jurisprudencia, en el ámbito del margen de apreciación nacional. En consecuencia, corresponde a cada Estado su configuración conforme a sus tradiciones constitucionales y a la axiología propia de su sistema, en relación con la concepción que se asume del *nasciturus*.

Aunque no es objeto de este trabajo, cabe señalar que lo mismo que en el sistema europeo de protección de derechos humanos, articulado en torno al Tribunal de Estrasburgo, vendría a suceder en el sistema interamericano, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume a este respecto que se debe “tener cierta deferencia con los Estados en la forma de regular el acceso al aborto” (Arcipreste Morales, 2025, p. 69). Sin que, por lo tanto, tampoco la Convención garantice por sí misma, ni venga a reconocerse en ninguno de los derechos en ella contenida, la libre interrupción del embarazo como facultad inherente a un derecho humano o fundamental.

Ante este escenario, nos preguntaremos: ¿el aborto es un derecho fundamental? Si es un derecho fundamental, ¿a qué derecho fundamental ha de circunscribirse? Lejos de encontrar una clara respuesta, en caso de que sea afirmativa, concluiremos con algunas consideraciones al respecto, y adop-

taremos una perspectiva crítica e institucional para abordar la cuestión de la “fundamentalidad” del aborto. Sin partir de la idea de que la interrupción voluntaria del embarazo sea, en sí misma, un derecho fundamental, ni tampoco con el propósito de ofrecer una definición abstracta de la “fundamentalidad” de los derechos, sino partiendo de un análisis sobre cómo los jueces constitucionales vienen a reconocer o no el carácter fundamental del aborto en ausencia de un reconocimiento expreso en la Constitución, y a través de la identificación de en qué derecho o libertad vienen a insertar dicha facultad, vamos a poner de relieve cómo dichas decisiones responden, en mayor medida, a la configuración de mayorías políticas y jurisdiccionales coyunturales, que a lógicas interpretativas y argumentativas estrictamente jurídicas. Así, se verá cómo la “fundamentalidad” aparece como una construcción jurídico-política contingente, que viene a estar condicionada, más que por el modelo de justicia constitucional que se adopte en uno u otro escenario, por la orientación ideológica de los órganos decisorios y las dinámicas de poder que atraviesan momentáneamente los distintos sistemas constitucionales.

II. La cuestión del aborto en la jurisprudencia constitucional comparada

1. *Estados Unidos: de Roe vs. Wade (1973) a Dobbs vs. Jackson (2022)*

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América fue pionera en el mundo libre para la promoción de los derechos y libertades de las mujeres. En 1973, con el caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113), se abordaba de forma temprana la legalidad constitucional de la posibilidad de que una mujer recurriera a la interrupción voluntaria del embarazo. *Roe*, una mujer soltera embarazada, acudió al aborto contra lo estipulado en la legislación penal del estado de Texas, que sólo permitía el aborto terapéutico ante un peligro para la vida de la madre que viniera aconsejado por la necesidad insalvable de asegurar su supervivencia.

Los entonces vigentes artículos 1191-1194 del Código Penal del estado recogían esta excepción a la regla general de prohibir las prácticas abortivas: “*an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of*

the mother” (aborto terapéutico). Cabe señalar en tal sentido que, al tiempo de dictarse el fallo, casi todas las legislaciones estatales prohibían el aborto en principio, y sólo permitían excepciones ante casos similares al permitido por la legislación texana. Casi la totalidad de los estados habían tomado la tendencia de una clara despenalización por la vía de supuestos, donde también se encontraban excepciones por cuestiones de honor o moralidad —ante violaciones e incestos— o malformaciones del feto (aborto eugenésico).

En *Roe vs. Wade* se invocan fallos precedentes de la Corte, imprescindibles de cara a satisfacer la libertad sexual y reproductiva de las mujeres. Primero, *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479), que en 1965 dejaría sin efecto una ley estatal de Connecticut que prohibía el uso de métodos de anticonceptivos en el matrimonio, con lo que se amparaba la privacidad de los individuos y su libre elección personal y privada en torno a las propias creencias morales, éticas y religiosas. La ley vulneraba el derecho a la privacidad de los miembros de la pareja. También sirve de precedente al fallo de *Roe vs. Wade* el caso *Eisenstadt vs. Baird*, de 1972, que extiende la conclusión anterior a las parejas no casadas en unos hechos similares.

La protección constitucional otorgada por *Roe vs. Wade* se fundamenta en la decimocuarta enmienda, y más concretamente en el derecho constitucional a la privacidad. Esto es de sobra conocido: la libre interrupción del embarazo queda así, por tanto, en la exclusiva elección de quien lo ejerce. Pero cabe señalar algunas cuestiones más en torno a este caso paradigmático que representó y representa una de las más grandes conquistas para el feminismo jurídico: en primer lugar, que la neutralidad ideológica debe impregnar las democracias liberales y el ejercicio del poder público; seguidamente, e íntimamente conectado con lo anterior, que la maternidad no puede imponerse a las mujeres, sino que es un derecho revestido de la mayor protección constitucional (*privacy*); y, finalmente, que no es un derecho absoluto.

En relación con esto último y, en la lógica anglosajona del *stare decisis* y la creación judicial del derecho, aboga, en mi opinión, por apuntar hacia un sistema de plazos como la más razonable de las soluciones, al tiempo que lo precisa como la forma más adecuada de ponderación de intereses concurrentes en torno a esta realidad. A saber, la ponderación entre la *privacy* de la mujer embarazada, la protección de su propia salud y el interés público en proteger la vida potencial. Así,

- Hasta el límite del inicio del segundo trimestre de embarazo, puede permitirse libremente el aborto.
- En el segundo trimestre de embarazo es cuando comienza la viabilidad del feto, entendiendo esto como la supervivencia continua del mismo fuera del útero materno. Por lo tanto, desde entonces sería imperativo proteger la vida prenatal, llegando inclusive a prohibir el aborto.
- El interés de la vida de la embarazada se llegaría a sobreponer al de la vida prenatal, inclusive estando prohibido el aborto a partir del segundo trimestre.

Por tanto, la Corte Suprema de Estados Unidos había optado rigurosamente, a través de una interpretación basada en la lógica liberal, de preservar el espacio de inmunidad del individuo —en el caso concreto, de la mujer embarazada— por salvaguardar la libre conformación de la identidad. Entonces, la constitucionalización (por vía jurisdiccional) de la interrupción voluntaria del embarazo se circunscribe a la satisfacción del derecho a la privacidad. Lo que conecta con la imposibilidad de que los poderes públicos asuman preferentemente una forma de vida o una determinada moralidad, en la concepción liberal que subyace al texto constitucional estadounidense. Sin que se opte por apreciar, como en la lógica europea y, más concreto, en la que representa la actual legislación española sobre el asunto, una necesidad de acudir a fundamentaciones basadas en la perspectiva de género. Esto es, asumiendo el “carácter grupal de las discriminaciones, fundado en prejuicios ideológicos hostiles, en estigmas” (Rey Martínez, 2023a, p. 34), tales como el machismo en tanto “expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales” (Rey Martínez, 2023b, p. 1123).

Esta concepción recorre la fundamentación ofrecida por la Corte en *Planned Parenthood vs. Casey* (505 U.S. 833), en 1992, cuando se sometió a un examen de constitucionalidad si la Ley de Control del Aborto de Pensilvania, de 1982, contenía una carga indebida al exigir: *a)* el suministro de información a las potenciales embarazadas que pretendieran abortar, 24 horas antes; *b)* el consentimiento informado de los padres de mujeres menores embarazadas, con la pertinente intervención judicial al efecto cuando no se permitiese por parte de los padres el aborto, y *c)* la exigencia de notificación al cónyuge sobre su intención de abortar. A pesar de que sólo se optó por denegar la consti-

tucionalidad a la exigencia de información al marido por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Parenthood vs. Casey* la tendencia cambia hacia el ofrecimiento de un planteamiento hacia la preservación más de la libertad de la mujer embarazada que de la privacidad de aquella, en tanto derechos fundamentales que le atañen. Pero, en ningún caso se puede apreciar la lógica de la subyugación de la mujer frente al hombre como fundamento ofrecido en el fallo. Sirvan como ejemplo algunas afirmaciones del alto tribunal:

Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a estar libre de intrusiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de soportar o engendrar un hijo.

[...]

La Constitución protege a las personas, tanto hombres como mujeres, de la interferencia estatal injustificada, incluso cuando esa interferencia se convierte en ley en beneficio de sus cónyuges.

[...]

Parte de la libertad constitucional de elegir es la igual dignidad a la que cada uno de nosotros tiene derecho. Una mujer que decide interrumpir su embarazo tiene derecho al mismo respeto que una mujer que decide llevar el feto a término.

[...]

el efecto real de tal requisito de notificación es dar a los maridos el poder de vetar la elección de la mujer de abortar.

Y, por ende, menoscabar su libertad personal e individual.

Deben reseñarse también dos fallos de 2007 de la Corte Suprema estadounidense, *Gonzales vs. Carhart* (550 U.S.) y *Gonzalez v. Planned Parenthood Federation of America, Inc.* (550 U.S.), que expresan la prohibición del aborto por nacimiento parcial, conocido por sus siglas como *D&E* (*dilation and evacuation*). Sin embargo, no se postuló contra esta práctica abortiva específica cuando fuese la salud de la mujer embarazada la que estuviera en entredicho.

Pero el verdadero punto de inflexión en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos radica en *Dobbs vs. Jackson* (19-1392 597 U.S.), en junio de 2022. Al someter a enjuiciamiento de constitucionalidad

dad la Ley de Edad Gestacional de Mississippi, destruyó el sentido de sus precedentes judiciales: *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*. Si recordamos, con estos fallos se permitiría el aborto antes de que se pudiera asumir desde una óptica científica la viabilidad fetal, en tanto que lo contrario supondría un menoscabo de la decimocuarta enmienda constitucional, al venir implícito por la privacidad y la libre conformación de la propia vida de la mujer que se dispone a interrumpir el embarazo por su propia voluntad (previstas de forma implícita en aquella).

Para la mayoría de la Corte, con *Dobbs vs. Jackson* se asumen estos planteamientos:

- La Constitución no hace ninguna referencia al aborto, y ningún derecho de ese tipo está implícitamente protegido por ninguna disposición constitucional.
- Y esto no se puede deducir puesto que la conclusión ineludible es que “el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y las tradiciones de la nación. [...] El aborto presenta una profunda cuestión moral”. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. *Roe* y *Casey* se arrogaron esa autoridad. Ahora anulamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos.

Por ello, asumen que la Ley de Edad Gestacional de Misisipi de 2018 (que sólo contenía excepciones de índole terapéutica o eugenésica) y la prohibición del aborto tras las primeras quince semanas, que la misma ley contiene, son constitucionales. Para ello hacen una interpretación legalista, colmada de historicidad y sin argumentación más profunda que la que se señala en los anteriores puntos.

Los magistrados discrepantes expresan que con los precedentes se asumió que el poder político no podía controlar la conformación del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Esto es, “no podía determinar cuál sería el futuro de la mujer”, respetándola “como ser autónomo”, concediéndole “plena igualdad” en torno a la libre elección de poner fin al embarazo, que es “la más personal y trascendental de todas las decisiones de la vida”. Y algu-

nos planteamientos que, antes de someterlos a una revisión crítica, queremos señalar aquí:

La Constitución, sostiene la mayoría actual, no proporcionará ningún escudo, a pesar de sus garantías de libertad e igualdad para todos.

[...]

El Tribunal de hoy no cree que haya nada de importancia constitucional asociado al control de una mujer sobre su cuerpo y el camino de su vida.

No podemos dejar de hacer referencia a la visión que plantea el presidente de la Corte, Roberts, quien, aunque concurre con el fallo mayoritario, establece que el aborto como derecho de libre elección no debería extenderse más allá de lo razonable (nunca hasta la viabilidad). Y, por ello, Roberts aboga por cambiar la doctrina de *Roe vs. Wade*, pero no por anular el fallo, puesto que supone una afectación grave del Estado de derecho, en torno al *stare decisis*. Para él la ley sería declarada constitucional sin necesidad de anular *Roe vs. Wade*. Y señala, además, que no comparte la ausencia de dudas de los integrantes de la mayoría y de los discrepantes:

No estoy seguro, por ejemplo, de que la Constitución deba tratar la prohibición de interrumpir un embarazo desde el momento de la concepción de la misma manera que una prohibición después de quince semanas. Yo decidiría responder a la pregunta que concedimos la revisión: si el derecho al aborto previamente reconocido prohíbe todas las restricciones al aborto antes de su viabilidad, de modo que una prohibición del aborto después de quince semanas de embarazo sea necesariamente ilegal. La respuesta a esa pregunta es no, y no es necesario ir más lejos para decidir este caso.

A partir de aquí cabe expresar que la dicotomía entre *Roe vs. Wade* y *Parenthood vs. Casey*, por un lado, y *Dobbs vs. Jackson*, por el otro, radica entre la posibilidad de que los estados federados legislen en torno al aborto, con o sin límites. Si en 1973 se estableció que esta posibilidad quedaba restringida a la introducción de límites en el segundo trimestre, amparados en cuestiones sanitarias objetivas y razonables, o también a la prohibición durante el tercer trimestre, en 2022 se establece que se abre la puerta para que los estados

puedan legislar en torno al aborto, y lo restrinjan incluso antes de la viabilidad fetal.

Precisamente es un conflicto entre la doctrina del precedente judicial, y la posibilidad de promover una interpretación evolutiva de la Constitución, y el “originalismo”, basado en la historia. Para Roberto Gargarella (2022) es errónea la interpretación de *Dobbs vs. Jackson*, al no justificar la razón de necesidad de recurrir a la historia precedente cuando además es una etapa “donde, por lo demás, sólo los hombres estaban autorizados a hacer y escribir el derecho”, sin que ni siquiera se asegurase la participación activa de las mujeres en los asuntos públicos.

Lo que concuerda con Carbonell, que, al recurrir a Strauss, presenta los problemas prácticos del “originalismo”, para resolver problemas actuales con base en la imposibilidad de descubrir el espíritu de la redacción original de las Constituciones. Y también por la acomodación de dichas intenciones a los problemas del tiempo presente, que no son los de la actualidad. Así, Carbonell (2012), invoca a Thomas Jefferson, en su paradigmática expresión de que “el mundo pertenece a los vivos” (p. 352).

Roura (2000), por su parte, advierte de la progresiva desfederalización de los derechos civiles y políticos “a través de la técnica de estrechar las interpretaciones en asuntos ya resueltos por el Tribunal” (p. 447). Esto nos hace desechar posturas que optan por presentar como progresista esta desfederalización de derechos fundamentales, tanto que sólo la entienden como una mayor oportunidad de tutela y garantía (Rodés Mateu, 2010). *Dobbs vs. Jackson* involucra la reafirmación de un federalismo —no— cooperativo sino dual-competitivo, que supone la apertura a la opresión de las mayorías (parlamentarias y/o del colegio jurisdiccional) frente a la “ciudadanía íntima”, donde debiera residir la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres (Rodríguez Ruiz, 2023, pp. 511-515).

2. España: de la STC 53/1985 a la STC 44/2023

La STC 53/1985 abordó la despenalización del aborto por vía de la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, en determinados supuestos: terapéutico (evitación de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada), eugenésico (malformaciones fetales

que condujeran a graves taras físicas y psíquicas, dentro de las primeras veintidós semanas con el oportuno dictamen facultativo), y cuando fuera consecuencia de una violación (aborto ético, dentro de las doce primeras semanas y cuando se hubiese denunciado). La sentencia aboga por establecer que la vida no sólo es un derecho reconocido con carácter subjetivo en el artículo 15 de la Constitución Española (CE), sino que también proyecta un valor superior del ordenamiento constitucional (art. 10.1 de la CE), desde una óptica ontológica, que da pie a la existencia y reconocimiento del resto de derechos del catálogo dogmático de la Constitución (FJ. 2). Para el máximo intérprete de la carta magna, la vida no sólo suponía un derecho subjetivo de inmunidad frente al Estado, puesto que además la Constitución le exige una actitud proactiva en su defensa y ligada a su eventual satisfacción como presupuesto elemental del elenco de derechos proclamados por ella (FFJJ. 3 y 4).

El Tribunal Constitucional español optó por apreciar en torno a la titularidad del derecho a la vida: su denegación al *nasciturus*. Aunque al considerar la necesidad de protección de la vida fetal y prenatal, como obligación del Estado en tanto valor implícito en el artículo 15 de la CE *ex* artículo 10.1 de la CE. Así, el nacimiento determina la titularidad del artículo 15 de la CE, sin perjuicio de lo anterior (FJ. 7).

Entonces, ¿la no punibilidad del aborto se procedió a declarar inconstitucional? (FJ. 11):

- La sentencia, en su fallo mayoritario, plantea un conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus* en el caso del aborto terapéutico, para dar viabilidad constitucional al primer supuesto de despenalización.
- En torno a la violación asumen que el embarazo se produce “lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal”. Por lo que no se puede obligar a la mujer a cargar con una “vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos” y, por ende, anticipando su eventual constitucionalidad.

- Y, respecto del supuesto del aborto eugenésico dice que “entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”.

Para el fallo mayoritario, ampara la ponderación de bienes y derechos en conflicto que realiza el legislador. Esto es, considera que es suficiente la protección del *nasciturus* fuera de las situaciones previstas, mientras que garantiza los derechos a la vida y a la integridad física y moral de la mujer. Lo cual, asumimos, supone que el *nasciturus* no puede comportar en todo caso la conculcación de estos derechos constitucionales.

Aunque el Tribunal establece una serie de garantías que deben salvaguardar e introducir en la legislación penal, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE, *vid.* F.J. 12):

- En los casos de abortos terapéuticos y eugenésicos, la comprobación *ex ante* del supuesto que da legitimidad jurídica al aborto, según la decisión del legislador, por la vía facultativa que comporte “debidas condiciones médicas”, lo que merma al máximo el riesgo para la vida y la salud de la embarazada.
- El aborto no puede derivar en la exigencia de “la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo”, pues “presenta graves dificultades objetivas”, “dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales” y “entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla”. Por ende, es suficiente la denuncia previa para entender satisfecha dicha exigencia constitucional de comprobar el supuesto de hecho que está siendo despenalizado por el legislador.
- En todos los casos, que “la realización del aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto”.

Todo ello, presente en el F.J. 12o., es criticado por Tomás y Valiente y otros magistrados, en su voto discrepante, por la extralimitación competencial del Tribunal Constitucional en torno a la función que se le encomienda constitucionalmente. Nos parece oportuno recuperar dichos reproches al fallo mayoritario:

- Voto particular de Tomás y Valiente: “La técnica usada en este fundamento no tiene nada que ver con la de las denominadas sentencias interpretativas [...]”. “Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora *ad casum*, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial. Por eso, y contra eso, expreso mi profunda y preocupada discrepancia”.
- Voto particular de Arozamena Sierra: “El constituyente no resolvió —no tomó postura en el art. 15— el problema jurídico-penal del aborto. Es un tema abierto a la disponibilidad del legislador democrático”.
- Voto particular de Latorre Segura y Díez de Velasco: “El TC no se limita a pronunciarse en el fallo sobre la constitucionalidad de los diversos extremos del proyecto de Ley impugnado, sino que [...] indica al legislador lo que debe de hacer. En el caso del llamado aborto terapéutico, el legislador debe exigir el dictamen de un especialista. Tanto en este supuesto como en el del llamado aborto eugenésico, el legislador debe prever una intervención del Estado mediante la obligación de que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante cualquier solución que el mismo legislador estime oportuna [...]. Estas previsiones suponen, a nuestro juicio, que el TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de Ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad. Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no sólo la Constitución sino también la LOTC asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo”.
- Voto particular de Rubio Llorente: “Las razones de mi disenso pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales”.

Más allá de consideraciones orgánicas, nos parece indispensable acudir a la fundamentación que ofrece en su voto discrepante Tomás y Valiente:

No encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana “es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (FJ. 3) o “un valor fundamental” (FJ. 5) o “un valor central” (FJ. 9). [...] Llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

Y, de hecho, tiene razones para aducirlo, puesto que sólo se menciona indirectamente la libertad o sólo se hace un planteamiento liberal a la hora de examinar el asunto del aborto que trae causa de la violación (García González, 1984).¹

Implícitamente, creemos también que Rubio Llorente aboga por hacer un planteamiento desde la óptica de la libertad en el Estado democrático de derecho:

Si no se acepta la necesidad constitucional del control preventivo, y ciertamente no puede aceptarse, no hay razón alguna, sin embargo, para subordinar a ellas el ejercicio de la libertad y, en consecuencia, tampoco para que este Tribunal las imponga al legislador, pues sólo a éste corresponde decidir, con entera libertad, sobre el contenido de las Leyes, dentro de los límites que la Constitución establece, como garantía de la libertad de los individuos.

Si algo supone la seguridad jurídica y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos es que lo que no esté expresamente prohibido está, en esencia, permitido.

¹ Por ello, algunos autores expresan que el razonamiento real es ideológico, moral o religioso (en sentido positivo o negativo), aunque se plantee artificialmente un razonamiento jurídico. Lo que se denota en el planteamiento de un debate sobre si la titularidad corresponde o no, en relación con el derecho del artículo 15 CE, al embrión o al feto. Esto es, no priman ni la interpretación teleológica ni las reglas de la hermenéutica.

En 2010, con la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se opta por establecer una regla general de plazos a partir de la cual la interrupción del embarazo es libre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, a petición de la mujer embarazada (art. 14). Ella, combinada con unas reglas excepcionales, amplían los plazos hasta las veintidós semanas en caso de aborto terapéutico, mediante intervención facultativa que emitirá un dictamen, prescindible en caso de riesgo vital de la gestante; y, en el caso del aborto eugenésico, por dos facultativos sin que sea prescindible el dictamen, con dos supuestos concretos: ante riesgos de graves anomalías y cuando estas se detecten y sean incompatibles con la vida.

Con base en la STC 53/1985, el Grupo Parlamentario Popular recurrió en 2010 una ley que tardó más de una década en someterse a juicio de constitucionalidad de forma efectiva. Según los recurrentes, se dejaba completamente desprotegida la vida del *nasciturus*, a pesar de que su protección viene exigida por el artículo 15 de la CE. Al mismo tiempo se impugnó la regulación del consentimiento de las menores de edad, mayores de dieciséis años, por ser contrario a los artículos 27.3, 39.1 y 4 de la CE.² Y, además, por invadir la objeción de conciencia de los sanitarios en virtud de los artículos 16.1 y 18.1 de la CE. Y, a mayores, cuestionan la inserción de la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, por presuntamente atentar contra la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza. Sin embargo, nos centraremos en la legitimidad constitucional de la libre interrupción del embarazo en la forma en que la establece la Ley Orgánica 2/2010.

La STC 44/2023 resuelve el recurso de inconstitucionalidad, y expresa que:

² Esto se reformó por vía de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre (que modifica la Ley Orgánica 2/2010, en lo que se refiere al régimen de consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo), que introdujo la exigencia del consentimiento de las menores de 16 y 17 años por parte de sus tutores legales. Lo que, más tarde, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, en el sentido de la Ley Orgánica 2/2010, volvió a recuperar dicha redacción en el sentido de excluir la necesidad de otorgar dicho consentimiento.

- El legislador no desoye el respeto a la dignidad de mujer y su libre desarrollo de la personalidad al regular la cuestión del aborto.
- La interrupción voluntaria del embarazo es, *vid.* F.J. 3, una “manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)”.
- La vida prenatal es un bien objeto de protección constitucional, ello si “ni de la jurisprudencia y práctica internacionales puede concluirse que exista fundamento suficiente para deducir una obligación de los Estados parte de reconocer la titularidad del derecho fundamental a la vida al nasciturus” (F.J. 3).

Así, se reconoce implícitamente un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, sustentado en los siguientes planteamientos (FFJJ. 3 y 8):

De acuerdo con lo expuesto, el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación. Respetando ese ámbito mínimo que garantice a la mujer un razonable ejercicio de sus derechos, corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido, siempre teniendo en cuenta que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido.

La interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) se identifica, de este modo, con la prohibición de que se derive de la norma, o de la aplicación de la norma, un trato discriminatorio que tenga su fundamento o justificación en esa categoría en concreto. [...] Para lograr que la igualdad entre hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida sea real y efectiva no basta con pro-

teger de manera reforzada los derechos y expectativas legítimas de las mujeres que optan por la maternidad. Es igualmente necesario proteger los derechos de aquellas mujeres que, ante un acontecimiento asociado a su sexo como es el embarazo, deciden interrumpirlo libremente, dentro de los supuestos y condiciones establecidos por la propia ley.

Esta STC 44/2023 supone, no ya no la superposición del Tribunal Constitucional al Parlamento, como una tercera cámara legislativa, sino que se erige en un nuevo constituyente. No se olvide que legalizar y despenalizar suponen la misma técnica, en esencia, por vía legislativa (García González, 1984). Por lo que hago mías las palabras de los discrepantes Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, en su voto particular conjunto, al contrariar el establecimiento del derecho fundamental de la mujer a la libre interrupción del embarazo. La vía sólo puede ser la reforma constitucional; de lo contrario, estaríamos ante un profundo quebranto de la obligada vinculación positiva del máximo intérprete constitucional, que desoye su función original de preservar la voluntad del Constituyente, sin perjuicio de la interpretación evolutiva del texto constitucional (Rubio Llorente, 1988).

Por su parte, Espejel Jorquera defiende en la misma línea la extralimitación del Tribunal Constitucional en sus funciones al promover “la creación de un supuesto derecho fundamental a la autodeterminación de la interrupción voluntaria del embarazo”, pero añade que “no sería posible en cuanto contradice, lesiona o atenta contra un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del *nasciturus*”. Con esto último, sin duda, no podemos estar de acuerdo, cuando incluso muchos derechos se sitúan en ocasiones en conflicto. Lo que debe resolverse por vía de la ponderación, y a través del escrutinio que ha de presidir el principio de proporcionalidad. Aunque si es cierto, como la magistrada que emite el voto particular afirma,

deja el aborto en las catorce primeras semanas de gestación al exclusivo arbitrio de la mujer, sin contemplar protección efectiva alguna de la vida humana en formación, que es el supuesto ontológico sin el cual los derechos fundamentales no tendrían existencia posible.

Por lo que hay un cambio de tendencia en cuanto a la interpretación dada por la STC 53/1985.

En el sentido de *Roe vs. Wade* y *Parenthood vs. Casey*, el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón opta por criticar a la mayoría, por no centrar el juicio de constitucionalidad en la libertad individual de la embarazada:

Que el art. 17 CE proclama el derecho de toda persona a la libertad, y esta proclamación no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física. No podemos obviar que la libertad también se proclama constitucionalmente como un valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE. Admitir la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad.

Y, compartiendo su postura, si es que existe dicho derecho fundamental (pues es una opción más del legislador constituyente por vía de la reforma de la norma fundamental y que, por todo lo expresado anteriormente, no es labor de reconocerlo la del Tribunal Constitucional) estaría este más amparado en la libertad personal que en la integridad física y moral. En definitiva, la libertad de elección de la mujer queda excluida del debate, lo que da lugar a un relato en torno a la subjetivación que es el de “un no-sujeto” (en torno al supuesto derecho o no del no nacido a comenzar la vida humana), de la que, en tanto derecho fundamental, paradójicamente, no es titular. Con la desigualdad de género que la interpretación mayoritaria obvia, y, por ende, la misma carece realmente de la perspectiva de género como herramienta interpretativa (López Rodríguez, 2015, pp. 184-185).

Por eso, precisamente la decisión mayoritaria no deja de ser paternalista, porque analiza la cuestión del aborto todavía, aunque sea de manera implícita, desde la perspectiva de si el embrión es o no vida humana, retomando su precedente de 1985. Y no, como expresa Rodríguez Ruiz (2012), de si la mujer embarazada como sujeto autónomo puede actuar de forma individual, y sea autosuficiente desde un criterio de razonabilidad que plan-

tee la cuestión desde una dimensión relacional, que viene dada por la discriminación intergrupal entre los sexos, siguiendo la lógica de la igualdad real y efectiva (Rodríguez Ruiz, 2012, p. 79). Pero, en todo caso, a pesar de que exista una reclamación histórica desde sectores feministas, y que la laicidad del Estado, la libertad de conciencia y el propio pluralismo exijan desligar sexualidad, de un lado, y la maternidad, de otro, la labor es del legislador constituyente, y a él corresponde abrir la puerta a la reforma constitucional (Malagón Penen, 2006).

La identificación de un hipotético derecho fundamental, por vía de la STC 44/2023, sólo hubiese venido legitimada si se amparara el aborto como una libertad electiva residente en el artículo 17 de la CE. Seguir reproduciendo el debate de si el embrión es una vida humana o no lo es sólo esconde tras de sí soluciones ideológicas, morales o religiosas que se revisten de un razonamiento jurídico irreal.

3. La cuestión del aborto ante el Tribunal de Estrasburgo: la STEDH del 16 de diciembre de 2010 (A, B y C vs. Irlanda)

El asunto de la permisibilidad o no del aborto, en sede del TEDH, ha sido enjuiciado desde la óptica del artículo 8o. del CEDH: el derecho al respeto a la vida privada y familiar. La STEDH, del 16 de diciembre de 2010 (*Caso A, B y C vs. Irlanda*), aborda el asunto desde esta perspectiva, en relación con un asunto sobre una presunta violación del derecho por parte del Estado irlandés, que pasamos a comentar.

Si bien el artículo 40.3. 3o. de la Constitución de Irlanda reconoce expresamente —a diferencia de las normas supremas de Estados Unidos y España— un derecho de los nonatos a la vida —y, por tanto, les atribuye su titularidad y, además, concibe indirectamente que el inicio de la vida humana se da con anterioridad al nacimiento—, también reconoce implícitamente que la prohibición del aborto por razones de salud y bienestar puede ceder, por razones de igualdad, cuando venga a estar comprometida la vida de la madre (pues toda vida tiene el mismo valor) (Llano Torres, 2011). De este modo, no se produce una censura del aborto, en el sentido de que pueda llegar a determinarse la posibilidad de que se difunda información sobre la opción de interrumpir libremente el embarazo en otros Estados; y,

coherentemente, tampoco se persigue la conducta de mujeres embarazadas que viajan a otros estados a abortar.

En ese asunto, dos demandantes plantearon si el Estado irlandés vulneraba el artículo 8o. del CEDH mediante la prohibición general del aborto por razones de salud y bienestar. Mientras que una tercera demandante planteó específicamente un supuesto incumplimiento del artículo 8o. del CEDH, en relación con el “del derecho constitucional al aborto en Irlanda en caso de riesgo para la vida de la mujer” (artículo 40.3. 3o. de la Constitución de Irlanda). Las autoridades irlandesas, por su parte, alegaban que “profundos valores morales y éticos a los que el Convenio concede un importante margen de apreciación” suponen una clara opción del derecho interno a proteger la vida del concebido no nacido (Villavicencio Terreros, 2012, p. 71).³ En este último sentido, los textos internacionales de *soft law*, como la Declaración de Beijing de 1995, admiten, a pesar de abogar por un derecho al aborto, que la decisión sobre la interrupción voluntaria del aborto es una decisión a adoptar en el nivel interno, por lo que el plano supranacional o internacional no debería entrar a decidir sobre la licitud o ilicitud respecto a asuntos que expresamente competen a la jurisdicción interna de los Estados (Alvarado, 2014).

El TEDH, al recurrir a sus precedentes, estableció una serie de elementos a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la eventual vulneración del artículo 8o. del CEDH:

- Por supuesto, la legislación que regula la interrupción del embarazo afecta la esfera de la vida privada de la mujer. Pero el embarazo, y su posible interrupción, no atañen en exclusiva a la vida privada de la mujer, pues esta estará innegablemente ligada al desarrollo del feto.
- Por ello, el derecho al respeto de la vida privada de la mujer debe ponerse en relación con algunos otros derechos y libertades.

El TEDH dilucida en el *Caso A, B y C vs. Irlanda* dos aspectos (a y b):

³ Sustentado, a saber, en el valor fundamental que representa la vida del *nasciturus* por la propia esperanza de existencia como futura persona que el mismo representa.

a) Si la prohibición del aborto por razones de salud y/o bienestar vulnera o no el artículo 8o. CEDH. O, por el contrario, que el margen de apreciación nacional sustentado en los “profundos valores morales del pueblo irlandés” hacen posible proteger la vida del no nacido y, por ende, no vulneran el derecho de las embarazadas al respeto de su vida privada y familiar (en relación con las dos primeras demandantes).

El TEDH se decanta por lo segundo, lo que considera suficiente para no entender vulnerado el artículo 8o. del CEDH, la existencia del derecho a viajar al extranjero para abortar sin infringir el derecho irlandés, además de contar con un acceso real a la información y a la atención médica para tal fin (abortar en otro Estado) dentro del territorio irlandés. Lo único que se prohíbe es la práctica del aborto en el territorio nacional. Y, por ende, al sustentarse en un margen de apreciación nacional, no hay una injerencia arbitraria de las autoridades ni una vulneración del artículo 8o. del CEDH.

b) Si, ante la existencia de un riesgo real y sustancial para la vida (y no simplemente de la salud) de la madre, cuya evitación es únicamente posible interrumpiendo el embarazo, el Estado irlandés cumple eficazmente con su obligación de satisfacer proactivamente el artículo 8o. CEDH, en relación con la previsión de aborto legítimo desde la óptica de su propia legalidad constitucional (el que se debe dar en dicha situación de riesgo real y sustancial, vid. art. 40.3. 3o. de su Constitución).

Para el TEDH “ni la consulta médica ni las opciones de litigio invocadas por el Gobierno constituían procedimientos eficaces y accesibles que permitieran a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda”. Existe un derecho en el plano teórico, imposible de satisfacer en la práctica, en virtud del artículo 40.3. 3o. constitucional. En ello, cabe recalcar lo apreciado por el tribunal, en el sentido de que no existe un marco jurídico que responda a las eventuales discrepancias entre la opinión de la mujer embarazada, que sufre un riesgo sobre su propia vida, y su médico o entre distintos profesionales médicos. Siendo la (única) vía judicial ineficaz para satisfacer la protección que deben los Estados parte del CEDH en su obligación proactiva de salvaguardar el artículo 8o. del CEDH.

Es importante cómo en el fallo el TEDH aboga por señalar que no hay más consenso sobre la interrupción voluntaria del embarazo entre los Estados parte del Convenio que el de posibilitar generalizadamente el aborto por razones de salud de la embarazada o cuando está en riesgo la vida de la mujer. Sin que, por lo tanto, haya consenso sobre el comienzo de la vida humana. Como ejemplo, el propio artículo 40.3. 3o. de la Constitución irlandesa que así lo demuestra. Lo que lleva a que nos planteemos como legítimas regulaciones tan restrictivas como la irlandesa en los países integrados en el marco que supone el Consejo de Europa regidos por el CEDH.

En relación con esta sentencia, algunos autores señalan la incongruencia de determinar, a través de la ponderación, la legítima posición del Estado irlandés respecto de las dos primeras demandantes en relación con el artículo 8o. del CEDH. Una ponderación que se da, a saber, entre la vida de la madre embarazada y del no nato, cuya vida potencial es vida (parece que a todos los efectos para la Constitución irlandesa), pero no para el TEDH ni para el CEDH, a razón de su artículo 2o. En estos términos se pronuncia críticamente Rey Martínez, para quien la decisión se traduce realmente en la “valoración de un límite (restricción para abortar) impuesto a un único derecho (vida privada de la mujer)”, desde lo cual se hace posible determinar la posible legitimidad de la posición de Irlanda frente al artículo 8o. del CEDH, que al parecer no quedaría vulnerado (Rey Martínez, 2011).

Los autores que han abordado la temática respecto de la jurisprudencia de Estrasburgo han reproducido lo dicho por el Tribunal: el aborto no es un derecho fundamental que resida en el artículo 8o. del CEDH en términos equiparables a la sentencia estadounidense de 1974, *Roe vs. Wade*. Esto es, su determinación final queda a la determinación de los Estados, de acuerdo con la ponderación que se circunscriba a su propio sistema constitucional.

III. Reflexiones críticas en torno a la “fundamentalidad” del aborto desde una óptica comparatista

1. *Dos interpretaciones jurídicas “mayoritaristas” con ciertas carencias interpretativas como obstáculos a la “fundamentalidad” de la autonomía reproductiva: ¿es el aborto un derecho fundamental?*

Dobbs vs. Jackson (2022) supone, a mi juicio, una reafirmación política de la dominación de los hombres sobre las mujeres, a través de una plena negación de su autonomía y de su capacidad de libre elección sobre un tema que le atañe exclusiva: el destino vital de su propio cuerpo. Con base en interpretaciones historicistas, la Corte Suprema puso fin a *Roe vs. Wade* (1974), y determinó nuevamente al Estado y al derecho como sexistas y constructores del género. Con ello, se refuerza una socialización androcéntrica, y se niega, una vez más, su vocación de neutralidad y universalidad, con base en prejuicios y sesgos cognitivos de carácter casi exclusivamente ideológicos (Campos Rubio, 2008). Se trata de una dominación que conlleva también el pensamiento de que la mujer embarazada y el concebido no nacido se encuentran en una balanza, como sujetos enfrentados, donde la primera pasa a ser un medio en torno a un fin (la maternidad), sin que importe demasiado su autonomía personal, y se pone en el centro a un sujeto que aún no forma parte de la comunidad política (López Rodríguez, 2017). El planteamiento es claramente político.

Desde una óptica jurídica, se nos viene a trasladar que el *demos*, en un sistema político claramente liberal, domina al individuo, decide por él, lo que contradice el ideal democrático estadounidense que reafirma el espacio libre de injerencias de los sujetos en el que debe operar claramente la abstención estatal. Así, definitivamente, la interpretación evolutiva de la Constitución queda maniatada por un originalísimo, que es más bien una expresión de las mayorías que actualmente conforman la Corte Suprema de los Estados Unidos (Tello Mendoza, 2023). Con una clara tergiversación del *stare decisis*.

La dignidad de las mujeres en torno a su sexualidad debe necesariamente implicar su libre elección de vivir la sexualidad como ellas mismas deseen, sin que el hecho de estar embarazadas deba necesariamente conllevar un riesgo insalvable para su libre desarrollo de la personalidad. Despenalizar o legalizar el aborto supone, *per se*, de acuerdo con una interpretación viva

y evolutiva de la Constitución, otorgar plenitud a la justicia y a la seguridad reproductiva, con base en la dignidad humana. También implica la posibilidad de que, ante un embarazo, una mujer pueda decidir y materializar tres derechos: el derecho a tener un niño, el derecho a no tenerlo y, una vez nacido, procurarle un bienestar en su porvenir (Galarza Neira, 2020). Pero en torno a esto último —que no se discute— se genera el debate jurídico-político de interrumpir un embarazo, lo que sí es discutido. Pues el derecho, en términos de una supuesta “fundamentalidad” y, si tan fundamental es, corresponde otorgarle tal calificación al legislador constituyente.

Precisamente por eso no queremos asumir que la vía emprendida por el Tribunal Constitucional español, desde una perspectiva eminentemente jurídica, nos parezca adecuada. Está totalmente fuera de la óptica de la jurisprudencia asentada por el TEDH, pues, aunque sea una decisión de derecho interno, es una decisión que debe quedar en manos de la vía de reforma de la norma fundamental. Salvo que —como en *Roe vs. Wade*, a nuestro juicio— se hiciera residenciar el hipotético derecho a la libre interrupción del embarazo en el derecho de libertad personal, y no tanto al conectar su no permisión con una posible vulneración de su integridad física y moral. Aunque todo es tan ideológico, tanto en la interpretación de la STC 44/2023 como en el fallo estadounidense *Dobbs vs. Jackson* (2022).

Sí, hay una clara conexión de los jueces designados por ejecutivos republicanos en los Estados Unidos con el método de interpretación al que recurren. Esto es, todos ellos presentan una clara tendencia de estos hacia el originalismo (Nuevo López, 2022). Pero también es cierto que los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional tampoco hacen gala de la necesaria neutralidad e independencia que debería caracterizar a la jurisdicción constitucional. En el ATC, del 8 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional rechaza la abstención de la magistrada Espejel Jorquera, basada en el artículo 219.16, inciso a, LOPJ: “Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”, cuando informó negativamente desde el CGPJ en el pasado contra el proyecto de ley a enjuiciar, como ella misma denuncia en el voto particular a la STC 44/2023. Por lo que la neutralidad ideológica de la jurisdicción consti-

tucional está claramente en entredicho ante la opinión pública (Martín Guardado, 2024).

En las decisiones prima el “mayoritismo”, que se conecta con el color político de las instancias legislativas y su conexión ideológico-política más que la argumentación jurídica. Las decisiones favorables a la interrupción voluntaria del embarazo se sustentan, en cuanto al reconocimiento constitucional al aborto (*Roe vs. Wade* y STC 44/2023), en una reescritura de la Constitución, que la conecta con derechos arquetipo que, según la opinión pública, el tiempo y el lugar, suponen el reconocimiento implícito del resto (Barberi, 2013). Lo cual es posible, o no, en función del papel que tengan los juzgadores en cada concreto sistema de derecho.

Lo que sí sería ajustado a derecho, de acuerdo con el papel que tiene el juez constitucional en Estados Unidos —que hace posible la creación *ex novo* de un derecho fundamental que lo introduce o conecta en el derecho arquetipo a que tantas veces se recurre por parte de la Corte Suprema: la Decimocuarta Enmienda (*Roe vs. Wade*)—, no sería otra cosa que actuar fuera del marco constitucional en España. Y todo ello, reiteramos, tiene que ver con el papel de los juzgadores y del modelo de justicia constitucional que impera.

Precisamente su no referencia expresa en la Constitución hace incalificable la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental en España —si el Tribunal Constitucional español no hubiese trasvasado su atribución constitucional—. Esto es, el pluralismo político y la posibilidad cambiante de la conformación político-ideológica del arco parlamentario, y la propia vocación ideológica del Poder Legislativo, restringen pues la posibilidad de que el aborto sea calificado como un derecho fundamental inquebrantable y, por ende, “de hoja caduca” (Ollero Tassara, 2023, p. 95). Otra cosa es que, por razones de opinión pública y evolución de los tiempos, deba promoverse política y dogmáticamente la reforma constitucional, para suministrar una mayor autonomía a las mujeres, en esa construcción real y plena de la ciudadanía íntima. Pero eso es un debate político, que debe preceder a la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental.

Definitivamente, a favor o en contra del aborto y de su constitucionalidad opera el “mayoritismo” y no el racionalismo jurídico. Su “fundamentalidad”

o no residirá pues en criterios más político-ideológicos que jurídico-políticos. Y, por ende, puede ponerse en cuestión su carácter de derecho fundamental, como nos ha enseñado, desgraciadamente para la autonomía personal y la libertad electiva de las mujeres, *Dobbs vs. Jackson*.

La interpretación del Tribunal Constitucional español en la STC 44/2023 queda contradicha en la STC 73/2023, cuando afirma que la interrupción voluntaria del embarazo es “un derecho de configuración legal que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer” (FJ. 7o. STC 78/2023). Como bien hace eco de ello el magistrado discrepante a esta última, Enríquez Sancho:

Es cierto que la sentencia a la que formulo el presente voto concurrente no se refiere de modo expreso a lo que en la STC 44/2023 se venía a calificar como derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.

[...] discrepo de que el aborto pueda considerarse un derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación en la interrupción del embarazo [...] y, también discrepo de [...] la contravención del derecho de configuración legal a la interrupción voluntaria del embarazo pueda incidir directamente en el ámbito tutelado por el derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer en la forma en que finalmente se concluye en el fundamento jurídico 7 de la sentencia.

La calificación de derecho fundamental de configuración legal, respecto a la libre elección abortiva, supone una contradicción respecto de la STC 44/2023: el aborto, sí o sí, no quedaría circunscrito al contenido esencial del artículo 15, en el que hipotética y arquetípicamente lo conecta y circunscribe. Por tanto, ¿por qué habría una vulneración de un supuesto derecho fundamental en el caso resuelto por la STC 78/2023?

Por eso también reiteramos, una vez más, que de cara a su “fundamentalidad” hubiese sido mucho más correcto apuntar hacia su conexión en el artículo 17 de la CE en relación con el artículo 10.1 de la CE. Lo que, en cualquier caso, en palabras de Sieira Mucientes (2023), opera con “una inevitable relativización de la intensidad de su protección”, sin que, por tanto, el “activismo judicial” que —en cierta medida— incorpora nuestro máximo intérprete constitucional nos permita atribuirle dogmáticamente tal “fundamentalidad”.

2. La cuestión de la descentralización del poder como obstáculo a la libre interrupción del embarazo y el cuestionamiento que puede llegar a suponer acerca de su “fundamentalidad”

Si el federalismo ha sido tradicionalmente identificado con el progreso en torno a los derechos y libertades fundamentales, ahora es cuestionable identificar progreso y federalismo en el plano estadounidense, como nos recuerda Mejía (2022). A pesar de que algunos han contribuido a presentar al federalismo como aliado del aborto —en países como Argentina—, al plantear en positivo la viabilidad del sistema federal para plantear el debate, a modo de conflicto, como un objetivo de reivindicar planteamientos políticos y reformas legislativas proaborto. Pues esto también puede plantearse en un sentido contrario: el federalismo es un obstáculo a la consideración del aborto como derecho básico de ciudadanía en favor de las mujeres (Gómez, 2021).

El federalismo es de hecho un obstáculo a partir de *Dobbs vs. Jackson* en Estados Unidos. El asunto del aborto como derecho, en lo que concierne a la consideración negativa de su “fundamentalidad” en relación con el federalismo, transita hacia una relación negativa en cuanto al reconocimiento efectivo del derecho. Debido a la construcción de una doctrina jurisprudencial que opera en favor de la potestad de autodefinition de sus límites, en sede del Poder Legislativo de los estados, que ya no encontrarán previsiblemente límites en el texto constitucional para restringir el aborto.

Lo que supone, también, que el aborto pasará a ser una cuestión estatal y no federal como hasta ahora. En tal sentido, hay que presentar la cautela de que posiblemente, desde *Dobbs vs. Jackson*, la Corte Suprema estadounidense pueda decidir a futuro que no entrará a revisar decisiones al respecto de parte de los tribunales de los estados sobre el aborto (Serra Cristóbal, 2017). Y, al menos, el dilema ya está encima de la mesa.

Uno de los principios elementales del federalismo estadounidense es la ciudadanía federal. Entendida esta como una igualdad de derechos y libertades fundamentales. La decisión de la Corte Suprema en 2022 y la desconsideración del aborto como derecho fundamental que nace desde la Constitución, supone una ruptura de esa ciudadanía federal, en concordancia con todo lo que se ha dicho anteriormente. El estatus de ciudadanía ya no se conside-

rará en torno al conjunto del pueblo, pues el sujeto activo para determinar el estatus de ciudadanía de las mujeres pasa a ser el Estado y no la Federación.

Lo que conlleva una restricción de la ciudadanía en torno a la delimitación territorial de los estados y su sometimiento a identidades de corte ideológica que se imponen sobre otras (Garaicoa Ortiz, 2020). Como sucede en relación de identidad y regresión por la tendencia que toman determinados estados tradicionalmente gobernados por republicanos respecto de otros derechos, rompiendo así el consenso federal y el pluralismo, que comienza a ser desplazado por un nacionalismo cristiano provida y antiabortista (Labadie Jackson, 2006).

Pero las instancias de descentralización política pueden incidir a favor o en contra de la satisfacción efectiva y material de los derechos que se reconocen en la Constitución. Hay que poner en conexión el federalismo y sus relaciones respecto al reconocimiento efectivo del aborto, bien sea por vía legal o por vía constitucional, con el concreto contexto político de que se trate. O lo que es lo mismo: afirmar que todo juega la suerte de un “mayoritismo” político que denota la posible desconsideración, todavía hoy, de la “fundamentalidad” del aborto.

Con lo que federalismo y aborto pueden estar en relación de oposición, pero todo ello, por el momento, se restringe al debate que suscita, a mi entender, *Dobbs. vs. Jackson* en el plano estadounidense. Aunque no puede obviarse que la descentralización del poder político puede ser un obstáculo a la libre interrupción del embarazo y los derechos fundamentales que directa o indirectamente quedarían implicados, por sus posibles vulneraciones (STC 78/2023).

Al menos queríamos dejarlo apuntado, para lo que puedan dar de sí futuras investigaciones al respecto.

IV. A modo de conclusión: es muy cuestionable expresar que estemos ante un derecho fundamental amparado por las Constituciones, si no hay reconocimiento expreso

El análisis desarrollado permite concluir que, desde una perspectiva estrictamente de *lege lata*, la calificación del aborto como derecho fundamental carece

de fundamento constitucional expreso. Ello no constituye una valoración sobre la conveniencia política o moral de su reconocimiento, sino una afirmación sobre los límites estructurales del sistema constitucional. Por tanto, lo que se quiere reivindicar con este análisis es que, mientras no medie una modificación del texto constitucional, el reconocimiento del aborto como derecho fundamental por vía jurisprudencial supone una atribución que excede el marco constitucional vigente y se apoya, fundamentalmente, en mayorías coyunturales más que en criterios jurídicos de “fundamentalidad”.

Por tanto, consideramos que no es un derecho fundamental, ya que no queda garantizado de modo expreso por parte de las Constituciones de los países que han sido objeto de comparación. Todo ello a pesar de la extensión —a mi entender— ilegítima de la que ha hecho gala el Tribunal Constitucional español. Más ilegítima, incluso, debido al modelo de justicia constitucional y el rol atribuido a los jueces constitucionales en el sistema español frente al estadounidense.

En tal sentido, desde una lógica jurídico-constitucional, la “fundamentalidad” de un derecho no se deriva de su relevancia social ni de su respaldo jurisprudencial mayoritario, sino de su posible anclaje constitucional en términos expresos, de la innegable voluntad del poder constituyente en pro de sustraerlo al juego de las mayorías ordinarias, lo que le otorga una posición jerárquica reforzada frente a coyunturales mayorías legislativas. En ausencia de estos criterios estructurales de “fundamentalidad”, el reconocimiento jurisprudencial de un derecho responde no tanto a lógicas interpretativas, sino más bien a dinámicas “mayoritaristas”, lo que impide atribuirle en el sistema constitucional español la condición de derecho fundamental.

Este razonamiento, sin embargo, no puede trasladarse mecánicamente al contexto estadounidense, donde la discusión sobre la fundamentalidad del aborto se ha desarrollado históricamente sobre presupuestos jurídico-constitucionales distintos. Es un hecho que los derechos fundamentales no se encuentran reconocidos de forma expresa en su Constitución, sino que han sido identificados jurisprudencialmente a partir de cláusulas amplias, donde la categoría de “derecho fundamental” ha operado tradicionalmente como una construcción jurisprudencial propia de un sistema de *common law*, estrechamente vinculada a la doctrina del *stare decisis*, pero también a la posibilidad

de romper con el precedente judicial cuando este se considera erróneo o carente de suficiente anclaje constitucional.

Esta característica explica tanto la atribución histórica de fundamentalidad al aborto en *Roe vs. Wade*, como su posterior negación en *Dobbs vs. Jackson*, sin que ello suponga necesariamente una disfunción del sistema. Por el contrario, desde la lógica interna del constitucionalismo estadounidense, la reversibilidad del reconocimiento jurisprudencial de derechos implícitos constituye un rasgo inherente al modelo, lo que permite comprender por qué la calificación del aborto como derecho fundamental resultaba jurídicamente defendible en dicho contexto, aunque estructuralmente inestable.

El principal problema sobre la legitimidad de *Dobbs vs. Jackson* estriba en la ruptura radical con la doctrina del precedente jurisprudencial (*stare decisis*), que desatiende su obligada justificación para apartarse de la interpretación previamente adoptada, lo que está generando una inestabilidad estructural incompatible con la estabilidad normativa, la previsibilidad, certeza y seguridad jurídicas en relación con la protección del estatus de ciudadanía que determinan los derechos fundamentales. Lo que viene a suponer, en palabras de Collet (2025), que la sentencia *Dobbs vs. Jackson* representa una evasión estructural de la cuestión central, que viene a abrir nuevamente una tormenta política que se torna interminable.

Esta lógica contrasta con la del sistema constitucional español, en el que la ruptura del precedente no desempeña un papel equivalente, y donde la fundamentalidad de los derechos se encuentra estrechamente vinculada con la voluntad expresa del poder constituyente, lo que refuerza la exigencia de una reforma constitucional como condición necesaria para atribuir al aborto tal estatus de ciudadanía.

Simplemente, con el ánimo de cerrar este trabajo —ya que la cuestión nos obligaría a hacer un análisis de *lege ferenda* que, por supuesto, no es el objetivo—, cabría apuntar la necesidad de que el aborto se acabe convirtiendo en un derecho fundamental, como expresan algunos legisladores como el español y la acreditada doctrina que postula como necesidad abordar el asunto desde la perspectiva de género.

Aunque, lógicamente, lejos de proceder a declarar su “fundamentalidad” contra las reglas de competencia y del propio papel de la jurisdicción constitucional, esto debe pasar por una reforma legítima emprendida por el

poder constituyente. Sobre este extremo, podríamos preguntarnos entonces en qué derecho fundamental ha de circunscribirse la libre interrupción del embarazo. Porque, como hemos visto, la lógica del Tribunal Constitucional español sigue siendo la de conectarlo con el artículo 15 de la CE, a modo de excepción, en torno a la no titularidad del mismo respecto del *nasciturus* o vinculando a la integridad física y moral de las mujeres. No obstante, su reconocimiento, de acuerdo con los postulados que surgen desde la ciudadanía íntima y en pro de la plena autonomía de las mujeres, en torno a su libre elección respecto del derecho a decidir ser o no ser madres, nos indica que la vía debe ser la de circunscribir o conectar esta libre interrupción del embarazo con la libertad personal del artículo 17 de la CE.

Esta parece ser la lógica de la reforma constitucional que emprendió hace no mucho tiempo la República francesa, que incluirá en el artículo 34 constitucional que la posibilidad de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo es una *libertad garantizada* por la Constitución. Lo más consecuente con la plena ciudadanía de las mujeres.

V. Referencias

- Alvarado, C. (2014). Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo. *Derecho Público Iberoamericano*, (5), 111-129. <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/41/35>
- Arcipreste Morales, E. (2025). ¿Consenso latinoamericano y margen de apreciación? El aborto en los estados del sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IusGénero América Latina*, 4(1), 79-92. <https://doi.org/10.58238/igal.v4i1.74>
- Barberi, M. (2013). Los derechos humanos como adquisición evolutiva. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 25-40. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.02>
- Campos Rubio, A. (2008). Teoría feminista del derecho. En J. Astola Madariaga (ed.), *Mujeres y derecho, pasado y presente* (pp. 167-226). Consejería de Educación del Gobierno Vasco; Universidad del País Vasco. <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/15563/UVWEB081572.pdf?sequence=1>

- Carbonell Sánchez, M. (2012). Sobre la Constitución viviente. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 347-357. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3580/3274>
- Collet, T. S. (2025). The unsettled (and unsettling) state of abortion law in the United States in 2024. En A. Troncoso Reigada (dir.), *Abortion: A comparative constitutional law perspective* (pp. 165-206). Tirant lo Blanch.
- Galarza Neira, M. T. (2020). Ficciones disidentes reescriben la ley: investigación a través del arte sobre biopolítica, derechos de las mujeres y justicia reproductiva en Ecuador. *Foro. Revista de Derecho*, (33), 173-193. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.33.9>
- Garaicoa Ortiz, X. (2020). Un ordenamiento constitucional federativo para el buen vivir. *Revista Anuario Parlamento y Constitución.*, (21), 207-231. <https://doi.org/10.71206/rapc.55>
- García González, J. A. (1984). Constitución, vida y aborto: su formulación progresiva en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Estudios Políticos*, (38), 242-243. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/16146repne038239.pdf>
- Gargarella, R. (2022). El derecho al aborto según “Dobbs”: Originalismo y mayoritarismo en fallidas dosis. *Revista de Pensamiento Penal*, (429), 1-9. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/El%20derecho%20al%20aborto%20según%20“Dobbs”%20-%20COLUMNA.pdf>
- Gómez, V. M. (2021). ¿Es posible la alianza legal y el federalismo? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 22(44), 155-177. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16162>
- Labadie Jackson, G. (2006). Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-16. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121366>
- Llano Torres, A. (2011). Conocer y creer: A propósito del debate sobre la nueva regulación del aborto. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 297-320. <https://doi.org/10.30827/acfs.v45i0.533>
- López Rodríguez, S. (2015). Relatos que condicionan experiencias: implicaciones de los relatos de las políticas públicas sobre violencia contra las mujeres y aborto en España. *Revista de Estudios Políticos*, (167), 165-191. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/38801>

- López Rodríguez, S. (2017). Políticas públicas y producción de espacios de vulnerabilidad: la construcción de la mujer-madre en el discurso político en España. *Revista Española de Ciencia Política*, (44), 97-120. <https://doi.org/10.21308/recp.44.04>
- Malagón Penen, L. (2006). El reconocimiento del derecho fundamental a abortar: Un camino para evitar la desigualdad. *Revista Derecho del Estado*, (19), 3-22. <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630228001.pdf>
- Martín Guardado, S. (2024). La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España. *Revista de Investigações Constitucionais*, 11(1). <https://doi.org/10.5380/rinc.v11i1.91471>
- Mejía, D. (2022, junio 29). Aborto y federalismo. *The Objective*. <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-06-29/aborto-federalismo/>
- Murphy, W. F. (1965). *Elements of judicial strategy*. The University of Chicago Press.
- Nuevo López, P. (2022). Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la sentencia Dobbs. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 587-607. <https://doi.org/10.18042/cepc/ajc.26.18>
- Ollero Tassara, A. (2023). Un derecho fundamental de hoja caduca: Comentario a la STC 44/2023 de 9 de mayo de 2023. *De Lege Ferenda. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (1), 92-97. <https://doi.org/10.30827/dlf.1.2023.28938>
- Rey Martínez, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia A, B y C vs. Irlanda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho del Estado*, (27), 293-302. <https://hdl.handle.net/20.500.14330/CLA01000388059>
- Rey Martínez, F. (2023a). La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): Conexiones, confusiones y malentendidos. *IgualdadES*, (9), 13-43. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.01>
- Rey Martínez, F. (2023b). Cinco ideas sobre la emergencia y relevancia del derecho antidiscriminatorio. En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Tomo II* (pp. 1115-1128). Centro de Estu-

- dios Políticos y Constitucionales. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-12/a-1163-la-garantia-jurisdiccionalvol-2-accesible.pdf>
- Rodés Mateu, A. (2010). El destape de los derechos fundamentales en Estados Unidos: La compleja orquestación del consenso estatal/federal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10), 77-94.
- Rodríguez Ruiz, B. (2012). Género en el discurso constitucional del aborto. *Revista de Estudios Políticos*, (156), 49-83. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/40033>
- Rodríguez Ruiz, B. (2023). Consensuando el disenso: Autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática. *Teoría y Realidad Constitucional*, (52), 495-519. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39027>
- Roura, S. (2000). La lucha por los derechos fundamentales y el federalismo en los Estados Unidos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 435-448. <http://hdl.handle.net/2183/2095>
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(22), 9-52. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24875redc022017.pdf>
- Serra Cristóbal, R. (2017). El federalismo judicial estadounidense. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 65(1), 301-330. [https://doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp301-330](https://doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp301-330)
- Sieira Mucientes, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): La eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023. *Revista de las Cortes Generales*, (116), 261-314. <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1779>
- Tello Mendoza, J. A. (2023). El caso Dobbs: de la constitución viva a la democracia constitucional viva. *Revista de Derecho Político*, (116), 135-165. <https://doi.org/10.5944/rdp.116.2023.37155>
- Villavicencio Terreros, F. (2012). Protección del derecho a la vida. *Vox Juris*, 24(2), 67-79. <https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/VJ/article/view/53/54>

Cómo citar

IJ-UNAM

Martín Guardado, Sergio, “El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20662. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>

APA

Martín Guardado, S. (2026). El aborto como ¿derecho fundamental? Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia constitucional comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20662. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20662>

Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales¹

Absolute Rights and Balancing. Current Approaches

Francisco M. Mora-Sifuentes

 <https://orcid.org/0000-0002-9881-2730>

Universidad de Guanajuato. México

Correo electrónico: fm.mora@ugto.mx

Recepción: 23 de julio de 2025

Aceptación: 23 de marzo de 2026

Publicación: 9 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>

Resumen: ¿Existen normas inderrotables en nuestros ordenamientos jurídicos? O dicho de otra forma, ¿puede restringirse la dignidad humana en situaciones de extrema necesidad, como en el caso de la bomba de relojería a punto de estallar, o para salvar la vida de un bebé inocente que ha sido secuestrado? Un tema crucial para la teoría contemporánea de los derechos es si existen algunos que tengan el carácter de “absolutos”. El mismo suele plantearse en relación con el reconocimiento de la dignidad humana en constituciones de posguerra, así como la prohibición de la tortura o de la esclavitud que se positivizaron de forma categórica y están contenidas también en diversos tratados internacionales. A partir de la influyente teoría principalista de Robert Alexy, en este escrito se discuten tres posturas en sede teórica con la finalidad de determinar en qué preciso sentido puede predicarse o no tal carácter absoluto de determinados derechos fundamentales o de algunas prohibiciones jurídicas.

Palabras clave: derechos fundamentales; ponderación; absolutos morales; deontologismo, tortura.

Abstract: Are there undefeasible norms within our legal systems? Or, put differently, can human dignity be restricted in situations of extreme necessity, such as the ticking time bomb sce-

¹ Una versión previa se presentó en el marco del Seminario Internacional “Il ritorno della crudeltà. Il diritto come tormento” celebrado en la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, Italia, los días 21 y 22 de junio de 2024. Estoy en deuda con los profesores M. La Torre y Ch. Barnao por su amable invitación. De igual forma, agradezco a los participantes del Seminario: L. Ferrajoli, M. Lalatta, M. Kremnitzer, G. Siqueira, D. Melossi, R. Escobar, C. García Pascual, J. Margulies, L. Coutinho, P. Saitta y T. Pitch. Reconozco, finalmente, las sugerencias de las dos personas dictaminadoras del BMDC que me ayudaron a mejorar este texto. Los errores que subsistan son exclusiva responsabilidad del autor.

nario or in order to save the life of an innocent kidnapped infant? A central issue in contemporary theories of rights is whether there exist certain rights that possess an “absolute” character. This question often arises in connection with the post-war constitutional moments, with the legal recognition of human dignity, as well as the categorical prohibition of torture or slavery —prohibitions that have been positivized in a peremptory manner in some western constitutions and are also contained in various international treaties—. Drawing on Robert Alexy’s influential principle-based theory, this paper discusses three theoretical positions with the aim of clarifying the precise sense in which the absolute nature of certain constitutional rights or legal prohibitions can —or cannot— be asserted.

Keywords: constitutional rights; balancing; moral absolutes; deontologism; torture.

I. Introducción

¿Existen normas inderrotables en nuestros ordenamientos jurídicos? O dicho de otra forma, ¿puede restringirse la dignidad humana en situaciones de extrema necesidad, como en el caso de la bomba de relojería a punto de estallar o para salvar la vida de un bebé inocente que ha sido secuestrado? Un tema crucial para la teoría contemporánea de los derechos es si existen algunos que tengan el carácter de “absolutos”. El mismo suele plantearse en relación con el reconocimiento de la dignidad humana, el inherente valor moral de las personas,² en constituciones de posguerra, así como la prohibición de la tortura o de la esclavitud que se positivizaron de forma categórica y están contenidas también en diversos tratados internacionales. A pesar de que nuestra intuición podría dictarnos que la dignidad humana es intangible —“*untastbar*” como reza la *Grundgesetz* alemana de 1949—, lo cierto, y paradójico a la vez, es que hoy en día suele afirmarse más bien lo contrario. Se dice que los derechos fundamentales nunca son absolutos pues su método de aplicación es la ponderación y, sobre todo, porque pueden ceder ante la puesta en práctica de bienes o intereses colectivos.

² Por dignidad puede entenderse en este trabajo, de forma genérica, la formulación del imperativo categórico kantiano como prohibición de instrumentalización que reza: “la humanidad misma es dignidad: *porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre* (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas”. Véase Kant (1989, p. 335).

En este trabajo me gustaría analizar tres alternativas disponibles en sede teórica sobre el carácter absoluto o no de determinados derechos o prohibiciones jurídicas a fin de determinar sus similitudes y diferencias. Así, en primer lugar, desarrollaré lo que denomino la “visión estándar” de los derechos desde la influyente doctrina de Robert Alexy. Luego, me detendré en una crítica formulada al principialismo y su escuela por defender una concepción relativa de la dignidad humana. Frente a ella, se ha buscado construir el carácter inderogable de ciertas prohibiciones jurídicas, *u. gr.* de la tortura, al tener como base algunas discusiones en el plano de la filosofía moral. Tal es el caso de Juan Antonio García Amado. Por último, me ocuparé de la alternativa desarrollada por Juan Carlos Bayón, quien pretende construir la absolutez de ciertas disposiciones jurídicas desde su convencionalismo, y pasar revista a algunos inconvenientes de las propuestas de aquellos otros dos autores. Para concluir realizo una breve discusión sobre los méritos relativos de cada una de las tres propuestas. Pero antes de proceder, conviene explicitar el porqué de la selección de cada uno de esos autores y hacer una aclaración previa.

Decidí elegir el trabajo de Alexy porque representa, en mi opinión, la teoría dominante sobre la adjudicación constitucional y su “principialismo” tiene uno de sus flancos más cuestionables en este preciso punto. La elección de García Amado obedece a su postura crítica manifiesta a la teoría alexiana, al establecer lo que sería, considero, una “visión intuitiva” a propósito del tema (*i. e.*, el carácter de “regla imponderable” de la dignidad). Decidí abordar la sofisticada reconstrucción del profesor Bayón toda vez que su análisis ilumina la discusión. Además nos ofrece, desde su convencionalismo, una alternativa frente a las anteriores propuestas. Las tres, estimo, son representativas de la manera de tratar la problemática en cuestión. Debido a la extensión, dejo de lado otros abordajes iusfilosóficos que circulan en nuestra órbita cultural, tales como el “garantismo” de Luigi Ferrajoli o el así denominado “especificacionismo” de José Juan Moreso.

Como resultará evidente del título que he seleccionado, y como aclaración previa final, en el presente trabajo no me ocupó de la tortura³ como

³ Para los efectos de este trabajo, entiendo, de forma genérica, que la tortura consiste en infligir deliberadamente un grave dolor físico (o psicológico) a una persona a fin de obtener

tema central. El lector no va a encontrar en estas páginas un recorrido histórico sobre la figura y sus relaciones con el derecho —*v. gr.* desde el punto de vista procesal—, tampoco una fina digresión filosófica sobre el papel que las doctrinas utilitaristas o deontológicas, en el plano de la ética normativa, podrían suponer para su aceptación o rechazo.⁴ Lo que aquí mencionaré sobre la tortura o la dignidad humana será solo “incidental”, por así decirlo.

Señalado esto, también conviene enfatizar que ninguna de las propuestas que analizaré es partidaria o está a favor de la práctica del tormento. Mucho menos defienden el retorno de la crueldad al interior de la ciudadela del derecho. Nadie aboga por la legalización de la *quaestio* en nuestros Estados constitucionales. Sus planteamientos no buscan que la tortura se reglamente o que se reconozca excepción posible a la misma en sede jurídica. Por ello, mi finalidad en este trabajo es mucho más modesta: mostrar en qué preciso sentido algunos autores defienden el carácter “absoluto” de determinados derechos o de determinadas prohibiciones jurídicas.

II. La visión estándar

Robert Alexy encuadra nuestro tema en lo que denomina concepciones relativas y absolutas de la dignidad humana. Como avancé, parte de la consideración de si —y, en caso afirmativo, por qué— la garantía de la dignidad humana, reconocida en el artículo 1.2. de la Ley Fundamental de Bonn, goza de prioridad incondicionada frente a otros derechos o bienes iusfundamentales potencialmente en conflicto. Dicho de otra manera, ¿hay casos en los que se puedan afirmar restricciones justificadas a la dignidad humana? Si la respuesta es positiva se adopta una concepción relativa. Si la respuesta es negativa se adopta una concepción absoluta de la dignidad humana y, con ella, se excluye la idea de ponderación. Como resultará obvio, Alexy (2014) sostiene

algo de ella, *i. e.*, una confesión o una determinada declaración (véase RAE). Para las complejidades que involucra definir la tortura, puede verse Miller (2024).

⁴ El lector interesado en un trabajo erudito sobre la tortura, en el que se aborde desde la perspectiva histórica, la filosofía moral, los derechos humanos o las implicaciones que tiene para el concepto y naturaleza del derecho, con una fuerte impronta humanista y deontológica, puede acudir al trabajo de La Torre (2022).

ne la concepción relativa, pero afirma “que existen algunos rasgos de la dignidad que la orientan en la dirección del carácter absoluto” (p. 13).

Tal orientación no quiere decir, sin embargo, que la dignidad humana posea una naturaleza absoluta como intuitivamente podría pensarse y es este el punto crítico que tiene que afrontar. Para hacerlo, Alexy va a estructurar su argumentación en tres pasos: primero, en relación con su teoría de los principios; segundo, en relación con su construcción del concepto de dignidad humana; por último, debe hacerse cargo de las críticas a la “devaluación de la dignidad” a la que abocaría su esquema. Aquí basta con referirme al primero y al tercer punto para los fines de este trabajo.

El tratamiento *alexiano* parte de su teoría de los principios que defiende una distinción lógica entre reglas y principios (Alexy, 2007, p. 163). Para él, toda norma es una regla o un principio. Ambas establecen lo que es debido (Alexy, 2007, p. 114). Mientras que las reglas son mandatos definitivos (Alexy, 2007, pp. 68-70), los principios, en cambio, son normas que “nos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Son mandatos de optimización.⁵ Esta es la influyente definición que Alexy brinda de los principios, toda vez que “pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos” (Alexy, 2007, pp. 67-68). Los conflictos entre principios deben resolverse mediante una “ponderación” de los intereses contrapuestos.

Ello significa que a través de dicha ponderación se establecerá cuál de los intereses que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto (Alexy, 2007, p. 72). La solución de la colisión consiste en que, al tener en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de “precedencia condicionada”, lo que supone que, a la vista del caso, se indican las condiciones en las que un principio precede al otro.

⁵ La definición de los principios como ‘mandatos de optimización’ no es específica, ni siquiera para los propios seguidores del principialismo —algunos de ellos, discípulos directos de Alexy—. Sin embargo, sigue vigente gracias a su gran “plausibilidad intuitiva”. Véase Sieckmann (2011, p. 28). De manera más reciente, también del propio Sieckmann (2023, pp. 321-346).

En otras circunstancias específicas, la pregunta de cuál de los principios debe preceder puede solucionarse inversamente (Alexy, 2007, p. 73).

La idea de precedencia condicionada es de suma trascendencia para la colisión entre principios y, con ella, para la propia teoría, pues excluye otra más radical (o de tipo “incondicionada”). Con ello se abre la posibilidad de acudir a la “metáfora del peso” en la solución de los conflictos entre derechos. Puede formularse de la siguiente manera: “Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Alexy, 2007, p. 75).

Según Alexy, que un principio valga para un caso no significa que lo que exige ese principio para este caso concreto tenga validez como resultado definitivo. La relación de precedencia condicionada debe hacerse con base en los cuatro elementos que forman la estructura de la ponderación: *a)* la ley de la ponderación; *b)* la fórmula del peso; *c)* la ley de la colisión y *d)* las cargas de argumentación. La ley de ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro”, puede dividirse en tres pasos: en el primero, es preciso definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio contrario; en el último, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2002, pp. 32 y ss.). El grado de afectación de los otros principios se determina con base en tres variables. En primer lugar, mediante el uso de una escala de tres intensidades: “leve”, “medio” o “intenso”. Bastan aquí esas cuestiones básicas de la teoría de los principios. Volvamos a nuestro tema.

Para tener una idea más ajustada de la postura de Alexy sobre el particular, es de especial interés incidir en el peso abstracto de la dignidad humana, así como en la denominada segunda ley de la ponderación que versa *también* sobre variables empíricas. En efecto, el peso abstracto de los principios relevantes se funda en el reconocimiento de que, en ocasiones, uno de los principios en conflicto puede tener mayor peso en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en una sociedad determinada. Tal es el caso paradigmático de la dignidad humana, al tratarse de un principio al que, por lo general, solemos reconocer un mayor peso o impor-

tancia.⁶ De este rasgo se extrae, para Alexy, “cierta tendencia hacia su carácter absoluto”. Ello implica que la dignidad sólo podría verse limitada en una ponderación cuando se coloca la dignidad del otro lado. Esto es, como principio en colisión: “si se asume que la dignidad humana es el principio supremo del Derecho, su peso abstracto es neutralizado solamente en colisiones en que la dignidad humana se sitúa a ambos lados” (Alexy, 2014, p. 15).

A su vez, hay que traer a escena la variable de la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyectada sobre los principios relevantes. Esto va a ser crucial. La existencia de esta variable surge una vez que caemos en la cuenta de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, a partir de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio (Bernal Pulido, 2006). Esto da lugar a lo que Alexy denominó “segunda ley de la ponderación”, que incorpora premisas tanto de tipo empírico como normativo: “Cuanto más pese la afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes” (pp. 62 y ss.).

Con ese añadido, Alexy postuló la “ecuación de la certeza” que da lugar a una versión más sofisticada de la famosa fórmula del peso. Dejando de lado los aspectos técnicos de la misma,⁷ hay que incidir aquí en el papel que las

⁶ La idea de asignar un peso abstracto mayor a la dignidad humana no es infrecuente al interior de la segunda escuela de Kiel. En tal sentido, Klatt y Meister afirman que, en efecto, “podría asignarse a la dignidad humana o al derecho a la vida un peso abstracto mayor que a la propiedad o el derecho general a la libertad”. Sin embargo, lo anterior no supone una concepción absoluta de la dignidad. De nuevo en sus palabras: “La asignación de un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales no determina el resultado de la ponderación. Es verdad que mediante la atribución de mayor peso abstracto los derechos fundamentales obtienen una especie de ventaja en la ponderación frente a otros principios constitucionales que no son de esta índole, pero su esbozada primacía existe sólo *prima facie*, no definitivamente”. Véase Klatt (2017, pp. 16-17).

⁷ Todo lo anterior tiene que ver, pienso, con la incorporación y los problemas que han planteado para la teoría de Alexy el desarrollo de los principios formales. En efecto, los principios formales implicaron, por un lado, el paso de un *in dubio pro derechos* a un *in dubio pro legislatore* en cuanto a las cargas de la argumentación para su *Theorie der Grundrechte*. A su vez, implicaron la formulación de una “segunda ley de la ponderación” o de una “ley epistémica de la ponderación”, según la cual, “cuanto más intensa sea una intervención de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” y que, como ya dije, juega un papel central para dotar de esa tendencia hacia el absoluto

consideraciones de tipo epistémico o empírico juegan en las colisiones extremas o casos trágicos (Alexy, 2014a, p. 25). Ejemplos de este tipo de casos para Alexy son “el derribo de un avión lleno de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas con el propósito de usarlo como arma para matar al mayor número posible de personas”, o bien “la tortura en el escenario de una bomba nuclear a punto de estallar”. Ello es así, sostiene, porque “la cuestión de si la afectación está o no justificada depende esencialmente de la certeza de numerosos presupuestos empíricos”.

Entonces, el profesor de Kiel enfrenta el problema de la garantía de la dignidad humana sobre la base de dos ideas: la primera es el mayor peso abstracto de la dignidad de la que arranca “cierta tendencia al absoluto”; la segunda tiene que ver con el papel que juegan las elevadas incertidumbres epistémicas en los casos mencionados. Al combinar ambas ideas se concluye que la dignidad humana sería un derecho “relativamente absoluto”, porque puede preverse que *casi siempre* resultará ganador en la ponderación, o lo que es lo mismo, que su restricción no está justificada en la inmensa mayoría de los casos.

Después de construir su “concepto puente” de dignidad humana, que conecta elementos tanto empíricos como normativos, Alexy se pregunta si es posible su construcción a través de la noción de principio —*rectius* mandato de optimización—; es decir, si la dignidad es algo que “pueda realizarse en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Y la respuesta es afirmativa, en su opinión. Esta última aseveración le llevó a revisar su tesis de que puede adscribirse tanto una regla como un principio a la dignidad humana contenida en el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn. Así, dado el “teorema de la dominancia”, Alexy terminó por reconocer que la construcción de la noción de dignidad humana,

de la dignidad humana dentro de su concepción relativa. Además, la fórmula del peso (*Die Gewichtsformel*) también ha sido modificada para dar cabida al problema que los principios formales tratan de resolver; esto es, dejar márgenes de acción discrecionales al legislador democrático. Tal fórmula es cada vez más compleja o adicionada, al ser la “fórmula del peso completa refinada” la última aceptada entre algunos partidarios de dicha teoría —lo que significa que en el argot alexiano no puede hablarse de “la” fórmula del peso sino de “las” fórmulas del peso, en plural—. Con ella Alexy introdujo un nuevo modelo de “optimización epistémica de segundo orden” para los principios formales. Véase Alexy (2014b). Me he ocupado brevemente de algunos de esos aspectos en Mora-Sifuentes (2024, pp. 125-156).

en tanto regla, resulta vacía. Hecho tal ajuste a sus planteamientos anteriores, con todo, la construcción de principio, al ser la correcta para el profesor de Kiel, se enfrenta a varias objeciones. Entre ellas destaca aquella que afirma que su construcción relativa termina por devaluar la norma de dignidad humana, al sustraerle su carácter de garantía y degradarla a un mero elemento del juicio de ponderación. ¿Pero es realmente así?

En primer lugar, para Robert Alexy, la supuesta degradación de la dignidad humana no se produce debido a que existen innumerables casos en los cuales cabe determinar que la misma ha sido vulnerada desde el punto de vista normativo dado su elevado peso abstracto. La ponderación, por tanto, no va a ocupar un lugar central para la dignidad humana como en el caso de otros derechos, *v. gr.*, la libertad de expresión o el derecho al honor. Más bien, la noción de dignidad en tanto mandato de optimización entrará a escena únicamente en casos límite o trágicos.

En segundo lugar, la dignidad humana para Alexy tampoco se devalúa, como insisten los críticos, debido a que en su construcción tiene un papel básico la llamada “fórmula del objeto”. Según esta última, se imposibilita “que la calidad de sujeto del afectado [...] sea fundamentalmente puesta en cuestión”. Pero determinar cuándo alguien es convertido “en mero objeto”, en condiciones concretas o específicas es, asimismo, una cuestión que habrá que ponderarse. Con todo, para el autor esa fórmula implica que un número importante de casos sean resueltos por medio de subsunción, lo que, para él, contribuye de nueva cuenta a la estabilidad de la garantía de la dignidad humana. En tercer lugar, por lo que se refiere al peso abstracto y la certeza epistémica, entiende que esta última está casi siempre del lado de la dignidad humana.⁸ Ello es claramente así en aquellos supuestos trágicos tales como

los casos de tortura o el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar o del derribo de un aeroplano secuestrado por terroristas que planean utilizarlo como un arma para matar al mayor número de personas posible, los valores de certe-

⁸ Las implicaciones que tiene la certeza de las premisas empíricas relevantes, para la construcción relativa de la dignidad humana, han sido desarrolladas con mayor detalle por Borowski (2021, pp. 297-339).

za tanto empírica como normativa del lado de la dignidad humana son inusualmente altos. (Alexy, 2014a, pp. 24-25)

De tal forma que

en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en [1] una de entre 81 [ochenta y una] constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. (Alexy, 2014a, p. 25)

El catedrático emérito de Kiel estima que es muy difícil que pueda generarse una degradación de la dignidad humana en su teoría si se tienen presentes esos tres argumentos. En última instancia, y este es su cuarto argumento, preferir la concepción relativa de la dignidad humana que la conecta con la ponderación en la aplicación del derecho, obedece a una exigencia de racionalidad. En su opinión, ninguna otra alternativa (*i. e.*, los cánones tradicionales de interpretación) ofrece un esquema de aplicación más racional posible que la ponderación y, por tanto, para la garantía de la dignidad humana. Su último punto consiste, pues, en afirmar que la ponderación es una forma de argumentación jurídica racional. Frente al “intuicionismo de la dignidad humana” que lleva implícita una confesión de irracionalidad, la argumentación es una expresión de racionalidad y ello demostraría “por qué la construcción relativa puede ser considerada correcta” (Alexy, 2014a, p. 27).

III. Una crítica a la visión estándar

La visión estándar abanderada por el principialismo, que plantea una construcción relativa de la dignidad, ha sido duramente criticada. Una de las principales objeciones a las que se enfrenta es que no logra hacer espacio a una idea muy arraigada: que existen normas que no pueden ni deben ponderarse. Pero las cosas no son exactamente así, incluso en el caso de la dignidad huma-

na.⁹ Además, la teoría de Alexy tendría la siguiente implicación para algunos de sus críticos: si todas las normas iusfundamentales son mandatos de optimización y éstos pueden balancearse con otras normas constitucionales o infraconstitucionales, entonces cualquier norma podría ser derrotada sobre la base de una argumentación moral sustantiva. Se trata de una pesadilla más, al actualizar la imagen que del derecho nos ofrecía el realismo jurídico; la pesadilla “del mundo sin reglas” a la que nos abocaría el principialismo, vía el efecto irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico.¹⁰ ¿Cómo sortear ese peligro, supuesto o real?

Un intento pasa por tener a los derechos fundamentales como reglas estrictas y evitar con ello el denominado conflictivismo entre derechos. Desde aquí se predica el carácter absoluto de algunas prohibiciones, en especial, las recogidas de manera categórica en algunos textos constitucionales. Ejemplificativa de esta posición es la de Juan Antonio García Amado, catedrático en la Universidad de León, España. A diferencia del planteamiento de Alexy, quien lo formula desde su teoría de los derechos fundamentales y, por tanto, desde la teoría del derecho, el profesor español, en cambio, sigue literatura de filosofía moral anglosajona al ubicar parte importante de su argumentación aquí. Por lo que respecta a la teoría jurídica, se apoya en discusiones

⁹ Después de señalar que “es de mala nota no sólo discrepar del carácter absoluto del principio de inviolabilidad de la dignidad humana contenido en la Constitución”, lo que lo convierte en un tabú (p. 104), Alfonso García Figueroa afirmó: “a quienes interpretan la ausencia de excepciones efectivas (al principio de dignidad humana, por ejemplo) [...] invalida el carácter principal de una norma, habría que insistir en recordarles que en realidad nos hallamos ante una propiedad disposicional y no categórica de las normas y que conviene que no lo olvidemos especialmente si permanecemos atentos a la advertencia de los particularistas, que insisten sobre la imprevisibilidad de las concretas constelaciones de razones que pueden llegar a concluir en un caso particular” (García Figueroa. 2009, pp. 138-139).

¹⁰ Al preguntarse si el artículo 9.1. de la Constitución Española (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) sería para Alexy una regla o un principio, afirma García Amado expresamente: “en el sentido de la distinción que Alexy traza, viene a dar igual, pues *tanto las reglas como los principios son normas derrotables por los principios a través de la ponderación*. Pero ¿podemos admitir que es jurídicamente derrotable la norma constitucional que proclama la superior jerarquía normativa de la Constitución? O de cómo las incongruencias de la teoría jurídica conducen en la práctica a aporías sin cuento”. Véase García Amado (2024, p. 40) (énfasis añadido). Defendió una idea próxima (*i. e.*, la derrotabilidad de todas las normas o la inexistencia de reglas en el Estado constitucional vía el efecto de irradiación), el propio García Figueroa (2009, p. 145).

en el ámbito del derecho penal. Así, lo primero que hay que considerar es el distinto plano en el que ambas propuestas se desenvuelven.

La estrategia de García Amado —como buen defensor de las tesis clásicas del positivismo jurídico— pasa por fragmentar o, mejor, intentar diferenciar nítidamente entre dos ámbitos normativos y sus respectivos juicios: el moral y el jurídico. Ubica su discusión en el plano de la teoría moral y, desde ahí, saca algunas conclusiones para la teoría del derecho. Así, el meollo del asunto para él es el siguiente. La pregunta de si la tortura puede estar justificada moralmente en algunos casos excepcionales debe responderse de manera afirmativa. Sin embargo, la prohibición absoluta de la tortura tiene que defenderse a ultranza en sede jurídica por otro tipo de consideraciones.

En efecto, para García Amado cerrarse de forma dogmática a que la tortura pueda estar justificada moralmente en algunos casos obedecería a un “deontologismo ciego” o, en el peor de los casos, a cierto “atavismo religioso”, reacio a brindar razones intersubjetivamente válidas. Estima, por el contrario, que un razonamiento moral sosegado (no degenerado o viciado en sus condiciones), daría lugar a concluir “que no es racionalmente descartable que la tortura pueda estar en algún caso moralmente permitida” (García Amado, 2016, p. 15). Su objeto de crítica —nos dice— son aquellos que se niegan a plantearse la cuestión, al afirmar, por ejemplo, que no existe excepción moral disponible para quien se vea en la “necesidad extrema” de torturar, por así decirlo. De tal forma que su argumento se dirige específicamente contra el absolutista moral, que defiende que la tortura nunca estaría permitida.

Para ello procede en varios pasos. En el primero, incursiona en la discusión de si existen absolutos morales, desde qué presupuestos suele defenderse esto último y, sobre todo, si tales esfuerzos resultan exitosos. Luego, hace un repaso sobre algunas perplejidades que la tortura plantea; sobre todo, en lo referente a la legítima defensa o los supuestos de “inhumanidad” del delinciente. Después, nos ilustra sobre algunas consecuencias penales para el torturador cuando la acción esté moralmente justificada, al descender ya al plano del derecho.

El punto nuclear de la prohibición incondicionada de la tortura en sede de ética normativa tiene que ver con la existencia o no de “absolutos morales”. García Amado cita como defensor de tal punto de vista a John Finnis, autor católico-tomista, reconocido como el teórico más importante del de-

recho natural en el ámbito anglosajón y que ha escrito en específico sobre los absolutos morales.¹¹ Ahora bien, ¿qué podemos entender por un absoluto moral? En palabras del catedrático de León:

Decimos que la prohibición moral de X es absoluta o que hay un absoluto moral que prohíbe hacer X cuando el hacer libremente X (pudiendo optar por no hacer X) se considera moralmente reprochable, moralmente malo, en todo caso y bajo cualesquiera circunstancias posibles. En palabras de Judith Jarvis Thomson, “los absolutistas mantienen que ciertos actos (por ejemplo, la agresión a un inocente, el romper una promesa, el robar, el mentir) son siempre inmorales [*wrongs*], incluso cuando sirven para evitar los más extremos desastres. (García Amado, 2016, p. 19)

Lo característico de ese modo absolutista de entender los principios morales es que no permite dar entrada a consideraciones de naturaleza consecuencialista en ninguna circunstancia. Tal es el caso del tratamiento de la tortura cuando se afirma que no hay excepción moral al alcance del torturador, aun cuando su acción “haya sido para salvar la vida de un hijo suyo o para salvar la vida de cien mil conciudadanos, como es el caso típico de la bomba de relojería” (García Amado, 2016, p. 19). Inclusive, para el absolutista moral no puede ni debe haber espacio para debatir la posible justificación de la tortura, por más que algunos apelen a una racionalidad de tipo instrumental para ese fin.

En el artículo de García Amado es perceptible la influencia de Jeff MacMahan, quien planteó el problema en esos términos: critica la existencia

¹¹ Véase Finnis (1991). Es muy elocuente que este libro sea recomendado por la propia editorial católica que lo editó como un recurso muy valioso tanto para los críticos como para los defensores de la “teología moral tradicional”. Debe apuntarse también que ninguno de los dos autores asociados al principialismo, como R. Dworkin o R. Alexy, defienden el absolutismo moral. Según el propio John Finnis, Ronald Dworkin rechaza la existencia de absolutos morales y asumiría —junto a H. Arendt, J. Rawls, Th. Nagel, E. Voegelin o L. Strauss— lo que denomina el principio de Caifás: “es mejor que un hombre —o unos pocos hombres— mueran injustamente a que perezca todo el pueblo”. Véase Finnis (1993, p. 12). En el caso de Alexy, ello es patente dado que su “proporcionalismo” no es compatible con la existencia de absolutos morales. Sobre la discusión entre J. Finnis y R. Alexy, con referencias a esta cuestión, puede verse Alexy (2024, pp. 32 y ss.).

de absolutos morales y defiende, no obstante, la idea de que en sede jurídica la tortura esté prohibida de manera categórica (MacMahan, 2008, p. 111). Para MacMahan es sorprendente que la mayoría de las personas partidarias del absolutismo moral contra la tortura rechace ese mismo absolutismo en otras áreas de la moralidad. Eso sucede en el caso del asesinato, por ejemplo, donde no suele defenderse una prohibición absoluta para el mismo. En efecto, cuando entra en juego la justicia en la distribución del daño, parecemos dispuestos a aceptar que alguien que está a punto de matar a un niño inocente y la única forma de evitarlo es privando de la vida a ese alguien que es el agresor, ello estaría permitido como cuestión de justicia (MacMahan, 2008, p. 114). Estima MacMahan que en casos extremos como el *ticking bomb scenario* difícilmente podría no considerarse justificada la tortura, tras cuidar una serie de elementos que tienen que ver con la certeza epistémica de la amenaza.

De hecho, este es el ejemplo favorito entre quienes se plantean el problema de la legitimidad de la tortura, al buscar poner “contra las cuerdas” nuestras intuiciones, para mostrar que el absolutismo moral es implausible como postura ética. Y en el caso de la bomba de relojería, la tortura al terrorista también podría justificarse para MacMahan como cuestión de justicia preventiva: la conducta del terrorista, previa al tormento, es inmoral y, por tanto, él es moralmente responsable (*liable*) por colocarnos en una situación dilemática en la que resulta inevitable optar entre salvar la vida de millones de personas o que él, en tanto agresor ilegítimo, sea sometido a medidas coercitivas (MacMahan, 2008, p. 118). En definitiva, para este autor habría razones para tener como moralmente permitida la tortura de terroristas cuando son responsables con base en una justificación que apele tanto a la autodefensa como a la defensa de terceros y que ello sería así en casos extremos tales como el escenario de la bomba de relojería, y asegurarnos siempre la certeza de las condiciones epistémicas.¹²

¹² Frente a Juratowich y quienes plantean la existencia de absolutos morales, MacMahan piensa que su posición no sólo es superior en sede teórica, sino que también lo es desde el punto de vista intuitivo o del ciudadano común. Es decir, su postura “es simple sin ser ingenua, y su simplicidad la hace accesible y la libera de la retórica para su impacto. De hecho, creo que será más convincente que la postura absolutista para la gente común, cuyo pensamiento tiende a ser más receptivo a las consideraciones pragmáticas que a las doctrinas morales

Tras haber dicho lo anterior, MacMahan afirma que existen razones poderosas para sostener la *prohibición jurídica absoluta* de la tortura, tanto en el derecho nacional como en el internacional.¹³ Sostiene que las discusiones que se dan en el plano de la teoría moral sobre la justificación del tormento se realizan en escenarios muy estilizados y que difícilmente pueden trasladarse a la vida cotidiana. Inclusive, afirma que no habría implicación práctica alguna de lo que pueda argüirse en sede teórica. La tortura, dice, “es menos importante como cuestión de moral individual o personal que como cuestión de moralidad institucional, esto es, de los principios morales que rigen el diseño y el funcionamiento de las instituciones sociales”.

Así, quienes tengan que enfrentarse seriamente al asunto, tendrán que remitirse indefectiblemente al derecho positivo para encontrar alguna guía práctica. Y el derecho no reconoce, ni debe reconocer, excepción alguna a la tortura según MacMahan. Ello tendría que ser de esa manera, incluso si pudiésemos plantearnos una regulación detallada de la tortura, una que intente eliminar sus posibles riesgos o abusos, pues al hacerlo se corre el riesgo de caer en una suerte de “pendiente resbaladiza”.¹⁴ Esto es, aun y cuando se busque “capturar las complejas condiciones de la justificación moral, [su eventual legalización] será explotada por aquellos cuyos objetivos son injustos y abusada o interpretada con excesiva generosidad incluso por aquellos cuyos objetivos son justos” (MacMahan, 2008, p. 125).

En definitiva, para Jeff MacMahan, la prohibición absoluta en el derecho se justifica porque

elevadas, que podrían considerar más adecuadas para guiar la conducta de los santos que para determinar las políticas de los Estados” (MacMahan, 2008, p. 127).

¹³ Dice Jeff MacMahan textualmente: “Any legal permission to use torture, however restricted, would make it easier for governments to use torture, and would therefore have terrible effects overall, including more extensive violations of fundamental human rights. *The legal prohibition of torture must therefore be absolute*” (2008, p. 125) (énfasis añadido).

¹⁴ En realidad, como observa Massimo la Torre (2022), y dado que a la tortura le subyace una “inmanente de ausencia de límites” —Klaus Günter *dixit*—, la práctica del tormento nunca puede reglamentarse porque, en sí misma, es la arbitrariedad extrema: “rehúye cualquier prescripción objetiva, ya que se trata de una acción totalmente regida por la racionalidad instrumental. Su eficacia, en efecto, depende del hecho de que se presenta y se da como exceso” (p. 42).

cuando la tortura se ha practicado, ha sido mucho más a menudo injustificada que moralmente justificada. En parte, esto se debe a que la utilizan más a menudo los injustos contra los justos que los justos contra los injustos. Además, las formas que adopta en manos de aquellos cuyos objetivos son injustos tienden a ser las más horribles imaginables. (MacMahan, 2008, p. 125)

Para volver con Juan Antonio García Amado, su argumentación considera, a modo de hipótesis, un escenario cercano que suscita la denominada “tortura de salvación” (*Rettingsoflter*). Entiende que su justificación puede darse a través de la defensa de terceros inocentes. Se trata de una línea argumental conocida y que consiste en tener en cuenta no sólo la dignidad del torturado sino también sus móviles o, incluso, su “inhumanidad manifiesta”. En efecto, traer a escena lo anterior, así como la dignidad de la víctima, o la dignidad de las miles de personas puestas en inminente peligro por el afectado de tortura (*Würde gegen Würde*), nos llevaría a otro balance sobre su posible justificación ética.¹⁵ En palabras del profesor español: “la inhumanidad o indignidad de la tortura no puede, en nuestros razonamientos morales, ser completamente ajena a las diferencias en humanidad o dignidad de los propios torturados (y de los mismos torturadores)” (García Amado, 2016, p. 28). No puede ser lo mismo torturar por placer, torturar a un inocente, que torturar en una situación de extrema necesidad, esto es, cuando se tiene que hacer contra alguien que ha puesto en peligro la vida de un familiar cercano o a miles de personas.

Tal diferencia se aprecia, afirma García Amado, en las implicaciones que tiene el resistirse a la tortura en un caso y en el otro. Es decir, en el caso del inocente, su dignidad crece cuanto más sufre, cuanto más aguanta, para salvar, digamos, la vida de su hijo. En el caso del sádico o del terrorista, por el contrario, cuanto más se resiste para que sus fines innobles se consuman, tanto más demuestra que, en algún sentido, “estaba ya de él ausente un componente básico de humanidad o dignidad”. Y abundando sostiene

Porque si no lo vemos así, debemos admitir que es idéntico a todos los efectos y en toda su extensión el valor moral o dignidad de quien se sacrifica por un fin que cualquier sujeto razonable no puede dejar de considerar elevado y mo-

¹⁵ Para un análisis crítico de tales estrategias, puede verse Greco (2007, pp. 8 y ss.).

ralmente loable, y el valor moral o dignidad de quien está dispuesto a asumir hasta los más atroces padecimientos para cobrarse la vida de inocentes o ciudadanos sin culpa [de] un régimen político que detesta. Mientras que [el inocente], en cierto sentido, se humaniza a medida que aguanta la inhumana tortura, [el terrorista] se degrada también por sí mismo durante ese proceso. (García Amado, 2016, p. 29)

Quiero señalar de nuevo que García Amado se distancia de quienes sí abogan por la legalización de la tortura, esto es, se desmarca de aquellos que defienden su traslado al ordenamiento jurídico.¹⁶ De igual forma, en su trabajo busca eliminar de nuestro razonamiento moral sesgos, pasiones o degeneraciones. Discute a profundidad las razones del absolutista moral. Así, luego de haber rechazado al absolutista y sus argumentos y, tras un análisis de los elementos para él en cuestión, el catedrático de León defiende que la tortura estaría justificada moralmente en el caso extremo del *tickling-bomb scenario*, siempre que “se supriman experimentalmente o a modo de hipótesis de trabajo, todas las posibles dificultades epistémicas que fundan, con muchísima razón, gran parte de las críticas habituales de este ejemplo”.¹⁷ ¿Qué implicaciones tendría lo anterior para el derecho, para su prohibición jurídica absoluta?

Si la tortura puede tener alguna justificación moral, entonces sería “apropiado librar a ese concreto sujeto y en ese preciso caso de la pena” (García Amado, 2016, p. 37). Es decir, en sede jurídica habría que exonerar del castigo penal a quien torturó en alguno de el caso trágico por él identificado. Así, García Amado se declara “ferviente partidario de que la prohibición jurídica

¹⁶ Dice Juan Antonio García Amado (2016) en la primera página de su artículo: “[n]o soy partidario de la legalización de la tortura absolutamente en ningún caso. Por consiguiente, en tal punto nada tengo que ver con autores como Dershowitz o Brugger” (p. 15).

¹⁷ Para hacer justicia a la complejidad de su propuesta, quiero citar todo su argumento, que hace referencia a casos especialmente rotundos siempre y cuando reúnan las siguientes características: “a) se tortura para evitar un mal, no para castigarlo o para que pueda ser castigado después de acontecido; b) ese mal lo es porque afecta de modo radical a la vida o la integridad física de una cantidad grande de personas, personas que, además, son totalmente inocentes; c) la amenaza es plenamente cierta y tampoco cabe duda razonable sobre si el torturado es el responsable o corresponsable de esa amenaza y puede revelarnos cómo evitar su consumación”. Véase García Amado (2016, p. 22).

ca de la tortura siga siendo tal y plena” (2016, p. 34), a la vez que defiende que puede haber casos en los que esté moralmente justificada. En ese marco de casos jurídicamente difíciles, pero moralmente fáciles —toda vez que tenemos circunscrita su posible justificación moral—, nuestro autor también se opone a que, en sede jurídica, la cuestión se resuelva con la ponderación “puesto que ese camino conduce a lo mismo, a que sean los poderes establecidos (entre ellos el poder judicial) los que caso a caso determinen si la tortura es jurídica y constitucionalmente lícita o no. Jurídicamente no puede ni debe haber más que el veto”. Entonces para él la cuestión no es de ponderación entre derechos, sino enfrentar el problema que se sigue en materia de responsabilidad jurídica y, sobre todo, del castigo penal. Y casi a renglón seguido añade:

Pero tampoco somos tan ingenuos como para desconocer la milenaria inteligencia y los recovecos de lo jurídico. En esos casos con los que hemos estado trabajando para nuestra reflexión sobre el problema moral de la tortura, nuestros sistemas jurídicos no aliviarían la prohibición de torturar ni el calificativo de antijurídicas para las torturas. Pero seguramente en ellos hallaríamos eximentes para los torturadores de esos casos, no de cualesquiera otros. Eximentes como la legítima defensa o el estado de necesidad, mismamente. (García Amado, 2016, p. 35)

Este es el núcleo de todo su argumento. Sin embargo, y en mi opinión, no se entiende muy bien cómo la tortura queda categóricamente prohibida en el derecho, si determinados actos de tortura pueden quedar amparados por una causa de justificación. Esto último significa que hay torturas que podrían, por tal razón, no ser antijurídicas y, por tanto, que la prohibición jurídica absoluta por la que se aboga no es realmente tal. Con todo, es verdad que García Amado respondería que la prohibición sigue firme puesto que el tema no es de tipicidad de la conducta sino de punición: es factible juzgar y condenar jurídicamente por tortura, pero al final —y este es el punto—, se dejaría la acción sin castigar cuando fue moralmente justificada.¹⁸

¹⁸ De forma similar, Pablo de Lora afirma también que la prohibición absoluta de la tortura no existe desde el punto de vista moral. En consecuencia, para él es posible *ex post* (pero

IV. Otra vuelta de tuerca

La crítica de García Amado y su alternativa presenta también inconvenientes. Su construcción, creo, no termina por dar la consistencia necesaria al carácter absoluto de la prohibición jurídica contra la tortura frente a la visión estándar. Sin embargo, es obvio que esta última basada en la construcción relativa de la dignidad aun plantea problemas para dar cabida a la idea de que pueda existir algún derecho absoluto al interior del juicio de proporcionalidad. Otro flanco abierto es el problema que la legítima defensa o el estado de necesidad plantean en esta discusión. ¿Es posible tener algunos derechos como absolutos tras la consideración de la dimensión institucional del derecho y otro tratamiento de la noción de dignidad humana? Tal fue la ruta ensayada recientemente por Juan Carlos Bayón (2023, pp. 65-86).¹⁹

Para dicho autor, lo primero que hay que tener claro es el plano preciso en el que se postula el carácter absoluto de los derechos. Desde la óptica del liberalismo político, se afirma que el rasgo distintivo de los derechos humanos —en tanto derechos morales— es que están dotados de especial relevancia toda vez que

son expresión de exigencias normativas tan fundamentales que, en caso de conflicto, desplazan sin excepción los requerimientos morales no constitutivos de derechos: prevalecen siempre frente a ellos y no cabe ponderación alguna a resultas de la cual pudieran ser estos los que desplazaran o excepcionaran a los derechos. (Bayón, 2023, p. 69)

nunca *ex ante*, pues ello supondría su “regulación”) plantear excusas por parte de quien torturó cuando estaba moralmente justificado. En un par de escenarios identificados, y sólo en ellos, la conducta sería procesada y juzgada, aunque no castigada, con lo cual “mantenemos el tipo y el arquetipo”, afirmando el autor, de forma parecida a García Amado, que así “estamos dando por buena la naturaleza absoluta de la regla prohibitiva” según la cual “nunca cabe, jurídicamente, torturar” (Lora, 2023, pp. 177-178).

¹⁹ Debo hacer aquí una precisión importante: los argumentos contenidos en este trabajo tienen como objeto de crítica la concepción que Manuel Atienza ha defendido sobre la dignidad humana (*i. e.*, su posible carácter absoluto). Sin embargo, Juan Carlos Bayón dialoga también con Robert Alexy y la “segunda” escuela de Kiel, y considero que, salvo precisiones menores, que el propio Bayón también explicita a lo largo de su escrito, su planteamiento sirve como alternativa a lo que aquí denominé la visión estándar.

Con ello, lo que se busca es llevar al ámbito jurídico el principio rawlsiano de la separabilidad de las personas, su prioridad frente a cualesquiera otros bienes protegidos constitucionalmente de carácter agregativo, ciertamente una tarea muy compleja.

En el caso de Robert Alexy, esto no debería pasar desapercibido, ya que él no distingue entre principios y directrices. Contra Dworkin, los derechos individuales para el alemán no tienen prevalencia lexicográfica frente a las *polícies* o bienes colectivos.²⁰ Juan Carlos Bayón estima que Alexy tiene razón en este punto en concreto, pues bienes agregativos y bienes colectivos no son exactamente lo mismo. También, estaría en lo correcto porque todo aquello que suele identificarse como bienes colectivos son de diversos tipos. Y, sobre todo, llevaría razón porque

algunos bienes colectivos son estados de cosas instrumentalmente necesarios para la garantía de determinados derechos; que en tal caso su aseguramiento puede limitar justificadamente otros derechos (porque entonces el conflicto entre derechos y bienes colectivos será en realidad un conflicto indirecto o mediato entre derechos); y entre los bienes e intereses colectivos constitucionalmente protegidos sólo de aquellos que cumplan dicha condición cabe admitir que sean ponderados con los derechos fundamentales y puedan, eventualmente, justificar su limitación. (Bayón, 2023, nota 10)²¹

El segundo sentido en que se suele decir que los derechos son absolutos se desplaza ya al ámbito específico de los conflictos entre derechos fundamentales. Aquí lo que suele afirmarse es que las “colisiones” o “conflictos” entre derechos que se postulan desde una teoría como la de Alexy, no existen. Hablar, por tanto, de “limitación justificada” de un derecho por otro derecho,

²⁰ Incluso, la idea presentada por Dworkin en “*Hard Cases*” de que los derechos individuales *siempre* prevalecen frente a directrices o bienes colectivos sería para Alexy una tesis “demasiado basta, tanto desde el punto de vista analítico como desde el punto de vista normativo” (Alexy, 2004, p. 186). El tratamiento canónico sobre esta cuestión, se encuentra en Dworkin (2002, pp. 146 y ss.).

²¹ Con base en una idea de Jesús González Amuchástegui. Pienso que esta tesis resulta relevante para la configuración y legitimidad del Estado social de derecho, para sus políticas de corte igualitarista, pero dicho tema excede el objetivo de este trabajo.

su “sacrificio”, denota confusión conceptual. Se trata de la polémica entre teorías internas y teorías externas de los límites a los derechos. Como se sabe, para la primera de las teorías los límites son “internos” porque están configurados y predeterminados desde la Constitución. La idea clave de tal perspectiva no es la de “limitación” sino la de *delimitación conceptual* de su contenido y tal tarea delimitadora consiste en definir el derecho fundamental respectivo (su objeto, contenido, titulares y límites a su ejercicio). De tal manera que, en realidad, los derechos serían “absolutos” una vez que hemos delimitado su contenido preciso y no serían, como suele defender la teoría externa, “limitables” o con validez *prima facie*.²²

La teoría interna también es defendida por García Amado²³ y, contra ella, Bayón opone dos argumentos conocidos. El primero es que la teoría externa tiene la ventaja de que puede admitir sin problemas que algunos pretendidos conflictos entre derechos son meramente aparentes.²⁴ Ello significa que, en ocasiones, no se necesita acudir a la ponderación. El segundo argumento es que dicha teoría es más transparente al reconocer “abiertamente el carácter real, no aparente, de muchos conflictos de derechos y de no enmascarar la naturaleza ponderativa del razonamiento que en tal caso hay que llevar a cabo para su resolución” (Bayón, 2023, p. 72).²⁵

²² Para la teoría externa, cuando se trata de establecer si la Constitución ya no sólo de manera explícita sino también de manera implícita prescribe algo para cierta cosa, a los derechos fundamentales pueden ser adscritas normas y posiciones jurídicas provistas de dos tipos distintos de validez, que se manifiestan, respectivamente, en dos momentos diversos. Las normas y posiciones de derecho fundamental tienen en un primer momento una validez *prima facie* muy amplia. Sólo posteriormente, *después del juicio de proporcionalidad*, el tribunal decidirá si la norma o posición adscrita *prima facie* vale también como una norma o posición definitiva en contra de lo decidido por el legislador, es decir, que la norma de derecho fundamental contraria a la norma legislativa vale como parte del contenido del derecho garantizado efectivamente. Sobre esta cuestión, véase Borowski (2000, pp. 29-56) y Mateos Durán (2019, pp. 277-298).

²³ Por ejemplo, de manera reciente, en García Amado (2025, pp. 9 y ss.).

²⁴ Sin embargo, debe decirse que este tipo de argumento de “colisiones aparentes” es más propio de las teorías internas como la de F. Müller y no tanto de las teorías externas. Agradezco esta observación técnica a Arnulfo D. Mateos Durán.

²⁵ Pablo de Lora (2023) lo dice todavía de manera más gráfica: “Hay una primera manera de salir del laberinto mediante un expediente tramposo como el de mostrar que los derechos y libertades no colisionan una vez que los hemos delimitado de tal forma —los hemos limado, por decirlo así— que sus contornos ya encajan perfecta y armónicamente como las piezas

Hasta aquí, la estrategia de Juan Carlos Bayón se distingue de la crítica a la visión estándar porque, para él, la ponderación es el método apropiado para la limitación de derechos; a su vez, porque encuentra cuestionable la construcción del “carácter absoluto” de la prohibición jurídica de la tortura en García Amado debido a que, como ya avancé, no sería tal (Bayón, 2023, pp. 76-77, nota 26). El principal déficit de la visión estándar radica, para Bayón, en su insistencia por reconducir el valor de la dignidad humana en una concepción puramente proporcionalista o maximizadora de lo bueno o de lo valioso. El principialismo coloca a la dignidad humana al interior del juicio de proporcionalidad y, al hacerlo, suprime la posibilidad de que la dignidad le imponga límites de carácter deontológico.

Si lo anterior es correcto, otras alternativas pueden ensayarse para hacer justicia a la idea de que existen determinadas prohibiciones que son categóricas en los ordenamientos jurídicos. Pues bien, lo que el catedrático de la Autónoma de Madrid propone, sin rechazar la ponderación, es entender que la dignidad humana fundamenta restricciones deontológicas que constituyen límites a la maximización de lo bueno. Además, desde el punto de vista de la dimensión institucional del derecho o desde las razones autoritativas, algo también puede decirse.

La forma en que se ha afirmado el carácter absoluto del derecho subjetivo a no ser torturado —dice Bayón— ha sido fundamentada de distintos modos, no todos, a decir verdad, igualmente convincentes. Pero el tratamiento de Jeff MacMahan le parece una vía prometedora para tal fin, esto es, para construir el anhelado carácter absoluto del derecho subjetivo a no ser torturado, pues dicho filósofo moral defiende que el derecho tiene que prohibir la tortura de manera incondicionada. Ello debe ser así en cualesquiera circunstancias, aun cuando la tortura pueda estar justificada moralmente en supuestos excepcionales. Así, y a diferencia de García Amado, el filósofo oxoniense no termina “permeando” esa posible justificación moral hacia el derecho, por las razones que ya se mencionaron.²⁶ En la interpretación de Bayón (2023):

de un puzle. Es la que se conoce como ‘teoría de los límites inmanentes’ a los derechos fundamentales, una manera, a mi juicio, de hacerse trampas al solitario” (p. 172).

²⁶ Entiéndaseme bien: con esto no estoy diciendo que Juan Antonio García Amado sea partidario de establecer alguna excepción a la práctica de la tortura “positivizándola” en el pro-

La conclusión de MacMahan es que, a la larga, la admisión por parte del Derecho de excepciones a la prohibición de torturar —precisamente en aquellos casos en los que estaría moralmente justificado hacerlo— daría como resultado un número mayor de decisiones moralmente injustificadas que el que traería consigo la prohibición absoluta (que asumiría el coste de prohibir los extraordinariamente infrecuentes casos en los que la tortura podría estar moralmente justificada como forma de conjurar el riesgo, mucho más probable, de acabar justificando un número de casos moralmente injustificables). (p. 76)

Al conceder que tales razones para la prohibición jurídica absoluta de la tortura son correctas, el siguiente movimiento del catedrático de la Autónoma de Madrid consiste en trasladar su argumentación a otro punto: ¿sería posible afirmar en algún supuesto que la autoridad legislativa —*i. e.*, el poder constituyente— ha establecido, por razones de autoridad, una prohibición absoluta o una norma que pueda considerarse inderrottable? Éste, adviértase, es el talón de Aquiles de la teoría estándar. Así, la “vuelta de tuerca” que representa la postura de Juan Carlos Bayón quiere sortear aquí dos extremos indeseables. Por un lado, no acude a la noción de absolutos morales para dotar de sentido a la idea una de norma inderrottable al interior del derecho. Por otro lado, busca evitar la excesiva “flexibilización” que de los derechos y del ordenamiento jurídico provoca el principialismo de Alexy, vía el efecto de irradiación. Para este último objetivo, Bayón traerá a escena otro balance entre la dimensión valorativa y la dimensión institucional del derecho. Son razones de tipo autoritativo, afirma, las que posibilitarían plantearnos la existencia de normas inderrottables en algunos sistemas jurídicos.

pio derecho. Más bien, lo que intento decir es que dicha prohibición absoluta, en realidad, no sería tal por resultarle permeable o trasladable, en última instancia, la eventual *justificación moral* en los casos extremos por él identificados. Esta estrategia, me resulta sorprendente, debo decir, en la propia teoría de García Amado y su marcado positivismo jurídico: en el supuesto de la bomba de relojería, al eliminar las dudas sobre la certeza de las premisas epistémicas, él admite la derrotabilidad de una norma jurídica sobre la base de un argumento moral (*i. e.*, consecuencialista o “antiabsolutista”). Ello se hace más patente, pienso, cuando llega a afirmar la existencia de excepciones “supralegales”, acudiendo para ello a un argumento de autoridad en la postura de Claus Roxin. Véase de nueva cuenta García Amado (2016, pp. 35 y ss.).

En efecto, una adecuada valoración de la dimensión institucional del derecho, así como de la diferencia práctica que marcan en el razonamiento jurídico la existencia de reglas —*rectius* los principios institucionales vinculados a los valores inherentes a seguir reglas— debería tenerse presente al momento de afirmar que puedan existir al interior de nuestros sistemas jurídicos algunas normas inderrotables. No puede descartarse la posibilidad de que se establezca una convención interpretativa entre los operadores jurídicos, por la cual entiendan que ha sido la autoridad normativa quien *ya realizó una ponderación* de los méritos relativos de la necesidad de algún precepto normativo que tenga la pretendida cualidad de no ser derrotable. En palabras de Bayón (2023):

Partiendo de la base de que a toda regla subyace una ponderación, esos límites autoritativos se traducirían también en que los órganos aplicadores han de ponderar lo que la autoridad normativa no haya ponderado, lo que no haya previsto o considerado al sopesar los bienes jurídicos en juego y sin embargo resulta relevante a tenor de los principios del sistema, pero no les está permitido ponderar de nuevo lo que la autoridad ha ponderado ya, apartarse de la regla oponiendo a la ponderación hecha por la autoridad la suya propia. Si la ponderación hecha por el constituyente al dictar una regla ha sido precisamente de aquel complejo o en dos niveles que le ha llevado a considerar que hay razones institucionales que justifican aplicar en todo caso la regla en sus propios términos, aun siendo consciente de que resulta supraincluyente en relación con las razones sustantivas relevantes, el órgano aplicador que la considerase derrotable iría contra la ponderación subyacente a la regla, estaría oponiendo su propia ponderación compleja o en dos niveles a la llevada a cabo por la autoridad normativa. (pp 79-80)

Tal podría ser el caso de la prohibición absoluta de la tortura en el derecho. Por supuesto, esta alternativa plantea el problema de cómo puede determinarse que *esa* fue la precisa “voluntad del constituyente”, es decir, determinar cuándo esa ponderación ha sido llevada a cabo por la autoridad normativa. Ello nos advierte de una dificultad no menor. Porque algunos, en efecto, podrían pensar que para ello tendría que apelarse a la “literalidad de la formulación de la regla” o, en términos más ingenuos, si cabe, ir en busca de “la intención de la autoridad” concebida como los estados mentales

de alguien. Pero no tiene por qué ser así necesariamente. Lo que Juan Carlos Bayón propone para determinar si tal ponderación fue llevada a cabo no es otra que “apelar a razones de coherencia que constituyen el criterio para la identificación de las razones subyacentes de las reglas” (Bayón, 2023, p. 90).

El segundo pilar del planteamiento del catedrático de la Autónoma de Madrid consiste en retomar una crítica formulada por Mattias Kumm al enfoque proporcionalista de Robert Alexy. Como señalé, su problema es que no capta un aspecto central de nuestros derechos y, especialmente, de la dignidad humana; su fuerza para fundamentar restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno (Kumm, 2007, pp. 162 y ss.; Kumm, y Walen, 2014, pp. 67-89). El análisis de proporcionalidad y el juicio de ponderación en particular, encubren para Mattias Kumm algunos rasgos distintivos que son necesarios para determinar cuándo operan límites deontológicos al mismo, toda vez que filtra de manera sistemática relaciones medios-fines desde el punto de vista del agente (Kumm y Walen, 2014, p. 75).

Lo anterior es de relevancia cuando se asocia la idea de dignidad humana con el imperativo categórico de I. Kant en su segunda formulación, esto es, como prohibición de tratar a las personas como “meros medios” o “cosificarlas”. En ello radica el déficit del juicio de proporcionalidad, pues no permite hacer espacio a la idea de que existen determinadas conductas que están prohibidas de manera categórica en ese sentido preciso, ya que, para dicha teoría, no hay nada imponderable *a priori*. En palabras de Bayón (2023):

Instrumentalizar a alguien, tratarle como un mero medio, no constituye sin más un desvalor, un mal que pueda ser ponderado con otros males y eventualmente justificado si se evita un mal mayor, sino que es algo categóricamente prohibido, puesto que la prohibición de instrumentalización constituye precisamente un criterio específico de distribución del mal en situaciones de conflicto en las que sólo es posible salvar los derechos de unos mediante el sacrificio (no consentido) de los derechos de otros. Este es el sentido último de la idea de límites o restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno o de lo valioso. (p. 81)

De igual forma, esas relaciones medios-fines son relevantes para comprender en profundidad los supuestos de legítima defensa, traídos en muchas ocasiones para cuestionar la existencia de algún derecho absoluto (*v. gr.* el de-

recho a la vida) en el ámbito jurídico: ¿por qué el derecho no prohíbe categóricamente privar de la vida a alguien y sí prohíbe *siempre* torturar? Cuando no se instrumentaliza a alguien para fines ajenos no entran en juego restricciones deontológicas y las situaciones en conflicto se resuelven en términos de estricta proporcionalidad, afirma Bayón. Tal es el caso de la legítima defensa, donde si bien se trata al agresor como un mero medio, se hace de forma justificada:

en supuestos de legítima defensa (propia o de terceros) el agresor ilegítimo, que con su conducta precedente quiere convertir arbitrariamente a otro u otros en un mero instrumento de sus fines, ha de soportar ser utilizado como un medio para neutralizar el peligro de cuya creación es responsable, incluso si la acción defensiva necesaria para neutralizar ese peligro causa al agresor un mal mayor que el que pretendía causar y gracias a la acción defensiva se evita. (Bayón, 2023, p. 82)

Llegados a este punto, el problema al que hay que enfrentarse radica en precisar cuándo entran en escena restricciones deontológicas y cuándo no, esto es, si el conflicto entre derechos puede resolverse en términos de proporcionalidad. Pues bien, un punto de partida, aunque no detallado, sostiene Bayón, siguiendo a Kumm, para determinar lo anterior sería:

Cuando el daño que alguien o algunos sufren es un efecto colateral contingente de la actuación con la que el agente evita otros males o daños para otro u otros sujetos, de manera que la acción salvadora no requiere conceptualmente la producción del daño de quienes van a ser dañados (esto es, la acción sería igualmente salvadora —y sin duda permitida, si es que no obligatoria— si nadie fuese a resultar dañado), entonces quien vaya a resultar dañado sólo puede invocar el daño que sufriría como eventual “neutralizador” (*disabler*) del peso de las razones que justificarían irrogárselo (la evitación de otros males o daños para otro u otros sujetos): y si realmente se produce o no esa neutralización (y, en definitiva, cómo debe resolverse el conflicto) se determinaría estrictamente en términos de proporcionalidad.

Por el contrario, cuando la acción salvadora requiere conceptualmente la producción del daño (porque de otro modo no sería salvadora), entonces quien

vaya a resultar dañado y no haya consentido en serlo puede alegar que se le está convirtiendo en “posibilitador” (*enabler*) de la evitación del daño de otros, que se le está usando como un mero medio para ese fin, lo que haría que la acción salvadora resultase categóricamente prohibida con independencia de que, en términos de proporcionalidad, pudiera decirse que el mal que produciría es menor que el que evitaría. (Bayón, 2023, p. 82)

Abordar el problema de esta manera tendría además la virtud de aclarar algunas perplejidades. Por ejemplo, aquella que se deriva de concebir la prohibición de instrumentalizar a las personas no como algo categórico —como la idea de dignidad que exige y defiende Bayón—, sino próximo a una suerte de “umbral móvil”, que podría ceder dependiendo, pongamos por caso, del número de personas implicadas en la pretendida acción salvadora. Ello es crucial, de nuevo, para los variados *ticking-bomb scenarios* o para el supuesto del derribo del avión secuestrado por terroristas donde la suma aditiva de los males irrogados suele plantear el tipo de perplejidad a la que he hecho referencia. Porque la cuestión no es, desde aquí, el número de víctimas que la acción salvadora evitaría *vis-à-vis* la dignidad humana de otra persona que decrece de manera inversa al número “X” de aquellas o, inclusive, desaparecería en algún punto. No. El problema es determinar si entran restricciones deontológicas, algo que puede verse si no perdemos de vista las relaciones medios-fines, no una simple cuestión aritmética.

En definitiva, lo que desde estas premisas se sigue es lo siguiente: “a lo que se tiene un derecho absoluto por razones de dignidad es a no ser instrumentalizado, a no ser tratado como un mero medio”, lo que permitiría sostener, “que tenemos un derecho absoluto a no ser privados de la vida o la integridad física o a no ser torturados cuando se dé la circunstancia de que alguno de esos males se nos causa usándonos como meros medios al servicio de fines ajenos” (Bayón, 2023, p. 83). De tal forma que el único candidato a derecho humano absoluto sería el de no ser sometido a esclavitud.

En efecto, ser esclavizado implica conceptualmente ser usado por otro u otros como un mero medio para fines ajenos. Por el contrario, para Juan Carlos Bayón (2023) no se tendría un derecho absoluto a la integridad física o a no ser privado de la vida, tampoco un derecho absoluto a no ser tor-

turado. Si no entran en juego restricciones deontológicas, dice, “cualquiera de esos derechos puede ser justificadamente limitado” (p. 83).

V. Discusión

Conviene recordar que “teoría estándar” plantea una construcción relativa de la dignidad humana, al colocarla al interior del juicio de proporcionalidad. En la propuesta de Robert Alexy, y parte de su escuela, se busca dotar de cierta “tendencia al absoluto” a su concepción de la dignidad humana en tanto mandato de optimización —esto es, como algo que puede realizarse en la mayor medida posible— a través de cuatro razones básicas. La primera es el peso abstracto de la dignidad humana, un peso, por lo general, con mayor densidad que otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos en los sistemas jurídicos de nuestro contexto cultural. La segunda es la importancia que tiene la certeza de las premisas epistémicas en el tipo de casos trágicos enunciados. La tercera clave es la “fórmula del objeto”, que al prohibir que la condición de sujeto sea puesta fundamentalmente en cuestión, hace que la gran mayoría de los casos en donde la dignidad entra en juego puedan resolverse a través de la subsunción.

Por último, y frente al intuicionismo de la dignidad humana, Alexy defiende la racionalidad de la ponderación —vía su teoría de la argumentación jurídica—, la que, estima, es preferible a cualquier otro canon interpretativo. El profesor emérito de Kiel considera que la dignidad humana colocada al interior del juicio de proporcionalidad no pierde su carácter de garantía, su fuerza o, lo que es lo mismo, que la dignidad no se degrada a mero elemento de la ponderación por las razones que soportan esos cuatro argumentos. Con todo, desde su teoría, es claro que no puede afirmarse la intangibilidad de la dignidad humana, su carácter “*unantastbar*”, tampoco de derecho o bien iusfundamental alguno. Aquí sólo podríamos hablar de derechos y bienes colectivos “ponderables” entre sí, y en tal esquema la dignidad humana goza de una relativa “tendencia al absoluto”.

La crítica de García Amado, por su parte, busca construir el carácter absoluto de determinadas prohibiciones al interior del ordenamiento jurídico frente a la construcción relativa. Rehúye de la ponderación como método

de aplicación normativa, planteando en su lugar una teoría interna de los derechos. Así, su concepción de los derechos en tanto “reglas”, o la consideración de algunas prohibiciones como inderogables, pretende dar consistencia al anhelado carácter inderrotable del derecho. Como tuvimos ocasión de apreciar, para García Amado es crucial distinguir entre juicios morales y juicios jurídicos. Su crítica a la teoría estándar no se comprende en profundidad si no se tiene como trasfondo su marcado positivismo jurídico. Y postulada la separación entre moralidad y derecho, la prohibición absoluta de la tortura se afirma sólo en el ámbito jurídico, mas no en el moral.

La tortura puede estar justificada moralmente en ciertos supuestos excepcionales para García Amado. Quien afirme lo contrario —razona este autor— defendería la existencia de absolutos morales o negaría que, en algunas circunstancias, podamos acudir a razones de naturaleza consecuencialista. Así, desde el punto de vista del derecho no cabe más que el veto categórico para la tortura. Sin embargo, García Amado postula que actos de tortura *moralmente legítima*, pueden quedar amparados por una *causa de justificación legal* en materia penal, al exonerar a *ese* preciso torturador del castigo. Pero eso último significaría que hay torturas que podrían, por esa misma razón, no ser antijurídicas y, por tanto, que la prohibición jurídica absoluta por la que se aboga no llegaría a ser tal en realidad.

Ahora, adviértase que entre la teoría estándar y la crítica de García Amado opera cierta distorsión. Me explico. Tras situar la discusión en el ámbito de los derechos fundamentales y por tanto en el derecho, el principialismo de Alexy, que parte de un discreto “sí”, parece concluir con un marcado “no” sobre la posibilidad de la tortura en sede jurídica, vía restricciones justificadas a la dignidad humana en la ponderación (con los cuatro argumentos esgrimidos contra su degradación y sólo en una de 81 constelaciones posibles). En cambio, el tratamiento de García Amado, que parte de la negación de absolutos morales en sede de ética normativa, postula un rotundo “no” para la legalización de la tortura o su eventual ponderación. Sin embargo, dado que en algunos casos excepcionales la tortura puede estar moralmente justificada, su construcción parece concluir con un firme “sí” (por medio de eximentes de responsabilidad penal para los casos de tortura moralmente legítima). Lo paradójico, pienso también, es que ambas teorías

podrían ser pragmáticamente equivalentes en el punto específico de las premisas empíricas.

En efecto, Alexy afirma que la tendencia al absoluto de la dignidad humana en tanto principio se construye precisamente *porque* las certezas epistémicas juegan casi siempre del lado de la dignidad. Se trata de una generalización predictiva lo que le dota de esa “relativa absolutez” en tanto que puede preverse que la dignidad resultará “vencedora” en la ponderación. Por su parte, García Amado se niega a ponderar, pero la justificación moral excepcionalísima de la tortura está condicionada a que “se supriman” las dificultades epistémicas en el caso por él identificado. En caso contrario, esto es, si no se suprimiesen tales dificultades, entonces la tortura tampoco será legítima desde el punto de vista moral, al no ser trasladable *esa posible* justificación al derecho penal. Así, mientras Alexy incorpora a su esquema las dificultades epistémicas, García Amado, las suprime y genera en sus construcciones —en este punto concreto, insisto— un efecto similar.

Algo distinto ocurriría si hacemos una valoración global de la propuesta de cada autor conforme a sus postulados iusfilosóficos. En efecto, ¿qué respondería uno u otro, si, hipotéticamente, tuviésemos que enfrentar la positivización o legalización de la tortura, su incorporación en algún sistema jurídico, para ciertos supuestos? En tal escenario, la teoría alexiana puede apelar a la fórmula de la injusticia extrema de Radbruch para invalidar la norma en cuestión, toda vez que no sería capaz de superar dicho umbral. Es decir, se tendría la posibilidad de la invalidación del derecho —extremadamente injusto— a través de, o en virtud de, la moralidad.²⁷ En el caso de García Amado, me temo, la positividad de la norma en cuestión acarrearía su fuerza vinculante en tanto derecho vigente. De hecho, así lo ha reconocido expresamente el catedrático de León cuando sostuvo que

si yo vivo en un Estado que permite, conforme a una norma jurídica válida en ese sistema, la tortura de quienes están en la situación S y yo estoy en la situación S, no tengo un derecho jurídico a no ser torturado en ese Estado, pero puedo invocar, en el razonamiento moral, mi derecho moral a no ser torturado,

²⁷ De manera más detallada, puede verse en Borowski (2024, pp. 167-187).

si en el sistema moral de referencia hay razones morales suficientes al respecto. (García Amado, 2019, p. 20)

Por supuesto, ahondar en esta posible respuesta, nos llevaría demasiado lejos, pero quise dejarlo anotado para marcar este preciso contraste.

La “vuelta de tuerca” planteada por Juan Carlos Bayón ofrece otra estrategia para construir el carácter absoluto de determinados derechos fundamentales. Para este autor, la ponderación sí es un método apropiado para la aplicación y restricción de derechos. Sin embargo, no comparte la idea de Alexy de que la noción de dignidad humana se incorpore, sin más, al interior del juicio de ponderación, como mero “mandato a optimizar”. En su lugar, plantea, siguiendo a M. Kumm, que la noción de dignidad, como prohibición de instrumentalización, sea capaz de fundamentar restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno. Bayón construye también el carácter imponderable de la prohibición jurídica de la tortura a través de otra valoración de la dimensión institucional del derecho, así como la diferencia práctica que deben marcar en el razonamiento jurídico los principios institucionales vinculados a los valores inherentes a seguir reglas. Se trata de una cuestión convencional determinar —por razones de coherencia— que la propia autoridad normativa ya ponderó los méritos relativos de tener alguna norma como inderrotable. De tal forma que los aplicadores del derecho, *i. e.*, los jueces, al interior de un determinado sistema jurídico, no deberían ponderar de nueva cuenta lo que ya ha sido ponderado por el constituyente.

En todo caso, lo crucial para Juan Carlos Bayón es determinar en qué supuestos la idea de dignidad humana exige restricciones deontológicas y en qué casos los conflictos entre derechos en juego pueden resolverse en términos de estricta proporcionalidad (como los casos de legítima defensa nos ejemplifican sobre el problema de la distribución del riesgo). Así, y al haber enunciado un par de criterios que podrían funcionar como punto de partida, para Bayón el único derecho absoluto que existe es el derecho subjetivo a no ser esclavizado, o bien un derecho absoluto a no ser privados de la vida o la integridad física o a no ser torturados cuando se dé la circunstancia de que alguno de esos males se nos causa usándonos como meros medios al servicio de fines ajenos. Poco más, pero tampoco menos.

VI. A modo de conclusión

En este trabajo comparé tres perspectivas a propósito de la existencia de derechos absolutos en el ámbito de la teoría del derecho. Dicho problema adquiere relevancia cuando traemos a escena la dignidad humana, al cuestionarnos si resulta posible su restricción, o no, de forma justificada. Resulta de especial interés en casos trágicos como lo son el derribo de un avión lleno de pasajeros que fue secuestrado con el propósito de usarlo como arma para matar al mayor número posible de personas inocentes, o en el supuesto de la tortura para salvar a un bebé secuestrado o, en fin, en el escenario de una bomba nuclear que está a punto de estallar. La idea de dignidad humana, entendida kantianamente como prohibición categórica de instrumentalizar a las personas —su carácter deontológico— se cuestiona severamente en dichos escenarios.

Ahora bien, conviene enfatizar de nueva cuenta que ninguna de las propuestas es partidaria de la práctica de la tortura. Ninguno de estos autores defiende el retorno de la crueldad al interior la ciudadela del derecho. Nadie aboga por la legalización del tormento en nuestros Estados constitucionales, mucho menos plantean que se reglamente o se reconozca excepción posible a la misma en sede jurídica. Pero dicho esto, como pudimos apreciar, y si bien todos los autores ofrecen un marco para reconducir la fuerza e importancia de la idea de dignidad humana, de sus construcciones parece no poder arrancarse su “absolutez-categórica” en el derecho mismo. Tampoco que podamos predicar el carácter inderogable de determinadas prohibiciones jurídicas salvo, eso sí, la de la esclavitud. No quisiera concluir, finalmente, sin llamar la atención de que la complejidad de cada esfuerzo por reconstruir la intangibilidad de la dignidad humana al interior del sistema jurídico está interconectada con la respectiva teorización de cada uno sobre el concepto y la naturaleza del derecho.²⁸

²⁸ Agradezco los comentarios que me formularon Alicia I. Saavedra-Bazaga, Arnulfo D. Mateos Durán, Luis Felipe Guerrero Agripino, Gerardo López-Cuéllar, Alejandra Olguín-Torres y Miguel Ángel Martínez Sandoval. Estoy en deuda también con los profesores Mattias Kumm y Juan Antonio García Amado por haberme facilitado algunos de sus trabajos aquí citados. Presenté las ideas iniciales de este texto en la Casa de la Cultura Jurídica de Querétaro, por invitación de su directora, Julieta de la Torre Herrera, a quien agradezco sus atenciones. De la misma manera, pude desarrollar parte de este escrito durante la estancia de investigación en el Instituto Theodor Mommsen de la Universidad de Huelva (España) en

VII. Referencias

- Alexy, R. (2024). La dimensión ideal del derecho (F. Mora-Sifuentes, Trad.). *Revista Cubana de Derecho*, 100, 11-43. Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, Trad.; 2a. ed.). CEPC.
- Alexy, R. (2014a). Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12(3).
- Alexy, R. (2014b). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad (A. García Figueroa, Trad.). *Parlamento y Constitución*, (16), 9-26.
- Alexy, R. (2004). Derechos individuales y bienes colectivos. En R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (2a.ed.; J. Malem Seña, Trad.; pp. 179-208). Gedisa.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales (C. Bernal Pulido, Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
- Bayón, J. C. (2023). ¿Hay derechos absolutos? Proporcionalidad, autoridad y dignidad. En E. Díaz y F. Laporta (Dirs.), *Leer a Manuel Atienza* (pp. 65-86). CEPC.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.
- Borowski, M. (2024). La invalidación del derecho a través de la moralidad (A. Mateos Durán, Trad.). *Revista Cubana de Derecho*, (100), 167-187.
- Borowski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad (J. A. Portocarrero, Trad.). *Revista Derecho del Estado*, (48), 297-339.
- Borowski, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (59), 29-56.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel.
- Finnis, J. (1993). Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales (C. Massini, Trad.). *Persona y Derecho*, (28), 9-26.
- Finnis, J. (1991). *Moral absolutes. Tradition, revision and truth*. The Catholic University of America Press.

la Semana Santa de 2025. Para la elaboración de este trabajo conté con la ayuda de María Fernanda Lozano Alvarado y Cristian Scott Yebra Santiesteban, becarios de investigación; y de un apoyo económico del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

- García Amado, J. A. (2025). Sobre conflictos entre derechos, ponderaciones y otros mitos del constitucionalismo actual. En J. A. García Amado (Ed.), *¿Realmente existen conflictos entre derechos? Un diálogo con las tesis conflictivistas*. Palestra.
- García Amado, J. A. (2024). Reglas y principios. En R. Ortega y R. Caballero (Coords.), *La interpretación y aplicación judicial de derechos humanos*. Tirant Lo Blanch; Poder Judicial del Estado de México.
- García Amado, J. A. (2019). ¿Qué significa tener un derecho? En J. A. García Amado (Coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*. Tirant Lo Blanch.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Puede estar moralmente justificada la tortura en algunos casos? *Nuevo Foro Penal*, (86), 13-61.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta.
- Greco, L. (2007). Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las “ticking time bombs” (E. J. Rigg, Trad.). *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-28.
- Juratowich, B. (2008). Torture is always wrong. *Public Affairs Quarterly*, 22(2), 81-90.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las costumbres* (A. Cortina, Trad.). Tecnos. [Trabajo original publicado en 1797].
- Klatt, M., y Meister, M. (2017). *El principio de proporcionalidad como principio constitucional universal* (R. Sánchez-Gil, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kumm, M. (2007). Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement. En G. Pavlakos (Ed.), *Themes from the legal philosophy of Robert Alexy* (pp. 131-166). Hart.
- Kumm, M., y Walen, A. D. (2014). Human dignity and proportionality: deontic pluralism in balancing. En G. Huscroft, B. W. Miller, y G. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning* (pp. 67-89). Cambridge University Press.
- La Torre, M. (2022). *La justicia de la tortura. Sobre derecho y fuerza* (F. Mora-Sifuentes, Trad.). Trotta.
- Lora, P. de. (2023). *Los derechos en broma. La moralización de la política en las sociedades liberales*. Deusto.

- MacMahan, J. (2008). Torture in principle and in practice. *Public Affairs Quarterly*, 22(2), 111-128.
- Mateos Durán, A. D. (2019). La separación del “ámbito de protección” respecto de las “restricciones” de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(extraordinario), 277-298. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.153e.13266>
- Miller, S. (2024). Torture. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>
- Mora-Sifuentes, F. (2024). Sobre principialismo y aplicación judicial de derechos. Comentarios a Gomes Trivisonno. En R. Ortega y R. Caballero (Coords.), *La interpretación y aplicación judicial de derechos humanos* (pp. 125-156). Tirant Lo Blanch; Poder Judicial del Estado de México.
- Sieckmann, J. R. (2023). La teoría de los principios de Robert Alexy. En G. Villa-Rosas et al. (Eds.), *Derecho, argumentación y ponderación. Ensayos en honor a Robert Alexy* (pp. 321-346). Universidad Externado de Colombia.
- Sieckmann, J. R. (2011). Los derechos fundamentales como principios (D. Oliver-Lalana, Trad.). En J. Sieckmann (Ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (pp. 27-50). Marcial Pons.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Mora-Sifuentes, Francisco M., “Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20376. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>

APA

Mora-Sifuentes, F. M., Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20376. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>

Violencia doméstica e interseccionalidad en contexto de pandemia. Un estudio de caso en Timon, Maranhão, Brasil

Domestic Violence and Intersectionalism in a Pandemic Context. A Case Study in Timon, Maranhão, Brasil

Tainá da Costa Moraes

 <https://orcid.org/0009-0007-6817-4831>

Universidade Federal do Piauí – UFPI. Brasil

Correo electrónico: tainamoraesx@gmail.com

Recepción: 1 de agosto de 2025

Aceptación: 9 de febrero de 2026

Publicación: 8 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20407>

Resumen: Este estudio cualitativo y documental analiza la violencia doméstica en Timon, Maranhão, durante la pandemia de COVID-19 (2020), desde una óptica interseccional. Con base en treinta autos procesales y datos judiciales, se exploran las experiencias de mujeres víctimas y la respuesta del Ministerio Público. Los hallazgos revelaron que el aislamiento social incrementó la vulnerabilidad de mujeres, especialmente negras y periféricas, al evidenciar un aumento de feminicidios y una paradójica caída en las denuncias formales. El análisis procesal destacó la lentitud judicial y la prevalencia de violencia psicológica y física en uniones estables, a menudo justificada por los agresores y facilitada por la dependencia de las víctimas. Se identificaron deficiencias sistémicas, como la falta de priorización de casos, inconsistencias fiscales y la omisión de datos sociodemográficos cruciales. El estudio propone mejoras institucionales, que incluyen capacitación interseccional para el personal jurídico, fortalecimiento de alianzas y unidades móviles de atención. Estas medidas son vitales para mejorar el acceso a la justicia, romper el ciclo de violencia y abogar por reformas legislativas que garanticen la protección de las víctimas y combatan la impunidad.

Palabras clave: violencia doméstica; interseccionalidad; pandemia COVID-19; Timon (Maranhão); ministerio público.

Abstract: This qualitative and documentary study analyzes domestic violence in Timon, Maranhão, during the COVID-19 pandemic (2020), from an intersectional perspective. Using 30 court cases and judicial data, it explores the experiences of female victims and the local Public Prosecutor's Office's response. Findings revealed that social isolation increased the vulnerabil-

ity of women, particularly Black and peripheral women, evidenced by a rise in feminicides and a paradoxical decline in formal complaints. The procedural analysis highlighted judicial sluggishness and the prevalence of psychological and physical violence in stable unions, often justified by aggressors and facilitated by victims' dependence. Systemic shortcomings were identified, including a lack of case prioritization, inconsistent prosecutorial performance, and the omission of crucial sociodemographic data. The study proposes institutional improvements, such as intersectional training for legal personnel, strengthening inter-agency partnerships, and creating mobile support units. These measures are vital to enhance access to justice, break the cycle of violence, and advocate for legislative reforms that ensure victim protection and combat impunity.

Keywords: domestic violence; intersectionality; COVID-19 pandemic; Timon (Maranhão); public prosecutor's office.

I. Introducción

La violencia contra la mujer es un grave problema social y de salud que afecta a todos los países. El dilema de la violencia doméstica y de género es un tema candente y de suma relevancia, discutido en diversos entornos que van desde las conversaciones informales en bares hasta los medios de comunicación y la academia. Se trata de una mancha social y cultural presente en la sociedad, en todos los espacios donde el individuo convive, al ser un fenómeno que impregna el imaginario individual y colectivo de varios grupos sociales.

Ante el problema recurrente de la violencia doméstica, nos encontramos con el año 2020, cuando el mundo experimentó un colapso instaurado por el virus SARS-CoV-2, el coronavirus. Se tomaron medidas gubernamentales en todo el planeta en busca de la contención de la enfermedad y la reducción de la tasa de infecciones y muertes. Consecuentemente, se consideraron y adoptaron alternativas como el aislamiento social, y las familias tuvieron que convivir durante semanas y meses sin ningún contacto social externo.

En el contexto de la pandemia y de las medidas de confinamiento (*lockdown*) que fueron necesarias para enfrentar y contener la diseminación del virus, se observó que hubo una creación e intensificación de la situación de vulnerabilidad de las mujeres afectadas por el crimen de la violencia doméstica (Batella et al., 2021, p. 30). El Anuario Brasileño de Seguridad Pública (2020, p. 18), informe del Foro Brasileño de Seguridad Pública (FBSP), evidenció algunos impactos de la pandemia en las coyunturas de la violencia

de género en Brasil y emitió una nota técnica (2020a) donde presentó que, aunque el escenario de violencia contra las mujeres había aumentado en los meses iniciales de la crisis sanitaria, hubo una disminución en los registros de sus denuncias. Si bien el número de llamadas al 190¹ (número de la Policía Militar para denunciar casos de violencia doméstica) se acentuó en el mismo periodo en relación con el año 2019 (registros de los meses de marzo y abril), se percibió un aumento en los homicidios dolosos de mujeres y feminicidios, lo que evidencia las dificultades encontradas por las mujeres para realizar denuncias en medio del confinamiento y la crisis sanitaria (Gama, 2023, p. 21).

Se constata que la pandemia actuó como un potenciador de la violencia de género en Brasil. Las mujeres se vieron forzadas a una mayor convivencia en casa con sus abusadores y algunas sin información sobre cómo buscar ayuda, al saber que los organismos públicos competentes para tratar sus casos o estaban cerrados bajo el régimen de *home office* (remoto), o actuaban en formato y horario especial, ya que ningún gobierno o dirección administrativa estaba preparada para una situación donde el aislamiento social sería la alternativa. Además, la sensación de impunidad estaba presente, ya que no “había a dónde huir”. Y si tal situación era la realidad para mujeres que vivían en grandes ciudades, y más en ciudades ubicadas en el interior del estado, donde los organismos públicos suelen ser más deficitarios en relación con tales garantías legales para las mujeres.

Asimismo, se recuerda que, durante el periodo de aislamiento, los organismos públicos necesarios para el combate a la violencia doméstica funcionaban en regímenes de horarios distintos, remotamente o, incluso, no laboraban de la forma en que lo hacían antes del *lockdown*, lo que perjudicaba el acceso a la justicia y violaba un principio constitucional expreso de las víctimas de violencia.

Con esta línea de pensamiento, debo resaltar mi cercanía al tema aquí presente, no solo por los argumentos ya mencionados —que serán abordados a lo largo de este trabajo—, sino también por haber crecido al escuchar las violencias psicológicas que mi abuela materna (*in memoriam*) sufría en su

¹ El 190 es el número de teléfono de la Policía Militar, gratuito y de alcance nacional en Brasil, que puede-debe ser activado en casos de potencial práctica o sufrimiento de crímenes, así como en situaciones de necesidad o solicitud de auxilio con riesgo a la vida, la integridad física o el patrimonio.

relación con el progenitor de mi madre, tías y tío. Ella, una María entre varias otras, que sufrió con un marido ausente, que no le proveía lo mínimo ni tenía posibilidades de alcanzar por sí misma su supervivencia, incluso al llevarla ante la “justicia” con el fin de perjudicarla en medio de la sociedad y enajenar su derecho a criar a sus cinco hijos, y que lo logró, por una justicia más machista y misógina que la de hoy.

A partir de las consideraciones iniciales, de los números presentados y por el escenario sanitario expuesto, esta investigación presenta la siguiente pregunta orientadora: ¿cómo actuó el Ministerio Público del estado de Maranhão durante el periodo pandémico, caracterizado por su completa atipicidad, en la tramitación de los expedientes judiciales de violencia contra las mujeres en la ciudad de Timon?

El objetivo de esta investigación es analizar la efectividad de las respuestas institucionales del sistema de justicia y del Ministerio Público del estado de Maranhão (MPMA) frente a la violencia doméstica en la ciudad de Timón durante la pandemia de COVID-19 (2020). Se busca identificar cómo la interseccionalidad de género, raza y clase influye en la tramitación de los procesos judiciales y en la protección efectiva de las víctimas en un contexto de crisis sanitaria.

Se parte de la hipótesis de que la lentitud procesal y la estandarización de la actuación ministerial durante la pandemia no fueron apenas consecuencias logísticas del aislamiento social, sino reflejos de una falta de priorización estructural de la violencia de género en el sistema jurídico. Se sostiene que la ausencia de un enfoque interseccional en el Poder Judicial y en el Ministerio Público profundiza la vulnerabilidad de las mujeres periféricas y negras, al perpetuar la sensación de impunidad y al dificultar el acceso real a los mecanismos de protección previstos por la *Ley Maria da Penha*.

Esta investigación se sitúa en el área de la sociología y aporta en su contenido contribuciones interdisciplinarias, que buscan responder a la referida cuestión. Por consiguiente, toma forma mediante la realización de análisis de expedientes procesales penales y de datos proporcionados por el Poder Judicial y la Secretaría de Seguridad Pública del estado de Maranhão sobre violencia contra mujeres en sus relaciones íntimas; los cuales fueron denunciados, judicializados e iniciados en el primer mes de cuarentena total en la ciudad de Timon (MA) debido a la pandemia de COVID-19.

Al tener como directrices los decretos estatales de confinamiento y utilizarlos como delimitadores mensuales, se propone especialmente el análisis de las relaciones jurídico-sociales presentes en los respectivos expedientes procesales penales que ocurrieron en la ciudad de Timon (MA). Específicamente en los meses de marzo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2020, con tramitación judicial en la 3a. Sala Criminal de la comarca de Timon, donde las víctimas son asistidas por el Ministerio Público estatal, y aportan los puntos relevantes de los expedientes y de las relaciones penales con el crimen y la actuación del Ministerio Público estatal en el seguimiento y resolución de los expedientes. También se analizará el tratamiento y descripción de la información contenida, tanto en los expedientes como en los datos generales proporcionados en las fuentes del gobierno estatal, al hacer uso de treinta expedientes procesales, de acceso público y con los nombres de las partes abreviados a sus letras iniciales para la preservación de las identidades de las víctimas, agresores y terceros involucrados.

La elección de los expedientes procesales se dio a través de aquellos que no tramitan bajo secreto judicial y fueron judicializados en los meses en que se publicaron decretos del gobierno de Maranhão sobre la calamidad pública de la pandemia del coronavirus y de aquellos que refuerzan el aislamiento social, utilizando para este fin el proceso judicial electrónico —PJe, *Jurisconsult*— TJMA, solicitado también vía defensoría del pueblo, conforme anexo, y el sitio oficial de la Secretaría de Seguridad Pública del estado de Maranhão. Se hará uso de un análisis documental con un enfoque cualitativo de los datos, estudios sociológicos, leyes y jurisprudencias de los tribunales superiores para que haya la comprensión técnico-jurídica y, en cuanto a cómo la violencia de género implica en la sociedad, en la salud y en la convivencia general de los individuos.

Acerca del término “secreto judicial” mencionado anteriormente, la Ley núm. 14.857, de 21 de mayo de 2024, que busca una estandarización en los expedientes procesales en el país, determinó que “el secreto del nombre de la ofendida en los procesos en que se investiguen crímenes practicados en el contexto de violencia doméstica y familiar contra la mujer”; por lo tanto, la regla es que la identificación de la víctima se mantenga en secreto, que es lo que se mantendrá en este trabajo. Sin embargo, el juez aún es quien de-

termina el secreto judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 201, § 6o., del Código de Proceso Penal Brasileño:

§ 6o. El juez tomará las providencias necesarias para la preservación de la intimidad, vida privada, honor e imagen del ofendido, pudiendo, inclusive, determinar el secreto de justicia en relación con los datos, testimonios y otras informaciones constantes de los autos a su respecto para evitar su exposición a los medios de comunicación. (Ley núm. 11.690)

Como ciudad que será utilizada para la realización de esta investigación, Timon es la cuarta ciudad más grande de Maranhão conforme a lo dispuesto en el censo demográfico del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) de 2010 (2024) y forma parte de la Gran Región Metropolitana de Teresina - PI, con 155,460 habitantes, con una ubicación privilegiada al lado de Teresina - PI, con acceso desde algunos barrios en menos de 10 minutos al centro de Teresina, y como una ciudad de referencia de uno de los mayores estados del noreste brasileño, posee relevancia situacional y política en relación con la seguridad y salud pública. Tal relevancia se da también por el intercambio de patrullaje, atención a las víctimas de violencia, monitoreo y a veces el trabajo conjunto de los tribunales y ministerios para las tratativas acerca del crimen en su forma general, tal como la violencia doméstica.

Además, tenemos a Timon como una mezcla de dos culturas y modos de vivir que merecen sus estudios y análisis de su forma de sociedad, siendo todo esto observado cotidianamente. Los visitantes que pasan por Timon se encuentran con la ciudad que durante mucho tiempo fue considerada solo como un “pequeño anexo” de la ciudad de Teresina - PI, tanto en sus maneras de seguir la vida como en el intercambio de sus ciudadanos —al ser considerada, durante muchos años, una ciudad dormitorio de Teresina—, y tener muchos de sus timonenses trabajando y estudiando en Teresina, y viceversa.

Timon no sólo posee geográficamente una ubicación privilegiada e importante, sino también socialmente. La ciudad se ha desarrollado financiera, cultural y socialmente de manera acelerada, por lo tanto, necesita acompañamiento académico. Cuando tratamos a Timon y Teresina casi como una gran y única ciudad, el ejemplo más evidente son las fiestas de carnaval y las fiestas juninas. En Timon, todos los años ocurre el tradicional “*Zé Pereira de Timon*”,

que recibe no sólo a timonenses, sino a muchos teresinenses, de la misma manera, en el “*Corso de Teresina*”. Por lo tanto, vemos una ciudad que está incluida de diversas maneras en varias esferas en Teresina, sin embargo, está ausente en investigaciones académicas. Incluso con una universidad estatal situada en la ciudad, en una búsqueda simple en *Google Scholar* o en la Biblioteca de Tesis y Disertaciones, se verifica que, a pesar de su gran importancia, Timon no posee muchas apariciones científicas sociológicas.

También tenemos el propósito de contribuir directamente con las fuentes de información del Ministerio Público y de la Secretaría de Seguridad Pública, al presentar las actuaciones de dichos organismos públicos —especial y directamente del ministerio público— y los perfiles sociales de las mujeres víctimas de violencia doméstica en la ciudad. Asimismo, buscamos alertar sobre la temática de la violencia doméstica, que ya es bastante conocida y debatida, pero que aún constituye una mancha en la sociedad que no desaparece y, a veces, es silenciada o simplemente olvidada.

II. Metodología

Con el fin de responder a las cuestiones propuestas, el objetivo general de este trabajo es analizar los datos y los procesos clasificados como violencia doméstica y extraer los detalles más profundos de las vivencias de mujeres víctimas en el periodo de aislamiento social derivado de la pandemia del nuevo Coronavirus en Timon (MA). Buscamos enumerar algunas metodologías que abordarán los diversos discursos que serán presentados en los boletines de ocurrencias o transmitidos al Ministerio Público y al Poder Judicial dentro de los expedientes procesales penales, que serán las fuentes de datos fundamentales para el desarrollo de esta investigación.

Para la realización de la investigación, nos valdremos del enfoque cualitativo, y tendremos en cuenta que tiene el fin de comprender realidades que no se limitan únicamente al enfoque cuantitativo. Por lo tanto, el propósito es la comprensión y la explicación de las relaciones sociales que involucran a las víctimas, sus agresores y la sociedad que los rodea, motivaciones, inclinaciones, significados, actitudes y valores, al considerar que esta perspectiva

metodológica nos permite tener acceso a un espacio más profundo de las relaciones, procesos y fenómenos (Minayo, 1995, p. 24).

Se hará uso fundamental del análisis documental donde, según Sá-Silva et al. (2009, p. 2), la abundancia de información que puede ser extraída y rescatada de los documentos justifica su utilización en varias áreas de las ciencias humanas y sociales, al tener en cuenta la posibilidad de ampliar la comprensión de objetos cuyo análisis necesita contextualización histórica y sociocultural. Guba y Lincoln (1981, p. 80) también establecieron un concepto para el análisis documental, que se aplica perfectamente a lo que deseamos que sea presentado en este estudio, al aportar la comprensión de que el análisis documental es un examen acentuado y amplio de varios materiales que pueden ser reexaminados o que no han sido utilizados para ningún trabajo, en busca de nuevas informaciones o interpretaciones, siendo la respectiva búsqueda realizada a través de documentos.

Ante lo expuesto, se verifica la necesidad de mencionar los sentidos prácticos de lo que se propone. Por lo tanto, se utilizarán los autos procesales judiciales (públicos y no confidenciales, conforme fue explicitado en la introducción, autorizados por el fiscal que respondía por la clasificación procesal en la época, véase autorización en anexo), además de decretos estatales (que tratan de la calamidad pandémica), la propia *Ley Maria da Penha* (Ley núm. 11.340), estudios y normativas que tratan de dicha ley, además de bibliografía específica que aborda y teoriza la temática de género y sus desafíos (que incluyen la violencia), especialmente tratados por Wânia Pasinato, Rita Segato, Saffioti, Carmen Hein de Campos, Lourdes Maria Bandeira, Leila Linhares Basterd, Carla Akotirene, Patricia Hill Collins, Lélia Gonzalez y Kimberlé Crenshaw.

Es necesario informar que, por tratarse de un análisis bibliográfico y la búsqueda de trabajos anteriores y orientadores, haremos uso en especial de la disertación de Luziane Ponciano Gama de 2023 que presentó un trabajo inspirador para la comunidad académica maranhense, quien trató del respectivo asunto analizado en este trabajo en otra ciudad maranhense, Imperatriz, a unos 610.9 km de Timon (MA).

Respecto de la delimitación de los autos procesales, se detalla que los procesos, además de ser elegidos por su acceso al público (no confidencial), fueron separados por meses específicos que están conectados a aquellos en que

se publicaron los decretos estatales, que decretan calamidad pública en razón de la pandemia de COVID-19 y refuerzan el aislamiento social y el mantenimiento de las actividades a distancia o con limitaciones específicas, utilizando para este fin el mismo parámetro adoptado en el trabajo *Espacio de la Casa, Escenario de la Muerte: Un Abordaje Interseccional sobre los Femicidios en el Estado de Piauí en el Contexto de la Pandemia*, de Albuquerque y Aguiar (2021).

Tras buscar una visión analítica de las intersecciones que fueron utilizadas como orientadoras para la clasificación de los procesos conforme a lo dispuesto, y procurar desarrollar los perfiles sociológicos de los individuos involucrados (víctimas, agresores y el poder público), nos encontramos con la interseccionalidad, al usar principalmente para este estudio a las autoras Crenshaw (2002), Hill Collins (2019) y Akotirene (2019). En 1989, Kimberlé Crenshaw publicó en inglés el artículo “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, que inauguró el término interseccionalidad. Posteriormente, en 1991, lo reapplicó en la publicación *Mapeando los márgenes: interseccionalidad, políticas de identidad y violencia contra mujeres de color* para describir la ubicación interseccional de las mujeres negras y su marginación estructural, aportada a la teoría crítica de la raza y concepto provisional de interseccionalidad (Akotirene, 2019, p. 35).

III. Género y violencia contra la mujer

El proceso de estudio y la visión de la mujer como un sujeto vivo, con voluntades y derechos, surgió a través del activismo feminista. Dicho proceso se registró históricamente en Brasil debido al surgimiento de insatisfacciones, proposiciones y demandas enumeradas y defendidas por el activismo feminista (Ponciano, 2023, p. 46). En consonancia con los estudios de Scott (1995, p. 72), uno de los grandes nombres de la sociología feminista, el término “género” surgió entre las feministas americanas e inglesas, que buscaban enfatizar el carácter fundamentalmente social basado en el sexo. Por lo tanto, la palabra dejaba clara el rechazo al determinismo biológico implícito en la utilización de términos como “diferencia sexual” o “sexo”, al ser también utilizado para designar las relaciones sociales entre los sexos (Scott, 1995, p. 75).

El término “género” se convierte en una forma de indicar “construcciones culturales” —la creación enteramente social de ideas sobre los roles adecuados para hombres y mujeres. “Género” es, según esta definición, una categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado (Scott, 1995, p. 75).

La teoría del patriarcado, presente en algunos estudios de género, tiene como idea principal explicar la subordinación de las mujeres y/o los orígenes de la dominación masculina, y es brevemente resumida en la “necesidad” masculina de dominar a las mujeres (Scott, 1995, p. 77). De tal manera, las relaciones de poder y dominación propias del patriarcado se manifiestan cotidianamente en la forma de socialización de los individuos, al ser dicha socialización presente desde el nacimiento ya orientada a la adopción de roles y estereotipos específicos de cada género. Bajo esta óptica, la socialización de género se comprende como un proceso de lo que se espera de una mujer y de un hombre antes del nacimiento. Son expectativas y reglas sociales fomentadas y reproducidas por la familia, la Iglesia, la religión, la escuela, entre otros, orientadas por el sexo biológico (Machado et al., 2020, p. 2).

De acuerdo con Scott (Fávero, 2010, p. 2), no se puede reducir la discusión de género a una teoría o categoría. Cuando se habla de violencia de género, no es solo sobre género. La cuestión de la raza, clase, orientación sexual, escolaridad y otros factores sociales deben ser debatidos en conjunto con el género. El género no es sólo el género; depende de su raza, de su clase, de quien habla sobre género, y, sobre todo, depende de la construcción social involucrada (Fávero, 2010, p. 2). Pasinato (2003, p. 79) al dialogar acerca de la teoría del patriarcado, en consonancia con los estudios de Scott de 1995, dice que esta resulta insuficiente para la explicación de la violencia contra las mujeres y los cambios que la situación ha sufrido, principalmente en las sociedades industrializadas, de conformidad con lo ya expuesto.

Bajo esta línea de razonamiento, el género alteró la naturaleza de las categorías simplistas de hombres y mujeres al afirmar su construcción cultural y social y, además, performática, lo que cambió la manera conceptual por donde interpretamos la sociedad. Hablamos de esto porque se debe tener cuidado al abordar el género en un contexto universalizador. Collins (2019, p. 36) afirma que “la exclusión de las mujeres negras de posiciones de poder en las principales instituciones llevó a la valorización de las ideas y los intereses de la élite masculina blanca”. Por lo tanto, se evidencia la importancia

del ennegrecimiento del movimiento feminista. Esto significa destacar e insertar en la agenda del movimiento la relevancia de la cuestión racial en la formación de diversas problemáticas sociales (Carneiro, 2019, p. 171).

Con base en lo presentado por el Instituto Locomotiva (2020), se infiere que la discriminación de mujeres negras en el ambiente de trabajo puede hacerlas más propensas a ser víctimas de violencia de género, al tener en cuenta que las vuelve más dependientes del cónyuge (FBSP, 2023, p. 48). Uno de los vastos campos de estudio de la sociología es la violencia. Tras visualizar la teoría sociológica clásica, el análisis y el concepto de violencia surgen asociados a la definición del papel del Estado y del control social.

Con base en este pensamiento, el Estado es considerado el órgano central de control y poseedor del legítimo monopolio de la violencia para atenuar las amenazas a la propiedad y los desórdenes sociales (Bandeira, 2014, p. 450). Relacionado con la teoría de los Estados, algunos estudios sobre la violencia han encubierto otras manifestaciones violentas, las cuales son cotidianas y denominadas como “violencia interpersonal” —que consiste en métodos de sociabilidad basados en la desvalorización de un modelo “femenino”; que no tipifica solamente a mujeres, sino también a otras categorías socialmente fragilizadas— y las ya referidas manifestaciones se caracterizan por la asimetría de poder, que generalmente ocurren entre hombres y mujeres que poseen algún vínculo tanto en la esfera pública como privada (Bandeira, 2014, p. 450).

Bandeira (2014, p. 450) afirma que la relación de la violencia con la condición de género tuvo su origen en la inspiración de los cuestionamientos y reivindicaciones del movimiento feminista a través de relevantes evidencias empíricas. Como ya se mencionó aquí, a principios de la década de 1970, feministas americanas ya denunciaban la violencia sexual contra mujeres. Sin embargo, una década después, dicho fenómeno tuvo su debida presentación como categoría sociológica y área de investigación, que tuvo la violencia como una configuración y cuestión central del movimiento feminista. Carmen Hein de Campos (2024, p. 10) afirma que cualquier violencia doméstica cometida contra mujeres en el ámbito doméstico o valiéndose de relaciones íntimo-afectivas, es considerada violencia de género, al tener en cuenta que hay la evidencia de que la asimetría de las relaciones de poder, que otorgan al masculino la supremacía y la autoridad, y para las mujeres, una supuesta subordinación o/e inferioridad.

Se señala también que algunos grupos son más vulnerables a sufrir violencia, como el de las mujeres negras que, en virtud de tener menos posibilidades de escolarización regular, frecuentan espacios de trabajo precarizados, así como por ser víctimas de racismo, intolerancia religiosa y con la extrema *objetivización* del cuerpo negro (Cerqueira, 2021, p. 40). En consecuencia, dicho grupo presenta mayor dificultad en ser escuchado, notado y tener acceso a la justicia (cuando saben que ese es un derecho suyo), factor este extremo que contribuye a las subnotificaciones o ausencia de notificaciones de violencia doméstica y de género.

Para efectos de delimitación conceptual y legislativa, es imperativo diferenciar las figuras previstas en el artículo 5o. de la *Ley Maria da Penha* (Ley núm. 11.340). Mientras que la violencia doméstica se configura en el ámbito de la unidad doméstica, entendida como el espacio de convivencia permanente de personas con o sin vínculo familiar, la violencia familiar se refiere a la comunidad formada por individuos que se consideran o son considerados emparentados por lazos naturales, afinidad o voluntad expresa. En este estudio, el enfoque se centra prioritariamente en la violencia doméstica y en las relaciones íntimas de afecto, donde el agresor convive o ha convivido con la víctima, y se excluyen así los conflictos familiares de carácter hereditario o colateral que no poseen la carga de género y subordinación doméstica analizada en los autos procesales de Timon.

La violencia doméstica se define legalmente como aquella que ocurre en el espacio de convivencia permanente de personas, con o sin vínculo familiar, lo que incluye incluso a quienes están agregados de forma esporádica. Este concepto es fundamental porque trasciende la estructura tradicional de la familia, y se centra en el escenario donde se desarrolla la vida privada y la cotidianidad. La distinción clave reside en que, mientras la violencia en el hogar se refiere estrictamente al espacio físico compartido, la violencia doméstica abarca las relaciones de poder y abuso que se gestan dentro de esa unidad de convivencia, donde el agresor suele aprovechar la invisibilidad del entorno privado y la vulnerabilidad de la víctima para ejercer control.

Por su parte, la violencia familiar se distingue por el vínculo entre el agresor y la víctima, quienes se consideran parientes unidos por lazos naturales, de afinidad o por voluntad expresa, independientemente de si comparten el mismo techo. A diferencia de la violencia en el hogar —que es un término

más descriptivo del lugar del suceso—, la violencia familiar pone el foco en la relación de parentesco e incluye casos entre hermanos, cuñados o parientes que no necesariamente cohabitan. Es vital entender que, aunque estos conceptos suelen solaparse, la ley busca proteger a la mujer en cualquier configuración de parentesco donde exista una relación jerárquica o de afecto que sea utilizada como mecanismo de opresión.

Finalmente, la relación entre estos términos y el concepto de violencia contra la mujer es de género y especie. La violencia contra la mujer es el marco general que describe cualquier acto basado en el género que resulte en daño físico, sexual o psicológico. La violencia doméstica, familiar y las relaciones íntimas de afecto (como el noviazgo) son los contextos específicos donde esta violencia de género se manifiesta con mayor frecuencia. Comprender esta interconexión es esencial para reconocer que el factor determinante no es sólo el lugar donde ocurre la agresión o el tipo de lazo sanguíneo, sino la motivación de género que perpetúa la desigualdad y el abuso de poder del hombre sobre la mujer en sus círculos más íntimos.

La Ley Maria da Penha, en su artículo 5o., trae el concepto de violencia doméstica para sus fines efectivos:

Artículo 5o. Para los efectos de esta Ley, se configura violencia doméstica y familiar contra la mujer cualquier acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial:

I. En el ámbito de la unidad doméstica, comprendida como el espacio de convivencia permanente de personas, con o sin vínculo familiar, inclusive las esporádicamente agregadas;

II. En el ámbito de la familia, comprendida como la comunidad formada por individuos que son o se consideran emparentados, unidos por lazos naturales, por afinidad o por voluntad expresa;

III. En cualquier relación íntima de afecto, en la cual el agresor conviva o haya convivido con la ofendida, independientemente de cohabitación.

Párrafo único. Las relaciones personales enunciadas en este artículo no dependen de la orientación sexual.

Artículo 6o. La violencia doméstica y familiar contra la mujer constituye una de las formas de violación de los derechos humanos. (Brasil, 2006)

La violencia física, juntamente con la sexual, se encuentra como la más frecuente en las denuncias. La respectiva modalidad se manifiesta a través de la aplicación de fuerza física directa (golpes, puñetazos, empujones) o indirecta, por medio de objetos capaces de infligir daños corporales, intencionales, dejando marcas visibles o no. Las acciones en mención resultan en lesiones, y pueden ser externas o internas, lo que deja en claro el llamado *vis corporalis*.

A continuación, se verifica la violencia psicológica caracterizada como cualquier acción u omisión que tiene como objetivo causar daño a la autoestima, desarrollo de la persona o su identidad, siendo una de las más difíciles de identificar (Dias, 2010). La violencia sexual es aquella que aborda los varios intentos que buscan causar una relación sexual forzada, al coaccionar a la víctima y al valerse de situaciones que involucran ventaja económica, negación de algo en conjunto con la agresión, justificándose en el vínculo conyugal. Sin embargo, puede ocurrir dentro y fuera de la relación (OMS, 2002).

La violencia patrimonial se deriva de cualquier conducta que implique la retención, destrucción, sustracción total o parcial de bienes y objetos de la víctima, como documentos personales, documentos e instrumentos de trabajo, recursos económicos y otros. Normalmente, esta modalidad ocurre en conjunto con la violencia psicológica y moral, con el fin de mantener a la víctima cerca y siempre bajo su poder. No impide, por lo tanto, que ocurra en conjunto con la violencia física o sexual.

Finalmente, acerca de la violencia moral, Maria Berenice Dias (2010) sostiene que es cualquier conducta o situación provocada por el autor, que ofenda la integridad subjetiva y/o objetiva de la víctima, con el agresor al valerse de otros crímenes como calumnia, difamación o injuria. Por lo tanto, por esta violencia, el agresor no sólo responde por el crimen de violencia, sino que también es responsable del pago indemnizatorio a la víctima debido a los daños sufridos.

En lo que respecta al periodo de pandemia (año 2020), estudios realizados destacan que el grupo más propenso a la violencia doméstica es el de la mujer periférica y negra, sobrecargada de trabajo, al tener en cuenta que en su mayoría son empleadas domésticas, limpiadoras, vendedoras, cajeras y otros trabajos considerados como “subempleos”. Por lo tanto, se recuerda que la mujer negra es un eslabón débil tanto para la violencia como para

la pandemia. La primera muerte a causa de COVID-19 fue la de una mujer negra, empleada doméstica en Río de Janeiro, que se contagió del virus a través de los patrones que regresaban de un viaje de Italia (Gomes y Carvalho, 2021, p. 5).

Además de la violencia de género en la esfera privada y doméstica, se encuentra la violencia estatal, que ignora los datos estadísticos y no realiza la debida adecuación de las políticas públicas para los grupos más vulnerables a la violencia, al tener políticas públicas universalistas y tratar a todas las mujeres como un solo cuerpo, e ignorar sus peculiaridades y perfiles sociales; más aún, en el gobierno que estaba en el poder en periodo pandémico —gobierno de Bolsonaro— de extrema derecha, con un Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos que negligenció el enfrentamiento al combate a la violencia contra la mujer, haciendo que discursos como “niñas visten rosa y niños visten azul” fueran más importantes que un fenómeno social que mancha la sociedad brasileña.

IV. La pandemia de COVID-19. Una mirada sobre Brasil y Maranhão

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el COVID-19 como pandemia. Exactamente en esa fecha, había 118,000 casos confirmados y 4,291 muertes por la enfermedad en 114 países (ONU, 2020). Antes de eso, el 7 de febrero, el gobierno brasileño sancionó la Ley de Cuarentena, núm. 13.979, que establece las medidas que podrán adoptarse para el enfrentamiento del virus del COVID-19, emergencia de salud pública internacional (Ley núm. 13.979), que dio libertad a las autoridades para adoptar, en el ámbito de sus competencias, cuarentena, aislamiento, vacunación, recolección de muestras y otras medidas, con el propósito de enfrentar el virus (Casaca et al., 2020). De esta forma, las mujeres tuvieron que permanecer en aislamiento con sus parejas y, a veces, sus agresores.

Las primeras recomendaciones de la OMS para combatir el virus fueron detectar, testar, aislar, mapear y movilizar a la población (ONU, 2020). Se incluye que el aislamiento y, por consiguiente, el distanciamiento social fue una de las diversas medidas adoptadas en varios países con el propósito de redu-

cir el contagio y aliviar la sobrecarga que enfrentaron los sistemas de salud, debido al rápido crecimiento de los números. Por consiguiente, aunque dicha medida fue necesaria para el enfrentamiento de la pandemia, ocasionó diversos impactos sociales, al ser uno de ellos el también crecimiento de la violencia doméstica.

En Brasil, los primeros casos de COVID-19 estuvieron vinculados a las clases económicamente favorecidas, que viajaron internacionalmente, se infectaron y, posteriormente, regresaron al país. Según el Ministerio de Salud, el primer caso de un brasileño infectado se registró el 26 de febrero de 2020, en un paciente que había regresado recientemente de un viaje a Italia (Estrela et al., 2020).

La pandemia cambió completamente el día a día de la sociedad. De conformidad con las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Brasil tuvo que adoptar medidas rigurosas, como el distanciamiento y el aislamiento social. Aunque parezcan exageradas, tales medidas fueron fundamentales para proteger la salud de los brasileños y evitar la superpoblación de los hospitales (Ferguson et al., 2020).

En cuanto al inicio de la contaminación en la periferia, los relatos provinieron de empleadas domésticas, conductores de aplicaciones y repartidores de alimentos que, al tener contacto con quienes viajaron, se infectaron y llevaron el virus a sus hogares. De esta forma, las personas de bajos ingresos que vivían en barrios periféricos también comenzaron a estar expuestas a la enfermedad, ya que trabajaban en áreas más nobles de la ciudad, donde hay un mayor porcentaje de personas infectadas con COVID-19 (Estrela et al., 2020).

El Foro Brasileño de Seguridad Pública (FBSP) (2020a) divulgó una comparación en el bimestre marzo-abril de 2019 con el bimestre marzo-abril de 2020, donde se visualizó que hubo un aumento de 166.7% en el número de casos de feminicidio en el Estado de Maranhão. Contradictoriamente, las denuncias relacionadas con la violencia doméstica cayeron (-97.3%), que siguió una tendencia mundial y nacional (Alvares y Rego, 2021, p. 2). Sin embargo, estudios realizados por Olivieri (2021) revelaron que las personas pertenecientes a las comunidades negras y grupos marginados estuvieron más expuestas a sufrir pasivamente este tipo de crimen, al tener en cuenta

que la inseguridad, la inestabilidad económica y la falta de convivencia social intensificaron el riesgo de violencia doméstica.

Ante lo expuesto, se resalta que la vulnerabilidad de las víctimas de la violencia doméstica y del feminicidio durante el periodo pandémico tiene sus raíces en la pobreza y la marginación. Por lo tanto, se comprende la violencia de género como un crimen estructurado en poder (Segato, 2016) que no sólo afecta la dignidad sexual de las víctimas, sino que busca el silencio (Gonzalez, 2020), y se percibe de forma concertada al Estado y su ordenamiento jurídico y legislativo como un agente ciego en relación con la violencia doméstica (Alvares y Rego, 2021, p. 3).

Bajo este enfoque, nos encontramos con el octavo estado más grande de Brasil (Maranhão) con 217 municipios y una población general de aproximadamente 7,114,598 habitantes, con más mujeres que hombres, y que se conforma por 50.4% del sexo femenino y 49.6% del sexo masculino (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, 2020). En cuanto a la raza, 74% de la población es negra, por lo que es necesario mencionar que prácticamente empata en Índice de Desarrollo Humano (IDH) con el estado de Alagoas (último de la lista), que es de 0.639 (Maranhão, 2015).

Por lo tanto, se llega a una incógnita: si hay una ausencia de recolección de datos adecuados durante un fenómeno triste, real y antiguo como la violencia doméstica, ¿cómo se considera éxito en algún momento en el combate a la violencia doméstica y de género, al realizarse de manera genérica? Si ya hay negligencia en la atención a las víctimas, no hay éxito en el combate a este problema.

Aun al observar la situación de Maranhão, en un informe, la Agencia Brasil (Bond, 2020) demostró que Maranhão aun es un punto negativo en relación con los números de feminicidios durante el periodo de la pandemia, especialmente en el aislamiento social, donde perpetuaba la cuarentena. Se mantiene el aspecto contradictorio en el estado, aunque el número de muertes haya aumentado, el número de quejas disminuyó —las formalizadas por las comisarías de policía—, lo que sugiere la posibilidad de que las víctimas no pudieran denunciar (Alvares y Rego, 2021, p. 9).

En cuanto al estado de Maranhão, la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Maranhão (SSP/MA), como forma de enfrentamiento a la violencia doméstica, lanzó durante el periodo pandémico la aplicación *Sal-*

ve Maria (Maranhão), en julio de 2020, con el objetivo de activar las fuerzas de seguridad para las víctimas de violencia doméstica dentro del estado de Maranhão, y que es la principal actitud inmediata para el enfrentamiento de la violencia. En una búsqueda en el sitio web de la propia SSP/MA, no se encontraron los resultados del uso de la aplicación; sin embargo, se lanzó la medida.

La Coordinadoría Estatal de la Mujer en Situación de Violencia Doméstica y Familiar (CEMULHER), órgano de la asesoría de la presidencia del Tribunal de Justicia de Maranhão (TJMA), publicó un informe de actividades en el que cataloga diversas acciones desarrolladas en el ámbito del Poder Judicial en 2020 en el estado. Se lanzó la campaña “Aislamiento social sin violencia me representa”, durante el periodo pandémico, donde el organismo buscó asegurar la atención a las víctimas de violencia e incentivar las denuncias y vislumbró la diseminación de información en redes sociales del Poder Judicial acerca de las medidas protectoras de urgencia, canales de atención e incentivo a las denuncias (TJMA, 2020).

En el contexto de la pandemia en Timon (MA), se observa la actuación del Ministerio Público, cuya fiscalía fue considerada “la única fiscalía que no paró”, tras mantenerse activa en la actualización y monitoreo de los datos. El fiscal Antônio Borges Nunes Júnior, juntamente con su asesor, Luis Carlos Nunes Moraes, y el equipo compuesto por pasantes, técnicos y terceros actuó en el enfrentamiento a la diseminación de *fake news* relacionadas con la pandemia, tanto en el escenario nacional como en el ámbito local, y la actuación del MPMA fue la esperada del órgano fiscalizador y defensor de los derechos colectivos.

El Despacho 4ªPJETIM - 1462024 (también adjunto), de la 4a. Fiscalía de Justicia Especializada de Timon (MA) —el despacho fue prontamente disponible por la Fiscalía cuando hubo información sobre la investigación, ya que esta quiso contribuir con la escritura de este trabajo—, trae en su cuerpo que a través del procedimiento administrativo específico sobre el enfrentamiento del COVID-19, tuvo su inicio con la publicación de la POR-TARÍA-4ªPJETIM - 62020, con el propósito de acompañar las estrategias sanitarias para el enfrentamiento de la pandemia.

De esta forma, el Ministerio Público estatal, al vislumbrar la colaboración con el Poder Público Municipal para el enfrentamiento de la pandemia,

acompañó en diversos momentos e hizo la sugerencia de acciones para mejorar el combate al COVID-19 en el municipio de Timon. Ante esto, el 18 de marzo de 2020, en la sala de reuniones de las fiscalías de justicia de la región, se alinearon estrategias y planificaciones para el enfrentamiento y disminución del impacto de la pandemia de COVID-19 en el respectivo municipio, y después de extensas discusiones y ponderaciones, al haber presentaciones técnicas sobre la manifestación del coronavirus y sus consecuencias en el cuerpo humano por parte de los médicos presentes, así como un posicionamiento unánime sobre la necesidad de intensificar el mensaje a la sociedad para evitar aglomeraciones masivas (fiestas, shows, actividades deportivas y similares, con recolección domiciliaria voluntaria), además de evitar la explotación comercial en el aumento arbitrario de precios para productos destinados a la prevención/protección y combate al coronavirus, sobre todo alcohol en gel, mascarillas quirúrgicas y mascarillas desechables con elástico, cuya demanda aumentó debido a la calamidad epidemiológica que se enfrentó, además de la preocupación por los cortes por retraso de energía y agua especialmente para la población hiposuficiente que quedó en aislamiento en casa sin poder obtener ingresos del trabajo externo (Ministerio Público, 2024, extraído íntegramente del Despacho 4ªPJETIM - 1462024).

A pesar de las acciones descritas en el Despacho 4ªPJETIM - 1462024, se observa que la disponibilidad de información pública sobre la evolución de la pandemia en Timon (MA) fue limitada. La actuación del Ministerio Público, aunque orientada por la preocupación con el enfrentamiento de la COVID-19, no fue suficiente para garantizar la amplia transparencia de los datos epidemiológicos y de las medidas efectivamente implementadas por el poder público municipal, lo que evidenció una laguna en la comunicación institucional durante el periodo crítico de la crisis sanitaria. Y aunque no hubiera la laguna institucional por parte del Ministerio Público, se percibe que sí la hubo por parte de la municipalidad de Timon.

La dificultad de acceso a boletines actualizados —que se restringió, conforme se constató, a publicaciones esporádicas referentes al mes de junio— refleja un desafío persistente en el sector público: la ausencia de un flujo continuo, transparente y sistemático de información esencial para el control social y para el fortalecimiento de la respuesta colectiva a la pandemia. Tal contexto evidencia la necesidad de reforzar mecanismos de fiscaliza-

ción y publicidad de las acciones administrativas, sobre todo en situaciones de emergencia que demandan máxima *accountability*.

VI. La especificidad de la violencia doméstica: dinámicas de poder y actuación institucional

En este apartado se realizará un análisis detallado de la violencia doméstica ocurrida en el año pandémico en la ciudad de Timon, Maranhão. La investigación se basará en los autos procesales levantados y en la información proporcionada por el Tribunal de Justicia de Maranhão. Además, se examinarán las actuaciones del Ministerio Público, así como la intervención de la policía militar de Maranhão, especialmente a través del análisis de los boletines de ocurrencia adjuntos a los procesos. Asimismo, conforme a lo previamente explicitado, se realizará un análisis individualizado y sociojurídico de cada auto procesal, con un enfoque inicial en la caracterización de la violencia, que abarcará aspectos como la naturaleza del hecho, el vínculo entre víctima y agresor, y el crimen imputado conforme registrado en el *Boletín de Ocurrencia*, junto con la información pertinente. Este abordaje permitirá una comprensión detallada de los casos, al situarlos en su contexto social y jurídico con el fin de evidenciar las dinámicas de poder y las estructuras que perpetúan la violencia doméstica. Adicionalmente, las actuaciones del Ministerio Público —o su eventual ausencia— serán examinadas de forma crítica y profunda en un apartado específico, al destacar el papel institucional en el enfrentamiento de la violencia de género y las posibles lagunas que impactan la efectividad de las políticas públicas en esta área.

VII. Análisis cuantitativo. Violencia contra la mujer y feminicidio en el contexto pandémico

El informe presentado por el Tribunal de Justicia del estado de Maranhão, específicamente por la 3a. Sala Criminal, detalla la cantidad de autos procesales abiertos y juzgados relacionados con la violencia contra la mujer y feminicidio, así como casos generales, a lo largo del año 2020. Desde el punto

de vista jurídico, los datos revelan una dinámica procesal relativamente lenta que puede estar influenciada por diversos factores, que incluye la deficiencia del sistema judicial en un periodo pandémico, donde fueron sorprendidos con el trabajo remoto, la indisponibilidad de recursos humanos y materiales, los servidores también enfermándose y dificultando la celeridad en el juzgamiento de los autos.

Figura 1. Datos del Tribunal de Justicia de Maranhão (TJMA) sobre procesos abiertos y fallados en el año 2020

Mes/Año	Violencia contra la mujer / Femicidio	General
	Abiertos	Fallados
Enero/2020	42	14
Febrero/2020	27	12
Marzo/2020	34	16
Abril/2020	15	10
Mayo/2020	20	9
Junio/2020	16	5
Julio/2020	77	4
Agosto/2020	39	28
Septiembre/2020	55	35
Octubre/2020	56	34
Noviembre/2020	71	58
Diciembre/2020	40	22

FUENTE: Defensoría del TJMA.

Hablamos de lentitud procesal debido a la discrepancia entre los casos “fallados” y los “abiertos” durante los meses en que la pandemia imperaba con toda su fuerza, conforme se representó gráficamente arriba. En este caso, en los meses elegidos para ser estudiados en esta investigación —marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre— verificamos la discrepancia aquí comentada. En el mes de marzo, donde se abrieron 34 procesos registrados como “violencia contra la mujer/femicidio”, solamente 16 fueron

fallados (en la fecha de actualización informada por el TJMA), es decir, cerca de 47.06 % de los autos procesales. Ya en la categoría “general”, se abrieron 36 autos procesales y solamente 16 fueron fallados, que son en torno de 44.44 % de los autos.

En esta línea de pensamiento, en abril se abrieron quince procesos en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio” tanto como en la categoría “general”, y se fallaron respectivamente diez, en torno de 66.67 %. Se percibe la “mejora” en relación con los números de procesos abiertos y fallados en un mes en que ya ocurría el aislamiento y la suspensión de actividades en organismos públicos; por lo tanto, los servidores estaban en *home office* el Poder Judicial y el Ministerio Público procedían con la celeridad procesal.

En mayo se abrieron veinte autos procesales y se fallaron nueve procesos en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio”, lo que fue 45 % en la relación abiertos/fallados. Ya en la categoría “general”, se abrieron 21 autos procesales y se fallaron once, es decir, 52.38 % de productividad del Poder Judicial para el fallo. En junio, en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio” se abrieron 16 procesos y se fallaron cinco, lo que fue 31.25 % de celeridad procesal. En la categoría general, se abrieron 18 nuevos autos procesales y se fallaron solamente cinco, en este caso, 27.77 %.

Julio presentó un escenario crítico en lo que respecta a la tramitación de procesos judiciales en Brasil. En la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio”, se abrieron 77 nuevos autos procesales, pero apenas cuatro fueron fallados, lo que resultó en una tasa de resolución de 5.19 %. En la categoría “general”, de los 89 procesos instaurados, solo seis tuvieron sentencia, lo que equivale a 6.74 % de productividad. Estos números explicitan la disparidad estructural entre la demanda por justicia y la capacidad institucional de respuesta, conforme a lo analizado por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) en su informe *Justicia en Números* (2022), que apunta a la sobrecarga del sistema y la lentitud procesal como obstáculos a la efectividad jurídica, especialmente en temas sensibles como violencia de género.

La baja resolución de casos de violencia contra la mujer refleja una crisis de “prioridades” en el Poder Judicial. Aunque la *Ley Maria da Penha* (Ley núm. 11.340/2006) prevé mecanismos ágiles para la protección de víctimas, la burocracia, la falta de jueces especializados y la subnotificación de casos, además del impacto de la pandemia de COVID-19, siendo julio uno de los meses

en que el aislamiento y la suspensión de actividades presenciales aún era la realidad, perpetúan la sensación de impunidad por parte de los agresores.

En la categoría “general”, la tasa de resolución de 6.74 % revela un problema sistémico de gestión de demandas. Este dato refuerza la idea de que el sistema judicial enfrentó desafíos significativos durante la pandemia, con una capacidad limitada para procesar y juzgar casos en un contexto de crisis. La discrepancia entre el número de casos abiertos y fallados puede ser vista como un reflejo de las dificultades enfrentadas por el Poder Judicial para mantener su productividad en un periodo de restricciones e incertidumbres.

En agosto hubo una baja en la apertura de nuevos procesos en relación con el mes de julio, al ser estos solamente 39 nuevos procesos y 28 fallados en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio”, lo que representa una tasa de fallo de 71.79%. En la categoría “general” se abrieron 55 procesos y se fallaron 28, lo que es un porcentaje de 50.90%. En septiembre se abrieron 55 nuevos procesos y se fallaron 35 en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio”, lo que es un porcentaje de 63.63%, mientras que en la categoría “general”, 63 nuevos procesos fueron abiertos y cuarenta fueron fallados. Finalmente, en octubre se abrieron 56 nuevos procesos y se fallaron 34 en la categoría “violencia contra la mujer/feminicidio”, en la categoría “general”, se abrieron 63 y se fallaron 34, lo que consiste, respectivamente, 60.71 % y 53.96% de la relación procesos abiertos/fallados.

La lentitud procesal en el fallo de casos de violencia contra la mujer puede atribuirse a la falta de priorización de estos casos por el sistema judicial, conforme ya se presentó. Según el informe del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), *Justicia en Números 2021*, que reflejan los números de 2020, la tasa de congestión de los procesos judiciales en Brasil es alta, lo que puede contribuir a la lentitud procesal, y en el caso del TJMA, el Tribunal no estuvo entre los 48 tribunales que alcanzaron 100% de productividad en los dos grados de jurisdicción.

Analizar la razonable duración del proceso en las acciones penales de violencia doméstica va más allá de la mera verificación burocrática de plazos y formalidades, como la presentación de la defensa del reo en el plazo de diez días (respuesta a la acusación), conforme previsto legalmente. Este análisis debe estar permeado por una carga valorativa que considere el papel

fundamental de estos procesos en la pacificación social y en la erradicación de la violencia doméstica, principalmente cuando la *Ley Maria da Penha* (Ley núm. 11.340/2006) proporciona mecanismos de transformación social y que necesitan de una rápida respuesta, pues a diferencia de crímenes como robos o hurtos (en los que ya se consumaron y no evolucionan), los crímenes de violencia doméstica pueden evolucionar hacia el feminicidio, al tener la lentitud procesal como causante de la sensación de impunidad:

La lentitud o la morosidad de los procesos judiciales puede ser considerada una forma de violencia contra las mujeres, especialmente en casos de violencia doméstica y abuso, pues prolonga su sufrimiento y las mantiene en situaciones de riesgo. La demora en la resolución de los casos puede llevar a nuevos episodios de violencia, causando daños físicos y psicológicos adicionales a las víctimas. Para acelerar estos procesos y garantizar una respuesta más rápida, pueden adoptarse diversas medidas. La asignación de más recursos humanos y financieros al sistema judicial es fundamental, incluyendo la contratación de más jueces, fiscales y servidores, y la mejora de la infraestructura de los tribunales. La digitalización de los procesos puede agilizar la tramitación de los casos y reducir la burocracia, haciendo el sistema más eficiente. (SINDIJUSPR, 2024)

El análisis de los datos revela una significativa discrepancia entre el número de procesos abiertos y fallados, con tasas de resolución que variaron drásticamente a lo largo de los meses y alcanzaron niveles críticos en julio, cuando apenas 5.19% de los casos de violencia contra la mujer fueron fallados. La lentitud procesal presentada no sólo refleja las limitaciones impuestas por la pandemia, como la adopción del trabajo remoto y la indisponibilidad de recursos, sino que apunta a una falta de priorización de estos casos por el sistema judicial, conforme destacó el CNJ en su informe *Justicia en Números 2021*.

La baja eficiencia en el fallo de casos de violencia de género durante la pandemia refuerza la necesidad de un abordaje más integrado y sensible a las demandas de las víctimas. Como señaló Saffioti (2015), la violencia contra la mujer es un fenómeno estructural, con raíces en relaciones de poder desiguales, y la demora en la resolución de estos casos contribuye a la perpetuación de la impunidad y de la desprotección de las víctimas: “La des-

igualdad, lejos de ser natural, es impuesta por la tradición cultural, por las estructuras de poder, por los agentes involucrados en la trama de relaciones sociales” (p. 75).

La *Ley Maria da Penha*, a pesar de ser un marco importante en la lucha contra la violencia doméstica, depende de la eficiencia en la prioridad por parte del sistema judicial para alcanzar sus objetivos de protección y justicia para las mujeres víctimas de violencia doméstica. La pandemia expuso las fragilidades del sistema judicial y el acceso a la justicia, al tener en cuenta que pueden ocurrir subnotificaciones por parte de las mujeres más marginadas de la sociedad, por dificultad al acceso a la justicia.

Como último y más relevante diálogo de este análisis, se aborda de forma imparcial y ponderada la actuación institucional del Ministerio Público del estado de Maranhão (MPMA) en la comarca de Timon. Se resalta que esta evaluación se limita al ámbito institucional, sin mención nominal a cualesquiera miembros o servidores del MPMA y preservar así el carácter general y objetivo de la discusión. El uso del término “ponderada” se debe a que el análisis de la actuación se realizará de manera basada en las normativas que conceden competencia al MPMA y sus límites de actuación; es decir, lo que fue o no podría ser hecho basado en la *Ley Maria da Penha*, la Constitución federal de 1988 y el Código Penal brasileño. Se resalta que este análisis tiene como trabajo orientador la investigación de Ella Wiecko V. de Castilho.

Para simplificar la recolección de datos, se elaboró un cuadro con los números de los autos procesales acompañados de un resumen de la actuación del MPMA y si quien actuó durante el curso procesal fue el fiscal titular de la Fiscalía o el fiscal suplente. Esta metodología busca facilitar el análisis final, que permitió una evaluación conjunta y objetiva de los datos, además de organizar la información de manera clara y didáctica.

De forma sucinta, al examinar la actuación del Ministerio Público de Maranhão en los autos analizados, se observa que muchos de los procesos eran conducidos por fiscales suplentes en la fiscalía. La actuación, en general, se revela breve y fundamentada en el Código de Proceso Penal (CPP). Se nota una mejora significativa cuando los autos son conducidos por el fiscal natural de la fiscalía. Además, el periodo pandémico impactó, aunque de manera parcial, la actuación tradicional del Ministerio Público. En el transcurso del texto, cada uno de estos aspectos será abordado de forma detallada.

Conforme con lo ya mencionado, la actuación del Ministerio Público de Maranhão en procesos de violencia doméstica presenta diversas variaciones, sobre todo al comparar los casos acompañados por el fiscal natural (titular) con aquellos conducidos por fiscales suplentes. El fiscal natural, debido al mayor involucramiento y familiaridad con los casos, demuestra una actuación más robusta y comprometida, lo que refleja una preocupación acentuada con las víctimas, demostrando el interés en la protección de las víctimas.

Ahora bien, se observa que, en los casos conducidos por los fiscales suplentes —sin ser la mayoría, al considerar que autos procesales como el núm. 0000567-94.2020.8.10.0060 tuvieron la atención del fiscal suplente incluso en la conducción del interrogatorio— hay una tendencia a la estandarización de las respuestas, con menor atención a las particularidades de cada situación y sin un compromiso profundo en la búsqueda de decisiones adecuadas o por la condena efectiva de los agresores. Esta inconstancia en la actuación compromete directamente la eficacia de las políticas destinadas al enfrentamiento de la violencia doméstica, además de desmoralizar el trabajo hecho por aquel que constitucionalmente es considerado fiscal de la ley.

Sin embargo, de forma honesta y ética debe reconocerse que la estandarización de denuncias y dictámenes no puede atribuirse exclusivamente a la actuación individual de los fiscales, una vez que la propia legislación brasileña, como el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal, establecen los “moldes” de las manifestaciones y peticiones. Pero, con base en los estudios acerca de la interseccionalidad promovidos en este trabajo por Hill Collins, Crenshaw, Akotirene y demás autoras, se verifica que, incluso con las estandarizaciones en las conocidas “piezas” procesales debe realizarse un análisis más allá del simple género o lo establecido en la normativa.

Otro aspecto relacionado con el protocolo de las denuncias y otras piezas procesales por parte del Ministerio Público de Maranhão analizados es la demora en el protocolo en algunos autos. Hay casos en que la denuncia se presenta en un plazo de tres a seis meses, al tener en cuenta que el tiempo estándar para la conclusión de la investigación policial sea de hasta treinta días, si el individuo está en libertad.

En relación con los procesos protocolados después de seis meses de la ocurrencia de los crímenes, los datos del informe general del TJMA, mencionado en este apartado, demuestran que el elevado volumen de casos reci-

dos tanto por la 3a. Sala Criminal de Timon como por el Ministerio Público de Maranhão —incluso procesos generales (crímenes distintos) y específicos sobre violencia doméstica contra la mujer— contribuyó significativamente a los atrasos. Este escenario persistió además con la adopción de medidas prioritarias y análisis cronológico de los casos.

En esta línea de pensamiento, la capacitación de los fiscales en perspectiva interseccional se revela fundamental para superar las lagunas identificadas en la actuación del Ministerio Público y de todas las autoridades y organismos involucrados en los casos levantados. En los casos analizados se observa la ausencia de calificaciones específicas que consideren las múltiples dimensiones de vulnerabilidad de las víctimas y agresores, al reducirlos a un patrón situacional homogéneo —sin raza, sin orientación sexual, a veces incluso sin la residencia o profesión de la víctima—. Como demuestra Akotirene (2019), la formación jurídica tradicional tiende a descuidar las intersecciones entre raza, género, clase, territorialidad y otros marcadores sociales de la diferencia. Esta limitación resulta no sólo en una aplicación del derecho descontextualizada, sino también en la reproducción de mecanismos institucionales que: *a)* universalizan vulnerabilidades distintas; *b)* naturalizan desigualdades estructurales, y *c)* comprometen la eficacia de las políticas públicas destinadas a grupos socialmente marginalizados.

En el campo jurídico, podemos identificar la exclusión racial por criterio de género promovida por el universalismo de las políticas públicas relacionadas, el hecho de que mujeres y niñas negras estén situadas en al menos dos grupos subordinados que, frecuentemente, persiguen agendas contradictorias, lo que da la impresión de que todas las violencias policiales dilatadas para el sistema penal son contra hombres negros. Todas las violencias domésticas dilatadas para el encarcelamiento femenino o feminicidios son impuestas a las mujeres blancas (Akotirene, 2019, p. 35-36).

Ante esto, tenemos un Poder Judicial que cree que las mismas políticas públicas inherentes a una mujer de un barrio noble y tradicional de Timon, son total y universalmente aplicables a una mujer residente de un barrio periférico, donde ni siquiera su ubicación se encuentra en el mapa, su raza es descuidada, a veces incluso su profesión es descuidada en la formación de la investigación policial, ni qué decir de su escolaridad. Estudios de Car-

men Hein de Campos (2024) refuerzan que la idea de vulnerabilidad traída al Poder Judicial y perpetuada al Ministerio Público es imprecisa:

La pandemia de Covid-19 explicitó, inequívocamente, la vulnerabilidad humana y la necesidad de cuidados recíprocos y colectivos. Pero la vulnerabilidad también puede ser comprendida como resultante de la estructura patriarcal (Bandeira; Thurler, 2009) de las relaciones de género que afecta a las mujeres de manera desproporcionada y de la cual la violencia es una manifestación. En este sentido, las mujeres son vulnerables porque vivimos en una sociedad machista, racista y heteronormativa, pautada en las relaciones jerárquicas de género/raza/sexualidad. Es decir, la vulnerabilidad es resultante de esa estructura y no de una condición previa femenina, pues algunos grupos sociales están en situación de mayor vulnerabilidad que otros. (Campos, 2024)

En el mismo estudio de Campos (2024), se verifica una investigación realizada en el Tribunal de Justicia del Distrito Federal, donde de 36 casos de violencia doméstica, 34 solicitaron la comprobación de la vulnerabilidad femenina para que hubiera decisiones favorables a la víctima. En los autos procesales levantados y analizados en esta investigación se verifica lo contrario: el TJMA no solicita comprobación, el Ministerio Público comprende que la mujer es vulnerable. Sin embargo, en la mayoría de los autos procesales no hace nada al respecto de esa información.

Por lo tanto, como parte de este estudio se propone la formulación de sugerencias concretas destinadas a mejorar la actuación del Ministerio Público, sin desviarse de los estándares establecidos por la legislación vigente. Entre las medidas recomendadas se destaca la necesidad de averiguar si la víctima fue o está siendo objeto de injuria racial, si posee orientación sexual específica, si necesita acogida en un refugio —al considerar que el agresor puede ser el único responsable del sustento financiero de la residencia— o cualquier otra condición que demande inclusión en programas sociales municipales o estatales. Por medio de las denuncias, solicitudes de este tipo podrían ser implementadas, contribuir significativamente a la mejora de la calidad de la atención a las víctimas, y demostrar el papel de garante y protector de los derechos de personas en calidad de vulnerabilidad, en este caso, mujeres víctimas de violencia doméstica.

Otro punto analizado sobre la actuación del Ministerio Público de Maranhão, además de las denuncias o requisiciones estándar, fue la ausencia de la debida “atención” a lo presentado por las comisarías. Los autos procesales que fueron asistidos por fiscales suplentes de la fiscalía poseen posturas controvertidas a lo que dispone la ley y la doctrina, al tener como ejemplo práctico procesos en los que se arbitra fianza en crímenes de la *Ley Maria da Penha*, donde sólo se cuestiona cuando el fiscal titular se manifiesta señalando falla en la arbitrariedad de la fianza.

Los únicos procesos en los que hay menciones a la incongruente aplicación de fianza a crímenes de la *Ley Maria da Penha*, como ya se mencionó, son aquellos que el propio fiscal titular los destaca, al hacer mención incluso a la gravedad de la violencia a la que la libertad con pago de fianza expone a la víctima; por ejemplo, el auto procesal núm. 0001359-48.2020.8.10.0060. En este contexto se verifica que sí existe un entrenamiento específico dirigido a los fiscales responsables de la defensa de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, es imprescindible que dicho entrenamiento sea extendido a todos los integrantes de las unidades de defensa y atención a las mujeres en situación de violencia, que incluya a los fiscales suplentes, servidores, pasantes y empleados tercerizados. Esta medida garantizaría una actuación más uniforme, cualificada y sensible, y fortalecerá las políticas públicas dirigidas al enfrentamiento de la violencia de género.

Es fundamental reconocer que los desafíos enfrentados por el Ministerio Público de Maranhão en la comarca de Timon no son exclusivos de esta región, sino que reflejan cuestiones estructurales y sistémicas que demandan soluciones amplias y coordinadas, principalmente partiendo del legislador en una reforma en el Código de Proceso Penal y la efectiva realización de la reforma, donde además de crearse un registro nacional para agresores encuadrados en la *Ley Maria da Penha*, no haya la liberación inmediata y mucho menos la arbitrariedad de fianza, al tener en cuenta la salud física de la víctima y la garantía del orden social.

Además, la integración obligatoria y el inmediato encaminamiento de las víctimas a los organismos integrantes del combate y enfrentamiento a la violencia doméstica, para que el acompañamiento de la víctima por psicólogos, asistentes sociales, médicos y otros profesionales de la salud —en el caso de Timon, sería el Centro de Referencia Especializado de Asisten-

cia Social (CREAS), Centro de Apoyo Integrado a la Salud de la Mujer (CAISM) y los propios núcleos multidisciplinares del Ministerio Público de Maranhão y TJMA, que cuentan con estos profesionales de forma efectiva— sea eficaz y solicitado en el primer contacto del Ministerio Público con la víctima.

Como medida complementaria esencial, se propone la implementación de unidades móviles de atención en los barrios con mayores índices de violencia doméstica en Timon. Estas unidades, al operar en alianza con el MPMA, CREAS, policía militar, DEM (Comisaría Especial de la Mujer) y organizaciones locales, tendrían tres objetivos centrales: *a)* realizar educación jurídica popular sobre derechos de las mujeres; *b)* ofrecer atención psicosocial y orientación legal inmediata, y *c)* recibir denuncias confidenciales, crucial para víctimas que enfrentan barreras físicas, sociales o psicológicas para acceder a los canales formales de denuncia.

Por lo tanto, para superar las barreras a la atención y al avance de los autos procesales presentadas en la actuación del Ministerio Público, es imprescindible invertir en capacitación continua con especialistas internos y externos al MPMA y fortalecer las alianzas con otros organismos y entidades. Además, el propio Ministerio Público de Maranhão debe mantener un registro interno de todos los procesos para el seguimiento real de las víctimas y de los autos procesales, y tener en cuenta que, en algunos autos procesales, las denuncias tardaron casi un año en ser adjuntadas a los autos y pudieron ser anexadas después del fin de una violencia doméstica: la muerte de la víctima.

Y para que el trabajo sea aún más centralizado en las víctimas y en sus particularidades, la adopción de un enfoque interseccional debe ser priorizada, al garantizar que las particularidades de cada caso sean consideradas y que las víctimas reciban el apoyo necesario para romper el ciclo de violencia (raza, lugar de residencia, orientación sexual, escolaridad y profesión). Al asumir este compromiso, el MPMA no sólo cumplirá su papel constitucional de defensor de la ley, sino que también se consolidará como un agente transformador en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

VIII. Consideraciones finales

Este estudio, al analizar la violencia doméstica en Timon, Maranhão, durante la pandemia de COVID-19 bajo la óptica de la interseccionalidad, reveló la exacerbación de las desigualdades sociales y la persistencia de la violencia contra la mujer, especialmente contra mujeres negras y periféricas. El aislamiento social forzado intensificó la convivencia de las víctimas con sus agresores, lo que dificultó el acceso a redes de apoyo y servicios de protección. El análisis de los autos procesales evidenció la predominancia de casos en uniones estables, donde los celos y la posesividad frecuentemente desencadenan agresiones. Los perfiles de las víctimas, caracterizados por la ausencia de registro de raza y por vivir en barrios periféricos con ocupaciones precarizadas, refuerzan la urgencia de abordajes interseccionales en las políticas públicas.

La recurrencia de violencias psicológicas y físicas, muchas veces justificadas por los agresores como “actos de amor”, sumada a la dependencia emocional y financiera de las víctimas, dificultó la ruptura del ciclo de agresiones. Los desafíos estructurales en el enfrentamiento de la violencia doméstica en Timon, con la lentitud procesal evidenciada en 2020, refuerzan la sensación de impunidad y la descreencia de las víctimas en el sistema.

La falta de integración entre los órganos, la alta rotación de profesionales y la desproporción entre la demanda y la capacidad operativa son ejes problemáticos que comprometen la eficacia del sistema de justicia. La *Ley Maria da Penha*, aunque esencial, tuvo su aplicación perjudicada por la morosidad procesal y por la falta de priorización de los casos.

En síntesis, la investigación contribuye a la visibilización de la violencia doméstica en Timon, al destacar la importancia de abordajes interseccionales para comprender y combatir el problema. La lucha contra la violencia doméstica es continua y exige el compromiso de todos los sectores de la sociedad, con la esperanza de que esta investigación inspire nuevas investigaciones y acciones concretas para garantizar el cumplimiento de la ley, la resolución de los autos procesales y la atención cualificada a las mujeres víctimas de violencia.

IX. Referencias

- Akotirene, C. (2019). *Interseccionalidade*. Sueli Carneiro; Pólen.
- Albuquerque, R. M. M., y Aguiar, J. M. B. (2021). Espaço da casa, cenário da morte: uma abordagem interseccional sobre os feminicídios no estado do piauí no contexto da pandemia. *Revista Latino-Americana de Geografia e Gênero*, 12(2), 93-115.
- Alvares, M. E. M., y Rego, A. B. L. S. (2021). Violência de gênero e COVID-19: vulnerabilidade interseccional da mulher no Maranhão. *Argumentum*, 13(3), 103-120.
- Andrade Vidigal, B. A., Prata Bentes, M., Nunes Vieira, S., y Naves dos Reis, L. (2020). Os desafios do combate à violência contra a mulher sob a ótica de Pierre Bourdieu. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 14(2), 178-187. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2020.v14.n2.922>
- Atlas da Violência. (2023). Fórum Brasileiro de Segurança Pública; IPEA. <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9350-223443riatlasdaviolencia2023-final.pdf>
- Batella, W., Mascarenhas, M. A., y Catão, R. de C. (2021). Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19 em Juiz de Fora - MG. En *crime e território: estudos e experiências em políticas de segurança pública* (pp. 25-43). <https://imesc.ma.gov.br/src/upload/publicacoes/dd65b091abc96725715ff6d9619dede70.pdf>
- Barbosa, M., y Phelipe, A. (2020, febrero 16). *Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres*. Estado de Minas. https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quasemetadedos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml
- Bond, L. (2020, junio 1). Casos de feminicídio crescem 22 % em 12 estados durante pandemia. *Agência Brasil*. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>
- Bourdieu, P. (2010). *A dominação masculina* (9a. ed.; M. H. Kuhner, Trad.). Bertrand Brasil.
- Brasil. Congresso Nacional. (2006, agosto 7). Lei núm. 11.340, de 7 de agosto de 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

- Brasil. Congresso Nacional. (2018, septiembre 24). Lei núm. 13.718, de 24 de setembro de 2018. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113718.htm
- Campos, C. H. de. (2024). Violência baseada no gênero na lei Maria da Penha: um conceito em disputa. *Revista Direito e Práxis, Ahead of print*. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/72628/50035>
- Campos, C. H. de, Castilho, E. W. V. de, y Machado, I. V. (2022). Violência de gênero e pandemia. *Revista Estudos Feministas*, 30(2), e86988. <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2022v30n286988>
- Campos, J., Junior, I. H., y Freitas, P. (2025, marzo 20). Isolamento social aumenta violência nos bairros pobres de Natal. Fonte Segura. [https://fontesegura.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/sites/2/2022/04/Ed_39_\(Tema_da_semana\)_Isolamento-social-aumentaviolencia-nos-bairros-pobres-de-Natal.pdf](https://fontesegura.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/sites/2/2022/04/Ed_39_(Tema_da_semana)_Isolamento-social-aumentaviolencia-nos-bairros-pobres-de-Natal.pdf)
- Guimarães Casaca, J. E., Guimarães Cordes, M. E., Guimarães Cordes, M. F., Guimarães Cordes, M. G., y Bellini, M. Z. (2020). Comparação de dados de infecções e mortes pelo novo Coronavírus de diferentes países do mundo com os dados brasileiros desde o primeiro infectado até o final da primeira quinzena de abril de 2020. *Brazilian Journal of Health Review*, 3(2), 3434-3454. <https://doi.org/10.34119/bjhrv3n2-172>
- Cerqueira, D. (2021). *Atlas da Violência 2021*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/12/atlas-violencia2021-v7.pdf>
- Collins, P. H. (2019). *Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento* (J. P. Dias, Trad.). Boitempo. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7944026/mod_resource/content/1/COLLINS_Pensamento%20feminista%20negro%20conhecimento%20C%20consci%20Ancia%20e%20a%20pol%20C%20ADtica%20do%20empoderamento.pdf
- Conselho Nacional de Justiça. (2021). Justiça em números 2021. CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-emnumeros2021-12.pdf>
- Conselho Nacional de Justiça. (2022). Justiça em números 2022. CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numericos-2022-1.pdf>

- Crenshaw, K. (2002). Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Rev. Estud. Fem.*, 10(1), 171-188. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>
- Dias, I. (2017). Exclusão social e violência doméstica: que relação? *Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, 8. <https://ojs.letras.up.pt/index.php/Sociologia/article/view/2572>
- Dias, M. B. (2010). *A Lei Maria da penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica contra a mulher* (2a. ed.). Revista dos Tribunais.
- Estrela, F. M. et al. (2020). Pandemia da COVID-19: refletindo as vulnerabilidades a luz do gênero, raça e classe. *Ciência & Saúde Coletiva*. <https://www.scielo.br/j/csc/a/bbcZzgN6Sns8mNPjKfFYRhb/abstract/?lang=pt#ModalHowcite>
- Fávero, M. H. (2012, mayo-agosto). A construção social do gênero. *Estudos Feministas*, 20(2), 583-592. <https://www.scielo.br/j/ref/a/VfkdKsJcXnxrLNHN7nW7mq/?format=pdf>
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020a, abril 16). *Violencia Doméstica durante la Pandemia de Covid-19* [Nota Técnica]. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (2020b, mayo 29). Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19– Ed. 2. [Nota Técnica]. <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (2021). *Data folha. “visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil”* (3a. ed.). [s. l.; s. n.]. <http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>
- Gama, L. P. (2023). *Em casa foi pior: experiências e narrativas de mulheres vítimas de violência durante a Pandemia de Covid-19 em Imperatriz-MA*. [Tesis de maestría].
- Gomes, M. C. A., y Carvalho, A. B. de. (2021). Pandemia de COVID-19 e violência doméstica na conjuntura sociopolítica brasileira. *Revista Estudos Feministas*, 29(3), e74781. <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021v29n374781>
- Gomes, I. C. R. et al. (2014, mayo/ago.). Enfrentamento de mulheres em situação de violência doméstica após agressão. *Revista Baiana de Enfermagem*,

- 28(2), 134-144. <https://periodicos.ufba.br/index.php/enfermagem/article/view/8969>
- Gonzalez, L. (2020). *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Zahar. <https://mulherespaz.org.br/site/wp-content/uploads/2021/06/feminismo-afro-latino-americano.pdf>
- Guba, E. G., y Lincoln, Y. S. (1981). *Effective Evaluation*. Jossey-Bass.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE]. (2024, octubre 11). Pesquisa: Maranhão. <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/timon/pesquisa/23/27652>
- Machado, L. S., Castanheira, S. B., y Almeida, L. C. de. (2021). Interseções entre socialização de gênero e violência contra a mulher por parceiro íntimo. *Cien Saude Colet.*, 26. <https://doi.org/10.1590/1413-812320212611.3.02472020>
- Maranhão. Governo do Estado. (2015). Histórico. Mais IDH. Governo do Estado do Maranhão. <https://maisidh.ma.gov.br/o-plano/contextualizacao/>
- Miller, E., y Macwan, B. (2019, febrero). Intimate partner violence. *The England Journal of Medicine*, 380(9), 850-857. [https://doi.org/10.47363/JWHMR/2026\(5\)136](https://doi.org/10.47363/JWHMR/2026(5)136)
- Milanez, F. B. et al. (2022). O Ministério Público na perspectiva da Lei Maria da Penha (Lei Federal núm. 11.340/06). *Conjecturas*, 22(13), 928-939.
- Minayo, M. C. de S. (Org.). (1995). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Vozes.
- Ministério Público do Maranhão. (2024). Despacho 4ªPJETIM - 1462024 (Anexo).
- Moura, R. G. de, Lopes, P. de L., y Silveira, R. C. da. (2016, diciembre). Gênero e família: a mulher brasileira chefe de família. Que mulher é esta?, *Cadernos UniFOA*, (32), 55-66. <https://doi.org/10.47385/cadunifoa.v11.n32.430>
- Organização Mundial da Saúde [OMS]. (2002). *Relatório Mundial sobre Violência e Saúde*. OMS.
- Organização das Nações Unidas. (2020, octubre 23). *Organização Mundial da Saúde declara novo coronavírus uma pandemia*. <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>
- Pontes, J. A. S., Feio, T. A., y Fernandes Moura, P. R. (2022). A mulher sofre em dobro: a violência doméstica no Brasil contra as mulheres e a repercussão do isolamento social decorrente da pandemia da covid-19 no aumento

- dos índices de tal violência. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 16(3), 10-31. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n3.1410>
- Prefeitura de Timon. (2022). Relatório de leitura técnica 2021/2022. <https://timon.ma.gov.br/site/wp-content/uploads/2022/11/Timon-Relatorio-LeituraTecnica.pdf>
- Ramalho, A. (2025, março 20). *Autonomia financeira liberta as mulheres da violência. Estado de Minas*. https://www.em.com.br/opinia0/2025/03/7074925-autonomia-financeira-libertaas-mulheres-da-violencia.html#google_vignette
- Ribeiro, D. (2019). *Lugar de fala*. Sueli Carneiro; Pólen Livros.
- Sá-Silva, J. R., Almeida, C. D. de, y Guindani, J. F. (2009, julho). Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, 1(1). <https://doi.org/10.63595/rbhcs.v1i1.10351>
- Saffioti, H. (1994). Violência de gênero no Brasil atual. *Revista Estudos Feministas* (núm. esp.), 443-461. <https://doi.org/10.1590/0x>
- Saffioti, H. (2015). *Gênero patriarcado violência* (2a. ed.). Expressão Popular; Fundação Perseu Abramo. https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf
- Saffioti, H. I. B. (1976). A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3825626/mod_resource/content/1/Saffioti%20%281978%29%20A_Mulher_na_Soc_Classes.pdf
- Secretaria de Estado de Justiça e de Cidadania - SEJUS. (2020). A violência doméstica em tempos de pandemia. <https://www.sejus.df.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/violencia-domestica-em-tempos-de-pandemia.pdf>
- Segato, R. L. (2016). *La Guerra contra las mujeres*. Traficantes de sueños. https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf
- Simões, M. C. G. (2023). Violência doméstica contra a mulher e os reflexos causados no aumento de casos gerados pela pandemia da COVID-19. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, 9(5), 3005-3019. <https://doi.org/10.51891/rease.v9i5.10058>
- Scott, J. (2017). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, 20(2). <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaorealidade/article/view/71721>
- Tribunal de Justiça do Maranhão. (2024, outubro 28). Relatório de atividades de 2020. <https://novogerenciador.tjma.jus.br/stora->

ge/arquivos/relatorios_cemulher/relatorio_de_atividades_cemulher_tjma_2020_23_06_2021_16_31_48.pdf

Cómo citar

IJJ-UNAM

da Costa Moraes, Tainá, “Violencia doméstica e interseccionalidad en contexto de pandemia. Un estudio de caso en Timon, Maranhão, Brasil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20407. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20407>

APA

da Costa Moraes, T. (2026). Violencia doméstica e interseccionalidad en contexto de pandemia. Un estudio de caso en Timon, Maranhão, Brasil. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20407. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20407>

Del indicio a la condena: transferencia probatoria y derecho a la verdad en casos de desaparición forzada

From Clue to Conviction: Evidentiary Transfer and the Right to Truth in Cases of Enforced Disappearance

Sandra Serrano

 <https://orcid.org/0000-0003-4134-5198>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: sandra.serrano@unam.mx

Recepción: 25 de octubre de 2025

Aceptación: 15 de febrero de 2026

Publicación: 27 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20674>

Resumen: Este artículo explora cómo se materializa el derecho a la verdad en casos de desaparición forzada mediante un enfoque probatorio escalonado y la complementariedad entre mecanismos internacionales de derechos humanos, comisiones de la verdad y procesos penales. Sostiene que la verdad se construye de forma acumulativa: los organismos internacionales (Comité de Desaparición Forzada y Corte Interamericana) privilegian prueba indiciaria, contextual y presuncional con cargas dinámicas de la prueba; las comisiones de la verdad (Perú, Argentina, Guatemala) ensamblan testimonios, documentos y peritajes para producir una narrativa estructural; y los tribunales nacionales, bajo el estándar “más allá de toda duda razonable”, incorporan ese conocimiento como transferencia probatoria para atribuir responsabilidades individuales. Metodológicamente, el trabajo es cualitativo y analiza textos jurídicos, informes de comisiones e hitos judiciales seleccionados en Guatemala, Perú y Argentina. La contribución central es conceptual y práctica: (i) perfila un modelo escalonado de prueba que articula estándares y productos entre mecanismos; (ii) muestra que el contexto adquiere valor sustantivo de prueba, y (iii) enfatiza el rol de los testimonios de víctimas. Para contextos con impunidad estructural y sin mecanismos estatales de verdad, como México, se subraya que documentar, sistematizar y preservar evidencias —aunque fragmentarias— ya ejerce el derecho a la verdad y prepara futuros procesos de rendición de cuentas.

Palabras clave: desaparición forzada; derecho a la verdad; prueba; contexto; comisiones de la verdad; Corte IDH; justicia penal.

Abstract: This article explores how the right to truth is realised in cases of enforced disappearance through a tiered evidentiary approach and the complementarity between interna-

tional human rights mechanisms, truth commissions and criminal proceedings. It argues that truth is constructed cumulatively: international bodies (the Committee on Enforced Disappearances and the Inter-American Court) favour circumstantial, contextual and presumptive evidence with dynamic burdens of proof; truth commissions (Peru, Argentina, Guatemala) assemble testimonies, documents, and expert reports to produce a structural narrative; and national courts, under the standard of ‘beyond a reasonable doubt,’ incorporate that knowledge as evidentiary transfer to attribute individual responsibilities. Methodologically, the work is qualitative and analyses legal texts, commission reports, and selected judicial milestones in Guatemala, Peru, and Argentina. The central contribution is conceptual and practical: (i) it outlines a tiered model of evidence that articulates standards and products between mechanisms; (ii) it shows that context acquires substantive value as evidence; and (iii) it emphasises the role of victim testimony. For contexts with structural impunity and no state truth mechanisms, such as Mexico, it is emphasised that documenting, systematising and preserving evidence—even if fragmentary—already exercises the right to truth and prepares future accountability processes. **Keywords:** enforced disappearance; right to truth; evidence; context; truth commissions; Inter-American Court of Human Rights; criminal justice.

I. Introducción

La desaparición de personas es un crimen y una violación grave de derechos humanos que persiste en muchos países. Los perpetradores se han ampliado, para incluir no sólo a agentes estatales, sino también a grupos criminales u otros grupos armados. Las víctimas se han diversificado, para incorporar no sólo a opositores políticos, sino también a jóvenes pobres. Además han mutado las formas de comisión, de ocultamiento y de las negativas de los Estados (Ansolabehere et al., 2024; Ansolabehere y Leigh, 2021). Con todo ello, la propia definición de desaparición ha debido ampliarse para contener tanto a las desapariciones forzadas, es decir, aquellas cometidas por agentes estatales, como a las desapariciones cometidas por particulares en lo individual, de grupos criminales u otros grupos armados (Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, 2018). Lo que permanece es la dificultad para conocer la verdad sobre lo sucedido a las víctimas. La ausencia de verdad acompaña a la desaparición de personas porque el ocultamiento es su objetivo. Con el ocultamiento también se asegura la impunidad y la falta de rendición de cuentas.

El derecho a la verdad nace como una respuesta al ocultamiento, al desconocimiento sobre lo sucedido a las personas desaparecidas y, en general,

para entender las razones y las consecuencias de las violaciones a derechos humanos (Carrillo, 2014; Klinkner, 2023; Mata, 2023; Naqvi, 2006). Este derecho busca que las familias obtengan una respuesta del Estado respecto de lo que le ocurrió a la persona desaparecida y que se conozca su suerte y paradero (dimensión individual). Al tiempo, el derecho a la verdad también informa a la sociedad sobre su pasado y le permite iniciar procesos de rendición de cuentas, hacerse cargo de la impunidad y proteger los derechos humanos (dimensión colectiva o social). Aún más, también se trata de acercarse a la llamada “verdad estructural” que obliga a los Estados a determinar la estructura política y administrativa que permitió que se produjeran las violaciones a derechos humanos. Esto incluye establecer la cadena de mando, qué órdenes se dieron y quién las dio, qué infraestructura se utilizó para llevar a cabo los abusos generalizados y sistemáticos, y los mecanismos que se emplearon de forma consciente y deliberada para garantizar el secreto de las operaciones y la impunidad de los responsables. Es decir, aclarar la estructura del régimen de violencia (Klinkner y Davis, 2020, p. 49).

Sin embargo, la construcción de la verdad no se alcanza de una sola vez. Al contrario, la experiencia internacional muestra la necesidad de la complementariedad de distintos mecanismos. Así, instituciones propias de la justicia transicional, como las comisiones de la verdad tienen el potencial de brindar un panorama general sobre los hechos y el contexto, así como reflejar la voz de las víctimas y acercarse a descifrar la verdad estructural. Mientras que los procedimientos judiciales se enfocan en acreditar responsabilidades, dar certeza sobre los perpetradores, pero también sobre cómo se operaron las violaciones graves a derechos humanos. En el medio de estos mecanismos, existen otros extrainstitucionales, los reportes generados por universidades, periodistas, organizaciones de la sociedad civil y las propias víctimas. En su conjunto, este andamiaje complementario tiene el potencial de producir información más completa que permita entender qué y por qué sucedieron las violaciones a derechos humanos.

La literatura sobre el derecho a la verdad y mecanismos de justicia transicional camina en esta ruta de la complementariedad (Carrillo, 2014; Chaparro, 2022; Druliolle, 2022; Dukalskis, 2011; Duthie y Seils, 2017; Klinkner y Davis, 2020; Naftali, 2016; Olsen et al., 2010; Uprimny Yepes y Saffon, 2019). También se ha señalado la importancia de dicha complementariedad

para el caso específico de la desaparición de personas, en particular sobre cómo los informes de las comisiones de la verdad pueden incidir en los juicios seguidos en contra de los responsables (Balardini, 2021; Klinkner, 2023). Sin embargo, no se ha visibilizado cómo es que se concretiza tal complementariedad a partir de la evidencia con que cuenta cada mecanismo y la relevancia de los distintos estándares probatorios utilizados, así como de los productos de dichos mecanismos. La observación desde las evidencias resulta clave en esta discusión, pues permite identificar qué información es relevante y la valoración que cada uno de los mecanismos lleva a cabo para construir una parte de los hechos y con ello abonar a la verdad. Tratándose de casos de desaparición es aún más relevante ante la dificultad de hacerse de información sobre los hechos y la persona desaparecida.

En este sentido, la pregunta que guía a este artículo es: ¿de qué manera el enfoque probatorio escalonado y la diversidad de objetivos entre los mecanismos de derechos humanos, las comisiones de la verdad y la justicia penal contribuyen a la materialización progresiva del derecho a la verdad en casos de desaparición forzada?

El argumento que se sigue es que el derecho a la verdad en casos de desaparición forzada se construye a través de un proceso escalonado de acumulación y valoración de pruebas que llevan a cabo distintos mecanismos. Se trata de un proceso que avanza desde la visibilización de las víctimas y la documentación de los contextos por parte de mecanismos de derechos humanos y comisiones de la verdad, hasta la atribución de responsabilidad individual en los juicios penales. Esta dinámica muestra una complementariedad operativa entre los distintos mecanismos de verdad, donde cada uno aporta elementos esenciales para la conformación de una verdad integral. La construcción de la verdad en los casos de desaparición forzada es un proceso paulatino que requiere un esfuerzo sostenido de recopilación, contrastación y valoración diversa de la información.

Se trata de una discusión relevante, tanto por la persistencia de la desaparición de personas, como por el déficit en las respuestas estatales frente a tal conducta prohibida (Ansolabehere et al., 2024). En países como México, donde no existen mecanismos estatales de verdad que busquen dar cuenta de las violaciones a derechos humanos presentes y donde existe una impunidad activa (Anaya-Muñoz et al., 2024), se requiere poner énfasis en la recopilación

y sistematización de información y la creación de informes desde la sociedad civil, que permitan preservar las evidencias necesarias para construir verdad sobre las desapariciones ahora, pero también desde los órganos estatales en un futuro. Además, esta discusión resulta clave para los propios mecanismos jurisdiccionales de varios países, que ya se enfrentan a juicios de desaparición sin contar con suficientes elementos para dirimirlo. Particularmente si se considera que, de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, la investigación y sanción de las desapariciones requiere un análisis complejo, contextual y sistémico que sea capaz de ubicar los casos concretos en las dinámicas que les dieron origen (Ferrer Mac-Gregor y Góngora Maas, 2019; Serrano, 2024).

Se trata de un artículo exploratorio que busca abonar a la discusión sobre las evidencias en casos de desaparición y el derecho a la verdad. La metodología es cualitativa, de análisis de textos jurídicos e informes producidos por comisiones de la verdad, organismos internacionales de derechos humanos y juicios penales. El análisis de los textos jurídicos se llevó a cabo a partir de la identificación de las evidencias y los estándares probatorios utilizados por los distintos órganos. El artículo es resultado de una investigación más amplia en la materia que lleva a cabo el Observatorio sobre Desapariciones e Impunidad en México (ODIM) con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.¹

Dada su característica exploratoria, los casos analizados no tienen como objetivo reconstruir la verdad de los países, sino demostrar cómo es que existe interacción entre organismos de derechos humanos, comisiones de la verdad y juicios penales. En ese sentido, se analizan casos de Guatemala, Perú y Argentina. La selección de estos casos responde a un criterio analítico y comparado, orientado a examinar la construcción de la verdad y la transferencia probatoria en contextos de desaparición forzada, a partir de distintos arreglos institucionales y secuencias temporales. Estos casos, no buscan representatividad regional, sino mostrar el desarrollo de comisiones de la verdad y procesos judiciales nacionales e internacionales que (Serrano y Robles Za-

¹ El ODIM desarrolló una investigación más amplia sobre las pruebas y estándares probatorios en materia de desaparición, de la cual este artículo es uno de los resultados (Serrano et al., 2021). La autora agradece la contribución en la investigación de Isabel Montoya y Luis Eliud Tapia.

marripa, 2024), en momentos históricos diferenciados, produjeron y reutilizaron evidencia testimonial y contextual. La diversidad temporal no constituye un obstáculo comparativo, sino una condición analítica que permite observar la acumulación progresiva de elementos normativos y probatorios, así como la circulación de la evidencia entre mecanismos a lo largo del tiempo, lo que permite evidenciar que la verdad y la prueba son procesos históricos, relacionales y no lineales. Por su parte, para el caso de los organismos internacionales se refieren asuntos de diversos países, con la intención de mostrar el mecanismo seguido para construir verdad.

El análisis se centra en casos de desaparición forzada de personas, es decir, aquella cometida por agentes estatales o por particulares con su aquiescencia, en la medida que todavía existe muy poco respecto de las desapariciones cometidas por particulares.² Es este el principal límite del artículo, en tanto los casos analizados se apoyan en estándares desarrollados para atribuir responsabilidad estatal, cuya competencia y racionalidad probatoria están orientadas a examinar la actuación del Estado. En consecuencia, cuando las desapariciones son perpetradas por actores no estatales, sin vínculos demostrables con agentes estatales, algunos elementos del modelo, como la responsabilidad por conocimiento, pueden encontrar límites normativos u operativos. Sin embargo, ello no implica que las desapariciones cometidas por particulares queden fuera de la propuesta, sino que los mecanismos actualmente disponibles para su esclarecimiento son todavía incipientes.

Además de esta introducción, el artículo se divide en tres partes. La primera discute la literatura sobre la complementariedad entre mecanismos de verdad, con especial énfasis en desaparición forzada. La segunda parte presenta el análisis de las pruebas utilizadas en los distintos mecanismos. Mientras que en la tercera parte se discute los hallazgos y presenta unas reflexiones finales.

² Aunque estas desapariciones están reconocidas en textos legales, como la Ley General en Materia de Desaparición Forzada, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda en México, su desarrollo en la adjudicación internacional y nacional, así como en la experiencia de comisiones de la verdad es aún limitada.

II. El derecho a la verdad y la desaparición forzada

La relación entre el derecho a la verdad y la desaparición forzada ha sido constante desde los primeros casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El derecho a la verdad se ha constituido como un derecho necesario frente a la desaparición de una persona y frente a la falta de información sobre lo ocurrido y respecto del paradero y suerte de la víctima:

La Corte ha advertido la relevancia del derecho a la verdad respecto de las desapariciones forzadas. La satisfacción de este derecho es de interés no solo de los familiares de la persona desaparecida forzosamente, sino también de la sociedad en su conjunto, que con ello ve facilitada la prevención de este tipo de violaciones en el futuro. El derecho a la verdad se relaciona, de modo general, con el derecho a que el Estado realice las acciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes. (*Caso Movilla Galarcio y otros vs. Colombia*, 2022, pp. 44-45).

Sin embargo, esta relación no siempre es sencilla. Esto tiene que ver con cómo se entiende el derecho a la verdad desde la jurisprudencia interamericana, pero también con la forma en que la propia desaparición forzada es entendida y lo que se requiere para que efectivamente se considere que se ha develado lo sucedido. El derecho a la verdad en la jurisprudencia interamericana surge como un derecho subsumido dentro del acceso a la justicia, esto es, como un derecho que responde a los deberes de investigación, sanción y reparación y, en específico, a que la desaparición sea efectivamente investigada, se siga un proceso a los responsables, se impongan las sanciones pertinentes y se repare el daño causado (*Caso Blake vs. Guatemala*, 1998), aunque después le es reconocida su autonomía (*Caso Maidanik y otros vs. Uruguay*, 2021).

Ahora bien, la Corte IDH exige un estándar alto tratándose de sentencias que resulten de un juicio penal por desaparición forzada, que se relaciona con la forma en que entiende las obligaciones estatales. En línea con los estándares universales, el Tribunal Interamericano entiende a la desaparición forzada a partir de tres elementos: 1) la privación de la libertad, 2) la interven-

ción directa de agentes estatales, su aquiescencia o tolerancia, y 3) la negativa de reconocer la detención y revelar el paradero o la suerte de la persona desaparecida (*Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009). Asimismo, la Corte IDH ha identificado algunas características respecto a la naturaleza jurídica de las desapariciones. Se trata de una violación compleja y múltiple de derechos humanos porque compromete los derechos a la vida, la personalidad jurídica, la integridad personal y la libertad personal. Es una violación continuada y permanente en tanto la conducta continúa cometiéndose hasta que no se encuentra a la persona o se conozca su destino. Y es una violación autónoma porque se le reconoce como una violación por sí misma, independientemente de la violación de los derechos que la compongan (*Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, 2009; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 2010).

Estas características de la desaparición forzada como violación a derechos humanos ponen un umbral mayor respecto a lo que se espera que la investigación de los hechos y, en su caso, la sentencia por responsabilidad penal responda sobre ella. La Corte IDH ha señalado que la investigación de los perpetradores y la búsqueda de las personas desaparecidas debe abarcar la totalidad de los hechos que se presentan. Esto implica que es necesario realizar un análisis sistemático y comprensivo de los hechos, a fin de contar con una perspectiva integral que permita a las autoridades investigadora y judicial formarse un juicio de la complejidad que reviste el hecho (*Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 2010).

Por tanto, el análisis que debe realizarse en la investigación y plasmarse en la sentencia, debe abarcar la totalidad de los hechos, “con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias” (*Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, 2009, p. 24). De tal manera que deben evitarse los análisis aislados, divididos o fragmentados (*Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, 2012, p. 60). Además, la sentencia debe permitir develar el contexto estructural que permitió la desaparición y los patrones sistemáticos que la sustentan, de tal manera que se asegure el combate a la impunidad.

Lo anterior pone una carga importante a la investigación de la desaparición forzada y, por tanto, en alcanzar la verdad sobre los hechos. En pocas palabras, el estándar interamericano impone la obligación de ubicar la des-

aparición en el contexto político, social y legal que permitió tales hechos. Se trata de un umbral complejo para fiscalías si se realiza un análisis de los hechos aislado de otras fuentes que permiten entender el contexto en el que sucedieron tales desapariciones.

En el mismo sentido, el derecho a la verdad debe alcanzarse en el juicio penal. Para la Corte IDH una comisión de la verdad puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos y las determinaciones de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos. Sin embargo, aclara que estos mecanismos de verdad no sustituyen el deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes.

Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. (*Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, 2007, p. 38).

Como puede observarse, el problema de esta aproximación son las propias limitaciones de los juicios penales para reunir la información establecida por el estándar, en particular, en casos complejos y de violaciones generalizadas o sistemáticas de derechos humanos, como suelen ser los contextos en los que se presentan las desapariciones. Entonces, los juicios penales tienen el potencial de identificar responsabilidades e identificar estructuras de mando, entre otros factores, pero tienen menos posibilidades de hacerse cargo de la determinación de un contexto que apunte a la verdad estructural sobre los hechos.

La literatura académica en la materia reconoce estas limitaciones de los diferentes mecanismos y por ello, en línea con la propia Corte IDH, sostiene la complementariedad de las diferentes determinaciones de verdad. Sin embargo, no establece la superioridad de una sobre otra, lo relevante es el propio “mosaico de justicia” (Duthie y Seils, 2017). En efecto, hoy la complementariedad de los distintos mecanismos de justicia transicional, particularmente de comisiones de la verdad y juicios penales, está ampliamente reconocido en la literatura (Carrillo, 2014; Chaparro, 2022; Druliolle, 2022; Dukalskis,

2011; Duthie y Seils, 2017; Klinkner y Davis, 2020; Naftali, 2016; Olsen et al., 2010; Uprimny Yepes y Saffon, 2019). Esta complementariedad asume que los distintos mecanismos, incluso los extrainstitucionales que se desprenden de informes académicos o periodísticos (Uprimny Yepes y Saffon, 2019), aportan elementos diferenciados para contar con una comprensión más profunda sobre las violaciones a derechos humanos, sus causas y consecuencias.

En este sentido, Uprimny Yepes y Saffon (2019) sostienen que debido a que cada mecanismo de búsqueda de la verdad (judicial, extrajudicial institucionalizada como las comisiones de la verdad o verdad social no institucionalizada) tiene fortalezas y debilidades particulares que a menudo corresponden a las debilidades y fortalezas de los otros, el derecho a la verdad puede ser satisfecho de manera más adecuada si todos estos mecanismos se ven como complementarios entre sí. Argumentan que las debilidades de la verdad judicial encuentran en las potencialidades de los mecanismos extrajudiciales formas de subsanarse y viceversa. La verdad reconstruida mediante la concurrencia de mecanismos judiciales, extrajudiciales y sociales es entonces más completa, integral, global, profunda, relevante, sensible a las víctimas, menos onerosa y producida con agilidad. Además, esta complementariedad de los mecanismos tendría más posibilidades de impactar en la democratización y en los derechos humanos (Duthie y Seils, 2017; Olsen et al., 2010).

Así, la verdad judicial que resulta de un proceso adversarial permite que víctimas y victimarios expresen sus puntos de vista, la decisión del juez está motivada y basada en pruebas y es difícilmente refutable, las sentencias tienen valor de cosa juzgada, los jueces tienen facultades coercitivas y pueden imponer sanciones y atribuir responsabilidades. Sin embargo, tiene diferentes debilidades, como su carácter fragmentario, en tanto investiga caso por caso; su naturaleza unilateral porque se enfoca en la dimensión jurídica de los hechos; su centralidad en los derechos de las personas acusadas; los altos costos y lentitud de los procesos, entre otros (Uprimny Yepes y Saffon, 2019).

Por su parte, las comisiones de la verdad pueden tener una visión más global sobre las violaciones y las causas estructurales, lo que les permite tener un enfoque integral sobre las distintas dimensiones del problema (políticas, sociales, culturales, etcétera). Además, tienen el potencial de ser sensibles con las víctimas y pueden representar menores costos, mayor flexibilidad y agilidad procesal. Sus resultados tienen el potencial de establecer el contex-

to y los responsables, así como producir un relato complejo sobre los hechos. No obstante, sus productos pueden tener una fuerza de convicción cuestionable, recuperar solo una mirada respecto de los hechos, alcanzar conclusiones muy generales y, por tanto, estar sujetos a ser revisables y debatibles (Uprimny Yepes y Saffon, 2019).

Esta construcción no debe significar un ejercicio simple de prueba de hechos o de *fact-finding*, sino una comprensión integral de la verdad. Esto es, supone un esfuerzo explicativo orientado a esclarecer las causas, racionalidades y estructuras que hicieron posible la violencia que generó las desapariciones (Klinkner y Davis, 2020). En este enfoque, los hechos dejan de ser considerados eventos aislados o contingentes y pasan a inscribirse en una narrativa que da cuenta de la operación de la maquinaria que los hizo posible (Reed, 2008), de los patrones de actuación y de los arreglos institucionales y políticas subyacentes (Klinkner y Davis, 2020). Así, los testimonios, archivos y documentos no se agotan en su valor probatorio, sino que requieren ser interpretados y contextualizados para convertirse en herramientas de esclarecimiento (Chaparro, 2022), donde la verdad opera no sólo como conocimiento de lo ocurrido, sino como un reconocimiento político y moral de los hechos, con un potencial reparador para las víctimas y explicativo para la sociedad (Lessa, 2021).

La complementariedad, sin embargo, no es necesariamente un proceso sencillo, ni los objetivos se alcanzan de igual manera si la secuencia entre los mecanismos inicia por los juicios penales que si empieza por comisiones de la verdad (Dukalskis, 2011). Pueden existir disputas sobre los entendimientos de verdad y justicia (Naftali, 2016) o problemas respecto de cooperación (Chaparro, 2022). En cualquier caso, la complementariedad o, incluso, interacción de los mecanismos tiene más potencial de lograr resultados en cuanto a la verdad.

En materia de desaparición forzada de personas este mosaico de justicia (Duthie, 2017) ha sido clave en países como Argentina. Balardini (2021) muestra cómo, a pesar de que los crímenes cometidos (entre ellos desaparición forzada) en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) en Argentina fueron ampliamente descritos en mecanismos transicionales previos (como el informe Nunca Más de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Persona e, incluso, producciones literarias), los juicios penales aportaron

conocimiento específico y novedoso, que permitió profundizar y conceptualizar de forma diferente fenómenos como la violencia de género, la división de sobrevivientes y los “vuelos de la muerte”.

Por su parte, Klinkner (2023) entiende al derecho a la verdad como un “derecho habilitador” para lograr la protección de los derechos de las personas desaparecidas. Esto significa que este derecho constituye un punto de partida que desbloquea la posibilidad de ejercer otros derechos y de avanzar en la resolución de los casos de personas desaparecidas. Así, conocer los hechos sobre la desaparición permite iniciar y sostener procesos de búsqueda, investigación y rendición de cuentas que, a su vez, abran paso al acceso a la justicia y a la reparación del daño.

Si bien esta literatura reconoce *a)* la complementariedad de los mecanismos de verdad y *b)* la importancia de tal derecho para el ejercicio de los derechos vinculados con la desaparición forzada de personas, la discusión en torno a las pruebas que utiliza cada mecanismo y los estándares probatorios ha sido, si acaso, colateral. En ese sentido, este artículo busca aportar elementos para discutir los medios de prueba en los distintos tipos de mecanismos de verdad y cómo estos también son complementarios entre sí en dos sentidos. Por un lado, porque las distintas pruebas tienen valor diferente en cada uno de los mecanismos, por lo que aun contando con pocos elementos es posible iniciar procesos de verdad. Por otro, porque los resultados de los mecanismos pueden constituir pruebas que sean útiles para otros mecanismos, es decir, las pruebas se construyen también como resultado del inicio de procesos de verdad.

Cabe advertir que la verdad no se concibe como una agregación de datos o hechos aislados que conduciría a un reduccionismo del derecho e impediría comprender la lógica de las violaciones a derechos humanos. La verdad se entiende como una construcción narrativa compleja, orientada a describir lo ocurrido pero, sobre todo, a explicar los contextos, las estructuras de poder, las decisiones políticas y los arreglos institucionales que hicieron posible la violencia. Desde esta perspectiva, la verdad se concibe como un relato intersubjetivo, éticamente articulado y perfectible, construido a partir del encuentro de múltiples voces, en particular las de las víctimas, y abierto a revisión constante.

En este sentido, el derecho a la verdad es clave para la construcción de la memoria colectiva y para las garantías de no repetición (Chaparro, 2022). La verdad preserva el conocimiento de las violaciones como parte del patrimonio histórico, combate el negacionismo y posibilita un reconocimiento público del daño que tiene un efecto reparador al devolver la dignidad a las víctimas (Klinkner y Davis, 2020; Naqvi, 2006). Al mismo tiempo, al esclarecer las causas, patrones y estructuras que hicieron posible la violencia, el derecho a la verdad contribuye a hacerle frente a la impunidad (Klinkner, 2023) y generar las condiciones para prevenir la repetición de los hechos (Chaparro, 2022; Mata, 2023).

¿Por qué es relevante esto para países como México? Porque los procesos de verdad requieren de decisiones políticas que busquen hacerse cargo de las violaciones graves a derechos humanos. Donde esto no existe, como en México, parecería que no hay posibilidades para la verdad. Sin embargo, la construcción de verdad comienza con la mera recopilación y sistematización de la información, con la construcción de casos en distintas instancias que después habiliten a otros mecanismos. De ahí que apuntar a las pruebas y los estándares probatorios ayuda a identificar qué documentos recopilar, qué tipo de información se requiere y apostar a distintos mecanismos existentes, a partir de la diversidad de estándares probatorios. Toda información abona a la construcción de la verdad en casos de desaparición forzada.

III. Mecanismos de verdad: pruebas y estándares probatorios

La desaparición forzada es una violación grave a derechos humanos y un delito, cuyo propósito es ocultar a la víctima información sobre ella y toda evidencia respecto de su ocultamiento, lo que plantea un desafío probatorio de enorme complejidad. Dada su naturaleza se hace necesario un enfoque probatorio que sea capaz de responder a la escasez de pruebas directas y a la necesidad de construir la verdad a partir de indicios, presunciones y contextos.

Esta sección sigue una lógica de construcción escalonada de la evidencia. Se examinan progresivamente los mecanismos, primero aquellos centrados en la responsabilidad estatal, como el Comité de Desaparición Forzada y la Corte IDH. Posteriormente, se analizan los mecanismos de verdad que cons-

truyen una narrativa sobre los hechos y las circunstancias en que sucedieron las desapariciones. El artículo se centra especialmente en las comisiones de la verdad en tanto especies de “bisagras” que permiten articular los hechos y los procesos penales. Finalmente, se abordan los mecanismos de adjudicación penal, a partir de identificar cómo es que han recibido o dialogado con los resultados de las comisiones de la verdad y de los organismos internacionales. Si bien este recorrido no pretende reflejar, caso por caso, el proceso acumulativo, en su conjunto, muestra la relevancia de la evidencia construida a partir de los distintos mecanismos de verdad.

1. Mecanismos enfocados en la responsabilidad estatal: organismos de derechos humanos

Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos tienen como objetivo principal determinar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de sus obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea por acción directa de sus agentes o por omisión de sus deberes de garantía y protección. Este enfoque en la responsabilidad estatal incide en sus estándares y métodos probatorios, los cuales están diseñados para superar los obstáculos inherentes a la prueba de la desaparición forzada.

El estándar probatorio seguido por estos organismos difiere entre los órganos cuasi jurisdiccionales —como los comités de tratados de las Naciones Unidas— y los jurisdiccionales como la Corte IDH. Mientras que los primeros parten del análisis de los documentos ofrecidos por las partes para decidir sobre el fondo del asunto, los segundos establecen un procedimiento contencioso que busca asegurar las garantías judiciales de las partes. Primero se analiza el Comité de Desaparición Forzada (CED) que supervisa la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra la Desaparición Forzada (2006). Este Comité tiene, entre otras, la facultad de recibir comunicaciones individuales por violaciones a derechos humanos. Después se analizan los estándares y medios probatorios de la Corte IDH que supervisa el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y otros tratados del sistema interamericano.

A. Comité contra la Desaparición Forzada

Los comités cuasi jurisdiccionales, como el de Desaparición Forzada, han desarrollado un sistema de valoración de la prueba que se adapta a la naturaleza de la violación. Dado que la desaparición implica el ocultamiento de la evidencia y la dificultad de encontrar testigos, estos órganos basan sus decisiones en gran medida en presunciones e indicios.

La dinámica de la carga de la prueba es flexible. Aunque inicialmente recae en las personas denunciadas, se invierte cuando la información necesaria para esclarecer los hechos obra exclusivamente en poder del Estado. En estos casos, si el Estado no refuta las alegaciones con pruebas o explicaciones satisfactorias, el Comité puede considerarlas fundamentadas. El procedimiento se basa en el examen de las presentaciones documentales escritas de las partes, aunque el CED abrió recientemente la posibilidad de tener audiencias orales (*Ramírez Barrios y otros vs. México*, 2025).

El CED ha resuelto pocos asuntos de desaparición debido a su reciente creación. De 2016 a 2025, el Comité ha desarrollado un modelo probatorio propio, centrado en la evaluación razonada de indicios, contextos y omisiones estatales a la luz de los deberes de prevención, búsqueda e investigación. A lo largo de su jurisprudencia (*Berrospe Medina vs. México*, 2023; *E.L.A. vs. Francia*, 2020; *M.I. vs. República Checa*, 2017; *Ramírez Barrios y otros vs. México*, 2025; *Yrusta vs. Argentina*, 2016) el Comité ha transitado de un estándar de convicción razonada hacia uno de atribución por conocimiento, donde la aquiescencia del Estado puede inferirse a partir de pruebas contextuales y omisiones prolongadas.

Si bien la prueba contextual es la principal en este Comité, las personas denunciadas han ofrecido una variedad de pruebas que el CED ha valorado. En primer lugar, están los testimonios y declaraciones de los familiares y testigos, a los que el CED otorga valor fundamental cuando son coherentes, persistentes y compatibles entre sí. En general, el Comité valora la consistencia temporal e interna de los relatos, incluso cuando son indirectos, y considera que la ausencia de una oposición específica del Estado refuerza la credibilidad del testimonio. En un caso, las declaraciones de las hermanas de la persona detenida fueron suficientes para demostrar la falta de información estatal y la omisión de notificar su muerte (*Yrusta vs. Argentina*, 2016). De manera

similar; en otro caso contra los testimonios de vecinos que observaron la detención por agentes uniformados y armados fueron considerados indicios directos de la participación estatal (*Berrospe Medina vs. México*, 2023).

La documentación bajo control estatal es una de las principales fuentes de convicción. En *Yrusta vs. Argentina*, los registros penitenciarios y las órdenes de traslado permitieron atribuir responsabilidad por una desaparición bajo custodia. En *Berrospe Medina* la ausencia de registros de detención y bitácoras de patrullas se interpretó como una omisión probatoria que genera una presunción adversa.

Además, el CED ha establecido que los dictámenes médicos o psicológicos realizados conforme al Protocolo de Estambul constituyen pruebas relevantes, aunque no concluyentes. En este sentido, el Comité ha reprochado la desestimación inmotivada de informes que acreditaban lesiones compatibles con maltrato o traumas psicológicos (*E.L.A. vs. Francia*, 2020; *Yrusta vs. Argentina*, 2016). En general, la valoración de estos dictámenes se realiza de manera conjunta con otros elementos, a fin de reforzar la convicción razonada basada en la coherencia del conjunto y no en la prueba aislada.

En *Berrospe Medina* y *E.L.A.* el Comité ha consolidado la prueba de contexto como elemento estructural del análisis. La presencia de patrones de desaparición, represión o impunidad constituyen indicios de riesgo conocido y, por tanto, prueba del deber de prevención del Estado. El *Caso Ramírez Barrios y otros vs. México* lleva este principio más lejos: el contexto regional (conflictos territoriales, presencia de grupos armados y omisión estatal prolongada) se consideró prueba de conocimiento y aquiescencia estatal. En este caso, la prueba contextual adquiere un valor sustantivo, no solo ilustrativo. Esto es, el contexto deja de ser un marco que explica y da pauta a las desapariciones, para convertirse por sí mismo en una prueba.

Finalmente, el CED también considera las actuaciones procesales y las omisiones estatales como elementos de prueba. La falta de inspecciones, demoras en las diligencias o ausencia de comunicación a los familiares se interpretan como indicadores de incumplimiento del deber de debida diligencia. De nueva cuenta, en el *Caso Ramírez Barrios* se da un paso más allá, pues la omisión prolongada en la búsqueda y la investigación constituye prueba directa de aquiescencia estatal, lo que eleva la omisión del cumplimiento de un

deber procesal, a una violación sustantiva del artículo 2o. de la Convención, esto es, a la acreditación de la desaparición forzada.

Las pocas comunicaciones que ha resuelto el CED hasta ahora dan muestra de una evolución acelerada del estándar probatorio. Desde su primer caso, *Yrusta vs. Argentina*, el Comité estableció que la carga de la prueba no recae exclusivamente en la persona denunciante, sino que el Estado debe disponer los medios para esclarecer los hechos, en la medida que en la mayoría de las ocasiones es quien cuenta con la información. Así, este estándar permite declarar la violación con base en indicios suficientes, coherentes y no refutados. Ya en *E.L.A. vs. Francia* el comité adoptó un estándar de “motivos fundados” para valorar el riesgo de desaparición en casos de expulsión. Para ello se basó en la existencia de un riesgo real, personal y previsible, determinado por la evaluación conjunta de la prueba médica, el contexto y los antecedentes individuales. El Comité sostuvo que no basta una negación general de la conducta alegada, sino que el Estado debe motivar la valoración probatoria y considerar el contexto general de las desapariciones en el país de destino.

Por su parte, para 2023 en el *Caso Berrospe Medina vs. México*, el CED transformó la carga probatoria en un principio dinámico, similar al utilizado por la Corte IDH, donde una vez que el autor presenta indicios suficientes de participación estatal, corresponde al Estado refutarlos con pruebas concretas y no con simples negativas. La inactividad o la falta de cooperación se convierten así en una presunción adversa para el Estado, lo que refuerza la convicción del Comité sobre la responsabilidad internacional.

En su último caso, *Ramírez Barros y otros vs. México* se marca un giro doctrinal: el Comité atribuye responsabilidad al Estado por desapariciones cometidas por actores no estatales, a partir de su conocimiento del riesgo y su omisión prolongada. La aquiescencia se prueba mediante indicios contextuales y omisiones verificables, esto es, no requiere prueba directa de autorización o apoyo. Así, el estándar de convicción razonada se amplía a uno de atribución por conocimiento donde la inacción informada equivale a consentimiento tácito.

Como puede observarse de este trayecto, las pruebas utilizadas por el Comité descansan sobre todo en el contexto. Aquí el contexto se convierte en un eje que articula testimonios, documentos oficiales, dictámenes médicos y otra información con que se cuente. Lo relevante es la mirada que aporta

el Comité al leer estas pruebas y darles el peso necesario, a partir de las circunstancias observadas. En estos casos, no hay una alta exigencia probatoria, más bien es la valoración de ellas en el contexto, teniendo como objetivo el esclarecimiento de los hechos, lo que hace la diferencia. Esto implica que aun teniendo pocas evidencias es posible comenzar a construir verdad.

B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH se encuentra en un punto intermedio en el andamiaje de los mecanismos de verdad. Por un lado, produce una verdad a partir de pruebas basadas principalmente en el contexto, pero por otro lado también recibe los resultados de otros mecanismos de verdad como pruebas, tal es el caso de los informes de las comisiones de la verdad. Sin embargo, se ubica en el conjunto de organismos internacionales de derechos humanos no sólo por su naturaleza, sino también por el tipo de pruebas que recibe de las partes y por su método de valoración de la prueba enfocado en el derecho a la verdad de las víctimas concretas.

La Corte IDH reconoce que la desaparición genera una situación que dificulta y muchas veces impide la obtención de pruebas directas. Desde su primer caso, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte adoptó un sistema probatorio flexible, fundado en la lógica de que exigir pruebas directas no sería más que favorecer la impunidad de los responsables al premiar el ocultamiento de la persona y de toda la información sobre ella (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988). Así, la prueba indiciaria, circunstancial y presuncional tiene valor suficiente para acreditar los hechos, cuando de ella puedan inferirse conclusiones consistentes con la responsabilidad estatal. Por ello, la Corte IDH cuenta con un modelo de prueba contextual, en el que las desapariciones se demuestran a partir de un conjunto de indicios convergentes (*modus operandi*, negación de la detención, falta de investigación, etcétera), en lugar de pruebas aisladas o testimonios directos.

En este sentido, la Corte abreva de distintos medios probatorios: testimonios, documentales, expedientes judiciales, informes de organismos internacionales, informes de organizaciones civiles, informes de comisiones de la verdad, entre muchos otros. El contexto, por su parte, también debe ser probado en la medida que hace parte integrante de la construcción del caso con-

creto. Para probar el contexto de prácticas sistemáticas, patrones y violaciones graves, la Corte IDH ha hecho uso de distintas fuentes, entre ellas:

- i) asambleas generales, consejos, conferencias y organismos especializados, grupos de trabajo, comités, relatorías y otras entidades de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos; ii) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sus órganos, relatorías y unidades; iii) organismos nacionales, organizaciones no gubernamentales, instancias eclesiales y diversas fuentes particulares; iv) comisiones de la verdad y esclarecimiento histórico, y v) peritajes y testimonios recibidos ante la Corte. (García Chavarría, 2019, pp. 309-310)

Adicionalmente, como ya se mencionó, la Corte utiliza la prueba indiciaria cuando no cuenta con prueba directa. Es decir, la verosimilitud de los hechos de forma por medio de la presunción de que el hecho ocurrió. La Corte IDH utiliza tanto las presunciones simples como las legales. Las primeras son utilizadas cuando los elementos de convicción no son suficientes, no existe prueba directa sobre los hechos, son de difícil demostración o la prueba es escasa. Las segundas son presunciones de inicio sobre los hechos, la violación de un derecho o sobre los daños. Por ejemplo, la Corte IDH presume la existencia de la violación del derecho a la integridad psíquica en los casos de desaparición forzada, por lo que no tiene que probarse individualmente la violación de ese derecho (*Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 2008).

Dada su naturaleza de tribunal de derechos humanos, el sistema de valoración de la prueba de la Corte IDH es el de la sana crítica, similar a la convicción razonada, por lo que basta con que se compruebe la veracidad o verosimilitud de los hechos de acuerdo con ella. Por tanto, el estándar probatorio es abierto y puede dar lugar a inconsistencias. En todo caso, la Corte pondera la prueba a la luz del contexto estructural de impunidad y represión, entendiendo que el valor de los indicios se refuerza mutuamente dentro de un patrón sistemático (Ferrer Mac-Gregor, 2016).

En principio, la carga de la prueba corresponde a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, la defensa del Estado no puede descansar en la “imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado” (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988), como

es el caso de la desaparición forzada de personas. Aún más, cuando el Estado niega las detenciones o el acceso a registros oficiales, no investiga con eficacia o tiene documentos o archivos bajo reserva, la Corte aplica la carga dinámica de la prueba, en tanto traslada al Estado la responsabilidad de probar los hechos por tener mejores condiciones para hacerlo (*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2000; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 2010). La Corte asume que la falta de esclarecimiento constituye un indicio relevante de la responsabilidad estatal.

La prueba requerirá mayor o menor argumentación atendiendo a su relación con los hechos. Cuando se trata de pruebas unívocas, es decir, que no admiten un significado o interpretación diferente, se dan por probados los hechos. Mientras que en otro tipo de pruebas es necesario desarrollar la argumentación sobre por qué se considera que determinado medio de prueba genera convicción sobre el hecho concreto. Si bien la Corte IDH ha desarrollado y completado sus criterios generales sobre desaparición forzada, tratándose de las pruebas ha sido consistente desde el *Caso Velásquez Rodríguez*, su primer caso, en afirmar a la prueba indiciaria y presuntiva como la principal, acompañada del uso dinámico de la prueba.

Al igual que el CED, la Corte IDH establece una valoración de la prueba flexible, donde el contexto está en el centro del andamiaje y permite articular las distintas pruebas existentes, particularmente las indirectas. Se trata, de nueva cuenta, de identificar a partir de la información con la que se cuenta, pero también desde su ausencia, las dinámicas que hacen razonable considerar la existencia de la desaparición forzada.

En estos organismos internacionales la voz de las víctimas es clave para el entendimiento del caso. Desde sus relatos y los de otras personas testigos se construye un relato que los organismos internacionales complementan con el contexto y las otras pruebas existentes.

2. Comisiones de la verdad

Las comisiones de la verdad actúan como mecanismos “bisagra”. Ocupan un espacio estratégico entre los hallazgos generales de la determinación de violaciones a derechos humanos y la potencial judicialización de los perpetradores. Su función principal no es adjudicar responsabilidad penal, sino

construir una narrativa detallada y coherente sobre lo sucedido, identificando patrones, estructuras responsables y las causas subyacentes de la violencia.

El análisis se centrará en tres comisiones de la verdad de países latinoamericanos que conocieron casos de desaparición forzada: Perú, Argentina y Guatemala. Cada una de ellas utilizó enfoques que les permitieron allegarse de la mayor cantidad de información posible con un enfoque que privilegia la “escucha a las víctimas”, convirtiendo al testimonio en la piedra angular de su trabajo. Sin embargo, esta escucha se complementó con una rigurosa contrastación de fuentes.

1. *Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*

La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (CVR) se creó en junio de 2001 con la finalidad de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos entre mayo de 1980 y noviembre de 2000, imputables tanto a organizaciones terroristas como al Estado, a fin de proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos (CVR, 2003). En su informe final de agosto de 2003 señaló que la desaparición de personas fue uno de los principales mecanismos de lucha contrasubversiva empleados por los agentes del Estado, adquiriendo las características de una práctica sistemática o generalizada (CVR, 2003).

La CVR entendió que su trabajo consistía en realizar una reconstrucción histórica que se hiciera llegar de fuentes más amplias que el análisis jurídico, con el propósito de “reconstruir el contexto y la trama de realización de esa conducta [criminal], así como poner de manifiesto las decisiones estratégicas y normativas que le sirvieron de sustento” (CVR, 2003, p. 40). Sin embargo, no hubo un divorcio de los procesos judiciales, pues la propia CVR advirtió que los testimonios y la información podían ser útiles para ellos.

La principal fuente de evidencia fue la recepción directa de testimonios de víctimas y perpetradores, de sociedad civil y de líderes de opinión, que acompañaron con pruebas periciales que dotaron de respaldo científico al informe final. La Comisión generó una metodología que tomó en cuenta varias disciplinas, lo que le permitió construir una base de datos que incluyera

testimonios, análisis jurídico y reconstrucción histórica y política del conflicto (CVR, 2003, p. 40).

La Comisión reconoce en su informe final que se privilegió “la escucha de las víctimas de la violencia” (CVR, 2003, p. 33), en función de ello acopió el testimonio de 17,000 personas correspondiendo la mayoría de ellos a víctimas de la violencia. Acompañaron al testimonio documentos oficiales, pruebas materiales y forenses e informes internacionales.

La valoración de la prueba se basó en dotar de validez a los testimonios obtenidos, mediante la verificación empírica y la coherencia contextual. Para la CVR la verdad es un relato científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente e hilvanado en términos narrativos. Así, la verdad es un relato científicamente respaldado, en tanto la CVR acudió a personas expertas y métodos científicos para garantizar la mayor objetividad posible, por lo que se allegó de informes criminológicos, pericias judiciales, antropología forense y análisis de laboratorio. La verdad como relato contrastado intersubjetivamente implicó el encuentro de las voces de las víctimas, los participantes directos e indirectos, los líderes de opinión y la sociedad civil peruana. La verdad como relato hilvanado en términos narrativos fue la exposición coherente de los hechos a partir de los testimonios. Finalmente, la verdad como relato perfectible entiende el contenido del informe como un punto de partida a la espera de que su contenido se enriquezca.

2. Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas en Argentina

La Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas en Argentina (CONADEP) se creó el 15 de diciembre de 1983 con el fin de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura.³ Dentro de su mandato se incluyó recibir denuncias y pruebas para remitirlos inmediatamente ante la justicia, así como averiguar el destino o paradero de personas desaparecidas. En noviembre de 1984 la CONADEP emitió su informe Nunca Más.

La CONADEP se basó en denuncias, testimonios, confesiones, documentos e inspección de lugares. La prueba testimonial y documental, sumada

³ Disponible en <https://www.cultura.gob.ar/que-es-la-conadep-9904/>

a inspecciones y verificación material de centros de detención, y a la sistematización de otra información oficial, demostró un patrón nacional, estable y jerárquico de secuestro, cautiverio clandestino, tortura generalizada y exterminio con encubrimiento. No se trató de “excesos” sino de un plan criminal dirigido por autoridades militares y de seguridad. Aunque hubo destrucción de archivos, los hechos quedaron acreditados por la existencia del Centro Clandestino de Detención con autoridades y registros, el cruce de testimonios y la apertura de causas, así como la corroboración internacional.

Al igual que en el caso de la CVR, la CONADEP tuvo como eje principal los testimonios de las víctimas, que se complementaron y verificaron con la información restante, lo mismo que con un arduo trabajo de sistematización de información. De acuerdo con el informe Nunca Más “fue el criterio ordenador de la labor el no dejarse persuadir por otra cosa que no fuera lo razonablemente constatado para arribar a una conclusión”. Su método de valoración de prueba estuvo basado en la convergencia, corroboración y pluralidad de fuentes. En su conjunto puede caracterizarse como un modelo de verdad inductiva, testimonial y convergente, donde la reiteración de relatos coherentes, su confirmación cruzada con inspecciones y documentos, y la ausencia de contradicciones estructurales constituyeron los pilares para afirmar los hechos. La Comisión exigió una certeza moral y factual derivada de la multiplicidad y concordancia de fuentes.

Lo anterior permitió que donde existía información suficientemente adelantada, porque había material apreciable, se remitiera la carpeta de la denuncia a los tribunales, mientras que en los otros casos se reservaron las carpetas de denuncia hasta recibir nuevos datos. La CONADEP concluye que “[s]i esta Comisión ha podido acercar a los jueces —como estamos seguros— pruebas concretas e irrefutables, se debe, decididamente, al testimonio de esos liberados sin cuyo concurso no habrían sido posibles los logros obtenidos en el curso de las presentes investigaciones” (CONADEP, 1984, p. 358).

3. Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) fue establecida en junio de 1994 como resultado del Acuerdo de Oslo que pone fin al enfrentamiento armado en Guatemala. Su mandato principal fue esclarecer las violaciones

a los derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos durante tal enfrentamiento, sin juzgar en términos judiciales sobre ellos. El resultado de su investigación se recogió en el informe final “Guatemala Memoria del Silencio”, que documenta la “dantesca magnitud” de la tragedia (CEH, 1999, p. 15). La Comisión concluyó que agentes del Estado ejecutaron actos de genocidio en contra del pueblo maya entre los años 1981 y 1983 en varias regiones, lo que respondió a una política superior y estratégicamente planificada.

La CEH fundamentó sus conclusiones y llegó a la convicción de los hechos a partir de los principios de objetividad, equidad e imparcialidad. La prueba fundamental, como en las otras comisiones de la verdad, fue la recepción de miles de testimonios obtenidos de sobrevivientes, familiares, antiguas autoridades estatales, altos mandos del Ejército y de la guerrilla. Todo ello permitió a la CEH atender a las distintas versiones y obtener una visión integral de las atrocidades.

El peso de los testimonios fue tal que, para la CEH, sirvieron para devolver la dignidad a las víctimas. Adicionalmente, la Comisión basó su informe en la lectura de documentos de organizaciones de la sociedad civil, información aportada por el Estado y la guerrilla, así como de otros gobiernos, incluyendo un “muy significativo esfuerzo de desclasificación de documentos” (CEH, 1999, p. 20) realizado por el gobierno de los Estados Unidos de América. Igualmente, la utilización del análisis histórico y la información estadística de la base de datos de la CEH complementó la evidencia cualitativa. Este análisis fue crucial para establecer que el 93% de las violaciones documentadas eran atribuibles a fuerzas del Estado.

Un aspecto clave de la CEH es que utilizó las categorías jurídicas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para determinar y nombrar a las violaciones a derechos humanos. A esto se sumó un enfoque multidisciplinario que incluyó, entre otras, categorías de la historia, la antropología, la sociología, la economía, que permitieron entender distintos aspectos de la realidad guatemalteca (CEH, 1999, p. 52).

Igual que otros mecanismos, la CEH adoptó un modelo de convicción razonada. El estándar probatorio, por tanto, buscó que la información resultara consistente y verosímil para ser incorporada en los hallazgos. La información fue corroborada con varias fuentes de prueba (testimonios, documento, informes, exhumaciones) para determinar las violaciones a derechos humanos.

Por su parte, la CEH realizó una valoración cualitativa de los testimonios, donde las voces de sobrevivientes, víctimas y testigos directos tenían un mayor valor, mientras que otros requerían ser analizados a partir de la consistencia entre distintas voces o ser reforzados por documentación independiente. Además, la Comisión consideró válido inferir responsabilidad estatal a partir de patrones, testimonios reiterados y prácticas documentadas.

Las tres comisiones fueron productoras de conocimiento público sobre la violencia estatal y, en última instancia, construyeron verdad. Todas ellas coinciden en la importancia fundamental del testimonio de víctimas y testigos, así como en la centralidad de su corroboración por otras fuentes. Sin embargo, difieren en sus enfoques específicos. Para la CVR de Perú la verdad se construye a partir de un proceso científico e intersubjetivo, basado en la validación empírica. Mientras que para la CONADEP de Argentina la verdad es inductiva y convergente, donde la coincidencia y consistencia de fuentes generan certeza moral y factual, mucho más cercana a un modelo probatorio judicial. Por su parte, la CEH de Guatemala, con un modelo de convicción razonada, toma las distintas fuentes y las valora de manera diferenciada, a partir de un análisis histórico y estadístico. Sea cual sea su perspectiva, las comisiones fueron capaces de determinar patrones y la responsabilidad estatal en cada caso.

Un elemento clave es que todas tuvieron como uno de sus objetivos complementarios que la información obtenida y la producida sirviera para los procesos judiciales. Aunque todas reconocen la diferencia entre la valoración que llevan a cabo los tribunales y las comisiones de la verdad, el cuidado en el tratamiento de la información buscó satisfacer los estándares judiciales, a fin de que efectivamente fuera útil para iniciar procesos en contra de los perpetradores. Esto es especialmente claro en el caso de la CONADEP, pero no deja de observarse también en la CVR y en la CEH.

Lo que dejan estas comisiones es un relato estructurado y completo, pero también información sistematizada, corroborada y con un alto grado de convicción. Así, el testimonio de las víctimas deja de estar aislado para convertirse en la columna vertebral de un andamiaje que permitió develar la actuación sistemática de los Estados en contra de las personas. La centralidad de las víctimas en los mecanismos de verdad es su rasgo distintivo. En la lógica de la justicia tradicional, la víctima suele ocupar un papel instrumental como me-

dio de prueba, subordinado a la determinación de la culpabilidad del acusado. Frente a ello, el enfoque centrado en la víctima que los mecanismos de verdad tienen, resalta el valor reparador de la escucha, el derecho a narrar la experiencia propia y la participación activa en los procesos de esclarecimiento, lo que amplía la verdad más allá de los hechos jurídicamente relevantes e incorporando la dimensión humana del daño sufrido. Esto a su vez, incide en cerrar la brecha entre la verdad producida por medios judiciales y la verdad vivida por las personas afectadas (Balardini, 2021; Dukalskis, 2011).

3. Los procesos penales: hacia la responsabilidad individual

La desaparición forzada es un crimen con alta impunidad. Sin embargo, existen asuntos importantes en la región que muestran las posibilidades de la rendición de cuentas y de continuar la construcción de la verdad, a partir de la responsabilidad de los perpetradores, así como de la identificación de hechos específicos con un mayor nivel de precisión que lo alcanzado por las comisiones de la verdad. Se trata, por definición, de una verdad limitada por las reglas procesales de los sistemas jurídicos y, por tanto, aunque tiene el mayor nivel de confiabilidad posible, también carece de la amplitud que proporciona la perspectiva de los organismos internacionales y de las comisiones de la verdad.

Sin embargo, como se observa en los casos estudiados, la construcción de la verdad en los casos de desaparición sigue una lógica muy similar a la ya observada en los organismos internacionales de protección y las comisiones de la verdad, importan los testimonios, el contexto y las pruebas indiciarias o circunstanciales. Aunque el estándar probatorio en materia penal es “más allá de toda duda razonable”, lo cierto es que los tribunales nacionales también han entendido la naturaleza de la desaparición como ha sido definido por la Corte IDH. En este sentido, las decisiones judiciales ubican la responsabilidad individual por el delito de desaparición forzada en los contextos más amplios de violaciones graves y sistemáticas. Es aquí donde se puede observar la interacción entre los resultados obtenidos por los otros mecanismos de verdad, convertidos en prueba, con el andamiaje probatorio propio del caso individual perseguido en el proceso penal.

Dados los objetivos de este artículo, más que descifrar el contenido de los expedientes judiciales o el alcance las sentencias, se busca identificar en qué medida la información de las comisiones de la verdad o de la Corte IDH fue útil para los procesos penales. Ni las sentencias interamericanas ni los informes de las comisiones de la verdad suplen a la investigación, pero sí les permite a los tribunales penales partir de la existencia de un contexto que dimensiona y permite ubicar la actuación de un agente estatal en unas circunstancias dadas.

En Guatemala, la sentencia del *Caso Heriberto Valdez Asij*, “*Gilberto Asij, el Canche Asij y Don Canche*” (2016), el señor Heriberto Valdez fue condenado por desaparición forzada de personas y otros delitos contra los deberes de la humanidad. Para condenarlo el tribunal recurrió a distintos medios probatorios, entre ellos la evidencia testimonial, documentos miliares, pruebas periciales y científicas, así como informes históricos y de derechos humanos. En específico, el tribunal utilizó el Informe de la CEH, así como del Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica “Guatemala: nunca más” para establecer el contexto de violencia vivido durante el conflicto armado no internacional en el país. Incluso fueron utilizados informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de Naciones Unidas que hacen referencia al contexto. Esta información no sólo sirvió para establecer el contexto en el que ocurrieron los hechos, sino también para dotar de convicción a los testimonios y enlazar el distinto acervo probatorio construido, sobre todo, a partir de indicios.

La sentencia, sin embargo, no se agotó en el contexto dado por dichas pruebas, sino que avanzó en establecer la estructura y el *modus operandi* militar para alcanzar el control físico y psicológico de la población. Los planes analizados en la sentencia, así como un peritaje sociológico militar, fueron claves para determinar cómo la desaparición forzada, la violencia contra las mujeres y la destrucción de la propiedad eran parte de un mismo patrón. La existencia de esta política fue fundamental para vincular los actos individuales a un ataque generalizado o sistemático.

Así, en este caso, no solo se construye prueba a partir de los resultados del informe de la CEH, sino que se detallan operaciones específicas y patrones de comportamiento que, si bien ya habían sido señalados por la CEH,

en el ámbito penal adquieren un carácter relevante capaz de vincular la actuación individual de la persona acusada con un patrón de violaciones.

En otro caso de Guatemala también se muestra cómo pueden interactuar distintos mecanismos de verdad. El *Caso Molina Theissen* resultó en la condena de cuatro altos oficiales militares por crímenes de lesa humanidad, violencia sexual agravada y desaparición forzada. De este caso se cuenta también con una sentencia de la Corte IDH donde el tribunal interamericano condena al Estado de Guatemala por la desaparición de Molina Theissen, un niño de 14 años (*Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, 2004). En la sentencia penal, el informe de la CEH fue útil en la causa penal para demostrar que la desaparición de niñas y niños de supuestos disidentes fue una política estatal. Esto hizo parte de la prueba de patrón en el caso, junto con testigos de contexto y peritajes (Burt, 2021).

Por su parte, la relación de los tribunales de Perú con las sentencias de la Corte IDH no se limita a los casos de desaparición forzada. Casos como *La Cantuta* y *Barrios Altos* han sido útiles para establecer la responsabilidad penal de los perpetradores en el ámbito nacional (Alberto Fujimori Fujimori, 2009; *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 2001; *Caso La Cantuta vs. Perú*, 2006). En estos casos también ha sido clave la determinación de un contexto amplio, testimonios, patrones y pruebas de la práctica sistemática, a partir del Informe Final de la CVR (Serranò, 2022). Esto no ha terminado de traer justicia para las víctimas, sin embargo, hoy es posible saber cómo ocurrieron las desapariciones, a qué prácticas y patrones respondieron, y quiénes participaron.

En el mismo sentido, tratándose de la adjudicación de casos por desaparición forzada en Perú, las sentencias de la Corte IDH han sido claves para establecer el contexto de violencia, así como la desaparición como una práctica sistemática. Al resolverse en sede nacional la desaparición forzada de Ernesto Castillo Páez (D.D. Cayo Rivera Screiber. Delito contra la Humanidad. Desaparición Forzada, en agravio de Erenesto Rafael Castillo Páez, 2006), la Sala Penal Nacional utilizó prueba testimonial, periciales y documentales. En este asunto, las pruebas principales provinieron de distintos testimonios que dieron cuenta sobre la detención del señor Castillo Páez, es decir, se contó con pruebas directas de la desaparición.

Los indicios también fueron relevantes para el caso, en específico, a partir de las reticencias para entregar el libro de detenciones de una comisaría y sus

irregularidades (por ejemplo, se halló una enmendadura en la fecha de la detención) se consideró que era un indicio fuerte para inferir que Castillo Páez fue conducido inicialmente a una comisaría, acreditándose el ocultamiento de la prueba y su obstrucción. También se hace uso de la estructura jerárquica y la actitud de una persona acusada para inferir que sus expresiones indicaban que las personas detenidas por terrorismo debían ser desaparecidas.

Tratándose del contexto, la sentencia utiliza la información de un perito y sentencias de la Corte IDH (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 2004; *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, 2005) para concluir que la desaparición forzada de personas se “convirtió en una práctica sistemática y generalizada implementada por el Estado Peruano”. Esta información permite enmarcar el caso individual y dotar de sentido argumentativo a las pruebas obtenidas. El caso Castillo Páez resuelto por la Corte IDH, sin embargo, no es utilizado directamente en la sentencia nacional (*Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, 1997). Además, vale la pena considerar que, si bien el Informe Final de la CVR no tuvo una incidencia probatoria en el caso, las declaraciones rendidas ante la CVR funcionaron como *noticia criminis* y prueba de contexto, aunque no como prueba plena por sí mismas (Caro Coria, 2007, p. 172).

En otro caso de Perú sí se puede observar el uso del informe de la CVR, por ejemplo, en el caso “Los Cabitos 83” (2017), el informe sirvió para rastrear información, documentación fiscal y judicial que permitió formalizar eventos de desaparición en el caso sirviendo como base contextual de la corroboración de patrones (Caro Cárdenas, 2023).

Finalmente, el caso argentino presenta la singularidad de que el diálogo se ha dado particularmente con el informe Nunca Más, antes que con decisiones internacionales. Este informe de la CONADEP estableció el contexto de violencia y desaparición que ha servido para las causas penales. La relación se establece indirectamente, a partir de la Causa 13/84, el Juicio a las Juntas (Sentencia Causa 13/84, 1985). En efecto, esta sentencia judicial emplea la información y el trabajo de la CONADEP de varias maneras clave como prueba e indicio de la metodología de la represión ilegal, en particular para la corroboración de modos operativos y estadísticos (lugares y fechas de detenciones, cantidad de denuncias, número de personas desaparecidas, etcétera) y el reconocimiento de centros clandestinos de detención, es decir, para apoyar y validar los patrones de los crímenes cometidos. Además,

el tribunal nacional reconoce el carácter público de la CONADEP, acepta con valor indiciario los testimonios rendidos ante la Comisión y defiende la legitimidad de sus hallazgos. Junto con la propia investigación que se realiza para el caso y los indicios que proporciona el informe de la CONADEP se establece un contexto que será la base para juicios subsiguientes.

En la Causa 11076 el contexto construido a partir del informe Nunca Más y la Causa 13/84 sirvió de base para la investigación y juzgamiento de los responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, entre ellos, la privación de la libertad (Causa núm. 11076: Plá, Carlos Esteban y otros s/ recurso de casación, 2011). En particular, el tribunal hizo uso de la prueba circunstancial para determinar la responsabilidad de uno de los acusados que alegó que no conocía los detalles específicos de un plan o política del Estado para desaparecer personas. Señaló que bastaba con probar el conocimiento de la existencia del ataque sistemático y generalizado, o al menos, la representación del riesgo de tal existencia. Al correlacionar los documentos que probaban la estructura y las órdenes militares (evidencia institucional) con los testimonios que confirmaban la ejecución de dichas órdenes (evidencia testimonial), se construyó una prueba circunstancial que permitió al tribunal alcanzar la convicción necesaria para acreditar la comisión del crimen de lesa humanidad, incluida la desaparición forzada.

Sin duda, la importancia fundamental del informe de la CONADEP radica en que ha sido utilizado y referido para establecer el contexto general de las desapariciones, como parte de los juicios penales (Balardini, 2021). Esto permite aligerar la carga probatoria de las fiscalías al contar ya con una base con la suficiente legitimidad respecto del contexto y las desapariciones acaecidas.

Los procesos penales tienen distintas limitaciones y, particularmente, cuando estamos frente a prácticas generalizadas o sistemáticas. Aunque existen ahora herramientas para enfrentar la macrocriminalidad (Vázquez Valencia, 2019), lo cierto es que también requieren contar con información contextual y sistematizada.

IV. La transferencia probatoria

El análisis de los distintos mecanismos de verdad muestra que la construcción de la verdad en los casos de desaparición forzada es un proceso acumulativo y transferible, donde las pruebas, los contextos y los estándares probatorios se encadenan de manera dinámica. La verdad no se revela de forma única ni definitiva, sino que se configura a partir del diálogo entre mecanismos que, aunque persiguen fines distintos, se alimentan mutuamente. Este entrelazamiento produce un conocimiento más robusto y plural sobre los hechos, los responsables y las estructuras que los hicieron posibles.

A pesar de las diferencias en los criterios de valoración de la prueba, hay tres constantes en los distintos mecanismos: la voz de las víctimas, el contexto y la prueba indiciaria y circunstancial. Esto está vinculado directamente con la naturaleza de las desapariciones y con la jurisprudencia interamericana al respecto. En efecto, la dificultad de investigar y acreditar las desapariciones está vinculada, como se ha mencionado reiteradamente aquí, con el afán de ocultar a la persona y toda la información sobre su desaparición. De esta manera, la desaparición sólo puede acreditarse cuando se logran integrar los distintos elementos de que se tiene noticia dentro de un contexto de violencia que da pie y permite las desapariciones. Así, la voz de víctimas y testigos, directos e indirectos, da lugar a una pauta de verdad que debe ser tejida y encuadrada en un contexto determinado, donde el resto de las pruebas (peritajes, documentales, pruebas científicas) hagan sentido en su conjunto para contar una historia determinada.

Es aquí donde entran las diferencias entre los tres mecanismos y su relación con las pruebas. Los organismos internacionales reconocen a las víctimas y sitúan la responsabilidad estatal a partir de estándares de derechos humanos; las comisiones de verdad construyen una narrativa social, histórica y política sobre las desapariciones desde la mirada de las víctimas y con la corroboración de distintas pruebas, mientras que los juicios penales aportan nuevas pruebas necesarias para vincular la responsabilidad individual, pero retoman el contexto para ubicar a los perpetradores en la comisión de las desapariciones.

Los organismos internacionales de derechos humanos, como el CED y la Corte IDH, generan un primer nivel de verdad institucional y con miras

a apuntalar la responsabilidad al Estado. Su mecanismo probatorio responde directamente a la lógica de la desaparición forzada y asume la imposibilidad de obtener pruebas de manera directa, por lo que confía en la prueba indiciaria, a partir de un contexto de violencia dada. Dicho contexto, entonces, deja de ser solo un mero marco situacional o escenario para adquirir un valor probatorio. El contexto aquí se convierte en la pauta que logra darle consistencia a las conclusiones de los organismos internacionales. También por la naturaleza de la desaparición, estos organismos asumen que debe invertirse la carga de la prueba hacia el Estado, pues es quien tiene la información sobre lo sucedido. De esta manera la mirada de los organismos internacionales apunta a ser estructural, en tanto apunta a producir conocimiento sobre los modos de operación estatal y las dinámicas del ocultamiento.

Por su parte, las comisiones de la verdad constituyen un segundo nivel de verdad donde ya se busca establecer una narrativa social, histórica y política sobre los hechos. Aquí, por tanto, el objetivo es tejer un relato coherente y consistente sobre lo que ocurrió y sus consecuencias. Así, estas comisiones construyen su convicción también a partir de indicios que brindan los testimonios, pero se busca la convergencia y la corroboración de fuentes. Al ensamblar los distintos fragmentos dispersos en testimonios, documentos, peritajes y análisis contextuales, son capaces de producir dicha narrativa. La convergencia y corroboración de fuentes para lograr la convicción del relato se realiza a partir de la racionalidad científica e interdisciplinaria como en la CVR de Perú, mediante la convergencia inductiva de testimonios y pruebas materias como en la CONADEP de Argentina o con la triangulación de información como en la CEH de Guatemala. El énfasis puesto a las distintas pruebas o la sucesión de su uso puede variar, pero su uso, valoración y estándar probatorios apuntan a la construcción de tal narrativa. El eje que une todo es el testimonio de las víctimas que se convierte, al tiempo, en una forma de reparación, donde su voz pasa de ser anecdótica a convertirse en evidencia del patrón de violaciones.

Sin embargo, el mayor aporte de las comisiones de la verdad lo constituye su capacidad de transferencia probatoria. Los informes elaborados por las comisiones han sido utilizados como elementos de contexto o como prueba indiciaria en procesos penales y en decisiones internacionales. Su legitimidad social y su rigor metodológico permiten que lo documentado se trans-

forme en un insumo jurídico para acreditar patrones, prácticas y estructuras de mando. Es decir, los informes de las comisiones de la verdad preparan y posibilitan al juicio penal, ofreciendo una base de conocimiento compartido y verificable.

El tercer eslabón lo constituye el proceso judicial y en particular el penal, que da pauta a una verdad jurídica. Aquí el estándar de “más allá de toda duda razonable” busca garantizar certeza y legitimidad, pero tampoco escapa a la naturaleza propia de las desapariciones. Por tanto, dicho estándar se ve adaptado a los límites de la investigación de esta conducta prohibida. De esta forma, los tribunales nacionales han reconocido la necesidad de incorporar la prueba de contexto para situar la responsabilidad de los perpetradores y aceptar las pruebas indirectas para juzgar este crimen. Las sentencias analizadas muestran cómo las autoridades jurisdiccionales utilizan los informes de las comisiones de la verdad, decisiones internacionales y testimonios rendidos o pruebas recibidas ante las comisiones, para dotarlas de valor jurídico, en muchos casos indiciario, a fin de que sean útiles en juicio.

Esta transferencia probatoria constituye la base del modelo escalonado propuesto. Cada mecanismo opera como un umbral diferente de exigencia, pero todos comparten la lógica de la acumulación y articulación progresiva de pruebas. En los primeros dos niveles, basta la coherencia y la razonabilidad de los indicios; mientras que en el nivel judicial se requiere una corroboración plena. Sin embargo, las etapas no son jerárquicas ni lineales, la información puede fluir en ambos sentidos. Los juicios penales, por ejemplo, generan nueva evidencia que puede retroalimentar los procesos de búsqueda, las revisiones históricas o a los propios organismos internacionales. Asimismo, los informes de las comisiones o las decisiones de la Corte IDH pueden ser reexaminados a la luz de nuevas pruebas obtenidos mediante procesos judiciales. De esta forma, el derecho a la verdad se despliega como un sistema circular de conocimiento, no como una secuencia cerrada.

La discusión también revela las tensiones propias de la complementariedad. Cada mecanismo responde a racionalidades distintas (jurídicas, políticas, sociales), lo que puede producir asimetrías en la valoración de la prueba. Mientras que los organismos internacionales privilegian la convicción razonada, las comisiones buscan la coherencia y consistencia, y los tribunales exigen la prueba plena. Esta diversidad puede ser fuente de conflicto, pero

también de fortaleza dado que, al superponerse, los mecanismos multiplican las vías de verificación y reducen los márgenes de impunidad. El reto está en asegurar la interoperabilidad de la información y el reconocimiento mutuo de los productos generados.

En términos teóricos este enfoque también redefine la relación entre la verdad y la prueba. Si el derecho a la verdad es un derecho habilitador, como sostiene Klinkner (2023), entonces la producción y preservación de la evidencia son actos constitutivos de ese derecho y no sólo medios para su ejercicio. Documentar, contrastar y archivar son formas de ejercer el derecho a la verdad. A su vez, los estándares probatorios no sólo son requisitos procesales, sino también escalones normativos que reflejan la densidad de la información disponible. Cuanto más se avanza en el proceso, más rigurosas son las exigencias, pero también más robusta la verdad alcanzada.

En efecto, la verdad construida por los mecanismos analizados no es un resultado definitivo, sino un proceso dinámico, incremental y a largo plazo (Van Noorloos, 2021), que se transforma a medida que se incorporan nuevas evidencias y marcos interpretativos. Este dinamismo se observa en la complementariedad de los mecanismos, cuyos productos pueden reactivarse y resignificarse en el tiempo, así como la plasticidad de los archivos, entendidos como acervos abiertos a las lecturas cambiantes, según el contexto político y temporal (Lessa, 2021). Así, la verdad se construye mediante un proceso deliberativo y perfectible, orientado a construir una memoria histórica para la humanidad, donde cada nueva información no sólo amplía el conocimiento disponible, sino que puede reordenar y reinterpretar el conjunto del relato construido (Klinkner y Davis, 2020).

En este sentido, el modelo de transferencia probatoria propuesto encuentra límites cuando se trata de desapariciones cometidas por particulares sin participación o aquiescencia estatal demostrable. Aquí, la ausencia de archivos oficiales, de deberes estatales claramente exigibles o de mecanismos institucionales consolidados reduce la densidad probatoria del contexto y debilita la circulación de la evidencia entre instancias. Ello no implica la inexistencia del derecho a la verdad, sino que desplaza su construcción hacia registros sociales, documentación independiente y futuros procesos de atribución de responsabilidad estatal por omisión, lo que confirma que la

verdad se construye también de manera desigual según los actores involucrados y las capacidades institucionales disponibles.

Para contextos como el mexicano, donde no existen mecanismos estatales de verdad y donde la impunidad es estructural y sistemática, la lección es clara: la verdad puede comenzar a construirse desde la evidencia disponible, incluso si es poca y está fragmentada. La documentación independiente realizada por organizaciones sociales y academia, los registros de los colectivos de familiares y las decisiones internacionales son ya formas de verdad que pueden servir como base para futuras comisiones o procesos judiciales. El modelo escalonado sugiere que no es necesario esperar a la creación de un gran mecanismo institucional o a derribar la impunidad, sino que cada esfuerzo de documentación constituye un eslabón del proceso de verdad.

Finalmente, la comparación de los casos latinoamericanos permite afirmar que la verdad probatoria es un método y no sólo un resultado. Documentar, sistematizar, contrastar y transferir pruebas son actos constitutivos del derecho a la verdad. En contextos de violencia sistemática, la acumulación de indicios y la coherencia entre mecanismos son las condiciones mínimas para avanzar hacia el esclarecimiento y la justicia. La verdad, en última instancia, no es un punto de llegada, sino un proceso en construcción compartida, donde cada fragmento probatorio es una forma de resistencia frente al olvido.

V. Referencias

- Alberto Fujimori Fujimori, No. A.V. 19-2001 (Corte Suprema de Justicia de la República 7 de abril de 2009).
- Anaya-Muñoz, A., Cruz-Marín, P., y Cavallaro, J. (2024). More than Lack of Capacity: Active Impunity in Mexico. *Journal of Human Rights Practice*, 16(1), 374-396. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huad034>
- Ansolabehere, K., y Leigh, P. (2021). Conceptualising Post-Transition Disappearances. En *Disappearances in the Post-Transition Era in Latin America*. Oxford University Press.
- Ansolabehere, K., Serrano, S., y Martos, A. (2024). *Desapariciones y regímenes de violencia. Lecciones desde México*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Balardini, L. (2021). Aportes de los juicios penales a la producción de conocimiento sobre violaciones a los derechos humanos: Notas sobre el juzgamiento de los crímenes de la ESMA en Argentina. *Latin American Research Review*, 56(1), 168-182. <https://doi.org/10.25222/larr.767>
- Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, No. 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2000).
- Berrospe Medina vs. México*, No. CED/C/24/D/4/2021 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2023).
- Burt, J.-M. (2021). The Justice We Deserve: War Crimes Prosecutions in Guatemala. *Latin American Research Review*, 56(1), 214-232. <https://doi.org/10.25222/larr.776>
- Caro Coria, D. C. (2007). Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana. *Lateinamerika Analysen*, 18(3), 157-190.
- Caro Cárdenas, R. (2023). Cap. 1. La construcción de la búsqueda: Los desaparecidos en el cuartel Los Cabitos. En R. Bedoya Forno, D. Delacroix, V. Robin Azevedo, y T. Romero Barrios (Eds.), *La violencia que no cesa: Huellas y persistencias del conflicto armado en el Perú contemporáneo* (pp. 30-47). Éditions de l'IHEAL. <https://doi.org/10.4000/books.iheal.10650>
- Carrillo, L. W. Z. (2014). El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional como obligación del Estado mexicano ante la impunidad. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 9(2), Article 2. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0002.01>
- Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 202 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de septiembre de 2009).
- Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, núm. 75 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de marzo de 2001).
- Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo, núm. 36 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de enero de 1998).
- Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, núm. 34 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de noviembre de 1997).
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 110 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de julio de 2004).

- Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 136 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 240 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de febrero de 2012).
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 217 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2010).
- Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 162 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).
- Caso Maidanik y otros vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, núm. 444 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de noviembre de 2021).
- Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, núm. 106 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de mayo de 2004).
- Caso Movilla Galarcio y otros vs. Colombia*, núm. 452 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de junio de 2022).
- Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 209 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de noviembre de 2009).
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, núm. 4 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).
- Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, núm. 166 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de julio de 2007).
- Causa N° 11076: Plá, Carlos Esteban y otros s/ recurso de casación (Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sala IV 2 de mayo de 2011).
- CEH. (1999). Guatemala, memoria del silencio. Comisión para el Esclarecimiento Histórico. <https://memoriavirtualguatemala.org/wp-content/uploads/2020/12/Guatemala-Memoria-del-Silencio.pdf>
- Chaparro, L. (2022). The Right to Truth in Colombia's Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation, and Non-Repetition. A Direct Approach to the Intrinsic Relationship between its Mechanisms and Objectives. *Nuevo Derecho*, 18(31), Article 31. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1462>
- CONADEP. (1984). Informe «Nunca Más». Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. https://www.cultura.gob.ar/media/uploads/lc_nuncamas_digital1.pdf

- CVR. (2003). Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>
- D.D. Cayo Rivera Screiber. Delito contra la Humanidad. Desaparición Forzada, en agravio de Erenesto Rafael Castillo Páez (Sala Penal Nacional de Perú 20 de marzo de 2006).
- Druliolle, V. (2022). El derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las teorías de la justicia. *Oñati Socio-Legal Series*, 12(5), Article 5. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1228>
- Dukalskis, A. (2011). Interactions in Transition: How Truth Commissions and Trials Complement or Constrain Each Other. *International Studies Review*, 13(3), 432-451. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2486.2011.01014.x>
- Duthie, R. (2017). *Justice Mosaics. How Contexts Shapes Transitional Justice in Fractured Societies*. ICTJ. https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_JusticeMosaics_2017_1.pdf
- Duthie, R., y Seils, P. (Eds.). (2017). *Justice mosaics: How context shapes transitional justice in fractured societies*. International Center for Transitional Justice.
- E.L.A. vs. Francia, No. CED/C/19/D/3/2019 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2020).
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). The right to the truth as an autonomous right under the inter-american human rights system. *Mexican Law Review*, 9(1), 121-139. <https://doi.org/10.1016/j.mexlaw.2016.09.007>
- Ferrer Mac-Gregor, E., y Góngora Maas, J. J. (2019). *Desaparición forzada de personas y derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39379.pdf>
- García Chavarría, A. B. (2019). Debates sobre la prueba en el litigio ante la Corte Interamericana. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (19), 293-325. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2019.19.13326>
- Heriberto Valdez Asig, “Gilberto Asij, el Canche Asij y Don Canche” (Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Guatemala 26 de febrero de 2016).

- Klinkner, M. (2023). The Right to the Truth as an Enabler for Missing Persons Efforts. *Journal of Human Rights Practice*, 15(1), 118-137. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huac061>
- Klinkner, M., & Davis, H. (2020). The right to truth in international law: Victims' rights in human rights and international criminal law. Routledge.
- Lessa, F. (2021). Remnants of Truth: The Role of Archives in Human Rights Trials for Operation Condor. *Latin American Research Review*, 56(1), 183-199. <https://doi.org/10.25222/larr.769>
- Mata, A. C. (2023). The «right to the truth» in the Latin American region. Political and legal scenarios from a human rights perspective. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 17(1), 17-49. Scopus. <https://doi.org/10.20318/reib.2023.7800>
- M.I. vs. República Checa, No. CED/C/14/D/2/2017 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2017).
- Naftali, P. (2016). Crafting a “Right to Truth” in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas? *Champ Pénal/ Penal Field*, XIII. <https://doi.org/10.4000/champpenal.9245>
- Naqvi, Y. (2006). The right to the truth in international law: Fact or fiction? *International Review of the Red Cross*, 88(862), 245-273. <https://doi.org/10.1017/S1816383106000518>
- Olsen, T. D., Payne, L. A., Reiter, A. G., y Wiebelhaus-Brahm, E. (2010). When Truth Commissions Improve Human Rights. *International Journal of Transitional Justice*, 4(3), 457-476. <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijq021>
- Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas (2018).
- Ramírez Barrios y otros v. México, núm. CED/C/28/D/5/2021 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2025).
- Ramírez Barrios y otros vs. México, núm. CED/C/28/D/5/2021 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2025).
- Reed, M. (2008). Breve exploración sobre la función del derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados y represión. En *Judicialización de crímenes de sistema: Estudios de caso y análisis comparado*. ICTJ.
- Sentencia Causa 13/84 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal 9 de diciembre de 1985).

- Serranò, A. (2022). El caso Fujimori: Una larga contienda entre justicia e impunidad. *Revista Saber y Justicia*, 2(22), 106-132. <https://saberyjusticia.enj.org/index.php/SJ/article/view/174>
- Serrano, S. (2024). Hacia la responsabilidad de los perpetradores: Las sentencias por desaparición de personas. En *Desapariciones y regímenes de violencia. Lecciones desde México* (pp. 137-161). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Serrano, S., Montoya, I., y Tapia, L. E. (2021). *Reporte sobre pruebas y estándares probatorios en materia de desaparición forzada de personas. Observatorio sobre Desaparición e Impunidad*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Serrano, S., & Robles Zamarripa. (2024). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Trayecto judicial en el contexto latinoamericano (en prensa)*. Tirant Lo Blanch; CEC SCJN.
- Uprimny Yepes, R., y Saffon, M. P. (2019). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: La búsqueda de una complementariedad dinámica. *Pensamiento Jurídico*, (17). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39766>
- Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos de noviembre de de 2008).
- Van Noorloos, M. (2021). A Critical Reflection on the Right to the Truth about Gross Human Rights Violations. *Human Rights Law Review*, 21(4), 874-898. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab018>
- Vázquez Valencia, L. D. (with Bartelt, D. D.). (2019). *Captura del estado, macrocriminalidad y derechos humanos*. Facultad Latinoamericana De Ciencias Sociales.
- Trusta vs. Argentina*, núm. CED/C/16/D/1/2016 (Comité contra la Desaparición Forzada. Naciones Unidas 2016).

Cómo citar

IJJ-UNAM

Serrano, Sandra, “Del indicio a la condena: transferencia probatoria y derecho a la verdad en casos de desaparición forzada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20674. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20674>

APA

Serrano, S. (2026). Del indicio a la condena: transferencia probatoria y derecho a la verdad en casos de desaparición forzada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20674. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20674>

Contratante débil no consumidor y derecho internacional privado argentino

Weak non-Consumer Contracting Party and Private Argentine International Law

Milton César Feuillade

 <https://orcid.org/0000-0002-9872-4124>

Pontificia Universidad Católica Argentina. Argentina

Correo electrónico: miltonfeuillade@hotmail.com

Recepción: 30 de abril de 2025

Aceptación: 24 de noviembre de 2025

Publicación: 26 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20144>

Resumen: El trabajo analiza la situación del contratante débil no consumidor en el derecho internacional privado argentino, ante la falta de normativa específica, para determinar si el ejercicio de la autonomía de la voluntad en estas relaciones puede devenir abusivo y cuáles son los mecanismos correctores. Se aplica una metodología jurídico dogmática y comparada, centrada en el análisis de fuentes normativas, doctrina argentina y extranjera. El estudio adopta una aproximación cualitativa, sistemática y propositiva. Se demuestra que la autonomía de la voluntad, aunque fundamental, no es absoluta. Puede ser limitada por principios como la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley y el orden público internacional. En situaciones de disparidad negocial, la cláusula de excepción y el foro de necesidad permiten corregir desequilibrios contractuales. El estudio aporta una visión integradora del derecho internacional privado argentino, proponiendo criterios interpretativos que amplían la tutela del contratante débil sin reformar el sistema vigente.

Palabras clave: contratante débil; relaciones entre empresas; derecho internacional privado argentino.

Abstract: The paper examines the situation of the *weak non-consumer contracting party* within Argentine Private International Law, in the absence of specific regulation, in order to determine whether the exercise of party autonomy in such relationships may become abusive and what corrective mechanisms are available. A dogmatic and comparative legal methodology is applied, focusing on the analysis of normative sources and Argentine and foreign legal scholarship. The study adopts a qualitative, systematic, and propositional approach. It demonstrates

that party autonomy, although fundamental, is not absolute: it may be limited by principles such as good faith, abuse of rights, fraud to the law, and international public policy. In situations of bargaining inequality, the *escape clause* and the *forum of necessity* allow for the correction of contractual imbalances. The study offers an integrative view of Argentine Private International Law, proposing interpretative criteria that enhance the protection of the weaker contracting party without requiring reform of the existing legal system.

Keywords: weak contracting party; business-to-business relations; argentine private international law.

I. Introducción

Nos proponemos llevar a cabo un estudio sobre los contratos donde una parte es débil y no estamos ante una relación de consumo, desde el derecho internacional privado argentino, más allá de los elementos comparados en los que nos sustentaremos. La hipótesis es: si el ejercicio de la autonomía de la voluntad en relaciones dentro del plano internacional, donde no interviene un consumidor, puede devenir en abusiva y, si sucede, cuáles son las soluciones.

Ante esto, se estudiarán posibilidades de mecanismos correctores como el fraude a la ley, la cláusula de excepción, principios generales ligados al orden público como la buena fe e instituciones ligadas al abuso de derecho, así como el acceso a la jurisdicción cuando su prórroga impide el acceso a la justicia. La metodología de investigación es jurídica dogmática desde el derecho internacional privado argentino, con elementos comparados, legales y jurisprudenciales. Se parte de la base de que jurisprudencia nacional en la materia no se ha encontrado, sin existir normas específicas, y desde otros países es escasa. De allí la relevancia que se le ha otorgado a la doctrina.

En la orientación internacional privatista del trabajo se estudia la jurisdicción internacional y el derecho aplicable, que en materia contractual tiene como primera fuente la autonomía de la voluntad; de allí se pasa a su limitación en supuestos de disparidad negocial. Nos parece necesario realizar una conceptualización de los contratos business to business (B2B). Este trabajo refiere a un acuerdo internacional entre partes que actúan como comerciantes o profesionales; es una relación entre empresarios con finalidad comercial. A diferencia de los contratos donde una parte es consumidora y hay una relación de debilidad por concepto, por lo que la autonomía de la voluntad está limitada.

En nuestro caso, prima la autonomía de la voluntad, pero se plantea que en ciertas circunstancias puede estarse ante una parte débil en esa relación. No existe en el derecho argentino protección específica sobre el contratante débil no consumidor (Uzal, 2020, p. 305). Así, en el plano legislativo, como veremos, el Código Civil y Comercial argentino regula solamente las relaciones donde interviene un consumidor, dejando toda otra relación como regulación general. Y es la línea que sigue el derecho comparado, como por ejemplo el europeo, donde prima la autonomía de la voluntad asentada sobre la base de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la neutralidad comercial (Fentiman, 2021, p. 112). De allí el análisis a partir de los mencionados principios correctores. En el mismo sentido, no nos es ajeno el estudio e informe realizado por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el Comité Jurídico Interamericano, que trató solamente los contratos de adhesión y plasma esta perspectiva coincidente en un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal latinoamericano (OEA, 2023).

Tenemos que preguntarnos si existen “contratos de empresa débil” en una suerte de asimilación a los contratos de adhesión, lo que lleva a si hay empresas típicamente débiles, a lo que Boggiano (2018a, p. 502) responde por la negativa y dice que todo depende de la relación contextual y hasta lo lleva a las concursadas o en crisis económica.

Es decir, la disparidad de negociación entre una multinacional y una PyME no será per se invalidante de la autonomía. En la práctica y en abstracto es muy difícil de evaluar, en un mundo contractual sumamente heterogéneo, con condiciones que, por el solo hecho de ser pequeña o mediana empresa, puede tener posiciones más fuertes, por ejemplo, el tipo de mercancías que produce. La debilidad, entonces, se medirá en cada caso.

El planteamiento de esta problemática posee sin lugar a dudas conexiones con concepciones económicas y con análisis económico del derecho (Oglietti y Paolinelli, 2020). Cuanto más liberal se conciba al mercado, menos se sostiene la protección y viceversa (Kulman Boscarino, 2008, p. 601).

El contenido protectorio de las instituciones jurídicas como abuso de derecho, lealtad comercial, defensa del consumidor posee relación directa con el mercado (Posner, 2000, p. 28). Lo cierto es que se ha demostrado en la historia y hoy que la competencia perfecta no existe (Benegas Lynch, 1994, 48).

Hay entonces una distinción entre contratos generales y aquellos en los que interviene un consumidor. Ahora, respecto de los primeros, el espectro de actores y variedad es enorme. Como dijimos, en la Argentina, a nivel internacional privatista, solo están las normas generales (Iud, 2019) que no distinguen el tipo de contrato o si estamos ante empresarios de igual o diferente envergadura o condición, profesionales o comerciantes, con la disparidad que a su vez se puede dar entre ellos.

Cuando vamos a la realidad, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad no es siempre clara la relación entre individualidad y adhesión (Rodríguez, 2011, p. 112). En este trabajo se plantea la disparidad entre una PyME y una multinacional que impone condiciones o no contrata (Pardo, 2025).

La pregunta sobre la decisión del legislador de no incluir normas individuales sobre contratos responde a la imposibilidad de abarcar todo el universo contractual y la libertad que requiere. En este trabajo se encuentra la pregunta sobre la contraposición entre la disparidad en la imposición de condiciones en el derecho internacional privado, por lo que nos centraremos en la autonomía de la voluntad en el plano internacional y sus posibles limitantes u obstáculos.

Hasta dónde hay abuso en la imposición de una jurisdicción y derecho aplicable, sea conflictual o en la elaboración de normas materiales, que por concepto hacen las partes y en ocasiones se imponen en una suerte de adhesión encubierta. Por principio base, somos partidarios de la autonomía de la voluntad (Giménez Corte, 2016, p. 830), pero nos hace ruido el “corset” que impone la cláusula de excepción general y particular en materia de contratos¹ que impide ser aplicable en caso de ejercicio de autonomía de la voluntad.² Teniendo en cuenta que no es así en todos los ámbitos comparados (Fernández Pérez, 2015, p. 83).

Tal vez debería haber tenido un segundo “escape” o “regreso” o “salvaguarda” con un “excepto cuando se comprobase que el ejercicio de la autonomía de la voluntad se realiza de manera abusiva”, llevando especialmente, pero no solamente, a jurisdicciones o derechos alejados y extraños, con difícil

¹ *Cfr.* arts. 2597 y 2653 del Código Civil y Comercial.

² Recordamos que la fuente del Código Civil y Comercial es caso reproducción literal del art. 15 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. Que justamente impide su aplicación en caso de elección de derecho aplicable.

acceso para la parte que se encuentra en franca disparidad de condiciones, siendo lo típico la multinacional que contrata con una PyME.

Otro tema son los procesos inflacionarios sufridos en los últimos años, ligados a las actuales “guerras comerciales” desatadas por los Estados Unidos y otras potencias como China; lleva desde lo jurídico a la aplicación de la imprevisión y fuerza mayor.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia contractual internacional pueden llevar a que el proteccionismo disminuya las relaciones de intercambio exportador (Kohler, 2013, p. 289). Junto a los contratos hay una relación económica. Pero desde la otra banda está el riesgo de imposiciones limitantes a la industria nacional que se podrá ver afectada (Oglietti y Paolinelli, 2020).

La solución a limitar las disparidades en los contratos B2B desde el derecho argentino en el panorama jurídico actual está desde las normas de aplicación inmediata, el orden público internacional y el fraude a la ley, que llevan a instituciones conexas como el abuso de derecho, el principio de buena fe, el abuso de posición dominante.³ Cuando hay disparidad en la capacidad de negociación de las partes, por más que estemos en relaciones B2B, poco puede hacer una PyME frente a una multinacional y, ante el manto absoluto de la autonomía de la voluntad, pocas son las respuestas en el ordenamiento internacional privatista argentino.

Autores como Boggiano (2018a, p. 498) parten de la aplicación de las normas coactivas ajustables a contratos internos hacia las normas de policía aplicables a contratos internacionales. La equivalencia en el poder de negociación es indeterminada y se mide caso por caso. De allí que sea complicado plantear normativa general en este tema. La disparidad económica es clave. Lo vemos más para una tarea pretoriana con principios e instituciones que para marcos normativos rígidos.

³ Cuando nos referimos a abuso de posición dominante, excepto aclaración en contrario, se relaciona con el contrato. Más allá de la protección sobre defensa de la competencia y otras instituciones que se mencionarán en este trabajo. Ciertamente es que en muchas ocasiones la posición dominante en el mercado se traduce a la posición dominante en el contrato. De allí que, en Argentina, más allá de lo judicial podrá determinarse la posición dominante desde la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia>

II. Jurisdicción internacional

La prórroga de jurisdicción tiene una naturaleza lógicamente procesal y material en cuanto surge de la voluntad de las partes y, por lo tanto, su existencia y validez intrínseca se inserta en el contrato con sus problemáticas (Bauger, 2018). Por lo que puede abordarse desde el abuso que pueda tener en nuestra temática.

En la situación que planteamos de relación B2B puede darse la circunstancia de que no se haya acordado jurisdicción. Aquí la situación de abuso se verá desde el *forum shopping*, que es un fraude jurisdiccional. El tema es que, si se demanda dentro de la grilla posible de foros concurrentes, se parte de un principio de legalidad donde la estrategia procesal es lícita y la demostración de la intención de perjuicio se dificulta. De hecho, si se demanda en el foro general del art. 2608 del Código Civil y Comercial, poco puede cuestionarse. Si el foro es acordado en la habilitación que realiza el artículo 2605 del Código Civil y Comercial, se tendrá que demostrar el perjuicio, la falta de proximidad, la deslocalización que implique por distancia y costos una denegación de justicia, la imposibilidad de ejercer la acción o la defensa.

Pero se parte de la base de que el artículo 2606 del Código Civil y Comercial declara como exclusivo o único el foro acordado. Una forma de contrarrestarlo es por la vía del foro de necesidad del artículo 2602 del Código Civil y Comercial.

Desde sus elementos habrá que ver si se logra una sentencia eficaz, sea porque se tendrá que ejecutar en la Argentina, pero si se tendrá que ejecutar en el extranjero, la evaluación pasa por hasta dónde desconocer un acuerdo de elección de foro no irá contra el orden público del país hacia donde se dirija la sentencia. Si es una parte que posee posición dominante, seguramente tendrá capacidad para defenderse. La denegación de justicia es por la imposibilidad de acceso al foro acordado (Bardel y Merino, 2023, p. 167).

La relación de requerimiento de no exigir la demanda en el extranjero por falta de razonabilidad del foro acordado, como diría Nicolau, es compleja (Nicolau, 2012, p. 27). Allí consideramos estará el centro de la prueba, en la irracionalidad del foro acordado.

Uno de los elementos de prueba, no tan sencilla, por cierto, es la obtención de condiciones favorables por amenaza de ruptura asociada a la explora-

tación económica. Se deslocaliza el lugar de celebración de contrato y su jurisdicción respecto del que se obtiene el beneficio (Espiniella Menéndez, 2018, p. 276).

Si se quiere un primer contenido y alcance del término razonable, será como adecuado y conforme a la razón. Interesantes son sus sinónimos, que, entre otros, son justo, sensato, ecuánime, procedente. Es decir, ligado a la justicia. Como contrario a lo irracional está lo exagerado, que lo ligamos con lo exorbitante en nuestro tema (Fernández Arroyo, 1994, p. 59).

Si volvemos a situaciones donde no hay foros acordados, el abuso e irracionalidad se da por demandas que resultan sorprendidas, por lo lejanas, basadas en criterios, por ejemplo, del foro de la nacionalidad o una residencia ocasional (All et al., 2022). Se deja de lado la proximidad (Lagarde, 1986, p. 9) y previsibilidad por sobre la conveniencia. La indefensión conduce a la denegación de justicia. Los costos procesales pueden ser perfectamente uno de los parámetros a tomar.

En los casos en que no se ha elegido derecho aplicable, un parámetro más es la ligazón entre *forum et ius* (Audit, 1991, p. 197), demostrándose que el derecho del lugar de la demanda resulta lejano e inconveniente, situación denominada forismo (Ehrenzweig, 1968, p. 167). Aquí se unen la indefensión con el abuso del derecho sustancial. Recordamos que la solución desde el derecho anglosajón ha sido la institución del *forum non conveniens* (Ferrari, 2016, p. 85).

Una paradoja sobre la jurisdicción acordada, como jurisdicción exclusiva, es que se plantea, no sin razón, que previene el fraude (Uzal, 2022, p. 51). Ante la certeza de la jurisdicción acordada estará la prueba del abuso por haber sido compulsiva (Ciuro Caldani, 1998). Si se ha realizado de forma predispuesta una defensa útil, podrá ser el abuso o fraude que conlleva y que más adelante analizaremos.

Desde los marcos convencionales tenemos el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (1996); en su artículo 1o., condiciona la validez del acuerdo de elección de foro a que

exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo. Para luego decir en el art. 4 que es válida la elección de jurisdicción

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.

A la vista se denotan dos parámetros: por un lado, la razonabilidad (Pallarés, 1995, p. 229)⁴ y, por el otro, la limitante de la no obtención de forma abusiva (Toniollo, 1996, p. 245). Se ha demarcado una aparente contradicción en que el ámbito de aplicación exige conexión razonable y luego es como que lo amplía a que no sea abusiva (Noodt Taquela, 1996, p. 738).

Por conexión razonable se entiende, tal como está redactado, aquellas que se encuentran en el Protocolo, pero puede pensarse que el artículo 4o., al hablar de abusiva, amplía a otras conexiones. Nuestra postura es por la amplitud y, en cualquier caso, está la salvaguarda de la demostración del abuso.

El tema es que, si el pacto queda realizado fuera del ámbito del Mercosur, se estará ya por las normas internas al salir del ámbito de aplicación. Tal vez sobre la base de la temática de este trabajo puede pensarse en aplicación analógica ante la ausencia de norma interna específica.

Junto a ello tenemos el Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Parte del Mercosur,⁵ que es muy particular; admite la prórroga de forma posterior al litigio en el artículo 5o. Pero el artículo 4o., en lo que estamos apuntando, nos dice que como carácter imperativo y de orden público que

- a) No podrá iniciarse ningún procedimiento judicial en relación con el transporte de carga en virtud del presente Acuerdo, en un lugar distinto de los previstos en el artículo 2.⁶ b) Serán nulas y sin ningún efecto las cláusulas de jurisdicción

⁴ Parte de la base de que la razonabilidad se encuentra en los foros declarados en subsidio de elección. Se muestra en contra de la postura de una razonabilidad a partir de esto y ampliarla a otros foros.

⁵ <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/decl102s.asp>

⁶ Dice el art. 2o.: En todo procedimiento judicial relativo al contrato de transporte internacional de carga con arreglo al presente Acuerdo, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante los tribunales del Estado: a) del domicilio del demandado; b) del lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; c) del lugar de carga o de des-

exclusiva, sin perjuicio del derecho del demandante de optar por el tribunal del lugar designado en el contrato de transporte conforme al literal e) del artículo 2. c) También serán nulas y de ningún efecto las cláusulas del contrato de transporte y los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el hecho litigioso, por los que se trate de eludir o se excluya la aplicación de las reglas establecidas en el presente Acuerdo, sea decidiendo la ley aplicable en cuanto de ella se infiera la jurisdicción, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción.

Si se lo ve desde el derecho interno, nos encontramos con el artículo 2650 del Código Civil y Comercial. Que parte diciendo “no existiendo acuerdo válido de jurisdicción”.

Lo cual, sin que queramos forzar las cosas, nos dice que, por elementos que estamos exponiendo, el acuerdo puede ser cuestionado y no queda bajo el sello absoluto de la voluntad de las partes. Y entonces tenemos jurisdicciones que resultan previsibles, como el domicilio del demandado, el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales y los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que esta haya participado en la negociación o celebración del contrato. Todos estos foros resultan razonables; entonces pensamos que, en cualquier caso, para que produzca el *forum shopping*, si es que se configura, debería ser un foro que se aleje de ellos, recordando que no necesariamente un foro que no es declarado en nuestra legislación será como tal exorbitante (Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s. sucesión ab intestato, CSJN).

Desde el plano del derecho internacional de los derechos humanos, puede pensarse la relación con el derecho a un recurso judicial efectivo como aspecto de la denegación de justicia (Corte IDH, Protección Judicial, Cuadernos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

carga; d) del lugar de tránsito donde haya un representante del transportista, también denominado porteador o transportador, si éste fuere el demandado; e) de cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte, siempre que se trate de un Estado parte.

III. Derecho aplicable

Nos parece importante comenzar diciendo que los sistemas alemán, inglés y francés, desde hace mucho tiempo poseen normas de protección en las relaciones B2B, con similares características (Alonzo Mendoza y Morales Ortiz, 2015, p. 207). Alemania desde la AGBG de 1976 hasta incorporaciones en el BGB en 2001, con un rico camino jurisprudencial, cuyo recorrido excede el marco de este trabajo relatar. Se centran en la buena fe y el abuso de derecho, con listas grises y negras de cláusulas (Morales Ortiz et al., 2020).

La regulación del Código Civil y Comercial y, podríamos decir, la tendencia desde el Derecho comparado es a la autonomía de la voluntad, pero la existencia real de paridad en todas las circunstancias de contratación se viene cuestionando de hace tiempo (Palacios González, 2018, p. 97).

El desequilibrio entre empresario y consumidor es claro a día de hoy y muy regulado; entre empresarios, no tanto. Cuando hay cláusulas predispuestas de adhesión, se puede visualizar mejor; cuando esto no ocurre, es más difuso y tendrá que demostrarse la aparente negociación en la que una parte se impuso y la otra, en general por razones económicas, cedió. Ámbitos como contratos bancarios o de transporte cuentan hoy con mayor protección.

Una pregunta que surge es si pueden ser aplicables extensiva o analógicamente las normas sobre consumo cuando se produce un abuso entre empresarios (Cámara Lapuente, 2016). La respuesta para nosotros es negativa (Albiez Dohrmann, 2017). Se tendrá que ir por la vía de la buena fe, la transparencia, el abuso de derecho, el fraude a la ley, entendida la buena fe como un principio y las otras instituciones como normas imperativas (Scotti, 2024, p. 227), incluso se ha propuesto la imprevisión, lo cual creemos que no es aplicable al tema que estamos tratando porque como tal surge de manera exógena a las partes y así lo establece el artículo 1091 del Código Civil y Comercial, y excede este trabajo un análisis pormenorizado de la institución.

En el derecho internacional privado interno nos encontramos con el artículo 2651 del Código Civil y Comercial, que permite amplia autonomía a todos los aspectos del contrato. En lo que nos atañe, una posible limitante es que “La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

Un tema importante que queremos destacar para nuestro tema es la ley desde donde se dilucida la validez de la cláusula de elección. En opinión de Iud (2019, p. 245), es por la *lex fori*; sin embargo, destacamos que el Reglamento de Roma I en el derecho comunitario europeo lo hace desde la *lex causae*. Lo cierto es que en un punto ambas ingresan en juego y, respecto de la *lex fori*, sin lugar a dudas estará la limitante de considerar la validez del acuerdo que más adelante desarrollamos.

Un segundo aspecto limitativo es que en el inciso a) puede variarse el derecho originalmente elegido durante el transcurso del contrato, pero no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros. Como elemento subjetivo, puede surgir de manera repentina y forzada un cambio en situación de abuso o predominante. Que lleva a la parte que tiene el contrato en ejecución de un determinado modo y previsión ante posibles contingencias a otro derecho diferente.

En el inciso c) tenemos la autonomía material donde pueden crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido. Aquí, el desplazamiento acomodaticio de normas coactivas puede consistir en fraude. Donde se aclara que no desplazan a las normas imperativas argentinas, las normas extranjeras desplazadas pueden serlo si ese derecho lo permite (Iud, 2019, p. 272).

Como limitante más importante tendremos el inciso e) cuando nos dice que

los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso

Que, por supuesto, tiene sus concordantes y se desprende de los artículos 2599⁷ y 2600 del Código Civil y Comercial.

⁷ Como calificación referencial de norma de aplicación inmediata tenemos el art. 9.1 del Reglamento Europeo 593/2008, que dice: 1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la

El inciso f) es de prevención de fraude y lo analizaremos más adelante y tiene su correlación con el artículo 2598 del Código Civil y Comercial, así como el artículo 6o. de la CIDIP II sobre normas generales de derecho internacional privado, que analizaremos más adelante. El inciso g) separa el *forum* del *ius*; consideramos que en cierto sentido previene el forismo.

El artículo 2652 del Código Civil y Comercial determina el derecho aplicable en defecto de elección de foro. Consideramos que, para nuestro tema, para nada resulta abusivo.

Respecto del artículo 2653, que contiene la cláusula de excepción específica para contratos, encuentra la gran limitación de no ser aplicable cuando se ha ejercido la autonomía de la voluntad. Entonces podemos pensar en una hipótesis de su aplicación a partir de la prueba de la nulidad en la elección del derecho.

Un elemento referencial serán los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales,⁸ que los demarcamos aquí como referenciales, para que en cascada se tengan en cuenta sobre lo que más abajo desarrollaremos, que en síntesis en su artículo 1.4⁹ hacen aplicables las normas imperativas, nacionales, internacionales y supranacionales. En el artículo 1.7 se sienta el principio de buena fe y lealtad negocial sin que las partes puedan excluirlo.

Importante es el artículo 2.1.20, que limita las cláusulas sorpresivas que establecen ineficacia en cláusulas estándar cuando no se puede prever razonablemente o no la acepta expresamente. Y se debe tener en cuenta el contenido, lenguaje y presentación. Y en caso de conflicto, no se tendrán en cuenta. Esto en la misma línea que lo regulado en el Código Civil y Comercial respecto de cláusulas predisuestas.

Muy puntualmente sobre nuestro tema está en el artículo 3.2.7 relativo a excesiva desproporción, donde en todo o en parte se puede anular un contrato

ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>

⁸ <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>

⁹ Que posee correlación con el artículo 3.1.1, donde se establecen los remedios para la reconducción del contrato, enumerando una serie de criterios a seguir.

Si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato.

Es a petición de parte y el tribunal puede realizar adaptaciones. En los Principios de La Haya sobre derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, las referencias son más escuetas o menos contundentes y respecto a las leyes de policía y al orden público (Moreno Rodríguez, 2017, p. 495).

IV. Los contratos por adhesión como normas imperativas

Retomamos el artículo 2651, inciso *f*) arriba mencionado; entonces nos planteamos el contenido y alcance de las normas de contratos por adhesión como imperativas (Trivisonno, 2019, p. 109). En la intención de verlas desde el ángulo internacional privatista.

Partimos de la base de que en el contrato de adhesión una parte no ha participado en su redacción. Se ha debatido si los contratos de adhesión deben estar necesariamente orientados a más de una persona o pueden ser para una sola; nos volcamos por la última respuesta como posibilidad (Esborraz, 2014, p. 15). La pregunta es qué tendría que demostrar la parte adherente de un contrato internacional para que el contrato o una parte no le sea aplicable; ejemplo comparado serían los listados que enumeran los artículos 305-310 del BGB alemán.

Hay elementos comunes con el derecho interno, como cláusulas incomprendibles, remisiones a documentos que no se poseen, prevalencia de elementos acordados particularmente, ambigüedad, que se interpretan de manera contraria al predisponente.¹⁰

¹⁰ *Cfr.* arts. 985-987 del Código Civil y Comercial.

Y en el artículo 988 del Código Civil y Comercial tenemos las cláusulas abusivas que se tienen por no escritas. Es un modo especial del abuso de derecho orientado a los contratos. Así, está la desnaturalización de las obligaciones, que en lo nuestro puede ejercerse por el abuso de la autonomía material y está ligado también al inciso *b)* cuando dice “las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”. En el inciso *c)* se dice que “las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

Y he aquí la falta de razonabilidad y previsibilidad en el derecho aplicable. Lejano, deslocalizado y ventajoso para el predisponente. Como referencia comparada, existe en España la ley de condiciones generales de contratación, aplicable a situaciones entre empresarios, orientada a contratos de adhesión,¹¹ parte de cláusulas suelo que son poco claras, con disparidad y sorpresa que no son aplicables (Palacios González, 2018, p. 97).

V. Encuadre desde el fraude a la ley

El abuso en las relaciones B2B puede ser visto desde el fraude a la ley (Uzal, 2022, p. 51). El fraude a la ley tiene una relación de género a especie con el abuso del derecho (Siehr, 2012). El fraude se comete mediante manipulación de hechos u actos jurídicos, que van contra la legislación o se abusa de la voluntad de la contraparte; se busca el aprovechamiento del derecho, ya sea de forma lisa y llana o desde el fraccionamiento del contrato. Se visualiza entonces que podría ser aplicable a las relaciones que planteamos a partir del funcionamiento del artículo 2698 del Código Civil y Comercial.

Si vamos a su texto, tenemos que

Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

Y como segundo marco normativo tenemos la CIDIP II sobre normas generales; en su artículo 6o. nos dice

No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas

Lo que de la lectura del Código Civil y Comercial puede hacer ruido es el contenido y alcance de “derechos no disponibles”, especialmente con los contratos, que es lo que estamos tratando, y son Derechos esencialmente disponibles.

Respecto de la CIDIP, no se visualiza esta limitante, pero habla de evadir principios fundamentales, lo que podría llevar más al orden público internacional; confundiendo las instituciones en la redacción, tenemos en claro que uno es aspecto negativo del antecedente de la norma y otro del consecuente. Más interesante es que su texto no posee la mención a la disponibilidad de derecho que puede generar controversia respecto de la autonomía de la voluntad. Si esa autonomía se ejerce atentando contra principios del ordenamiento, se configura el fraude.

En cuanto a la “disponibilidad”, nos dice Uzal (2022, p. 53) que

El fraude tiene, por ende, como característica, para ser tal, la disponibilidad por las partes de aquellos aspectos del caso que no están previstos como disponibles por el legislador, cuestiones reservadas de los actos o negocios jurídicos, en principio, previstas por la ley como indisponibles para la voluntad de las partes.

Conocemos casos típicos de fraude con sociedades *offshore*, testamentos, pero en lo que nos toca, se intentará en el contrato con una ley extranjera que resulta favorable, en situación de disparidad o abuso de posición dominante que lleva a la no aplicación maliciosa del derecho argentino u otro derecho que es cercano y previsible respecto de la relación que se está desarrollando. La relación pasa a estar cerca de las pretensiones de una de las partes, mediante imposiciones como mecanismo.

Lo típico desde el fraude es que, como tal, no se está realizando algo ilegal en principio al ejercer la autonomía de la voluntad. Hay que ver también la intención de eludir normas imperativas.

De base, el alejamiento de un derecho en la relación dispar entre una multinacional y una PyME, en casos de incumplimientos, lleva de arranque a la contratación de costosos abogados en el extranjero; de allí para adelante otros elementos que hacen a la disparidad.

Si vamos al plano de los contratos, tenemos una norma de prevención de fraude en el art. 2651 inc. f)¹². Muchas cosas podemos decir sobre el fraude a la ley (Viangalli, 2000, p. 1114), pero no es la intención de este trabajo llevar a cabo un trabajo sobre el tema fuera del foco en el que lo situamos, que es el punto donde una de las partes con una posición dominante “fuerza” la aplicación de una determinada ley para que la otra parte contrate en un abuso de la autonomía de la voluntad. Se sale un poco de los clásicos ejemplos de fraude donde hay actos de una sola persona, como un testamento o acuerdo expreso de ambas partes en que el fraude opera. Si el fraude por concepto se analiza caso por caso, lo que planteamos, si se quiere, es “más finito”.

La dificultad del encuadre que estamos esbozando es que en el fraude de la manipulación de los puntos de contacto (Goldschmidt, 1952, p. 295) se realiza de forma típica porque no están disponibles, pero aquí sí. Se realiza en acuerdo válido de las partes, pero resulta con disparidad de contratación.

El indicio en este supuesto estaría dado por la aplicación de un Derecho que resulta lejano a la relación respecto de los elementos del contrato y que a su vez es beneficioso para una de las partes en perjuicio de la otra. No hay proximidad (Quintero Bencomo, 2021, p. 297). Como segundo indicio, es la prueba de que eluden normas imperativas del Derecho que resultarían “naturales” a la relación,¹³ dejando de lado las leyes que resultarían previsibles aplicar a la relación. Demostrando a su vez, como tercer elemento, que la ley responde a los intereses de una sola parte.

Pero carga sobre el que alegue este caso la irrazonabilidad de la elección en la autonomía de la voluntad. Es claro que, en materia disponible, de carácter patrimonial como los contratos, la prueba del fraude es más di-

¹² Recordamos que viene en su antecedente del art. 1208 del Código de Vélez.

¹³ Artículo 2651, incisos *a*), *c*), *d*) y *e*) del Código Civil y Comercio.

fácil porque se parte del principio de autonomía. Si volvemos a la literalidad de la lectura del artículo 2598 y de la CIDIP de Normas Generales, resulta un poco difícil encuadrar el supuesto, tampoco imposible.

1. *Distinción entre fraude a la ley y abuso del derecho*

Si lo vemos desde Goldschmidt (1952, p. 301), el fraude a la ley es un tipo de abuso de derecho o, si se quiere, tiene una relación de género a especie, porque el abuso utiliza una figura legal tergiversando su fin. En eso coinciden; se utiliza una norma para obtener un fin que no es el previsto.

En más precisiones, se habla de que el abuso posee elementos más objetivos y el fraude subjetivo, aunque la distinción no es tajante y el fraude tiene elementos objetivos; en nuestro caso es lo pactado en el contrato. Se dice que el abuso lesiona el interés de un tercero y el fraude protege al perpetrador contra sí mismo.

2. *Buena fe y abuso de derecho*

En sus orígenes, el concepto de abuso de derecho se derivó del principio de buena fe, de allí que en el Código Civil y Comercial estén juntos (Ranieri, 2012). Es por ello que el artículo 9o., que sienta el principio de buena fe, y el artículo 10 sobre abuso de derecho.

No nos adentraremos, por exceder el marco de este trabajo, en el análisis de la buena fe y el abuso de derecho fuera de los aspectos internacionales en el ámbito de los contratos que planteamos. En nuestra temática, autores plantean la utilización de la buena fe como analogía (Boggiano, 2018b, p. 277).

Sobre el punto que venimos tratando, cuando está habilitada la autonomía de la voluntad, la prueba del abuso de derecho es más difícil; hay una suerte de inversión de la carga. Debe haber una orientación hacia la lejanía de la jurisdicción y el Derecho respecto de los elementos objetivos del contrato.

En la autonomía acordada, desde un punto de vista del orden público, podría alegarse que se está imposibilitado de su ejercicio por razones económicas y, por lo tanto, deviene en exorbitante. El abuso consistió en que se forzó, por razones de conveniencia y disparidad económica, a acordar

una jurisdicción lejana y costosa. Todo produce un marco de denegación de justicia.

Pero siempre se parte de que el acuerdo en principio es válido y debe probarse el abuso. Como parámetros, por ejemplo, tendremos la dependencia productiva; es el caso de una multinacional automotriz que negocia con una pequeña automotriz, que depende su existencia de esa producción y no tendría capacidad en el corto plazo de reconvertirse variando producción. Es decir, se demuestra la relación de dependencia (Hartley, 2002, p. 148).

Se puede pensar en el abuso de derecho desde el derecho internacional público, pero no está consolidado como tal y nuestro estudio está centrado en relaciones particulares (Paulsson, 2021, p. 11).

3. Abuso de posición dominante

La buena fe y el abuso de derecho son pautas para el abuso de posición dominante. Son principios protectorios. Tiene una relación también con el derecho de daños, pero nos centramos en lo contractual. Por sus características, cuando se produce en el plano internacional, está más orientada a una autonomía material impuesta sobre condiciones desventajosas económicamente.

Los precios excesivos o su incremento imprevisto que resultan impuestos por las condiciones comerciales pactadas sin competencia efectiva son constitutivos de abuso de posición dominante. Sobre nuestro tema queremos hacer una relación con la dependencia económica¹⁴ respecto del abuso de posición dominante (Santarelli, 2018).

Desde el derecho argentino, se encuentra regulado en el decreto 274/2019¹⁵ de Lealtad comercial, que en su artículo 10 dedica específicamente el inciso *d*) al abuso de situación de dependencia económica y el inciso

¹⁴ En el derecho español, desde la Ley de Competencia Desleal núm. 3/1991, incluye la figura del abuso de situación de dependencia económica en el art. 16, inc. 2), orientada tanto a empresas clientes como proveedores, concediendo ventajas a una parte en detrimento de otras. Similar es la regulación italiana en el artículo 9o., inciso 3 de la Ley 192 de 1998; Francia, en la Ordenanza 86-1243 del 1/12/1986, introduce en el Código de Comercio arts. 420-2 y 420-3.

¹⁵ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322236/norma.htm>

e) a obtención indebida de condiciones comerciales. Que puede encuadrarse tanto en situación fraudulenta, como en norma imperativa. Su análisis por menorizado excedería el marco internacional privatista de este trabajo.

La dependencia económica socorre al que se encuentra en disparidad negocial, especialmente relacionada con las grandes empresas. Está relacionado con el que acepta contratar porque no posee otra alternativa. Es el ejemplo de un pequeño autopartista, que depende de la multinacional y, si no contrata con ella, posiblemente cierra. Ello lleva a ventajas onerosas, que de otro modo no ocurrirían, y a la aceptación de jurisdicciones y derecho aplicable que son desventajas.

En la dependencia económica, la parte débil básicamente no se encuentra con otras opciones que las que contractualmente le ofrecen; se ponen como ejemplos contratos de agencia, distribución, grandes cadenas de supermercados relacionados con pequeños productores. En Alemania, Francia y Austria está reglado de esta manera: hay posición dominante si no existe posibilidad suficiente de cambiar de empresa. La regulación es sobre las normas de conducta respecto de las dependientes y pequeños competidores en el mercado (Wurmnest, 2012).

El abuso de posición dominante se da también desde averiguaciones fácticas más allá de lo formalmente jurídico, de manera indiciaria en similares elementos al fraude a la ley y en la lógica de su cercanía institucional; en el derecho comparado tiene bases en el art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea (Fino, 1997, p. 1174). En la génesis normativa, tenemos la incorporación en 1994 de la defensa de la competencia y control de monopolios en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que llevó a la sanción de la ley 27442 de defensa de la competencia,¹⁶ cuyo comentario extenso excede el marco y objetivo de este trabajo (Basterra, 2000, p. 5).

El Código Civil y Comercial, sancionado en 2015, incorpora en el artículo 11 la institución, remitiendo a los artículos 9o. y 10 (Darsaut y Rostan, 2020), estableciendo que se aplica “cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes es-

¹⁶ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/310241/norma.htm>

peciales”. Hay una relación de género a especie del abuso de derecho respecto del abuso de posición dominante (Krieger, 2015, p. 15).

4. *Visión desde el orden público*

Una posibilidad es establecer que el ejercicio abusivo de la autonomía de la voluntad, sin buena fe, si se configura abuso de posición dominante, con intención de eludir normas imperativas, va contra el orden público internacional. Si se tiene en cuenta el origen de la autonomía de la voluntad (Luz Karime, 2016, p. 71) y su relación con esta institución.

Se puede plantear desde la preservación del interés social que los principios de Orden Público Internacional por la ilicitud generada en ese ejercicio particular de la autonomía de la voluntad. Consideramos que es más lejano por la relación de género a especie del fraude a la ley con el abuso del Derecho y porque los actos jurídicos por los que se instrumentan son generalmente legales (Domínguez Martínez, 2016).

VI. Soluciones desde la cláusula de excepción

Probados algunos de los factores analizados, se puede estar por la nulidad total del contrato o, en su caso, parcial. Por lo que pasamos a exponer, en el equilibrio de la nulidad, si se declara la ineficacia del ejercicio de la autonomía de la voluntad, podría realizarse el ajuste mediante la aplicación de la cláusula de excepción.¹⁷

Las cláusulas de excepción en la Argentina se han incorporado en el Código Civil y Comercial en 2015, una de modo general en el artículo 2597, que es casi una reproducción literal del artículo 15 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (Bucher, 1995, 212) y establece:

¹⁷ Es importante aclarar que nos centramos en la nulidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad para la aplicación de la cláusula de excepción, no en los parámetros concretos de selección del derecho más próximo, que por extensión y objeto exceden el marco de este trabajo.

Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

Y a su vez se incluyó una norma específica en materia contractual, en el artículo 2653 del Código Civil y Comercial, al establecer:

Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

Parecería una obviedad que para nuestro análisis prima la segunda norma específica citada por sobre la primera citada. En general, será de esta manera. Pero, podría darse el supuesto de la nulidad absoluta del contrato y que la acción sea por daños y en ese caso operar la primera.

La diferencia esencial entre ambas es que, si estamos en materia contractual, es a pedido de parte, lo cual acota las facultades del juez. Es bastante único respecto de los marcos comparados a los que accedimos (Fernández Pérez, 2015, 83). A su vez, en cuanto a aplicación, la cláusula general dice que el juez “está facultado”, a diferencia de la contractual, que reza “no debe”.

Lo que poseen en común es la inaplicabilidad en caso de ejercicio de autonomía de la voluntad y allí estará el centro de nuestro análisis. Así lo determinan muchos ámbitos comparados, aunque no todos.¹⁸

¹⁸ Como por ejemplo el art. 4.3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Es propositivo de nuestra parte que ambas cláusulas deberían haber dicho que no son aplicables si las partes eligieron el derecho de manera válida para el caso. Lo que a nuestro criterio no obsta para que el juez, bajo todos los parámetros y análisis realizados en este trabajo, así lo establezca.

Como vimos, esta restricción respecto del derecho aplicable no existe para la competencia judicial internacional. En correlación institucional y anclaje, podría tenerse en cuenta la figura de la lesión subjetiva del artículo 332 del Código Civil y Comercial, cuyo estudio pormenorizado excede el estudio de este trabajo (Nicolau, 2016, p. 203), y solo en apostillas se parte de un acto que fue voluntario donde se explota la necesidad, al menos en lo que estamos planteando, más allá de encuadre posible en debilidad psíquica o inexperiencia mucho menos probable en nuestro tema y donde hay una ventaja patrimonial desproporcionada.

El Código Civil y Comercial habla de reajuste equitativo del convenio;¹⁹ aquí, desde el punto de vista internacional privatista, podría pensarse, entre otros elementos propios, la nulidad del acuerdo de elección de derecho aplicable y la apertura a la puerta de la cláusula de excepción hacia un derecho cercano, previsible y justo a la relación. En otro orden, la protección desde las instituciones internas y particularmente cuando se trata de adhesión es algo implementado por la jurisprudencia española (Palacios González, 2018, p. 98).

La nulidad de la autonomía de la voluntad posee una correlación con la deslocalización porque en la redacción de la norma tenemos que todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato no poseen relación con la proximidad. Se suele tener la tendencia a una visión geográfica para la localización o aplicación de otro derecho, pero esta es uno de los elementos, no de por sí determinante. La deslocalización es en conjunto con todos los otros elementos del contrato.

Sobre los elementos objetivos y subjetivos, puede decirse que el primero está ligado a la conexión jurídica de fondo. Dado que no hay autonomía de la voluntad ejercida, se busca el vínculo más estrecho, desde la presta-

¹⁹ Su correlación internacional la posee, aunque con distintos matices en su redacción, sobre todo en su carácter estricto con el artículo 3.2.7. de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Internacionales. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>

ción más característica, el lugar de cumplimiento, los domicilios de las partes. En lo subjetivo está el centro de gravedad de la relación económica, las negociaciones, las relaciones previas y costumbres particulares de las partes (Iud, 2019, p. 552). Cuando nos ponemos en el plano de los contratos, no es muy diferente a los parámetros de la cláusula general en cuanto que el juez busque la solución material más acorde o que considere qué norma le cabe mejor a la situación (Martínez Luna, 2012, p. 36).

VII. Conclusiones

Los contratos de parte débil donde no interviene un consumidor carecen de legislación específica en el plano internacional privatista en la Argentina y se justifican desde el inmenso espectro que abarcan. La disparidad y abuso en el ejercicio de la autonomía de la voluntad debe evaluarse caso por caso, más allá de criterios que puedan llevar a indicios. Ante ello, instituciones y principios como la buena fe, abuso de derecho, el fraude a la ley y el orden público internacional, con elementos como las situaciones de posición dominante, llevan a soluciones.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad no puede plantearse en el plano de un absoluto que no pueda ser cuestionado bajo las circunstancias de asimetría o disparidad que planteamos. En los contratos entre empresas en las que una parte pueda catalogarse como débil es factible una imposición de la jurisdicción y del derecho aplicable, tanto de manera conflictual como en la elaboración de normas materiales, sea por adhesión o por elaboración. Ante ello, en estos contratos internacionales se impide o limita el acceso a la justicia, violándose el principio de razonabilidad y garantías básicas de tutela judicial.

Las categorías de abuso de derecho y abuso de posición dominante ofrecen instrumentos idóneos para reconocer la disparidad entre una empresa multinacional y una PyME dependiente, especialmente cuando la parte más fuerte impone jurisdicciones o derechos aplicables remotos, generando una deslocalización irrazonable. Esta desigualdad, aun fuera del ámbito de consumo, amerita un control judicial corrector.

La elección de una ley extranjera o de un foro alejado, efectuada con el fin de eludir normas imperativas o de privar de tutela a la contraparte, puede configurarse como fraude a la ley. En tales casos, el orden público internacional argentino opera como barrera, habilitando la inaplicación del derecho elegido y la aplicación de las normas más estrechamente vinculadas al caso.

Aunque el artículo 2653 del Código Civil y Comercial excluye formalmente la aplicación de la cláusula de excepción cuando existe autonomía de la voluntad, doctrinal y teleológicamente cabe admitir su uso en supuestos de autonomía abusiva o fraudulenta, a fin de reintroducir el derecho con vínculos más estrechos y restablecer el equilibrio contractual. Esta interpretación permitiría un uso jurisprudencial correctivo semejante al desarrollado en otros ordenamientos.

Sin equiparar situaciones, el tratamiento del contratante débil no consumidor puede inspirarse en las técnicas de tutela del consumidor y en la experiencia comparada europea, en cuanto orientan el control de cláusulas sorpresivas, la buena fe objetiva y la transparencia negocial en relaciones B2B.

Las normas de aplicación inmediata, el orden público internacional, el foro de necesidad y las cláusulas de adhesión y abuso conforman un entramado suficiente para construir una tutela razonable del contratante débil, sin necesidad de reforma legislativa inmediata, aunque sí con una interpretación judicial evolutiva.

VIII. Referencias

- Albiez Dohrmann, K. J. (2017). Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (7), 67-69.
- All, P. M.; Iud, C. D., y Rubaja, N. (2022). La flexibilización al servicio de la justicia: algunos comentarios sobre ciertas soluciones de orden procesal en las nuevas codificaciones de derecho internacional privado latinoamericano. *Papeles del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Universidad Nacional del Litoral*, 14(25). <https://doi.org/10.14409/pc.v14i25.12277>

- Alonzo Mendoza, P., y Morales Ortiz, M. E. (2015). Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (34), 207-216. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n34/0718-8072-rchdp-34-0207.pdf>
- Audit, B. (1991). *Droit international privé*, t. 2. Económica.
- Bardel, D., y Merino Calle, I. (2023). El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 167-197. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8054>
- Basterra, M. (2000). La defensa de la competencia en la Constitución argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25156. <https://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/la-defensa-de-la-competencia-en-la-constitucion-argentina-el-articulo-42-y-la-ley-reglamentaria-n-25-156.pdf>
- Bauger, E. S. (2018). La prórroga de jurisdicción internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la nación. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. <https://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/2023/01/La-Prorroga-de-Jurisdiccion-Internacional-en-el-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>
- Benegas Lynch, A. (1994). *Fundamentos de análisis económico* (11a. ed.). Abeledo-Perrot.
- Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s. sucesión ab intestato, CSJN. <https://fallos.diprargentina.com/2009/09/behrens-german-federico-o-hermann.html>
- Boggiano, A. (1981). International standard contracts. A comparative study. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, (I), 9-113.
- Boggiano, A. (2018a). Contratos internacionales entre pymes y grandes empresas, y entre consumidores y empresas. *El Derecho*, t. 279, 498.
- Boggiano, A. (2018b). El derecho como analogía. *El Derecho*, LVI(14.393).
- Bucher, A. (2009). La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP. En A. Bonomi, *La Loi Fédérale de Droit International Privé: vingt ans après. Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*. Schulthess. <https://unige.swisscovery.sls.ch/discovery/fulldisplay?adaptor=Local%20Search%20Engine&context=L&docid=>

alma991000232459705502&lang=fr&vid=41SLSP_UGE:VU1&utm_source=chatgpt.com

- Cámara Lapuente, S. (2016, junio 27). Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/author/sergio-camara-lapuente>
- Ciuro Caldani, M. A. (1998). *Filosofía de la jurisdicción*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. <https://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1092/996>
- Darsaut, M. V., y Rostán, M. I. (2020, diciembre). La incorporación del abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación y sus efectos en el derecho de defensa de la competencia argentino. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva Época. <https://doi.org/10.14409/ne.v0i13.9891>
- Ehrenzweig, A. (1968). Specific principles of private international law. *Recueil des Cours*, t. 124, 167-379.
- Esborraz, D. (2014). Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código Civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano). *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, (7), 15.
- Espiniella Menéndez, A. (2018). Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores: una visión desde la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(2), 276-305. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4378/2924>
- Fentiman, R. (2021). *International commercial litigation: text, cases and materials on private international law* (3a. ed.). Oxford University Press.
- Fernández Arroyo, D. P. (1994). Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?. *Jurídica. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, (34). <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11550/10569>
- Fernández Pérez, A. (2015). Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto. *Revista Española de Derecho Internacional*, 67(2), 83-109. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.1.03>
- Ferrari, F. (2016). Forum shopping: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs. *Revue Critique de Droit International Privé*, 85-91.

- Fino, T. E. (1997). *Introducción al derecho de la competencia en la Unión Europea*, El Derecho, t. 170, 1174.
- Giménez Corte, C. (2016). Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Jurisprudencia Argentina*, (II), 830-842.
- Goldschmidt, W. (1952). *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. EJEA.
- Hartley, T. C. (2002). How to abuse the law and (maybe) come out on top: Bad-faith proceedings under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention. *King's College Law Journal*, 13(2).
- Iud, C. (2019). *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*. EIDial.
- Kohler, C. (2013). L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes. *Recueil des Cours*, t. 259, 289-477.
- Krieger, W. (2015). *Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*. Astrea.
- Kulman Boscarino, H. H. (2008). *Presupuestos del derecho de mercado*. El Derecho, t. 229, p. 601.
- Lagarde, P. (1986). Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, t. 196, 9-238.
- Luz Karime, Á. (2016). Autonomía de la voluntad: ¿decadencia o auge? *Revista Verba Iuris* (11), 71-91. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1015/785>
- Martínez Luna, W. F. (2012). El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24. <https://doi.org/10.36151/>
- Morales Ortiz, M. E.; Mendoza Alonso, P. A. y Munita Marambio, R. E. (2020). Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución de los principales sistemas de derecho comparado. *Universitas*. (69). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30226/25276>
- Moreno Rodríguez, J. A. (2017). Principios de la Haya: ¡Al fin una solución universal para problemas de derecho aplicable a la contratación internacional! *Revista de derecho privado y comunitario*, (3), 495-539.

- Nicolau, N. L. (2012). Una visión compleja e integrativista del derecho contractual. *Derecho y complejidad: en homenaje al prof. dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
- Nicolau, N. L. (2016). La lesión y la prohibición del abuso del derecho en la contratación. *Revista de derecho privado y comunitario*, (3), 201-226.
- Noodt Taquela, M. B. (1996). Los acuerdos de elección de foro en el Mercosur. *Jurisprudencia Argentina*, t. II, 738.
- Comité Jurídico Interamericano. (2023, diciembre 12). La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas. *IV Período Extraordinario de Sesiones*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_contratos_asimetricos_2024.pdf
- Oglietti, C. G. y Paolinelli, J. C. (2020). *Introducción al análisis económico del derecho*. UNRN. https://editorial.unrn.edu.ar/media/data/lecturas/paolinelli_volumen_lectura-2020.pdf
- Palacios González, D. (2018). La protección del contratante débil en los contratos en los que no interviene un consumidor. *Revista Internacional Consinter de Derecho*. <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.0007.06>
- Pallarés, B. (1995). Jurisdicción Internacional en el Mercosur. Perspectiva iusprivatista. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (123), 229-241.
- Pardo, V. (2025). *El contrato asimétrico entre empresas*. La Ley.
- Paulsson, J. (2021, junio-diciembre). El abuso del derecho como principio de derecho internacional: un intento fallido. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11-32.
- Posner, R. A. (2000). *El análisis económico del derecho* (E. L. Suárez, trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual suscripto con las Repúblicas Federativa del Brasil, del Paraguay y Oriental del Uruguay (1996). Ley 24.669. <https://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38310/norma.htm>
- Quintero Bencomo, R. (2021). Notas sobre el principio de proximidad y sus condicionantes a la determinación judicial del derecho aplicable al contrato comercial internacional. *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, (3), 297-313.

- Ranieri, F. (2012). Abuso de la ley. https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Abuse_of_Law
- Rodríguez, M. S. (2011). El principio de la autonomía de la voluntad y el derecho internacional privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur. *UCES. Revista Científica*, XV(1), 142. https://dspace.uces.edu.ar/jspui/bitstream/123456789/1269/1/Principio_M.N.Rodriguez.pdf
- Santarelli, F. (2018). *Contrato y mercado*. La Ley.
- Scotti, L. B. (2024, septiembre-octubre). Las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado. *Revista Código Civil y Comercial*, 227.
- Siehr, K. (2012). *Evasión de la ley*. https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Evasion_of_Law
- Toniollo, J. A. (1996). Reflexiones acerca de la función jurisdiccional en el Mercosur. En *Del Mercosur*. Ciudad Argentina.
- Trivisonno, J. B. (2019). Los contratos por adhesión: retrospectiva y prospectiva de la debilidad contractual en el derecho argentino. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, 23(2), 109-127. <http://dx.doi.org/10.30972/rfce.2324022>
- Uzal, M. E. (2020). La autonomía de la voluntad y sus límites en el derecho internacional privado contractual argentino. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (II), 295-317.
- Uzal, M. E. (2022). Fraude. Jurisdicción y derecho aplicable en DIPr.: partes de un caleidoscopio. El método de reconocimiento de situaciones y otros enfoques posibles. *La Ley*, t. F, 51.
- Viangalli, F. (2000). La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats. *Droit Prospectif. Revue de la Recherche Juridique*, 25(84), 1144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=130031>
- Zabaleta, S. y Ruiz, R. (2023). La doctrina del *forum non conveniens*: ¿amigo o enemigo del derecho internacional privado? *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*, (5), 361-385.

Cómo citar

IJ-UNAM

Feullade, Milton César, “Contratante débil no consumidor y derecho internacional privado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20144. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20144>

APA

Feullade, M. C. (2026). Contratante débil no consumidor y derecho internacional privado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20144. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20144>

Anticorrupción y control migratorio en México: de la limpieza institucional a la ética del abandono (2018-2024)

Anti-Corruption and Migration Control in Mexico: From Institutional Cleansing to the Ethics of Abandonment (2018-2024)

Elisa Ortega Velázquez

 <https://orcid.org/0000-0001-7013-0693>

Universidad Nacional Autónoma de México

Correo electrónico: elisaov@unam.mx

Recepción: 26 de septiembre de 2025

Aceptación: 4 de febrero de 2026

Publicación: 26 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20596>

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar cómo, en México, durante el sexenio 2018-2024, el discurso anticorrupción se consolidó como una tecnología de poder que reestructuró el derecho migratorio y legitimó prácticas punitivas de control de la movilidad. Se propone la noción de “ética del abandono” para nombrar una racionalidad que, bajo el ropaje de la legalidad y la transparencia, legitima la renuncia a proteger y normaliza la exposición de personas migrantes a riesgos extremos, incluso letales. La metodología es cualitativa, crítica e interdisciplinaria, basada en análisis documental, jurídico y discursivo de reformas legales, narrativas oficiales y cuatro casos paradigmáticos. Los resultados muestran que el discurso anticorrupción permitió militarizar el control migratorio mediante la Guardia Nacional, criminalizar la solidaridad y a las organizaciones defensoras, imponer sanciones anticipadas por medio de auditorías y despidos masivos, y normalizar el abandono institucional que culminó en la tragedia de Ciudad Juárez en 2023. El estudio se limita al caso mexicano y a un enfoque cualitativo, aunque sus hallazgos dialogan con procesos similares en el Sur global. Se concluye que la anticorrupción legitimó violaciones de derechos y subordinó la vida y dignidad de personas migrantes a objetivos de control estatal y geopolítico.

Palabras clave: anticorrupción; gobernanza migratoria; militarización; detención migratoria; ética del abandono.

Abstract: The objective of this paper is to analyze how, in Mexico, during the 2018–2024 administration, the anticorruption discourse consolidated as a technology of power that re-

structured migration law and legitimized punitive practices of mobility control. It introduces the notion of an “ethics of abandonment” to describe a rationality that, under the guise of legality and transparency, legitimizes the deliberate withdrawal of protection and normalizes the exposure of migrants to extreme, even lethal, risks. The methodology is qualitative, critical, and interdisciplinary, based on documentary, legal, and discourse analysis of legislative reforms, official narratives, and four paradigmatic cases. The findings show that the anticorruption discourse enabled the militarization of migration control through the National Guard, the criminalization of solidarity and defender organizations, the imposition of anticipatory sanctions through audits and mass dismissals, and the normalization of institutional abandonment culminating in the 2023 Ciudad Juárez tragedy. The study is limited to the Mexican case and a qualitative approach, though its findings resonate with similar processes in the Global South. It concludes that anticorruption, rather than ensuring institutional integrity, legitimized rights violations and subordinated the life and dignity of migrants to state and geopolitical control objectives.

Keywords: anti-corruption; migration governance; militarization; migrant detention; ethics of abandonment.

I. Introducción. Del discurso global al laboratorio mexicano

En el escenario global, el discurso anticorrupción se ha consolidado como un eje de la gobernanza migratoria: se presenta como garantía de integridad y eficiencia, y se traduce en estándares, métricas y protocolos que atraviesan fronteras institucionales y territoriales (OECD, 2020, 2024, 2025; Mungiu-Pippidi, 2015). Organismos multilaterales y expertos han vinculado integridad, control fronterizo y combate a la trata y el tráfico de personas, impulsando marcos transnacionales de acción (UNODC, 2011; OECD, 2016; Lelliott y Miller, 2023). A la par, la evidencia muestra que la corrupción incide tanto en la expulsión como en la atracción de personas migrantes (Bernini, Bossavie, Garrote-Sánchez et al., 2023). No obstante, esta narrativa se inscribe en una geopolítica desigual que opone un “Sur corrupto” a un “Norte limpio” (Alam, 2020), se entrelaza con lógicas neocoloniales en América Latina (Nieto, 2024) y condiciona agendas y dispositivos de control.

Esta racionalidad converge con el *gobierno del riesgo*, que habilita intervenciones anticipatorias (Bigo, 2002), y con la lógica de la *crimmigration*, que diluye las fronteras entre lo penal y lo administrativo (Stumpf, 2006; García Hernández, 2019). El sexenio 2018-2024 en México constituye un laboratorio privilegiado de esta gramática: el *Plan Nacional de Desarrollo* fijó la an-

ticorrupción como eje rector (DOF, 2019a), lo cual, en materia migratoria, se tradujo en la militarización a través de la Guardia Nacional, la criminalización de la solidaridad, la imposición de sanciones preventivas al personal del Instituto Nacional de Migración y el abandono institucional, ejemplificado por el incendio en la estación migratoria de Ciudad Juárez en marzo de 2023, que dejó 40 personas muertas bajo custodia estatal.

Para examinar este proceso se propone la categoría de *ética del abandono*, entendida como una expresión específica de la necropolítica en clave administrativa y anticorrupción: una racionalidad que convierte la omisión en virtud institucional y legitima la exposición de poblaciones prescindibles —como las personas migrantes y solicitantes de asilo— a riesgos letales. No se trata de mera negligencia, sino de un marco ético-político que transforma el “dejar morir” en un signo de integridad estatal.

La hipótesis de este trabajo sostiene que, en México, durante el sexenio 2018-2024, el discurso anticorrupción funcionó como una tecnología de poder que legitimó la militarización, la criminalización de la solidaridad, las sanciones preventivas y el abandono institucional en la política migratoria, consolidando un régimen de sospecha que vulnera los derechos humanos de las personas migrantes y solicitantes de asilo. El estudio adopta un enfoque cualitativo crítico, sustentado en análisis documental, jurídico y discursivo, a partir de normativa, informes oficiales, declaraciones, material periodístico y literatura académica. La metodología articula el estudio de casos con el análisis de contenido, guiada por categorías de la sociología política —riesgo, sospecha, legalidad punitiva y expulsión—, con el fin de confrontar las narrativas oficiales con las prácticas de control y exclusión.

El trabajo se organiza en cuatro apartados. El primero presenta la anatomía del dispositivo, donde se examina el discurso anticorrupción como tecnología de gobierno, su lógica de riesgo, la ética del abandono y su traducción al derecho migratorio. El segundo aborda la arquitectura jurídica e institucional (2018–2024), con énfasis en las reformas legales, la reconfiguración del Instituto Nacional de Migración y la institucionalización de la sospecha. El tercero estudia cuatro casos paradigmáticos del sexenio —militarizar con legitimidad, criminalizar la solidaridad, sancionar sin sentencia y abandonar hasta la muerte— que operan como ventanas empíricas de la hipótesis. Finalmente, se analizan las tensiones estructurales entre el dispo-

sitivo anticorrupción y los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo, mostrando cómo la integridad institucional se impuso sobre la garantía de derechos.

Este artículo delimita analíticamente el periodo 2018-2024 por razones metodológicas: es el sexenio en el que la anticorrupción se vuelve gramática explícita de legitimidad estatal y, en migración, opera como tecnología de poder que reordena instituciones, prácticas y narrativas. Esta delimitación no implica que la detención administrativa, la lógica de sospecha o las violaciones “nazcan” en 2018. Por el contrario, el dispositivo descrito se injerta en una trayectoria institucional previa de administración punitiva del estatus y alta discrecionalidad; lo que se sostiene aquí es que, entre 2018 y 2024, esa trayectoria se acelera y se moraliza mediante la retórica de “limpieza institucional”, habilitando su desplazamiento hacia lógicas militarizadas, preventivas y de sanción anticipada.

II. Anatomía de un dispositivo: del discurso anticorrupción a la ética del abandono en clave migratoria

El discurso anticorrupción opera como una tecnología de gobierno que, bajo la promesa de integridad, produce categorías de sospecha, normaliza la excepción y convierte la exclusión en política y norma de Estado. Lo que aparenta ser una estrategia técnica de control se revela, en realidad, como un régimen jurídico-administrativo que institucionaliza la desigualdad y legitima la violencia en nombre de la protección institucional. Más allá de un programa para sanear instituciones, la anticorrupción se despliega como una racionalidad de poder que reorganiza los límites de lo permitido y lo prohibido, reconfigurando la relación entre legalidad, coerción y vidas consideradas prescindibles.

1. *El discurso anticorrupción como tecnología de gobierno*

En el análisis foucaultiano, el discurso no se reduce a un conjunto de palabras, narrativas o representaciones: constituye una tecnología de gobierno que produce realidades, define categorías legítimas de pensamiento y habili-

ta prácticas institucionales. No describe pasivamente el mundo: “lo organiza y establece qué puede decirse, quién está autorizado a decirlo y con qué efectos de verdad” (Foucault, 2006).

El concepto de poder-saber es clave para comprender este funcionamiento: el poder no solo se ejerce mediante coerción física o sanciones formales, sino también a través de la producción de saberes que modelan la conducta de las personas y los objetos de intervención (Foucault, 2002). En el ámbito migratorio, esta dinámica se observa en la creación de figuras como la del migrante “legal” e “irregular”, categorías que, aunque parecen designar simples estatus administrativos, están cargadas de connotaciones morales y peligrosidad.

Otro concepto central en Foucault es el de dispositivo, entendido como un ensamblaje de discursos, instituciones, normas, prácticas y tecnologías que actúan de forma coordinada para regular conductas y gestionar poblaciones. Se trata de “una red que puede establecerse entre elementos heterogéneos: discursos, instituciones, disposiciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas” (Foucault, 1992).

En el derecho migratorio, los dispositivos anticorrupción se materializan en códigos de conducta, protocolos de verificación, auditorías internas, mecanismos de control biométrico y evaluaciones periódicas, todos articulados bajo la narrativa de la “integridad institucional”. Estos dispositivos no solo cumplen una función regulatoria, sino también moralizante. En palabras de Brown (2020): “la moralización de la política y el derecho redefine su propósito como defensa de la virtud frente a la corrupción”. Este marco moral se combina con lo que Bigo (2002) denomina gobierno del riesgo, en el que “la seguridad ya no se centra en peligros reales, sino en amenazas potenciales que deben ser neutralizadas antes de su materialización”.

2. Gubernamentalidad anticorrupción y gobierno del riesgo

El concepto de gubernamentalidad, formulado por Michel Foucault, supuso un giro decisivo en la comprensión del poder: ya no sólo como soberanía o disciplina, sino como una racionalidad orientada a conducir conductas. Esta forma de gobierno no depende exclusivamente de la fuerza, sino que se apoya en saberes técnicos, normas y dispositivos de control que organizan

la vida colectiva y convierten a la población en objeto estratégico de regulación y optimización (Foucault, 2006).

La gubernamentalidad rearticula la soberanía y la disciplina en clave de seguridad y eficiencia. Gobernar implica no sólo imponer por la fuerza, sino también inducir comportamientos mediante saberes como la estadística o la economía. Como explica Nikolas Rose (1999), este poder produce sujetos autovigilantes y responsables de sí mismos, y transforma la función del derecho: de sancionar en el régimen soberano pasa a prevenir, estructurando conductas, fomentando la autorregulación y desplegando mecanismos de evaluación del riesgo.

En este marco, el riesgo no alude a amenazas “objetivas” o neutras, sino que constituye una construcción política y técnica que habilita intervenciones anticipatorias. Según Bigo (2008), “la lógica del riesgo transforma la prevención en un ejercicio permanente de vigilancia y selección”. Esta racionalidad dialoga con la noción de sociedad del riesgo, donde, como afirma Beck (1998), “el riesgo se convierte en un principio estructurador de la acción política”, y con el enfoque foucaultiano que lo concibe como tecnología de gobierno orientada a “estructurar el campo posible de acción de los otros” (Foucault, 2007). Desde la criminología, O’Malley (2004) advierte que “las estrategias preventivas ex ante desplazan el castigo hacia el futuro, castigando conductas que aún no han ocurrido”. En paralelo, como observa Brown (2020), bajo el neoliberalismo el derecho se moraliza y “la integridad se convierte en un valor absoluto que justifica la restricción de derechos”.

El resultado es una sospecha estructural, en la que “ciertos grupos son tratados como peligrosos por su sola pertenencia” (Bigo, 2002). Esta lógica punitiva recae de manera desproporcionada sobre poblaciones ya precarizadas, como las personas migrantes. Wacquant (2017) lo resume en que “el Estado punitivo administra la marginalidad mediante la combinación de abandono social y represión penal”. A menudo, esta dinámica se reviste de retórica humanitaria: Fassin (2016) subraya que “la ayuda y el castigo coexisten en el mismo régimen moral, administrando vidas que se juzgan dignas y dejando morir a las demás”. A escala global, Sassen (2014) describe este patrón como “expulsiones que reconfiguran el mapa de la supervivencia”.

En suma, la gubernamentalidad anticorrupción configura un régimen de sospecha estructural que recae de manera particular sobre las personas

migrantes. Este régimen no solo anticipa riesgos, sino que desplaza la responsabilidad hacia las propias víctimas, preparando el terreno para lo que aquí se denomina *ética del abandono*.

3. *La ética del abandono: omisión letal y moralidad institucional*

En este trabajo se adopta la necropolítica como marco analítico central, en diálogo con la biopolítica foucaultiana. Mientras la biopolítica se orienta a la administración de la vida y la optimización de poblaciones (hacer vivir, dejar morir), la necropolítica enfatiza la decisión sobre quién puede ser expuesto a la muerte (hacer morir, dejar vivir) como estrategia de poder (Mbembe, 2011). Como ha mostrado Estévez (2018), ambas categorías no son excluyentes, sino constitutivas: la necropolítica emerge y se hace inteligible porque la biopolítica ha operado previamente en la regulación y jerarquización de la vida.

En este marco, la *ética del abandono* no constituye una categoría autónoma, sino una expresión situada de la necropolítica en clave administrativa y anticorrupción: una racionalidad que convierte la omisión en virtud institucional y legitima la exposición de poblaciones migrantes al riesgo letal bajo el ropaje de la legalidad y la integridad pública. No se trata de mera negligencia o incapacidad, sino de una decisión política moralizada que estructura la política migratoria mexicana en el marco del discurso de “cero corrupción”.

Su genealogía remite tanto a la necropolítica de Achille Mbembe (2011), centrada en la facultad soberana de decidir sobre la vida y la muerte, como a la razón humanitaria de Didier Fassin (2016), que evidencia cómo los Estados gestionan vidas precarias mediante omisiones selectivas, revestidas de moralidad y legalidad. En este cruce, la ética del abandono designa una racionalidad gubernamental en la que la inacción frente a poblaciones en riesgo se presenta no como error, sino como política deliberada de preservación del orden institucional.

Esta racionalidad se articula en tres elementos:

- 1) *Legalidad moralizada*. La omisión se justifica con el discurso de integridad institucional —“no ceder a la corrupción”, “no negociar con la irregularidad”—, de modo que la inacción aparece como respeto a la ley.

- 2) *Sospecha estructural*. Las personas migrantes, concebidas como sujetos “potencialmente irregulares o corruptos”, son tratadas como vidas prescindibles, menos dignas de protección.
- 3) *Normalización del riesgo letal*. Se naturaliza que enfrenen detención, hacinamiento o incluso la muerte, bajo la premisa de que tal exposición responde al orden y a la lucha contra la corrupción.

En términos políticos, la ética del abandono cumple varias funciones: desplaza la responsabilidad institucional de la detención, legitima la omisión activa —el Estado no mata directamente, pero decide no intervenir— y encubre bajo el discurso anticorrupción la inacción que deja morir.

La noción de *violencia lenta* de Rob Nixon (2011) permite profundizar en este punto: la ética del abandono no produce muertes inmediatas, sino daños acumulativos e invisibles en el tiempo —detenciones prolongadas, condiciones insalubres, negligencias administrativas, incumplimiento de protocolos— que, al estallar en tragedias como la de Ciudad Juárez, se reducen en el discurso oficial a casos aislados de corrupción o negligencia, ocultando su carácter estructural. A diferencia de la necropolítica en sentido estricto, que apunta a la decisión directa sobre la vida y la muerte, la ética del abandono opera en el plano administrativo: omisiones regladas, auditorías, detenciones y trámites que producen muerte diferida. Y, a diferencia de la negligencia, no es un accidente, sino una racionalidad ética-política que convierte la inacción en virtud pública. En síntesis, la categoría de *ética del abandono* se define como el mecanismo mediante el cual el Estado convierte la omisión letal en un acto de integridad moral: una racionalidad necropolítica-administrativa que, bajo el discurso anticorrupción y la preservación del orden institucional, legitima la exposición de las personas migrantes a la muerte.

4. *De la categoría a la práctica: el derecho migratorio en clave anticorrupción*

El paso de la categoría al plano operativo muestra cómo el discurso anticorrupción se cristaliza en un ensamblaje jurídico-administrativo que reconfigura el derecho migratorio. La ética del abandono, formulada en clave administrativa, adquiere aquí su forma institucional: la omisión letal y la sospecha estructural se traducen en normas, reglamentos y procedimientos

que convierten la inacción en virtud pública. Como advierte Foucault (2002), “la ley ya no es el límite del poder, sino uno de sus instrumentos”. Bajo esta lógica, la legalidad punitiva adquiere un lugar central, expresando lo que Wacquant (2017) describe como “la colonización de la administración civil por las lógicas del castigo”.

En el ámbito migratorio, estas dinámicas se concretan en detenciones preventivas, sanciones automáticas, cancelación de permisos y/o visados por faltas menores y restricciones a la movilidad sin control judicial. Con ello se configura lo que Sassen (2014) denomina *expulsión normativa*: la exclusión producida por reglas que aparentan neutralidad mientras despojan de derechos. Esta lógica se refuerza con la moralidad selectiva que, según Brown (2020), convierte al derecho en “guardián de la virtud, no de la igualdad”. De manera convergente, Fassin (2018) advierte que “la selectividad de la protección refleja jerarquías implícitas de valor humano”, mostrando cómo el derecho no solo regula, sino que legitima quién merece protección y quién queda condenado al abandono.

En conjunto, el derecho migratorio articulado con el discurso anticorrupción funciona como un dispositivo híbrido en el que, como señala Bigo (2002), “la excepción se convierte en la regla cuando el objetivo es proteger a la institución”. Esta combinación normaliza medidas extraordinarias, institucionaliza la sospecha y traduce la exclusión en un resultado reglado y aparentemente inevitable, presentado como condición necesaria para salvaguardar el interés público.

En síntesis, el derecho migratorio en clave anticorrupción no se limita a regular movimientos migratorios, sino que convierte la sospecha en norma, la excepción en regla y la exclusión en un efecto burocrático de protección institucional. Es en este ensamblaje jurídico-administrativo donde México se configura como un laboratorio de control migratorio bajo la retórica anticorrupción, marco en el que se insertan los casos empíricos de las siguientes secciones.

III. De la ley a la práctica: arquitectura jurídica e institucional del control anticorrupción migratorio (2018-2024)

El tránsito de la ley a la práctica muestra que las reformas del sexenio 2018-2024 no solo retocaron el texto normativo: catalizaron un control migratorio que legaliza la sospecha y normaliza la violencia institucional bajo la retórica de la integridad. Lo que se presentó como marco técnico de transparencia devino en un andamiaje jurídico-administrativo que desplazó garantías, amplió la discrecionalidad y colocó la sospecha como principio rector de la política migratoria.

Desde la llamada Cuarta Transformación, el binomio corrupción/anticorrupción se erigió en gramática de legitimidad del nuevo pacto estatal. La corrupción fue narrada como “pecado original”, causa de todos los males —violencia, pobreza, desigualdad, impunidad e incluso migración “desordenada”—, tratada ante todo como problema moral (Rojas, 2020). En contrapunto, la anticorrupción se enunció como discurso redentor (“limpieza”, “regeneración”, “transformación moral”) garantizado por el liderazgo presidencial; v. gr., el Tercer Informe: “Erradicar la corrupción, el dispendio y la frivolidad” (Presidencia, 2021).

Este marco moral resignificó la anticorrupción como dispositivo de legitimidad que habilita medidas excepcionales y consolida políticas de control. En migración: militarización de funciones civiles, auditorías permanentes, sanciones preventivas y criminalización de apoyos humanitarios. La prometeda “regeneración” operó como exclusión reglada, con la integridad administrativa colocada por encima de la protección de derechos.

En lo que sigue, se examinan reformas y reconfiguraciones institucionales que dieron forma a este dispositivo, mostrando cómo la narrativa anticorrupción se plasmó en normas, estructuras y procedimientos que institucionalizan la sospecha como eje operativo.

1. *Reformas legales y antecedentes (2008-2024)* *en clave de integridad institucional*

En este apartado se examina cómo la ética del abandono adquiere forma normativa: la omisión moralizada y la sospecha estructural se institucionalizan.

lizan mediante reformas y prácticas jurídico-administrativas que amplían la discrecionalidad, reconfiguran procedimientos y reordenan el régimen migratorio bajo la retórica de la integridad institucional.

En México, reformas previas —como el decreto del 21 de julio de 2008, que despenalizó el ingreso irregular al país y consolidó su tratamiento como gestión administrativa— y, posteriormente, la expedición de la Ley de Migración (25 de mayo de 2011), señalaron un desplazamiento estructural: de la criminalización formal a la administración punitiva del estatus. Ese tránsito coincidió con la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio de 2011, que elevó a rango constitucional las obligaciones de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, visibilizando la tensión entre soberanía/seguridad y garantías procesales en contextos de movilidad.

Lo que se sostiene aquí es que, entre 2018 y 2024, esa trayectoria se acelera y se moraliza mediante el discurso anticorrupción: la “limpieza institucional” opera como coartada para reforzar dispositivos ya disponibles (detención administrativa, verificación, deportación) y legitimar su desplazamiento hacia lógicas militarizadas, preventivas y de sanción anticipada. Desde esta ventana empírica se identifican reformas, lineamientos y arreglos institucionales que consolidan la discrecionalidad y debilitan controles previos, produciendo un régimen jurídico-administrativo funcional a la violencia burocrática continuada. En consecuencia, el análisis del sexenio no atribuye un origen exclusivo, sino que identifica un patrón de intensificación y legitimación moral de dispositivos preexistentes.

A. Ley de Migración

Durante 2018-2024, la Ley de Migración se endureció y tecnicizó para el control. En vez de robustecer derechos, se profundizó la exclusión preventiva, se ampliaron sanciones administrativas y se legitimó la vigilancia en clave de eficiencia/seguridad/anticorrupción. Entre los cambios más notables están: causales más amplias de rechazo/cancelación/deportación basadas en “antecedentes” sin condena; cláusulas de “seguridad nacional” abiertas; mayor poder tecnológico al INM sin contrapesos; e interoperabilidad con el Ministerio Público que refuerza el sesgo punitivo-tecnocrático.

TABLA 1.
ARTÍCULOS RELEVANTES DE LA LEY DE MIGRACIÓN MODIFICADOS
ENTRE 2018 Y 2024

<i>Artículo</i>	<i>Modificación (DOF)</i>	<i>Contenido modificado</i>	<i>Efecto jurídico</i>
140	03-07-2019	Inhabilitación y sanciones ligadas a la LGRA por uso indebido de documentos y violaciones a derechos humanos.	Introduce la “integridad” al régimen disciplinario del INM.
93	13-04-2020	INM ya no recibe denuncias directas; canal obligatorio vía MP.	Formaliza separación migratorio-penal, pero abre vigilancia preventiva.
43	07-01-2021	Niega ingreso por antecedentes sin condena; elimina criterios de reunificación.	Amplía discrecionalidad y exclusión anticipada.
64	07-01-2021	Cancelación de residencia por antecedentes “de seguridad”, aun sin sentencia.	Expulsión administrativa basada en sospecha.
144	07-01-2021	Deportación definitiva por antecedentes en México o el extranjero, sin condena.	Debilita debido proceso; normaliza criterios subjetivos.
35	29-04-2022	Uso de herramientas tecnológicas automatizadas en revisiones.	Refuerza control tecnificado y perfilación sin regulación.
36	26-03-2024	Revisión documental hasta 24 h si hay dudas sobre nacionalidad.	Institucionaliza sospecha incluso contra personas mexicanas.

FUENTE: elaboración propia, con información del *Diario Oficial de la Federación* (DOF, 2025)

Estas reformas instalan la sospecha como principio transversal: admisión, revisión documental, cancelación de estatus y deportación. Además, afectan también a la población nacional (por ejemplo, artículo 36), impactando a retornados/deportados o personas sin documentos al día. Todo ello da como resultado una plataforma legal de exclusión reglada bajo la semántica de seguridad, transparencia e integridad.

B. Ley General de Responsabilidades Administrativas

En paralelo a las reformas a la Ley de Migración (LM), el gobierno federal modificó la Ley General de Responsabilidades Administrativas bajo la narrativa de fortalecer la integridad pública y combatir la corrupción. Aunque no nombra al Instituto Nacional de Migración (INM), su ingeniería normativa refuerza una arquitectura punitivo-administrativa centrada en austeridad, vigilancia y moralización del servicio público:

TABLA 2.
REFORMAS RELEVANTES A LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS ENTRE 2018 Y 2024

<i>Eje temático</i>	<i>Contenido</i>	<i>Discurso anticorrupción y efectos jurídicos</i>
Administración de recursos públicos	Art. 7, fr. VI (2019): se añade el principio de austeridad a la gestión de recursos.	Se usa la austeridad como valor anticorrupción, justificando recortes que afectan áreas sensibles (incluida migración).
Integridad y conflictos de interés	Art. 7, frs. X-XIII (2019): sanciones por nepotismo, vínculos privados y obligación de separar activos.	Refuerza la integridad personal como pilar anticorrupción, trasladando responsabilidad al individuo y no a las estructuras.
Fideicomisos y austeridad	Art. 64 Bis (2019): tipifica como falta grave violaciones en fideicomisos según la Ley de Austeridad.	Extiende el control presupuestal en nombre de la anticorrupción, debilitando esquemas legítimos de financiamiento en sectores como migración y derechos humanos.

FUENTE: elaboración propia, con información del *Diario Oficial de la Federación* (2025)

En balance, la Ley General de Responsabilidades Administrativas no opera principalmente como un límite al abuso institucional, sino como un mecanismo de control basado en la desconfianza y la vigilancia jerárquica. Bajo la retórica de la integridad, traslada la responsabilidad a los individuos y refuerza la lógica de austeridad y sanción, lo que en la práctica tiene efectos concretos en la gestión migratoria: reduce márgenes de protección, acen-

túa la discrecionalidad administrativa y normaliza la sospecha como criterio de actuación.

C. Ley Federal de Austeridad Republicana

Publicada el 19 de noviembre de 2019, la Ley Federal de Austeridad Republicana convirtió la austeridad en un criterio normativo transversal. Bajo el discurso anticorrupción, instauró la centralización presupuestaria y la disciplina fiscal como principios rectores de la administración pública, imponiendo la eficiencia sobre la progresividad de derechos y limitando la flexibilidad institucional en áreas sensibles como la política migratoria.

TABLA 3.
LEY FEDERAL DE AUSTRIDAD REPUBLICANA: DISCURSO
ANTICORRUPCIÓN Y EFECTOS JURÍDICOS

<i>Eje temático</i>	<i>Contenido</i>	<i>Discurso anticorrupción y efectos jurídicos</i>
Objeto y principios rectores	Arts. 1-3: definen la austeridad como principio de gestión pública, aplicable a toda la APF.	Presenta la austeridad como valor anticorrupción, pero la convierte en criterio normativo que justifica recortes con impacto en derechos y servicios (incluida migración).
Restricciones presupuestas específicas	Arts. 10-12: limitan gastos administrativos, servicios, consultorías, estructura laboral y plazas.	Favorece el adelgazamiento del Estado en nombre de la austeridad, debilitando capacidades técnicas y de protección institucional.
Fideicomisos y transparencia financiera	Arts. 17-19: restringen fideicomisos y refuerzan vigilancia presupuestal.	Elimina márgenes de flexibilidad para políticas públicas en sectores sociales y migratorios, reforzando control financiero como anticorrupción.
Conducta del servicio público	Arts. 20-26: regulan conflictos de interés, remuneraciones y uso de recursos.	Moraliza la conducta individual como vía de integridad.

FUENTE: elaboración propia con información del DOF (2019c).

La Ley de Austeridad funciona como un dispositivo de control que enlaza anticorrupción, vigilancia interna y recorte de capacidades estatales. En la

política migratoria, esto se traduce en restricciones presupuestales y normativas para el INM y organismos de derechos humanos, normalizando la exclusión bajo el argumento de disciplina financiera. Así, la austeridad deja de ser un principio ético y se convierte en un mecanismo de control que, bajo la retórica de la integridad institucional, legitima y profundiza desigualdades estructurales.

D. Código Penal Federal

El delito de remuneración ilícita, incorporado al Código Penal Federal en 2018 y reformulado en 2019, se inscribe en un conjunto de disposiciones orientadas a sancionar conductas administrativas consideradas contrarias a la austeridad y la legalidad. Vinculada a la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, esta figura penal instauró un régimen ejemplarizante que permite sanciones severas incluso por errores administrativos sin dolo comprobado. Los artículos 217 Ter y 217 Quáter agravan las penas en función del monto recibido, legitimando el castigo en nombre del discurso anticorrupción.

Lejos de atender las causas estructurales de la corrupción, esta estrategia traslada la culpa al individuo y fomenta una cultura de sospecha, en particular hacia funcionarios de menor jerarquía. En lugar de promover procesos de reparación o fortalecer controles institucionales, se privilegia la sanción como contención simbólica. Así, el derecho penal opera como un mecanismo de disciplinamiento que moraliza la función pública y desplaza el escrutinio de las élites hacia los eslabones más débiles. Como advierte Vázquez Valencia (2018), la política anticorrupción en México ha adoptado un enfoque punitivo y moralista que prioriza el castigo sobre las reformas estructurales necesarias.

Esta lógica se ha extendido al ámbito migratorio, donde disposiciones penales han justificado investigaciones, detenciones preventivas y fiscalización de personas migrantes, defensoras y organizaciones de apoyo. En la práctica, el estatus migratorio se ha convertido en un indicio de sospecha penal, debilitando la presunción de inocencia y habilitando nuevas formas de vigilancia bajo apariencia de legalidad. Informes recientes muestran que el Instituto Nacional de Migración ha iniciado procesos penales incluso por supuestas

inconsistencias documentales, reforzando la criminalización simbólica del migrante como sujeto estructuralmente desviado (REDODEM, 2023; *La Política Online*, 2023).

E. *El discurso anticorrupción y su inserción en la legislación mexicana*

Las transformaciones legales anteriores consolidaron el discurso anticorrupción como una racionalidad de gobierno que reconfiguró el derecho hacia el control preventivo y la vigilancia anticipada. En esta lógica, la exaltación de la integridad operó como coartada discursiva para sustituir la protección estatal por dispositivos de sospecha y exclusión administrativa.

En el ámbito migratorio, estas dinámicas se profundizaron. El informe *La militarización del Instituto Nacional de Migración y sus implicaciones en las violaciones a derechos humanos de las personas migrantes* (Universidad Iberoamericana, 2024) muestra cómo la articulación entre el INM y la Guardia Nacional consolidó un modelo híbrido de control y contención, legitimado bajo la retórica anticorrupción y de seguridad nacional. Este modelo normalizó la discrecionalidad, el perfilamiento racial y la suspensión de facto del debido proceso, especialmente contra personas migrantes racializadas o en situación de pobreza.

Diversos informes coinciden en este diagnóstico. El Vance Center y Derechos Humanos y Litigio Estratégico Mexicano, A. C. (2023) advierten que el derecho administrativo se ha convertido en una herramienta de exclusión anticipada, donde la sospecha y la vigilancia sustituyen al principio de legalidad y consolidan una lógica de control preventivo. En la misma línea, IMUMI (2025) documenta que la militarización y los operativos en espacios públicos profundizan la exclusión administrativa y la vulnerabilidad de las personas migrantes, normalizando la sospecha como fundamento del actuar institucional.

En síntesis, el derecho reconfigurado en clave anticorrupción convierte la sospecha en norma, la excepción en regla y la exclusión en un resultado burocrático presentado como protección institucional. Este es el terreno en el que se insertan los casos empíricos analizados en las secciones siguientes, donde se observa cómo esta arquitectura normativa opera en la práctica cotidiana del control migratorio.

2. Reconfiguración del Instituto Nacional de Migración bajo el discurso anticorrupción

Durante el sexenio 2018-2024, el Instituto Nacional de Migración (INM) fue presentado como una institución en proceso de “renovación ética” bajo la narrativa de lucha contra la corrupción, la transparencia y la profesionalización. Desde la Presidencia, esta retórica funcionó como catalizador simbólico de una reestructuración centrada en la centralización, la tecnificación de la vigilancia y la llamada “limpieza institucional”. En este marco, López Obrador insistió en erradicar extorsiones y actos de corrupción en las fronteras, asociando esta tarea con el fortalecimiento del INM como órgano confiable y profesional (Presidencia de la República, 2019).

Acciones emblemáticas acompañaron este discurso. En 2019, la destitución de más de 500 agentes migratorios acusados de corrupción fue presentada como parte de un proceso de depuración para consolidar un INM moderno y libre de prácticas ilícitas (Animal Político, 2019). Sin embargo, como advierte Sandoval (2024), centrar la atención en la “pequeña corrupción” —funcionarios de ventanilla, inspectores, agentes de campo— permite reproducir una lógica de sanción que deja intactas las estructuras institucionales que sostienen el abuso de poder. En el caso del INM, la retórica de “profesionalización” y “depuración” desplazó el enfoque de derechos y legitimó prácticas de exclusión bajo el lenguaje de la legalidad y la eficiencia.

El Plan Estratégico del INM 2019-2024 estableció como ejes prioritarios la atención a personas migrantes, la capacitación del personal, la digitalización de trámites y el fortalecimiento del control interno, con el combate a la corrupción como línea transversal vinculada al Sistema Nacional Anticorrupción (INM, 2022). No obstante, esta agenda tuvo efectos ambivalentes: junto con la creación de nuevos mecanismos de control, amplió las facultades discrecionales del Instituto, sobre todo en verificación migratoria, detención y deportación.

Otro eje decisivo fue la cooperación internacional. A través de acuerdos con agencias de Estados Unidos —Customs and Border Protection (CBP) y Department of Homeland Security (DHS)— y con organismos internacionales como la OIM, el INM incorporó tecnologías biométricas, sistemas de perfilamiento de riesgo y esquemas de interoperabilidad de bases de da-

tos (REDODEM, 2023). Presentadas como medidas anticorrupción y contra el tráfico de personas, estas herramientas consolidaron un régimen de vigilancia algorítmica basado en la sospecha y la segmentación racializada de poblaciones migrantes.

El discurso anticorrupción también fue instrumentalizado para deslegitimar a organizaciones de la sociedad civil. Durante el sexenio, el INM canceló convenios con albergues, organizaciones defensoras y consejos ciudadanos, alegando opacidad financiera, conflictos de interés o ineficiencia técnica (La Voz de la Frontera, 2019). Estas decisiones, tomadas sin procesos transparentes ni mecanismos alternativos de control social, redujeron el espacio para la vigilancia democrática de las prácticas migratorias y consolidaron la auto-referencialidad institucional del INM.

Pese a estas reformas, las recomendaciones de la CNDH documentan un patrón persistente de detenciones arbitrarias, uso excesivo de la fuerza, separación familiar y condiciones inadecuadas en estaciones migratorias (CNDH, 2021). Estos hallazgos contradicen la narrativa de renovación ética y muestran cómo el discurso anticorrupción ha funcionado como recurso simbólico para legitimar una institucionalidad migratoria jerárquica, opaca y orientada a la violencia y la exclusión.

Esta retórica se cristalizó en diversas normativas internas del INM, reformadas durante el periodo 2018–2024, que alinearon la ética del abandono con la lógica administrativa y disciplinaria de la institución:

A. Código de Conducta de las Personas Servidoras Públicas del Instituto Nacional de Migración de 2024

El Código de Conducta se presenta como un instrumento para regular el comportamiento ético del personal del INM, reforzando principios de legalidad, honradez y rendición de cuentas. Bajo la retórica de integridad y profesionalismo, establece disposiciones destinadas a prevenir la corrupción, garantizar el uso adecuado de recursos y promover el respeto a los derechos humanos (DOF, 2024).

Sin embargo, más allá de su formulación normativa, el Código funciona como un mecanismo de control disciplinario que internaliza la lógica anticorrupción en el cuerpo administrativo. Al consolidar un régimen de vigilancia

interna, refuerza la centralización operativa y prioriza la eficiencia administrativa sobre la garantía efectiva de derechos.

No es, por tanto, un instrumento neutro. Su diseño traslada la responsabilidad de proteger derechos al plano ético-individual, mientras desplaza el escrutinio público y oculta las estructuras institucionales que sostienen prácticas de criminalización, detenciones arbitrarias y violencia administrativa. En este sentido, lejos de transformar el modelo migratorio, el Código lo estabiliza y lo legitima bajo la retórica de gobernabilidad, eficiencia y lucha simbólica contra la corrupción.

B. Manual de Organización General del Instituto Nacional de Migración de 2020

El Manual de Organización General, publicado en 2020, es clave para entender la arquitectura burocrática que sostiene al INM. Su diseño refleja cómo la institución se configura como agencia funcional al discurso anticorrupción y a la racionalidad tecnocrática del Estado. A través de una distribución jerárquica de funciones, privilegia la eficiencia administrativa, el control interno y la coordinación interinstitucional (DOF, 2020).

Lejos de ser un documento meramente técnico, el Manual codifica una gramática institucional de exclusión. Al organizar tareas y responsabilidades, consolida al INM como un dispositivo de gubernamentalidad que legitima prácticas de control preventivo y vigilancia burocrática. El discurso anticorrupción opera aquí como eje estructurante, justificando la centralización y la disciplina interna mientras desplaza a un segundo plano el enfoque de derechos.

En este sentido, el Manual no solo ordena la administración interna: contribuye a consolidar jurídicamente al Instituto como pieza central de un régimen migratorio basado en la sospecha, la discrecionalidad y la normalización de la exclusión.

C. Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios del Instituto Nacional de Migración de 2019

Los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios, emitidos originalmente en 2012 y reformados en 2019, regulan de manera detallada el acceso, la regularización, la renovación y la salida del territorio de personas extranjeras (DOF, 2019d). Se presentan bajo los principios de transparencia, eficiencia y legalidad, y formalmente constituyen disposiciones administrativas de alcance general.

Sin embargo, su papel trasciende el plano técnico. En la práctica, funcionan como una fuente normativa de facto que estructura el ejercicio cotidiano del poder migratorio sin rango de ley ni control legislativo. Al estandarizar trámites y procedimientos, consolidan la discrecionalidad administrativa y normalizan prácticas de revisión arbitraria, perfilamiento discriminatorio y exclusión sistemática de personas migrantes, especialmente aquellas racializadas, con acento extranjero o en situación de pobreza.

De este modo, los Lineamientos no son un instrumento neutro: su lenguaje técnico y aparentemente neutral oculta que operan como dispositivo de control. Al reforzar la lógica burocrática y tecnocrática de la gestión migratoria, desplazan el principio de legalidad y subordinan la garantía de derechos al objetivo de eficiencia administrativa y a la retórica anticorrupción. En consecuencia, lejos de limitar la discrecionalidad del INM, la amplían y legitiman bajo un marco formal que reproduce exclusión y violencia institucional.

En conjunto, el Código de Conducta, el Manual de Organización General y los Lineamientos de trámites y procedimientos muestran cómo el discurso anticorrupción se tradujo en normas internas que, lejos de transformar al INM en una institución garante de derechos, consolidaron su función como aparato de control. Estos instrumentos desplazan la protección hacia el plano individual y ético, refuerzan la centralización burocrática y normalizan la discrecionalidad en la gestión migratoria.

Así, la retórica de integridad y profesionalismo se convierte en una tecnología de gobierno que internaliza la sospecha en el quehacer administrativo y legitima la exclusión como efecto técnico de la legalidad. Con esta base, se entiende cómo la sospecha deja de ser una percepción subjetiva para con-

vertirse en norma jurídica, eje de la institucionalización que se examina en la siguiente sección.

3. *La institucionalización de la sospecha*

En materia migratoria, la sospecha deja de ser una percepción subjetiva para convertirse en norma: el derecho la codifica en leyes, reglamentos y protocolos. Esta juridificación habilita la intervención estatal sobre las personas migrantes en función de su estatus, nacionalidad o perfil. Así, el derecho deja de actuar como límite del poder y se transforma en su herramienta privilegiada, legitimando vigilancia, exclusión y castigos anticipados bajo una apariencia de neutralidad legal.

El discurso jurídico de la gobernanza migratoria presenta estos mecanismos como neutros, cuando en realidad constituyen dispositivos estructurados de exclusión y vigilancia. El derecho opera como un dispositivo de contención poblacional, inscrito en la lógica administrativa del control y en la institucionalización de la sospecha. Esta dinámica remite a lo que Foucault denomina biopoder: un régimen normativo que, más allá del castigo penal, organiza sistemas de vigilancia, clasificación y exclusión preventiva para gestionar la vida de poblaciones consideradas riesgosas (Foucault, 1976/2007).

En la misma línea, Hardt y Negri muestran cómo el derecho deja de ser un límite al poder y se convierte en uno de sus vectores principales, internalizando prácticas de control poblacional bajo la apariencia de legalidad (Hardt y Negri, 2000). Investigaciones recientes sobre gubernamentalidad y migración confirman este desplazamiento: la burocracia traduce estas racionalidades en procedimientos concretos de asilo y control, donde la sospecha funciona como criterio estructural de gestión administrativa más que como excepción punitiva (Salmenkari y Aldawoodi, 2023/2024).

En este proceso, la noción de frontera se desplaza hacia el interior del aparato jurídico-administrativo, configurando lo que Étienne Balibar (2004) denomina la “frontera interna del derecho”: un entramado normativo que habilita detenciones, deportaciones y clasificaciones mediante categorías como “irregular” o “inadmisibles”. En México, estas categorías no solo restringen derechos, sino que activan protocolos de exclusión operativa —

privación de libertad, negación de protección internacional y deportaciones sumarias — (Universidad Iberoamericana, 2024).

Este andamiaje jurídico no funciona como excepción, sino como parte constitutiva de un régimen de control en el que principios como la presunción de inocencia, la proporcionalidad y el debido proceso se suspenden selectivamente. El discurso anticorrupción refuerza esta lógica al vincular la migración irregular con prácticas de tráfico, abuso institucional o colusión, legitimando reformas que prometen “limpiar” el sistema a costa de los derechos humanos (Alam, 2020).

Desde esta perspectiva, el derecho migratorio actúa como frontera interna institucional que produce y legitima formas de violencia burocrática en nombre del orden legal. El lenguaje jurídico se convierte en un código de sospecha: la condición migratoria se asume como indicio de riesgo, irregularidad o potencial criminalidad. El resultado es la gestión preventiva de las personas migrantes a través de perfiles de riesgo, bases de datos biométricos y sistemas automatizados de elegibilidad (Nalbandian, 2022).

En suma, la sospecha se ha convertido en el eje operativo del derecho migratorio en México: de percepción subjetiva pasó a norma jurídica, legitimando un régimen de vigilancia y exclusión preventiva. Bajo la retórica anticorrupción, esta juridificación naturaliza la discrecionalidad, desplaza principios básicos de protección y consolida al derecho como frontera interna que normaliza la violencia burocrática contra personas migrantes.

IV. Anticorrupción y migración: un dispositivo imbricado

El análisis crítico de la anticorrupción en el sexenio 2018-2024 exige ir más allá de su imagen oficial como política limpia y neutral destinada a fortalecer al Estado. Más que un mecanismo técnico-administrativo, la anticorrupción funcionó como un dispositivo de poder, es decir, una racionalidad que organiza discursos, prácticas y medidas extraordinarias bajo la bandera de la “limpieza institucional”. Lo particular del caso mexicano es que este dispositivo encontró en la migración un terreno privilegiado para desplegarse.

La migración concentra tres dimensiones que dotan de legitimidad política a la narrativa anticorrupción. En primer lugar, se inscribe en la lógica de la

seguridad nacional, donde los movimientos migratorios son construidos como amenazas que justifican políticas de control y vigilancia (Bigo, 2002; Huysmans, 2000). En segundo lugar, está atravesada por la presión transnacional, que obliga a los Estados a negociar en clave diplomática y adaptarse a dinámicas globales de movilidad y gestión (Adamson y Tsourapas, 2020; Délano Alonso, 2018). Finalmente, se enmarca en la urgencia humanitaria, una racionalidad que invoca la protección de poblaciones vulnerables y dota de legitimidad moral a políticas restrictivas o selectivas (Fassin, 2016; Ticktin, 2011).

Este carácter híbrido convierte a la gestión migratoria en un espacio de ensayo donde la anticorrupción no solo se enuncia, sino que se prueba y se naturaliza. En consecuencia, el discurso anticorrupción confiere una legitimidad moral a prácticas punitivas y excluyentes, al tiempo que convierte a la migración en escenario privilegiado de su despliegue.

En este marco, el binomio anticorrupción-migración cumple tres funciones centrales:

- 1) *Legitimar la expansión del poder punitivo.* La militarización de fronteras y la creación de cuerpos armados se presentaron como alternativas incorruptibles frente a instituciones civiles desacreditadas (por ejemplo, el INM y sus agentes).
- 2) *Disciplinar a la sociedad civil y a la burocracia.* Albergues, organizaciones defensoras y funcionarios del INM fueron puestos bajo sospecha permanente mediante discursos de lucro indebido, auditorías masivas y sanciones sin condena.
- 3) *Encubrir violencias estructurales.* Tragedias como el incendio de Ciudad Juárez se redujeron a fallas individuales en clave de corrupción, ocultando la lógica necropolítica de un sistema que deliberadamente expone a la muerte a poblaciones migrantes.

Así, anticorrupción y migración no son agendas paralelas, sino campos imbricados en un mismo dispositivo de experimentación: la migración funciona como terreno de visibilización de la retórica anticorrupción, y la anticorrupción opera como narrativa legitimadora de políticas migratorias restrictivas, disciplinarias y violentas.

Los cuatro casos empíricos analizados en el siguiente apartado confirman esta tesis. En clave migratoria, el dispositivo anticorrupción habilita la militarización, la represión simbólica, el disciplinamiento burocrático y la necropolítica administrativa. Lejos de reforzar derechos o fortalecer la integridad institucional, produce un régimen de sospecha que disciplina cuerpos, erosiona la autonomía de la sociedad civil y normaliza la exposición de poblaciones migrantes al riesgo letal. En definitiva, es en la gestión migratoria donde la anticorrupción revela con mayor crudeza su rostro punitivo y necropolítico.

V. El control anticorrupción migratorio en la práctica: cuatro casos del sexenio 2018-2024

El análisis de la arquitectura jurídica e institucional del control anticorrupción migratorio adquiere su verdadera dimensión al observar cómo se tradujo en prácticas concretas durante el sexenio 2018-2024. Como se señaló en el apartado anterior, anticorrupción y migración conforman un mismo campo de experimentación política; en él, el discurso de integridad institucional no solo produjo normas y protocolos, sino que también legitimó intervenciones punitivo-administrativas, militarizadas y excluyentes.

Los cuatro casos que se presentan a continuación funcionan como escenas paradigmáticas que, en contextos y escalas distintas, muestran cómo esta racionalidad opera en el terreno. Cada uno ilustra un componente específico del dispositivo: la militarización del control migratorio mediante la Guardia Nacional, la criminalización de la sociedad civil solidaria, el disciplinamiento burocrático al interior del INM y la omisión letal que culminó en la tragedia de Ciudad Juárez.

1. *Militarizar con legitimidad*

La creación de la Guardia Nacional (GN) en 2019 marcó un punto de inflexión en la política de seguridad y control migratorio en México. Su diseño normativo, sustentado en la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 2019, le otorgó un carácter híbrido: formalmente civil, pero integrada en gran medida por personal militar. Des-

de su origen, la GN fue presentada como un instrumento de “limpieza institucional” y combate a la corrupción, llamado a sustituir a cuerpos policiales desacreditados por abusos y vínculos con la delincuencia organizada (DOF, 2019b). El discurso anticorrupción no fue un elemento accesorio, sino el núcleo que permitió legitimar la militarización de la seguridad pública mediante un cuerpo híbrido que, bajo la apariencia de civilidad, trasladó funciones centrales de seguridad a personal castrense.

En el ámbito migratorio, el despliegue de la GN se articuló con esa narrativa en dos planos. En el simbólico, fue promovida como fuerza “incorruptible”, capaz de garantizar controles migratorios libres de sobornos, extorsiones y colusión. En el operativo, asumió funciones de verificación y aseguramiento de personas migrantes —tradicionalmente reservadas al Instituto Nacional de Migración— bajo el argumento de coadyuvar a las funciones del INM en tiempos de “crisis” (Programa de Asuntos Migratorios, IBERO, 2020).

Su despliegue inició tras la Declaración Conjunta de junio de 2019 entre México y Estados Unidos, cuando, frente a la amenaza arancelaria del gobierno de Trump, México se comprometió a reforzar la frontera sur mediante el envío de miles de efectivos de la Guardia Nacional (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2019). La GN instaló retenes en carreteras, realizó operativos en terminales de transporte y participó en detenciones masivas, coadyuvando a las funciones de control y verificación del INM. Al insertar la gestión migratoria en una doctrina de seguridad históricamente dirigida al crimen organizado, estas acciones se justificaron bajo un doble argumento: el carácter de la GN como institución “incorruptible” y la necesidad de combatir el contrabando, la trata y la corrupción vinculada a la migración irregular (Nájar, 2019). De este modo, la militarización se legitimó a través del discurso anticorrupción, normalizando medidas excepcionales bajo la apariencia de legalidad y transparencia.

El discurso oficial insistió en que la GN actuaba para “rescatar” a las personas migrantes de redes criminales y funcionarios corruptos. De este modo, la retórica anticorrupción sirvió de escudo para legitimar medidas militarizadas, presentándolas no como excepción, sino como condición ética de integridad. No obstante, como advierte Bigo (2002), en la lógica del gobierno del riesgo, estas operaciones preventivas —justificadas por amenazas hipotéticas— habilitan medidas excepcionales sin prueba de un hecho ilícito y des-

plazan la función garantista del derecho. A su vez, Wacquant (2007/2017) ayuda a comprender cómo esta militarización se inscribe en la penalización de la desigualdad: el uso de fuerzas armadas para controlar la movilidad de personas pobres y racializadas refuerza su exclusión estructural.

En términos institucionales, la participación de la GN en el control migratorio consolidó la centralización de atribuciones en el Ejecutivo y debilitó los mecanismos de supervisión civil. Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación advirtió sobre los riesgos de la militarización de funciones civiles (SCJN, 2023), la narrativa anticorrupción funcionó como anclaje discursivo que legitimó tanto su creación como su permanencia. Sin esa retórica de anticorrupción, la GN difícilmente habría logrado legitimidad política para asumir funciones migratorias: la “limpieza institucional” operó como punto de anclaje ético que naturalizó el traspaso de atribuciones y minimizó resistencias institucionales.

2. *Criminalizar la solidaridad*

Desde 2019, diversas organizaciones de la sociedad civil que brindan asistencia humanitaria a personas migrantes fueron objeto de estigmatización bajo la narrativa anticorrupción. Autoridades federales las presentaron como actores “opacos” o “vinculados a irregularidades”, en contraste con la promesa de un Estado “limpio” y “regenerado”. Uno de los casos más visibles fue el del albergue *La 72, Hogar-Refugio para Personas Migrantes* en Tenosique, Tabasco, cuya postura crítica frente al INM lo colocó bajo un marco de sospecha institucional. En junio de ese año, medios reportaron declaraciones de personal del INM que lo vinculaban con presuntas irregularidades, sin evidencia pública ni procesos formales, alimentando una lógica de criminalización simbólica sin sustento legal (Chiapas Paralelo, 2019).

En 2020, organizaciones denunciaron una “táctica de guerra sucia” contra albergues y defensores de migrantes, consistente en campañas de desprestigio, declaraciones estigmatizantes y obstáculos operativos sin respaldo jurídico. En el caso de *La 72*, este hostigamiento deterioró su relación con el INM y redujo los espacios de colaboración institucional (Red TDT, s.f.; Desinformémonos, 2019). El informe *Defensores sin muros* documentó que, al menos desde 2019, se intensificó un patrón de criminalización y vigilancia contra

defensores de personas migrantes en México. Según este reporte, las autoridades recurrieron a la difamación, el hostigamiento, la vigilancia y el uso arbitrario de figuras legales —como el tráfico de personas— para deslegitimar el trabajo humanitario y jurídico de quienes acompañan a personas en tránsito, todo ello bajo la bandera de combatir la corrupción y “recuperar la legalidad” (Front Line Defenders, 2019).

De este modo, la narrativa estatal —amparada en el discurso anticorrupción y de “limpieza institucional”— funcionó como cobertura para prácticas de represión institucional. El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, 2020) advirtió ante la CIDH sobre un patrón de criminalización contra defensores de derechos humanos y periodistas en México. Entre los mecanismos señalados figuran declaraciones públicas sin fundamento, inspecciones arbitrarias y campañas digitales de difamación no desmentidas por el gobierno federal, lo que configura una forma de silenciamiento institucional por omisión.

Este patrón no se limitó al ámbito migratorio. Estrategias similares de deslegitimación bajo la bandera de la anticorrupción y la “limpieza institucional” se desplegaron contra colectivos feministas, defensores ambientales e integrantes de comunidades indígenas que cuestionaban megaproyectos estatales (IM-Defensoras, 2022; Amnistía Internacional México, 2023). En el caso migratorio, sin embargo, el efecto fue más visible porque la sociedad civil suple funciones estatales (albergue, alimentación, protección jurídica), lo que convirtió a albergues y ONG en blancos prioritarios de la sospecha.

Desde una lectura crítica, estos hechos muestran cómo el discurso anticorrupción opera como mecanismo simbólico de exclusión: lejos de fortalecer la rendición de cuentas, desplaza la legitimidad de actores humanitarios, equiparando disenso con deslealtad. La sociedad civil no incomoda por supuestos actos ilegales, sino porque visibiliza la violencia estructural del sistema migratorio y encarna una ética alternativa frente al enfoque securitario estatal (Astro Garcés y Castro Domingo, 2020).

3. Sancionar sin sentencia

En 2022, el Instituto Nacional de Migración (INM) desplegó una de las acciones más visibles de la política anticorrupción en el ámbito migratorio:

la realización de auditorías internas masivas y la destitución de decenas de funcionarios sin resolución judicial ni procedimiento sancionador concluido. Esta medida fue presentada públicamente como una “depuración” necesaria para garantizar la integridad institucional y recuperar la confianza ciudadana (Universidad Iberoamericana, 2024; Infobae, 2020).

Las auditorías no fueron solo un recurso discursivo. La Auditoría Superior de la Federación (ASF) documentó revisiones en oficinas y estaciones migratorias mediante verificaciones documentales, entrevistas y controles operativos. El *Informe de Auditoría 193-DS* señaló deficiencias significativas en la gestión administrativa, la protección de derechos y el control interno del INM (ASF, 2022). También advirtió que los procedimientos carecieron de criterios claros y de garantías suficientes para la defensa de las personas afectadas, vulnerando principios básicos del debido proceso.

Desde la perspectiva del gobierno del riesgo, esta modalidad de control se justifica en la anticipación de daños: la mera sospecha de corrupción basta para aplicar medidas cautelares o punitivas aun sin imputación formal (Bigo, 2002). En la clave descrita por Brown (2020), la moralización del derecho convierte esa sospecha en argumento legítimo para actuar con rapidez “en defensa” de la institución, desplazando la exigencia del debido proceso. Así, el derecho deja de operar como límite frente a la discrecionalidad administrativa y se transforma en un instrumento de sanción preventiva.

En términos sociológicos, estas medidas se inscriben en lo que Wacquant (2007/2017) denomina la penalización de la desigualdad: aunque se presentan como lucha contra la corrupción, sus efectos recaen en las escalas bajas y medias de la burocracia, mientras que los altos mandos rara vez enfrentan consecuencias. Esta selectividad reproduce jerarquías internas y canaliza el peso de la “limpieza institucional” hacia quienes ocupan posiciones más precarias.

Los efectos prácticos se reflejaron en la rotación constante de personal dentro del INM. La ASF documentó la existencia de un “programa institucional de rotación de titulares de Oficinas de Representación y Subrepresentantes” que debilitó la continuidad administrativa y la capacidad operativa del Instituto (ASF, 2021). Este esquema generó tensiones entre la retórica de integridad y la obligación constitucional de garantizar certeza laboral y debido proceso.

En síntesis, la estrategia de “sancionar sin sentencia” se erige como pieza central de la arquitectura anticorrupción: normaliza la aplicación de medidas punitivas sin comprobación plena de responsabilidades, refuerza la sospecha como criterio rector del control administrativo y erosiona las salvaguardas jurídicas que deberían limitar la arbitrariedad estatal.

4. Hacia la muerte: necropolítica y abandono institucional

El 27 de marzo de 2023 un incendio en la Estación Provisional del Instituto Nacional de Migración en Ciudad Juárez, Chihuahua, provocó la muerte de 40 personas migrantes y dejó heridas a 27 más. Todas se encontraban bajo custodia estatal, en un espacio cerrado y vigilado. Las imágenes de las cámaras de seguridad mostraron cómo, mientras el fuego avanzaba, agentes migratorios y guardias privados abandonaban el área sin abrir las rejas. La narrativa oficial atribuyó el hecho a una protesta de las propias personas detenidas, reforzando un marco de culpabilización de las víctimas (El Economista, 2023). Sin embargo, investigaciones de organizaciones y periodistas evidenciaron que la tragedia respondió a fallas estructurales: hacinamiento, ausencia de protocolos de evacuación, uso sistemático de la detención administrativa y omisiones deliberadas en la custodia (FJEDD, IMUMI, DHIA y Asylum Access, 2024).

La respuesta estatal redujo el caso a responsabilidades individuales. El proceso penal contra el comisionado del INM, Francisco Garduño, fue suspendido en 2025 mediante medidas simbólicas que le permitieron conservar el cargo (Los Ángeles Press, 2025; Proceso, 2025). La decisión presidencial de mantenerlo en funciones confirmó que lo prioritario no era la rendición de cuentas ni la reparación a las víctimas, sino la continuidad del aparato migratorio frente a presiones externas como las de la administración Trump (La Jornada, 2025). Este tratamiento oficial no fue un hecho aislado, sino la expresión de una racionalidad más amplia donde la custodia migratoria se organiza sobre la base de la sospecha, la excepción y el abandono estructural.

En clave analítica, el incendio de Ciudad Juárez muestra que la política migratoria mexicana no solo disciplina o excluye, sino que también produce muerte como horizonte posible de la custodia estatal. La ética del abandono se convierte aquí en modalidad concreta de necropoder: la omisión se reviste

de virtud institucional y la exposición de vidas migrantes al riesgo letal se legitima como signo de integridad y control. Como advierte Mbembe (2011), el poder soberano se expresa en la capacidad de decidir sobre la vida y la muerte; en este caso, esa capacidad se ejerce de manera burocrática, mediante protocolos administrativos y decisiones de no actuar. Didier Fassin (2016) ha señalado que esta indiferencia no es pasiva, sino una estrategia de gestión diferencial de la vida y la muerte, mientras que Wacquant (2007/2017) ayuda a entender cómo este abandono se inserta en una arquitectura de control que combina represión y omisiones letales sobre poblaciones precarizadas.

La noción de violencia lenta de Rob Nixon (2011) permite comprender que el incendio no fue un accidente súbito, sino la culminación de daños acumulativos: detenciones prolongadas sin control judicial, condiciones indignas, negligencias sistemáticas y auditorías en clave de anticorrupción que sirvieron para mantener a personas encerradas. Esa violencia diferida estalló en un evento espectacular que evidenció la letalidad de un régimen que había naturalizado el abandono.

El vínculo con el discurso anticorrupción es decisivo. La detención migratoria se sostiene en la narrativa de “orden y limpieza” institucional porque transforma una infracción administrativa en un encierro legitimado como medida preventiva y disuasoria, normalizando la excepción como parte del orden jurídico (Ortega Velázquez, 2023). La Ley de Migración regula la detención como un procedimiento administrativo de “presentación” y “alojamiento” (artículos 81, 92, 97 y 99), que en la práctica implica privación de libertad. Su función estructural es disuasoria: desalentar la migración indeseada hacia Estados Unidos mediante condiciones de encierro documentadas como inhumanas y mortíferas.

Tras el incendio, esta narrativa permitió desplazar la atención hacia individuos concretos. Custodios, guardias e incluso las propias personas migrantes fueron señaladas como responsables, presentando la masacre como un caso de corrupción o negligencia personal y no como el resultado de un sistema estructural de detención. En paralelo, se neutralizó la crítica social: narrar la tragedia en clave de corrupción puntual —funcionarios omisos, contratos de seguridad privados— evitó cuestionar la legitimidad misma de la detención administrativa.

La “limpieza institucional” se tradujo así en una ética del abandono: no actuar frente a la emergencia se justificó bajo la idea de que los migrantes eran sujetos sospechosos y de que abrir la reja habría significado “ceder al desorden o a la corrupción”. La omisión se presentó como cumplimiento del deber ético-administrativo y la muerte se normalizó como efecto colateral aceptable de la integridad estatal.

En síntesis, aunque parezca desligado del discurso anticorrupción, éste lo estructura de manera central: reduce una masacre estructural a fallas individuales, protege el dispositivo de detención y convierte el abandono letal en un acto de virtud pública. La custodia migratoria no solo abandona hasta la muerte, sino que conduce hacia ella, al hacer del dejar morir una prueba de integridad estatal bajo la bandera de la “limpieza institucional”.

VI. Tensiones estructurales entre el dispositivo anticorrupción y los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo

El examen de las reformas legales, la normatividad interna y las prácticas documentadas entre 2018 y 2024 revela que el dispositivo anticorrupción, lejos de constituir un marco neutro para el fortalecimiento institucional, opera como un ensamblaje de poder en fricción estructural con las garantías sustantivas y procesales de las personas migrantes y solicitantes de asilo. Estas tensiones no son efectos colaterales, sino expresiones de una racionalidad que este trabajo ha caracterizado como *ética del abandono*: una forma de gobierno que, bajo la bandera de la integridad y la transparencia, legitima la renuncia deliberada a proteger a poblaciones en movilidad y normaliza su exposición a riesgos extremos.

Esta tensión se despliega en tres planos interrelacionados:

En el plano *normativo*, la incorporación del discurso de integridad institucional en leyes, reglamentos y lineamientos ha codificado la sospecha como principio operativo: se reducen umbrales probatorios y se amplía la discrecionalidad administrativa. Bajo la narrativa anticorrupción, estas medidas se presentan como prevención de la corrupción, pero en la práctica habilitan restricciones de derechos sin control judicial, en contradicción con estándares interamericanos y universales que exigen legalidad, necesidad y proporciona-

lidad estrictas cuando se activan medidas de privación de libertad o análogas (Corte IDH, 2003, 2010; Comité de Derechos Humanos, 2014). Esta juridificación de la sospecha ilustra cómo la ética del abandono opera en el nivel legal: los marcos normativos aparentan resguardar la integridad institucional, pero en los hechos facilitan la renuncia a proteger.

En el plano *institucional*, la centralización de atribuciones y la militarización del control migratorio —particularmente mediante la Guardia Nacional— fueron justificadas en clave anticorrupción: más que sustituir a los cuerpos civiles, se les superpuso un mando vertical militar presentado como “incorruptible”, reforzando la jerarquía castrense sobre las funciones tradicionales del INM. Esta retórica legitimó una reconfiguración estructural que redujo contrapesos y debilitó la rendición de cuentas, priorizando la preservación de la institución y de su narrativa de integridad por encima de la garantía de derechos. En este nivel, la ética del abandono se expresa como un rediseño institucional que convierte la autopreservación burocrática en prioridad absoluta, incluso cuando ello implica relegar la obligación de prevenir abusos o salvaguardar derechos fundamentales.

En el plano *operativo*, el dispositivo anticorrupción convirtió la sospecha en norma, justificando detenciones prolongadas, auditorías disciplinarias y perfilamientos que invisibilizan la vulnerabilidad de las personas migrantes. Esta ética del abandono, más que omisiones aisladas, produce una *violencia lenta* (Nixon, 2011): daños acumulativos —hacinamiento, negligencias, privaciones de libertad sin control judicial— que terminan estallando en tragedias visibles como el incendio de Ciudad Juárez en 2023.

La tensión estructural radica en que, aunque el discurso anticorrupción se presenta como un instrumento para fortalecer la transparencia y erradicar prácticas ilícitas, su aplicación concreta en el ámbito migratorio ha subordinado de manera sistemática los derechos humanos a objetivos de control institucional. Esta subordinación no es coyuntural, sino que se reproduce mediante normas, rutinas administrativas y narrativas oficiales que colocan a las personas migrantes en una situación de riesgo estructural.

En este punto se hace visible la contribución central de este trabajo: *la ética del abandono*. Las tensiones descritas no son disfuncionalidades, sino manifestaciones de un dispositivo que, al amparo de la narrativa anticorrupción, legitima la renuncia a proteger a quienes se encuentran en movilidad. La an-

ticorrupción se convierte así en un dispositivo que normaliza la exposición de estas poblaciones a riesgos letales, al mismo tiempo que refuerza la imagen de un Estado comprometido con la limpieza institucional.

Para fortalecer el diálogo analítico, conviene contrastar esta lectura con dos justificaciones recurrentes en la defensa estatal y en la gobernanza transnacional del control migratorio.

1. *Contraargumentos y tensiones interpretativas: administración, soberanía y presión transnacional*

Un argumento recurrente en la defensa estatal sostiene que las medidas migratorias son procedimientos administrativos orientados a ordenar la movilidad y que, por ello, no estarían sujetas a estándares equiparables a los del derecho penal. Desde esa óptica, la detención migratoria, la verificación y la deportación serían herramientas de gestión y no sanciones; en consecuencia, exigir control judicial previo o umbrales probatorios estrictos se consideraría impracticable o incompatible con la naturaleza administrativa del régimen.

Un segundo contraargumento invoca la soberanía y la seguridad nacional: en contextos de movilidad regional, trata, tráfico y presión diplomática, el Estado estaría obligado a responder con rapidez, y la anticorrupción sería un criterio legítimo para depurar instituciones y cerrar espacios de colusión. Bajo esta lectura, la militarización y las auditorías funcionarían como “mecanismos de integridad” frente a instituciones percibidas como capturadas o corruptas, y como una forma de cumplir compromisos transnacionales vinculados a economías ilícitas y gobernanza fronteriza (UNODC, 2011; United Nations, 2003). Estas lecturas capturan tensiones reales de gobernanza —entre capacidad estatal, presión transnacional y protección de derechos— y por ello merecen ser tomadas en serio como hipótesis de justificación.

El análisis propuesto no desconoce esas tensiones; las incorpora para precisar el punto crítico: incluso bajo fines administrativos legítimos, la privación de libertad y otras restricciones severas activan garantías reforzadas. La jurisprudencia interamericana ha sostenido que el estatus migratorio no habilita detenciones arbitrarias y que toda privación de libertad debe observar legalidad, necesidad y proporcionalidad (Corte IDH, 2010); asimismo, los estándar

res universales han insistido en que el carácter “administrativo” no neutraliza las obligaciones de control y revisión cuando se afecta de manera intensa la libertad personal (Comité de Derechos Humanos, 2014). Además, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos elevó los deberes de todas las autoridades, lo que vuelve insuficiente la apelación genérica a la “administratividad” para justificar prácticas de encierro sin control y sin debido proceso.

En ese sentido, el dilema anticorrupción/garantías no se resuelve debilitando derechos, sino diseñando controles de integridad compatibles con estándares de protección: auditorías con debido proceso, mecanismos eficaces de denuncia y protección a denunciantes, rendición de cuentas vertical y horizontal, y límites claros a la participación militar en tareas de control migratorio (OECD, 2017; United Nations, 2003).

Superar estas tensiones exige reorientar el marco anticorrupción hacia estándares garantistas, de modo que la integridad institucional no se construya a costa de los derechos humanos, sino a partir de su plena observancia. Ello implica, entre otros aspectos, restablecer controles judiciales efectivos sobre medidas restrictivas, limitar la discrecionalidad administrativa, desmilitarizar la gestión migratoria y garantizar transparencia y debido proceso en la aplicación de sanciones. En esa medida, el combate a la corrupción puede desvincularse de lógicas de exclusión y operar como un instrumento de protección, capaz de desmontar la ética del abandono y sustituirla por una ética de la responsabilidad y el cuidado.

VII. Conclusiones. Entre la sospecha y el abandono: lecciones del sexenio 2018-2024

El análisis desarrollado muestra que, durante el sexenio 2018-2024, la anticorrupción en materia migratoria no funcionó como un marco neutro de fortalecimiento institucional, sino como un dispositivo de poder capaz de reconfigurar tanto la arquitectura legal como las prácticas de control de la movilidad. Más que un simple programa de regeneración institucional, se trató de un entramado que articuló discurso, norma y práctica para gestionar diferencialmente a las personas migrantes y solicitantes de asilo.

Lejos de consolidar un sistema de protección, este dispositivo habilitó formas de intervención que combinaron vigilancia preventiva, sanción anticipada y omisión deliberada, con impactos directos sobre la vida, la libertad y la dignidad de quienes se encuentran en movilidad. Los casos analizados muestran que la militarización del control, la criminalización de la solidaridad, las sanciones sin sentencia y el abandono institucional no constituyen anomalías, sino manifestaciones coherentes de una racionalidad punitiva que permeó la gestión migratoria en México durante este periodo.

La contribución principal de este trabajo es identificar esta racionalidad bajo la noción de *ética del abandono*: un marco que, al amparo de la narrativa de integridad y limpieza institucional, legitima la renuncia deliberada a proteger y normaliza la exposición de poblaciones enteras a riesgos extremos, incluyendo la posibilidad de la muerte bajo custodia estatal. La anticorrupción, en este sentido, se revela no solo como ambivalente, sino como estratégicamente utilizada como coartada institucional: mientras proyecta la imagen de un Estado comprometido con la transparencia, habilita la reproducción de violencias estructurales contra las personas migrantes.

El desafío que deja este periodo es doble. Por un lado, desmontar las disposiciones y prácticas que institucionalizan la sospecha y legitiman la exposición a riesgos extremos; por otro, reorientar la política anticorrupción hacia un enfoque garantista, con controles judiciales efectivos, limitación de la discrecionalidad administrativa y pleno respeto a las obligaciones internacionales de México en materia de derechos humanos y asilo.

Más allá del caso mexicano, estas dinámicas también se observan en otros países del Sur global: la anticorrupción se instrumentaliza como tecnología neocolonial de control (Nieto, 2024), mientras las políticas migratorias se reconfiguran en clave de securitización, militarización y externalización del asilo (Fernández-Rodríguez y Freier, 2024). A ello se suma la criminalización de la solidaridad documentada por organizaciones internacionales (Front Line Defenders, 2019; CEJIL, 2020). Reconocer estas derivas es indispensable para construir políticas que combatan la corrupción sin sacrificar la dignidad y los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo.

VIII. Bibliografía

- Adamson, F. B., y Tsourapas, G. (2020). The migration state in the Global South: Nationalizing, developmental, and neoliberal models of migration management. *International Migration Review*, 54(3), 853–882. <https://doi.org/10.1177/0197918319879057>.
- Alam, K. (2020). *Surveillance of Global Corruption by Transparency International: Construction of a ‘Corrupt’ South and ‘Clean’ North Discourse*. *Philosophy and Progress*. 67 (1-2), 49–76. <https://doi.org/10.3329/pp.v67i1-2.60184>
- Amnistía Internacional México. (2022, septiembre 9). *México: Militarizar la seguridad pública generará más violaciones de derechos humanos y perpetuará la impunidad*. <https://amnistia.org.mx/contenido/index.php/mexico-militarizar-la-seguridad-publica-generara-mas-violaciones-de-derechos-humanos-y-perpetuara-la-impunidad/>
- Amnistía Internacional México. (2023). *México: Tierra y ¿Libertad? Criminalización de personas defensoras de tierra, territorio y medio ambiente*. Amnistía Internacional. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr41/7076/2023/es/>
- Animal Político. (2019, junio 21). *Despiden a 500 agentes migratorios por corrupción; es una “limpia” al INM, dice AMLO*. <https://www.animalpolitico.com/2019/06/despiden-agentes-migratorios-corrupcion-amlo-limpia>
- Astro Garcés, A. P., y Castro Domingo, P. (2020). La 72, Hogar-refugio para personas migrantes: La sociedad civil organizada en la atención de la agenda de los transmigrantes en la frontera México-Guatemala. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, 15, e502. <https://doi.org/10.22201/cimsur.18704115e.2020.v15.502>
- Auditoría Superior de la Federación. (2021). *Auditoría de desempeño 172: Instituto Nacional de Migración* (Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2020). https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2021b/Documentos/Auditorias/2021_0172_a.pdf
- Auditoría Superior de la Federación. (2022). *Auditoría de desempeño: Instituto Nacional de Migración. Auditoría 193-DS* (Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2021). https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2022c/Documentos/Auditorias/2022_0193_a.pdf
- Balibar, E. (2004). *We, the people of Europe? Reflections on transnational citizenship* (J. Swenson, Trans.). Princeton University Press.

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Bernini, A., Bossavie, L., Garrote-Sánchez, D., y Makovec, M. (2024). Corruption as a push and pull factor of migration flows: Evidence from European countries. *Empirica*, 51, 263–281. <https://doi.org/10.1007/s10663-023-09600-0>
- Bigo, D. (2002). Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease. *Alternatives*, 27(1_suppl), 63–92. <https://doi.org/10.1177/03043754020270S105>
- Bigo, D. (2008). Globalized (in)security: The field and the ban-opticon. En D. Bigo y A. Tsoukala (Eds.), *Terror, insecurity and liberty: Illiberal practices of liberal regimes after 9/11* (pp. 10–48). Routledge.
- Brewer, S., y Verduzco, A. L. (2023). *Transformación militarizada: Derechos humanos y controles democráticos en un contexto de creciente militarización en México*. Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA). <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2023/09/Transformacion-militarizada.pdf>
- Brown, W. (2020). *En las ruinas del neoliberalismo: el ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente*. Tinta Limón.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2020). *Situación de la defensa de derechos humanos y la libre expresión en México a partir de la pandemia por COVID-19*. CEJIL. <https://cejil.org/publicaciones/situacion-de-la-defensa-de-derechos-humanos-y-la-libre-expresion-en-mexico-a-partir-de-la-pandemia-por-covid-19/>
- Chiapas Paralelo. (2019, junio 21). *Criminalizan a La72, refugio para migrantes*. <https://www.chiapasparalelo.com/noticias/2019/06/criminalizan-a-la72-refugio-para-migrantes>
- CNDH. (2019). *Informe especial. situación de las estaciones migratorias en México, hacia un nuevo modelo alternativo a la detención*. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/Informe-Estaciones-Migratorias-2019-RE.pdf>
- CNDH. (2021). *Recomendaciones dirigidas al Instituto Nacional de Migración*. <https://www.gob.mx/inm/documentos/recomendaciones-dirigidas-al-inm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (Opinión Consultativa OC-18/03). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/oc/OC-18.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 218.
- Comité de Derechos Humanos. (2014). *Observación general núm. 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)* (CCPR/C/GC/35). Naciones Unidas.
- Déllano Alonso, A. (2018). *From here and there: Diaspora policies, integration, and social rights beyond borders*. Oxford University Press.
- Diario Oficial de la Federación. (2012, noviembre 8). *Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios*. Gobierno de México. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5276967&fecha=08/11/2012#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación (DOF). (2019a, julio 12). *Plan Nacional de Desarrollo 2019–2024*. Gobierno de México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación (DOF). (2019b, marzo 26). *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional*. Gobierno de México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación. (2019c, noviembre 19). *Decreto por el que se expide la Ley Federal de Austeridad Republicana; y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria*. Gobierno de México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5579141&fecha=19/11/2019#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación. (2019d, diciembre 23). *Acuerdo por el que se reforma el artículo 32 de los Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5583060
- Diario Oficial de la Federación. (2020, noviembre 2). *Manual de Organización General del Instituto Nacional de Migración*. Gobierno de México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5604026&fecha=02/11/2020#gsc.tab=0
- Diario Oficial de la Federación. (2024, marzo 22). *Código de Conducta de las Personas Servidoras Públicas del Instituto Nacional de Migración*. Gobierno de México. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5721065&fecha=22/03/2024#gsc.tab=0

- Diario Oficial de la Federación. (2025, enero 2). Ley General de Responsabilidades Administrativas. 02/01/2025. Gobierno de México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf>
- Diario Oficial de la Federación. (2025, mayo 27). *Ley de migración*. Gobierno de México. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra/LMigra_orig_25may11.pdf
- El Economista. (2023, marzo 28). *AMLO: Incendio que dejó 39 migrantes muertos fue provocado por protesta para no ser deportados*. <https://www.economista.com.mx/politica/AMLO-incendio-que-dejo-39-migrantes-muertos-fue-provocado-por-protesta-para-no-ser-deportados-20230328-0027.html>
- Estévez, A. (2018). Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos? *Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad*, 25(73), 9–43. <https://doi.org/10.32870/espiral.v25i73.7017>
- Fassin, D. (2016). *La razón humanitaria: Una historia moral del tiempo presente* (A. Martínez, trad.). Prometeo Libros.
- Fassin, D. (2018). *Life: A critical user's manual*. Polity Press.
- Fernández-Rodríguez, N., y Freier, L. F. (2024). Latin American immigration and refugee policies: A critical literature review. *Comparative Migration Studies*, 12(15), 1–22. <https://doi.org/10.1186/s40878-024-00377-0>
- Foucault, M. (1992). *Microfísica del poder* (J. Varela y F. Álvarez-Uría, trads., 3a. ed.). La Piqueta.
- Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad I. La Voluntad de Saber* (25a. ed.). Siglo XXI.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France (1977–1978)* (H. Pons, trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2007). *El nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France (1978–1979)* (H. Pons, trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Front Line Defenders. (2019). *Defensores sin muros: Personas defensoras de derechos humanos criminalizadas en Centroamérica, México y Estados Unidos*. https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/frontline_defenders_mexico_spanish.pdf
- Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, Instituto para las Mujeres en la Migración, Derechos Humanos Integrales en Acción & Asylum Access México. (2024). *No nos dejen morir aquí: Informe sobre el*

- incendio en la estación migratoria de Ciudad Juárez*. https://www.fundacionjusticia.org/wp-content/uploads/2024/04/Informe_NoNosDejen.pdf
- García Hernández, C. C. (2019). *Migrating to prison: America's obsession with locking up immigrants*. The New Press.
- Hardt, M., & Negri, A. (2000). *Empire*. Harvard University Press.
- Human Rights Watch. (2022). *México: La militarización de la seguridad pública amenaza los derechos humanos. Soldados han cometido ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas*. 26/08/2022. <https://www.hrw.org/es/news/2022/08/26/mexico-la-militarizacion-de-la-seguridad-publica-amenaza-los-derechos-humanos>
- Huysmans, J. (2000). The European Union and the securitization of migration. *Journal of Common Market Studies*, 38(5), 751–777. <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00263>
- Infobae. (2020). *Despidieron a más de 1,000 funcionarios en el Instituto Nacional de Migración por supuestos actos de corrupción*. 15/08/2020. <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/08/15/despiden-a-mas-de-1000-funcionarios-en-el-instituto-nacional-de-migracion-por-supuestos-actos-de-corrupcion/>
- Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras de Derechos Humanos (IM-Defensoras). (2022). *Perseguidas por defender y resistir: ola de criminalización contra las organizaciones feministas*. IM-Defensoras. <https://im-defensoras.org/es/public/xe2nmaga7weyvrfngvc58m7ipwe/IMD-Perseguidas-Ni-4rd-Final-1.pdf>
- Instituto Nacional de Migración (INM). (2019, diciembre 30). *Lineamientos para trámites y procedimientos migratorios*. Reforma. <http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CPM/DRII/normateca/nacional/Lineamientosdetramitesyprocedimientosmigratorios.pdf>
- Instituto Nacional de Migración (INM). (2021). *Protocolo de Operación de Revisiones Migratorias*. <https://www.gob.mx/inm/documentos/protocolo-de-operacion-de-revisiones-migratorias>
- Instituto Nacional de Migración. (2022). *Plan Estratégico del Instituto Nacional de Migración 2019-2024*. <https://www.gob.mx/inm/acciones-y-programas/plan-estrategico-del-instituto-nacional-de-migracion-2019-2024-243361>
- Instituto para las Mujeres en la Migración (IMUMI). (2025). *CMW advierte sobre persistencia de violaciones a derechos de personas en contextos de movilidad humana*

- en México. <https://imumi.org/sala-prensa/cmw-advier-te-persistencia-violaciones-derechos-personas-contextos-movilidad-humana-mexico/>
- La Jornada. (2025, enero 28). Garduño permanece en el INM por temas coyunturales: Sheinbaum. <https://www.jornada.com.mx/2025/01/28/politica/004n3pol>
- La Política Online. (2023, julio 20). INM detecta llegada de migrantes con documentos falsos a Baja California. <https://www.lapoliticaonline.com/mexico/bajacalifornia-mx/264083/>
- La Voz de la Frontera. (2019, febrero 6). *AMLO cancela recursos económicos para ONG de migrantes*. <https://oem.com.mx/lavozdelafrontera/local/amlo-cancela-recursos-economicos-para-ong-de-migrantes-17403681>
- Lelliott, J., Miller, R. (2023). The Nexus Between Corruption, Migrant Smuggling, and Human Trafficking in Southeast Asia. In: Petcharamesree, S., Capaldi, M.P. (eds) *Migration in Southeast Asia*. IMISCOE Research Series. Springer, Cham.
- Los Ángeles Press. (2025, abril 15). *Foro Público: Francisco Garduño, otro expediente cerrado de la 4T*. <https://losangelespress.org/con-voz-propia/2025/apr/15/foro-publico-francisco-garduno-otro-expediente-cerrado-de-la-4t-11661.html>
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. Melusina.
- Mungiu-Pippidi, A. (2015). *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*. Cambridge University Press.
- Nájar, A. (2019, mayo 14). La arriesgada apuesta de AMLO para lidiar con la inédita ola de migración que llega a México. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48265219>
- Nalbandian, L. (2022). An eye for an ‘I’: A critical assessment of artificial intelligence tools in migration and asylum management. *Comparative Migration Studies*, 10(32), 1–17. <https://doi.org/10.1186/s40878-022-00305-0>
- Nieto, N. (2024). Corruption and neo-colonialism in Latin America. *Journal of Political Science: Bulletin of Yerevan University*, 32(2(8)), 81–98. <https://doi.org/10.46991/JOPS/2024.3.8.081>
- Nixon, R. (2011). *Slow violence and the environmentalism of the poor*. Harvard University Press.
- O’Malley, P. (2004). *Risk, uncertainty and government*. Glasshouse Press.

- OECD (2016), *Trafficking in Persons and Corruption: Breaking the Chain. OECD Public Governance Reviews*. OECD Publishing, Paris.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2017). *Recommendation of the Council on Public Integrity*.
- OECD (2020). *OECD Public Integrity Handbook*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/ac8ed8e8-en>
- OECD (2021). *OECD Integrity Review of the State of Mexico: Enabling a Culture of Integrity*. OECD Public Governance Reviews. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/daec206e-en>
- OECD (2024). *Anti-Corruption and Integrity Outlook 2024*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/968587cd-en>.
- OECD. (2025). *Government at a Glance 2025*. OECD Publishing. https://www.oecd.org/en/publications/government-at-a-glance-2025_0efd0bcd-en/full-report/integrity-and-anti-corruption-strategies_9ecb07c9.html
- Ortega Velázquez, Elisa. (2023). *La detención migratoria en México y sus mortíferas consecuencias*. Observatorio Migrante. <https://migracion.nexos.com.mx/2023/04/la-detencion-migratoria-en-mexico-y-sus-mortiferas-consecuencias/>
- Programa de Asuntos Migratorios (PRAMI), IBERO. (2020). *La Guardia Nacional en el control migratorio: consecuencias de su integración a la SEDENA*. Universidad Iberoamericana. <https://prami.ibero.mx/archivo/la-guardia-nacional-en-el-control-migratorio-consecuencias-de-su-integracion-a-la-sedena/>
- Presidencia de la República. (2019). *Poco a poco terminarán extorsiones y corrupción en las fronteras, afirma presidente López Obrador*. 28/11/2019. <https://www.gob.mx/amlo/prensa/poco-a-poco-terminaran-extorsiones-y-corrupcion-en-las-fronteras-afirma-presidente-lopez-obrador-228324>
- Proceso. (2025). *Francisco Garduño libra la acusación por incendio de estación migratoria que dejó 40 muertos*. 24/05/2025. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2025/1/24/francisco-garduno-libra-la-acusacion-por-incendio-de-estacion-migratoria-que-dejo-40-muertos-344351.html>
- Desinformémonos. (2019). *La 72 denuncia “táctica de guerra sucia” del gobierno contra albergues para migrantes*. 19/06/2019. <https://desinformemonos.org/la-72-denuncia-tactica-de-guerra-sucia-del-gobierno-contr-albergues-para-migrantes/>

- Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes (REDODEM). (2023). *La esperanza en el camino: La REDODEM en un país de impunidad, militarización y violencias. Informe 2021–2022*. <https://redodem.org/2023-2-2>
- Red TDT Todos los Derechos para Todas y Todos. (s.f.). *Agresiones contra La 72, muestra de la actual política represiva en materia migratoria*. <https://redtdt.org.mx/archivos/13588>
- Rojas, G. (2020, 29 de octubre). *Análisis discursivo del combate a la corrupción: la 4T no es muy distinta al neoliberalismo*. Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad. <https://contralacorrupcion.mx/analisis-discurso-combate-corrupcion-amlo/>
- Rose, N. (1999). *Powers of freedom: Reframing political thought*. Cambridge University Press.
- Salmenkari, T., y Aldawoodi, S. (2023). Papers of the paperless: Governmentality, technologies of freedom, and the production of asylum-seeker identities. *International Migration Review*, 58(2), 909–935. <https://doi.org/10.1177/01979183231154502>
- Sandoval Ballesteros, I. E. (2024). *Corrupción estructural: La teoría del doble fraude y las raíces de la impunidad en México*. Ediciones Akal.
- Sassen, S. (2014). *Expulsiones: Brutalidad y complejidad en la economía global* (S. Mastrangelo, Trad.). Katz Editores.
- Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE). (2019, junio 7). *Declaración conjunta México–Estados Unidos*. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/sre/documentos/declaracion-conjunta-203701>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2023, abril 19). Síntesis informativa. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sintesis-informativa/2023-04/SintesisPDF-19abril2023.pdf>
- Stumpf, J. P. (2006). The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 56(2), 367–419. <https://ssrn.com/abstract=935547>
- Universidad Iberoamericana. (2024). *La militarización del Instituto Nacional de Migración y sus implicaciones en las violaciones a derechos humanos de las personas migrantes*. https://prami.ibero.mx/wp-content/uploads/2024/04/Informe-Militarizacion-INM_2024.pdf
- United Nations. (2003). *United Nations Convention against Corruption*.

- UNODC. (2011). *The Role of Corruption in Trafficking in Persons. Issue Paper*. <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/glo-act2/publications.html>
- UNODC. (2011). *International framework for action to implement the smuggling of migrants protocol*.
- Vance Center for International Justice & Derechos Humanos y Litigio Estratégico Mexicano, A.C. (2023). *Impacto diferenciado de la corrupción en la población migrante y los mecanismos de denuncia y protección a denunciantes de corrupción en México*. <https://www.vancecenter.org/publication/corrupcionypoblacionmigrante/>
- Vázquez Valencia, L. D. (2018). *Corrupción y derechos humanos: ¿Por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?* Peter Lang.
- Wacquant, L. (2007). *Los condenados de la ciudad: Gueto, periferias y Estado*. Siglo XXI.
- Wacquant, L. (2017). *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa.

Cómo citar

IJ-UNAM

Ortega Velázquez, Elisa, “Anticorrupción y control migratorio en México: de la limpieza institucional a la ética del abandono (2018-2024)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20596. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2026.175.20596>


APA

Ortega Velázquez, E. (2026). Anticorrupción y control migratorio en México: de la limpieza institucional a la ética del abandono (2018-2024). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20596. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2026.175.20596>

La otra reforma indígena. El nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena de Michoacán

The Other Indigenous Reform. Michoacán's New Constitutional System of Indigenous Self-Government

Orlando Aragón Andrade

 <https://orcid.org/0009-0009-1126-4750>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: orlando_aragon@enesmorelia.unam.mx

Recepción: 29 de julio de 2025

Aceptación: 27 de noviembre de 2025

Publicación: 19 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20391>

Resumen: Esta contribución estudia la reforma a dieciséis artículos constitucionales en materia de autogobierno indígena en Michoacán, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Michoacán* en diciembre de 2024. A partir de una perspectiva etnográfica posicionada y comprometida, fundada en el acompañamiento legal desde el Colectivo Emancipaciones a más de dos docenas de comunidades indígenas de los cuatro pueblos originarios de Michoacán, estudio los antecedentes políticos y legales inmediatos que le dieron contenido, el contexto de su formulación y promoción, así como sus principales aportes para las luchas de los pueblos y comunidades de Michoacán y para el constitucionalismo mexicano. Sostengo que se trata de una reforma constitucional que no sólo avanzó en el reconocimiento de los derechos a los pueblos y comunidades indígenas, sino que transformó el régimen constitucional del municipio en Michoacán, y, con él, la base del Estado mismo. La principal limitación de esta contribución es al mismo tiempo su potencia, su carácter posicionado desde la perspectiva de los actores subalternos que impulsaron estos cambios legales y políticos.

Palabras clave: reforma indígena; autogobierno; administración directa del presupuesto; gobierno municipal; seguridad comunal.

Abstract: This contribution studies the reform to sixteen constitutional articles on Indigenous self-government in Michoacán, published in the *Official Gazette of the State of Michoacán* in December 2024. From a positioned and committed ethnographic perspective, grounded in the legal accompaniment provided by the Emancipations Collective to more than two dozen Indigenous communities of the four original peoples of Michoacán, I study the immediate

political and legal antecedents that gave it content, the context of its formulation and promotion, as well as its main contributions to the struggles of the peoples and communities of Michoacán and to Mexican constitutionalism. I argue that this is a constitutional reform that not only advanced the recognition of the rights of Indigenous peoples and communities but also transformed the constitutional regime of the municipality in Michoacán and with it the foundation of the State itself. The main limitation of this contribution is, at the same time, its power; its positioned character from the perspective of the subaltern actors who promoted these legal and political changes.

Keywords: indigenous reform; self-government; direct budget management; municipal government; communal security.

I. Introducción

Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes vuelven a la agenda política nacional después de varios años de ausencia. En efecto, después de la controvertida reforma al artículo 2o. en 2001 la discusión nacional de las demandas políticas de los pueblos y comunidades en México perdió fuerza en el espectro constitucional (Gómez Rivera, 2013). No obstante, la publicación de la reforma al artículo 2o. constitucional el pasado 30 de septiembre de 2024, la formulación de una propuesta de ley general de derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, el presupuesto directo a las comunidades indígenas impulsado por la administración de la actual presidenta de México y la elección de Hugo Aguilar como ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) han conseguido que nuevamente se hable a nivel nacional de demandas y derechos que habían quedado en el olvido.

Esta nueva coyuntura nacional, sin embargo, ha sido precedida y promovida por otros procesos subnacionales que construyeron nuevas demandas y lograron que avanzara el reconocimiento de los derechos colectivos para los pueblos y comunidades en condiciones adversas. La experiencia que más destaca en los últimos años es la que se ha venido desarrollando en los últimos catorce años en Michoacán.

Como parte de una serie de procesos comunales e intercomunales, el pasado 5 de diciembre de 2024 el Congreso del Estado de Michoacán aprobó por unanimidad la más grande reforma constitucional en materia de derechos indígenas realizada hasta hoy dentro del Estado mexicano. Esta reforma

modificó dieciséis preceptos constitucionales de la carta magna de Michoacán, que no sólo consolidaron un emergente régimen jurídico de autogobierno indígena en Michoacán, sino que transformaron significativamente el funcionamiento del gobierno municipal y sirvieron de referencia para algunas de las políticas que actualmente promueve el gobierno federal.

Esta reforma coincidió prácticamente con la conmemoración del bicentenario de la promulgación de la primera Constitución del Estado de Michoacán, sancionada en julio de 1825. Las disposiciones que esta carta magna estableció en su artículo 104 significaron una suerte de “contra-revolución” del proceso político y jurídico que el historiador italiano Antonio Annino (1995) denominó “la revolución territorial de los pueblos”.

En efecto, en el periodo que tuvo vigencia la Constitución liberal de Cádiz, decenas de pueblos y comunidades indígenas de Michoacán usaron la norma constitucional para constituirse como sedes de ayuntamientos, y alcanzaron o mantuvieron importantes aspectos de autonomía, sobre todo en las dimensiones de la impartición de justicia y la administración del gobierno. No obstante, con la promulgación de la carta magna de 1825, los requisitos para alcanzar esta categoría fueron modificados, entre otras cosas, para impedir que las comunidades indígenas tuvieran acceso y control de este espacio de gobierno (Cortés Máximo, 2012).

De tal suerte que la promulgación de la primera Constitución del Estado de Michoacán implicó una transformación radical de la geografía política del gobierno local en Michoacán. De los más de noventa y siete ayuntamientos en funciones bajo la Constitución de Cádiz, sobrevivieron sesenta y siete con las nuevas normas del Estado independiente (Cortés Máximo, 2012). Este cambio condenó a muchas comunidades a vivir bajo el sometimiento político, jurídico y económico de poblaciones amestizadas que controlaron el gobierno municipal desde entonces. Hoy en día, incluso, existen muchos municipios de Michoacán que nunca han sido gobernados por personas que no sean oriundas de las cabeceras municipales.

Con el inicio del siglo XXI, esta realidad política y jurídica, instituida desde la fundación de Michoacán como estado soberano, comenzó a resquebrajarse por las luchas y demandas de diferentes comunidades y organizaciones indígenas que, con los años, derivaron en la formación y expansión a todas las geografías indígenas de Michoacán (purépecha, mazahua, otomí

y nahua) de un régimen legal de autogobierno indígena y administración directa de presupuesto público por parte de las comunidades indígenas.

Al día de hoy, más de cuarenta comunidades indígenas, antes sujetas a cabeceras municipales mestizas, ejercen este régimen jurídico de autogobierno y han transformado la geografía política del gobierno municipal en Michoacán. Aunque, jurídicamente hablando, este proceso comenzó hace más de catorce años, carecía de certeza constitucional hasta el 17 de diciembre de 2024, fecha en que se publicó la reforma constitucional en cuestión en el *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*.

Mapa 1. Comunidades que ejercen el autogobierno indígena y administran directamente el presupuesto público



FUENTE: INEGI (2023).

El objetivo de esta contribución consiste en estudiar esta otra reforma constitucional desde una perspectiva etnográfica posicionada y comprometida con las luchas que comunidades y organizaciones emprendieron para alcanzar estos cambios políticos y legales en Michoacán. Avanzo sobre mi objetivo desde el acompañamiento político y legal que he venido realizado,

como parte del Colectivo Emancipaciones (CE)¹ a lo largo de los últimos quince años, a más de veinticinco comunidades purépechas, mazahuas, otomís y nahuas de Michoacán, especialmente a aquellas comunidades que han pertenecido al Frente por la Autonomía de Concejos y Comunidades Indígenas (FACCI). Estas comunidades y organización han sido los principales promotores de los hitos que dotaron de contenido a la reforma constitucional en estudio.

Parto del entendido de que en un proceso de reforma constitucional — como el que me propongo estudiar — convergen distintos actores, con diferentes capitales, intereses y propósitos, aunque no pretendo dar cuenta de todos ellos. Busco, en cambio, aprovechar el carácter comprometido, íntimo, multilocal y anfibio que abre al etnógrafo del derecho el quehacer de abogado de las comunidades en rebeldía, para destacar el papel central que grupos subalternos (como los pueblos, las comunidades y sus aliados) juegan en estos procesos de cambio y transformación constitucional. Asimismo, busco sumar a los esfuerzos que apuntan hacia la descolonización de los análisis del derecho (Rajagopal, 2005; Merino y Valencia, 2018; Santos, 2023) y de la antropología, que a menudo invisibilizan o niegan el papel que desempeñan los pueblos y comunidades, por considerarlos incapaces debido a un supuesto rezago intelectual, o bien, a cierto tipo de esencialismo cultural.

Propongo al lector la siguiente ruta de estudio. Primero haré un breve ejercicio genealógico para establecer los principales antecedentes jurídicos de la reforma del 5 de diciembre de 2024. Posteriormente, me detendré a analizar el contexto político y jurídico en el que se promovió y aprobó la reforma constitucional. En un tercer momento estudiaré los principales puntos de la reforma constitucional. Cerraré esta contribución con algunas reflexiones finales y respuestas a las críticas que algunos actores han hecho a la reforma.

¹ El Colectivo Emancipaciones es una agrupación de abogados, antropólogos y otros profesionistas, casi todos académicos de distintas instituciones universitarias, que bajo la figura informal de “colectivo” nos agrupamos en 2011 para acompañar la lucha político-jurídica de la comunidad purépecha de Cherán K’eri. Desde entonces, hemos realizado el acompañamiento jurídico y político de casi tres decenas de comunidades pertenecientes a los cuatro pueblos originarios de Michoacán, así como a comunidades, pueblos y barrios de Morelos, Chiapas y Ciudad de México.

II. A contracorriente. Los antecedentes jurídicos del nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena en Michoacán

Como señalé brevemente, las raíces históricas de las luchas y demandas de las comunidades indígenas de Michoacán, que ayudan a entender la lucha por el autogobierno indígena y la reforma constitucional del pasado 5 de diciembre, pueden rastrearse siglos atrás, incluso en etapas previas a la formación del estado independiente. Sin embargo, va a ser en los primeros años del siglo XXI en donde se pueden encontrar sus antecedentes inmediatos.

Para propósitos didácticos, podemos dividir en dos grandes etapas los momentos, experiencias e hitos más determinantes de la reforma indígena de Michoacán. Cada una de estas dos etapas, a su vez, pueden dividirse en subetapas. No obstante, es importante advertir que no deben entenderse, ni etapas ni subetapas, como superaciones de unas sobre otras, puesto que en realidad en casi todos los casos estas se traslapan entre sí.

La primera etapa del proceso de constitucionalización del autogobierno indígena en Michoacán es la *protójurídica*, o de construcción de una o varias demandas. Esta se compone, a su vez, de tres subetapas claramente distinguibles. La primera se caracteriza por la lucha de algunas comunidades y organizaciones purépechas en la última década del siglo XX y la primera del XXI por la remunicipalización en Michoacán. Esta movilización tuvo como propósito que varias comunidades alcanzaran el estatus de sede del gobierno municipal, y con esta calidad administrativa tener acceso a los beneficios que las reformas al régimen municipal, iniciadas en la década de los ochenta, les proveían. Desafortunadamente, los resultados que se obtuvieron fueron negativos y ninguna comunidad logró su cometido.

La segunda subetapa estuvo marcada por las victorias de las comunidades purépechas de Nurio y Quinceo, municipio de Paracho, en 2005, en su exigencia de que su gobierno municipal les transfiriera presupuesto público para que fueran ellas las que lo administraran y ejecutaran. Si bien estas experiencias no lograron trascender a otras comunidades y municipios, sí lograron influir fuertemente en el imaginario político de diversas comunidades y organizaciones, al grado de ser la base para una nueva demanda: la del presupuesto directo.

La tercera subetapa encuentra su referente en las iniciativas comunales para hacer frente al impacto de la actividad de los grupos del crimen organizado en las regiones purépechas, así como en los fenómenos relacionados con el Operativo Conjunto “Michoacán Seguro”, en 2007. Este es el momento, entre las dos primeras décadas del nuevo siglo, en el que comenzaron a rearticularse en algunos casos, y a surgir en otros, los rondines y rondas comunales, la *kuaricha* y otros cuerpos de seguridad comunal que acompañaron las primeras luchas comunales, las cuales derivaron en el reconocimiento judicial del derecho al autogobierno indígena y a la administración directa del presupuesto en Michoacán.

La segunda gran etapa del proceso de constitucionalización del autogobierno indígena en Michoacán es una que podríamos calificar como *jurídica*, en la que las demandas de las comunidades consiguen penetrar el derecho estatal y “habitar” los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es en esta segunda etapa en la que el acompañamiento político y jurídico del CE a las comunidades y organizaciones indígenas es central, debido a nuestra participación como abogados en prácticamente todos los hitos legales.

Esta segunda etapa, que denominé como “la revolución de los derechos indígenas en Michoacán” (Aragón Andrade, 2023), cuenta también con tres subetapas. La primera es la judicial, cuando las demandas políticas y sociales lograron el reconocimiento de derechos propiamente dichos en la arena de los tribunales. Está definida por los triunfos judiciales de las comunidades purépechas de Cherán K’eri y Pichátaro en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y en la SCJN.

El primer triunfo fue el que conseguimos con la comunidad de Cherán, el 2 de noviembre de 2011, en el juicio SUP-JDC-9167/2011. Esta victoria judicial derivó tres años después en la jurisprudencia 19/2014, que estableció, por primera vez en la historia del Estado mexicano, los elementos que constituyen el derecho al autogobierno indígena en México. El segundo triunfo fue el conseguido por la comunidad de Cherán frente al gobierno de Michoacán y al Congreso del Estado en el juicio de controversia judicial 22/2012, en el Pleno de la SCJN. En ese litigio logramos que la SCJN reconociera la forma de gobierno comunal y municipal de Cherán, en igualdad de condiciones que un ayuntamiento o concejo municipal, en tanto figuras

establecidas en el régimen constitucional del gobierno municipal. El tercer gran triunfo judicial fue la victoria que alcanzamos en 2016 con la comunidad de Pichátaro, municipio de Tingambato, en la Sala Superior del TEPJF, con el juicio SUP-JDC-1865/2015. Este litigio y su sentencia sentaron las bases para que el TEPJF ampliara el entendimiento de derechos al autogobierno indígena e incluyera como una de sus dimensiones a la administración directa del presupuesto, tal como quedó establecido en la emisión de los criterios jurisprudenciales LXIII/2016, LXIV/2016 y LXV/2016.

La segunda subetapa tuvo lugar cuando estos reconocimientos judiciales lograron penetrar la legislación del estado de Michoacán. Los principales puntos de referencia de esta subetapa son los siguientes: 1) la armonización del texto constitucional de Michoacán en 2011 con los derechos garantizados en el artículo 2o. de la Constitución federal; 2) el reconocimiento de las elecciones por usos y costumbres en el artículo 330 del Código Electoral de Michoacán en 2014; 3) la regulación del derecho a la consulta previa libre e informada en la Ley de Mecanismos de Participación Ciudadana de Michoacán en 2015 y en el Reglamento de Consulta del Instituto Electoral de Michoacán en 2017; 4) el reconocimiento y el procedimiento administrativo abreviado para lograr acceder y ejercer el derecho al autogobierno indígena y a la administración directa del presupuesto público en la nueva Ley Orgánica Municipal de Michoacán (LOMM) de 2021; 5) el reconocimiento de la seguridad comunal y sus cuerpos, en la fracción III del artículo 104 de la Ley del Sistema Estatal de Seguridad Pública de Michoacán, en julio de 2022, y el Reglamento de dicho artículo en octubre de 2023, y 6) la reforma al artículo 330 del Código Electoral de Michoacán, aprobada en junio de 2023, donde se fortaleció y amplió el reconocimiento de los derechos al autogobierno indígena contemplados en la LOMM.

La tercera subetapa es la del *lawfare*, caracterizada por la contraofensiva judicial promovida por legisladores, partidos políticos y gobiernos municipales ante los triunfos legales que las comunidades y sus aliados comenzaron a acumular. Desde que las comunidades comenzaron a abrir una puerta para acceder al ejercicio de sus derechos en el TEPJF, algunos gobiernos municipales contraatacaron al recurrir a otros procedimientos judiciales y a otros tribunales. Fue el caso de los primeros juicios de controversia constitucional promovidos ante la SCJN en contra de las resoluciones del TEPJF entre 2017

y 2019. Mediante estos juicios, los ayuntamientos conseguían que se suspendieran durante dos o más años las ejecuciones de las resoluciones que les ordenaban entregar el presupuesto a las comunidades, mientras la SCJN resolvía en definitiva el litigio. Aunque generalmente los ayuntamientos terminaban perdiendo los juicios, conseguían durante casi todo un periodo de gobierno municipal (tres años) conservar el control de los recursos, así como desgastar y dividir a las comunidades en sus pretensiones.

El caso más burdo de esta táctica fue el utilizado por el ayuntamiento de Quiroga en contra de la comunidad purépecha de Santa Fe de la Laguna en 2017, con el juicio de controversia constitucional 237/17, que, finalmente, se resolvió en 2018. Utilizó la misma estrategia con el juicio 142/2019, interpuesto en 2019 y resuelto hasta 2021. Este uso de la SCJN le permitió al ayuntamiento de Quiroga retrasar la entrega del presupuesto público a la comunidad de Santa Fe por casi cuatro años.

Cuando las comunidades consiguieron que se reconociera el autogobierno, y la administración directa del presupuesto en la LOMM, se produjo una nueva oleada de controversias constitucionales promovidas por gobiernos municipales de todos los partidos políticos existentes en Michoacán, los cuales buscaron su invalidación y anulación. En algunos casos tuvieron éxito, como en el de los ayuntamientos de Tangamandapio y Nahuatzen, gobernados por MORENA y Partido Verde, respectivamente, mediante los juicios 56/2021 y 61/2021. Sólo que las resoluciones surtieron efectos únicamente para las partes. En otros municipios los gobiernos no tuvieron éxito, como en el caso del ayuntamiento de Chilchota, gobernado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), mediante el juicio 210/22, que finalmente fue sobreseído. Posteriormente, otros dos ayuntamientos, Zitácuaro y Erongaricuaró, gobernados en ese entonces por el PRI y MORENA, promovieron juicios, registrados con los números 17/22 y 165/22, en contra de la LOMM, que hasta la fecha no se han resuelto.

Este uso de la SCJN por parte de los ayuntamientos derivó en que las comunidades purépechas, mazahuas, otomís y nahuas agrupadas en el FACCI presentaran en 2022, con el acompañamiento legal del CE y la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, un procedimiento de petición en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con número P-1828-

22 —que aún está pendiente de resolverse—, por la omisión del Estado mexicano para responder los requerimientos a dicha institución.

A pesar de que procesalmente las comunidades indígenas estaban impedidas de participar en estos litigios, por tratarse de juicios entre órdenes de gobierno (carácter no reconocido en nuestro país a las comunidades indígenas), en todos los casos nos las arreglamos para intervenir de manera directa e indirecta. De hecho, gracias a una acción política realizada por la comunidad mazahua de Crescencio Morales y el FACCI-CE, en el juicio de controversia 17/2022, el pleno de la SCJN discutirá por primera vez los alcances del derecho al autogobierno indígena, específicamente el de la administración directa del presupuesto.

III. El contexto de la reforma constitucional en Michoacán

Entre la expansión del autogobierno a las diferentes regiones indígenas de Michoacán, los avances legislativos y los litigios en la SCJN, se llegó a la antesala de la reforma constitucional de diciembre de 2024. Esta situación expresa lo que en estos procesos de lucha y rebeldía indígena en Michoacán ha sido una constante: el Estado y la legalidad se nos presentan como un espacio internamente contencioso, dinámico, heterogéneo y asimétrico, en donde múltiples actores se disputan el poder con diferentes recursos, propósitos e ideologías. Justamente estas características son las que nos hacen considerarlos como espacios susceptibles de disputa por las comunidades y pueblos, y no simplemente como un mero reflejo de los intereses de los grupos en el poder.

No obstante, para combatir en estos espacios también se requiere conocimiento y no simplemente voluntad. Rodolfo Stavenhagen (1992) recordaba, hace varias décadas, que una de las tareas para la descolonización de las ciencias sociales consistía en estudiar los espacios de poder para conseguir intervenir con efectividad en ellos en favor de los pueblos oprimidos. Además de la lucha social, política y jurídica de las comunidades y organizaciones en oposición al Estado y su derecho, los triunfos y avances antes descritos son producto también del desarrollo de un conocimiento sobre estos espacios de poder, que ha permitido apuntalar procesos de rebeldía, así como poten-

ciar la capacidad de diálogo, convencimiento y persuasión de comunidades movilizadas y de sus aliados en diferentes arenas institucionales.

Por tal motivo, resulta necesario advertir que detrás de todos los grandes hitos y victorias legales de la etapa jurídica del proceso de constitucionalización del autogobierno indígena en Michoacán hay mucho conocimiento sobre espacios de poder y de construcción del derecho estatal. No se trata de casualidad o voluntad; es necesario saber cómo, cuándo, dónde y con quién intervenir en esos espacios. Por ejemplo, en lo que denominé “la subetapa de la judicialización”, el trabajo de *lobby* con los magistrados del TE-PJF fue determinante para el desarrollo de una jurisprudencia tan garantista de los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas como la que se llegó a construir en esta jurisdicción.

De la misma manera, estos conocimientos han resultado determinantes para abrir puertas, buscar aliados, y para persuadir legisladores a través de discursos aceptados e inteligibles para conseguir modificar leyes. Si bien esta tarea comenzó desde 2011, y de una u otra forma se lograron reformar algunas leyes, fue a partir de 2021 cuando este trabajo se aceleró. Durante esta última etapa de quehacer legislativo el papel de Alfredo Ramírez Bedolla ha sido determinante, primero como legislador y después como gobernador de Michoacán.

Ahora bien, en un breve periodo de tiempo en el que se han sobrepuesto las tres subetapas del periodo jurídico se puede advertir una constante composición y recomposición de los actores e instituciones estatales en torno a las demandas y derechos de las comunidades y los pueblos indígenas. De tal manera que, si tuvimos años en los que los magistrados de los tribunales electorales se convirtieron en los principales aliados de las comunidades y desafiaron el orden legal defendido por presidentes municipales, legisladores y gobernadores, en los últimos años los aliados y los antagonistas han cambiado. Ya no es el campo judicial en donde se producen los avances en los derechos. De hecho, en los últimos tiempos es patente una regresión. Las coyunturas políticas modifican las posiciones de los actores estatales, pero la heterogeneidad, la disputa y el dinamismo dentro del Estado se mantiene.

El escenario que enfrentamos en el primer semestre de 2024, la antesala a la reforma constitucional, fue complejo debido a la inminente resolución de dos de los juicios de controversia constitucional, el 17/2022 y el 165/2021,

en el Pleno de la SCJN, que quedaban pendientes de resolverse y cuyos proyectos de sentencia planteaban invalidar los artículos que reconocían el derecho al autogobierno y a la administración directa del presupuesto en la LOMM, supuestamente por falta de consulta previa, libre e informada.

Gracias a la intervención política y mediática de la comunidad mazahua de Crescencio Morales, de las comunidades integrantes del FACCI y del trabajo de *lobby* con la ministra Lenia Batres se logró que el 22 de abril de 2024 se desechara por mayoría de votos —de seis contra cinco— dicho proyecto de sentencia.² En la misma sesión se mandató la elaboración de un nuevo proyecto para estudiar el fondo del litigio; esto es, si las disposiciones de la LOMM que reconocían el autogobierno y la administración directa del presupuesto por parte de las comunidades indígenas eran o no constitucionales.

La nueva discusión se debía producir, aproximadamente y con base en nuestra experiencia con otros juicios de este tipo, en el lapso de un año. Por lo que se tenía bastante conciencia de que en ese lapso de tiempo se debían conseguir las mejores condiciones normativas y políticas para cuando se llegara ese momento; sobre todo, teniendo en cuenta los limitados precedentes que la SCJN había emitido en el pasado en lo relativo al derecho a la autonomía.

Fue en este momento cuando el planteamiento de conseguir una reforma constitucional en Michoacán cobró mayor importancia para el FACCI-CE y otras comunidades involucradas en los litigios contra los ayuntamientos. No obstante, nuestra pretensión conllevaba un gran reto tanto político como procedimental. Este desafío implicaba de entrada contar con una mayoría calificada, y no simple, en el Congreso del estado. No obstante, ningún partido o gobierno de Michoacán había conseguido tal mayoría en el siglo XXI; situación que hacía tremendamente difícil lograr hacer reformas constitucionales. Esta dificultad crecía si se trataba de una reforma en derechos de los pueblos indígenas, debido a que todos los intentos que hasta ese momento se habían realizado durante el siglo XXI por los gobiernos del Partido de la Revolución Democrática (PRD), “aliados” de los movimientos indígenas, habían fracasado estrepitosamente. La única reforma indígena que se logró con-

² La ponencia de la ministra Lenia Batres produjo un video documental donde se da cuenta de este proceso. <https://www.youtube.com/watch?v=HtdVTBHPwsA&t=669s>

cretar fue la ordenada por el TEPJF en 2011, y no fue antecedida por ningún tipo de consulta. En este contexto, y no en uno abstracto e ideal, era donde se presentaba la necesidad de lograr una reformar al texto constitucional.

Afortunadamente para nuestra pretensión y necesidad, el equilibrio de fuerzas de los partidos políticos en el Congreso de Michoacán se alteró en la elección de junio de 2024, cuando, junto con la elección presidencial en la que resultó ganadora Claudia Sheinbaum, el partido político MORENA arrasó en casi todas las entidades federativas y en casi todos los puestos de elección popular, incluyendo los congresos locales. De tal manera que en Michoacán, como en otras entidades federativas, el partido oficialista alcanzó esa mayoría calificada con la suma de sus partidos aliados. Esta situación abriría la posibilidad material de lograr el reconocimiento constitucional, siempre y cuando se lograra el apoyo del gobernador y la coalición gobernante.

Al siguiente mes de la elección se comenzó un trabajo interno en el FACCI-CE para realizar, como con ha ocurrido con otras leyes (Aragón Andrade, 2022, 2024), una propuesta de reforma constitucional en materia de derechos indígena en Michoacán. Por el camino recorrido, tanto en juicios como en la formulación y promoción de reformas a las otras leyes, teníamos a esa altura mucha claridad de los principales elementos que debía contener una reforma que elevara a rango constitucional todo el trabajo que se venía realizando desde hace varios años. Dos fueron las premisas que orientaron nuestro trabajo interno: 1) elevar a nivel constitucional los derechos que se habían obtenido en sentencias, jurisprudencia, leyes secundarias, convenios y programas de gobierno a la Constitución; 2) realizar un ejercicio trasversal de armonización del texto constitucional con otros preceptos, disposiciones y facultades de otros órdenes de gobierno que pudieran entrar en colisión con los derechos de los pueblos indígenas. Esta segunda línea nos pareció especialmente importante, por las lecciones que los juicios de controversia constitucional nos habían dejado, especialmente entre las aparentes antinomias de los artículos 2o. y 115 de la Constitución federal.

Fue así que se realizaron varias reuniones entre julio y agosto de 2024 en diferentes comunidades en las que se consensó el contenido de la reforma, se trazó una ruta política para buscar su aprobación y se fijó una fecha para presentarla e impulsarla. Este trabajo tomó mayor urgencia cuando el gobernador de Michoacán anunció los primeros días de septiembre una serie

de reformas constitucionales que realizaría al aprovechar su mayoría calificada en el Congreso. Este paquete de reformas, que denominó “El Plan Morelos”, incluiría temas relativos a la reforma al Poder Judicial, a los programas sociales, a los derechos al medio ambiente, a la reforma a la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, a los derechos de las mujeres a decidir sobre su cuerpo y a los derechos de los pueblos indígenas.³ Nuestro propósito político se centró entonces en construir y posicionar una propuesta que fijara los mínimos sobre los cuales se discutirían el resto de las iniciativas que se presentaran sobre el tema.

Con este propósito presentamos, el 12 y 13 de septiembre de 2024, en dos escritos, nuestra propuesta de reforma y urgíamos al Congreso de Michoacán a aprobarla. Junto con la propuesta de reforma constitucional presentamos dos iniciativas más, una dirigida hacia la LOMM y otra hacia la Ley del Sistema Estatal de Seguridad Pública de Michoacán. Estas iniciativas buscaban ampliar derechos y colmar lagunas que dichos ordenamientos presentaban según las necesidades de las comunidades del FACCI. No obstante, tuvimos que cambiar nuestro plan original, debido a que tan sólo unos días después se aprobó la reforma al artículo 2o. de la Constitución federal, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre.

Este hecho, si bien fortaleció aún más la posibilidad de una reforma constitucional, debido a que ahora contábamos con el argumento de que la Constitución de Michoacán debía de armonizarse al nuevo texto de la carta magna federal, también nos hizo replantearnos si era conveniente impulsar tres reformas diferentes o concertarnos únicamente en posicionar nuestra propuesta de reforma constitucional, para evitar que la armonización quedara en un ejercicio de copia y pega del texto federal.

A diferencia de la reforma federal, la propuesta presentada por las comunidades que integraban el FACCI-CE no se concentraba en un solo artículo, el segundo, sino en doce preceptos constitucionales a reformar: los artículos 3o., 13, 36, 104, 112, 113, 114, 117, 123, 124, 133 y 136. La propuesta fue realizada y firmada por las autoridades de las comunidades purépechas de San Felipe de los Herreros, Santa Fe de la Laguna, Arantepacua, La Can-

³ <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Presenta-Bedolla-en-Michoacan-nueve-reformas-constitucionales-del-Plan-Morelos-20240902-0088.html>

tera, San Ángel Zurumucapio, Angahuan, Jesús Díaz Tzirio, Janitzio y Carapan; la comunidad otomí de Carpiteros; la comunidad nahua de El Coire, y fue acompañada por el CE. Entre sus elementos más importantes destacan los siguientes:

- Se planteaba ratificar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas existentes en la Constitución y se introducía una cláusula restrictiva referente a que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas no pueden ser invocados para ser usados en su contra.
- Pretendía elevar a rango constitucional los derechos de autonomía y autogobierno indígena y sus múltiples dimensiones, entre ellas la administración directa del presupuesto.
- Proponía reconocer a la Asamblea General como máxima autoridad interna de las comunidades.
- Buscaba reconocer a las faenas como una institución y una práctica fundamental para las comunidades indígenas.
- Reconocía en el texto constitucional a los concejos comunales, a los concejos de autogobierno y a la coordinación comunal como autoridades de las comunidades indígenas.
- Se ratificaba el principio de paridad de género en la integración de los gobiernos comunales desde una perspectiva intercultural.
- Se reconocía a la seguridad como un derecho humano de todos, pero también la seguridad comunal como forma propia de las comunidades indígenas.
- Buscaba transversalizar la responsabilidad a los funcionarios públicos para atender y dar seguimiento a las peticiones de las comunidades indígenas. En caso de no hacerlo serían consideradas como faltas graves;
- Reformaba ampliamente el régimen constitucional del gobierno municipal para armonizarlo a los derechos de autogobierno indígena de los pueblos y comunidades.
- Proponía que se respetaran los mecanismos propios de fiscalización de las comunidades indígenas y se crearía un modelo específico de fiscalización que fuera culturalmente adecuado y tomara en cuenta las realidades económicas de las comunidades indígenas.

Con el propósito de posicionar políticamente nuestra iniciativa, y lograr presionar al gobierno y al Congreso, decidimos difundir nuestra propuesta y buscar el apoyo de otras comunidades. Para alcanzar nuestro objetivo, aprovechamos la cercanía que teníamos los integrantes del CE con algunas comunidades que, si bien no formaban parte del FACCI, habían trabajado con el CE en el pasado. De esta manera, se realizó un foro en la comunidad mazahua de Crescencio Morales, municipio de Zitácuaro, en donde presentamos, explicamos y debatimos nuestra propuesta. Dicho evento fue organizado y convocado por los concejos de autogobierno de Crescencio Morales, Donaciano Ojeda y San Cristóbal, y concurrieron las autoridades agrarias y civiles de las comunidades mazahuas y otomís de Crescencio Morales, Donaciano Ojeda, San Cristóbal, Rincón de Soto, Aputzio de Juárez, Manzanillos, San Bartolo Cuitareo, Zirahuato de los Bernal, San Felipe de los Alzati, Enandio, Francisco Serrato, San Francisco Curungueo y San Miguel Curahuango. Al terminar el diálogo, decidieron respaldar y sumarse a nuestra propuesta. No obstante, dicho respaldo no fue llano, sumaron observaciones, agregados y comentarios que posteriormente hicieron llegar al Congreso de Michoacán.⁴

Esta serie de hechos contribuyó a que otras comunidades, principalmente purépechas, se involucraran en el proceso desatado por el FACCI-CE. De tal suerte que otras comunidades purépechas, como San Francisco Peribán, San Isidro, Tupátaro, Pamatácuaro, Santiago Azajo, Tarecuato, Ahuirán, Quinceo, Pomacuaran, Pichátaro, Tanaco y Comachuen, así como las comunidades pertenecientes a la organización conocida como Consejo Supremo Indígena de Michoacán (CSIM) (San Benito Palermo, Sevina, Jarácuaro, San Matías el Grande, la Tecuena, Sicuicho, Nuevo Zirosto, San Pedro Ocumicho, Tomendan, Zacán, Uranden y El Calvario) realizaron sus propias contribuciones y comentarios.⁵

⁴ “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, en materia de Derechos Indígenas y Afromexicanos, presentada por el Titular del Poder Ejecutivo del Estado”. <http://congresomich.gob.mx/file/Gaceta-026-XLI-D-bis-21-11-2024.pdf?tp=1>

⁵ *Idem.*

Finalmente, estas propuestas y comentarios fueron retomados e integrados en la iniciativa de reforma constitucional que presentó ante el Congreso del Estado el gobernador de Michoacán, el 21 de noviembre de 2024. Esta iniciativa tuvo como preámbulo un evento en el palacio de gobierno, al que asistieron casi todas las autoridades de las comunidades referidas, representantes de diferentes organizaciones indígenas, legisladores, el director general del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) y otras figuras públicas.⁶

La iniciativa presentada por el gobernador finalmente planteó la modificación de quince artículos constitucionales, a saber, el 3o., 13, 15, 36, 62, 104, 112, 113, 114, 117, 123, 124, 133, 134 y 164. La base de esta iniciativa fue la propuesta del FACCI-CE, con algunos agregados importantes. El 5 de diciembre de 2024 el Congreso del Estado de Michoacán aprobó por unanimidad la iniciativa de reforma, lo que significó la culminación de toda una etapa de lucha jurídica de las comunidades de Michoacán que lograban elevar a rango constitucional una nueva revolución territorial, con varios elementos adicionales que la hacen un ejercicio hasta ahora único en México.

IV. El nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena en Michoacán

Corresponde ahora detenernos a estudiar los principales aspectos de esta reforma constitucional. Debo advertir que, debido a la extensión de este trabajo, sólo me concentraré en algunos de los aspectos que considero más importantes de la reforma, esto es, 1) el régimen constitucional del autogobierno indígena en Michoacán; 2) el nuevo orden plurimunicipal de Michoacán; 3) el cuarto orden de gobierno y la administración directa del presupuesto; y, finalmente, 4) la seguridad comunal y sus cuerpos, tales como las *kuarichas* y guardias comunales.

⁶ “Firma y presentación de la Iniciativa de la Reforma Constitucional en Materia Indígena de Michoacán”. <https://www.youtube.com/watch?v=DBN9QkiKp5M>

1. *El régimen constitucional del autogobierno indígena en Michoacán*

Uno de los puntos centrales de la reforma fue el reconocimiento constitucional del derecho al autogobierno indígena en los términos legales que establecieron las luchas de comunidades como Chéran y Pichátaro en el TEPJF, y posteriormente en leyes secundarias como la LOMM y el Código Electoral de Michoacán. De tal manera que el nuevo texto de la fracción I del artículo 3o. de la Constitución estableció que

Los pueblos y las comunidades indígenas tendrán los derechos siguientes:

I. A decidir y ejercer sus formas de autogobierno indígena. [...] esta Constitución reconoce como dimensiones mínimas del derecho al autogobierno indígena:

- a) La elección por sistemas normativos o “usos y costumbres” de sus autoridades y gobiernos comunales;
- b) La integración de los gobiernos comunales, como manifestación de las formas de gobierno y organización políticas propias de las comunidades;
- c) La administración directa del presupuesto y el ejercicio de funciones de gobierno por parte de comunidades indígenas con carácter de tenencias y encargas del orden independientes, de conformidad con lo señalado en la Ley;
- d) Contar con representación dentro de los ayuntamientos que cuenten con población indígena privilegiando para tal efecto los sistemas normativos o “usos y costumbres” de las comunidades y observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.

Se reconoce al Concejo Mayor de Gobierno Comunal de Cherán, así como aquellos que logren dicha categoría, a los Concejos Comunales, a los Concejos de Autogobierno y a la Coordinación Comunal como expresiones de Gobierno Comunal y autoridades representativas investidas de personalidad jurídica y patrimonio propio.

En el texto de esta fracción I se desarrolló con mayor amplitud el derecho al autogobierno, en relación con normas anteriores y al propio del artículo 2o. de la Constitución federal. Los cuatro incisos de esta fracción son una referencia directa a la jurisprudencia 19/2014, sobre el derecho al autogobierno indígena del TEPJF, y a los criterios jurisprudenciales LXIII/2016,

LXIV/2016 y LXV/2016, todos derivados de las luchas de las comunidades purépechas de Cherán y Pichátaro.

El reconocimiento de estas dimensiones del derecho al autogobierno significó el coronamiento jurídico de distintas luchas judiciales que las comunidades de Michoacán han emprendido de manera constante y creciente en los últimos catorce años para elegir a sus autoridades fuera del sistema de partidos políticos, para administrar directamente el presupuesto público y para renovar sus formas de organización interna de acuerdo con sus nuevas necesidades.

Además de reconocer estas cuatro dimensiones mínimas del derecho al autogobierno indígena en Michoacán, esta fracción I estableció dos escalas para su ejercicio dentro del régimen constitucional del gobierno municipal: la comunidad/municipio y la comunidad/submunicipalidad. La primera de ellas se materializó en la experiencia de Cherán, que tiene la peculiaridad de ser una de las pocas comunidades indígenas de Michoacán que al mismo tiempo es la población sede del gobierno municipal; la segunda fue destinada a las más de cuarenta comunidades —entre ellas Pichátaro— que, a diferencia de Cherán, no son sedes del gobierno municipal y se encontraban supeditadas a gobiernos municipales que las marginaban, excluían y discriminaban, incluso en la distribución del presupuesto público.

El segundo párrafo de esta fracción I también tuvo una importancia mayúscula. En efecto, desde 2012 el municipio/comunidad de Cherán era gobernado, a causa de la resolución judicial obtenida en el TEPJF, no por un ayuntamiento, sino por el Concejo Mayor de Gobierno Comunal. Sin embargo, esta figura era inexistente en el régimen político municipal de México, ya que ni la Constitución federal ni local, ni alguna ley secundaria, reconocía esta autoridad. Su fundamento descansaba únicamente en una resolución judicial. Un fenómeno parecido ocurría con los más de cuarenta concejos comunales y de autogobierno que regían a las comunidades purépechas, mazahuas, otomís y nahuas que se autogobernaban y administraban directamente el presupuesto público. El único elemento explícito que les otorgaba sustento legal era un acta constitutiva o un documento emitido por el Instituto Electoral de Michoacán (IEM).

Con el reconocimiento constitucional del Concejo Mayor de Gobierno Comunal de Cherán, de los concejos comunales, de los concejos de auto-

gobierno y de la coordinación comunal, además de incluirlos en la máxima norma jurídica del estado de Michoacán, se dio certeza legal a sus actos como autoridades ya existentes y en funcionamiento. Con este reconocimiento constitucional se les sacó de un limbo constitucional para otorgarles el carácter de autoridades representativas con personalidad jurídica y patrimonio propio.

2. El nuevo orden plurimunicipal de Michoacán

Como se puede advertir rápidamente, la constitucionalización del derecho al autogobierno indígena necesariamente implicó trastocar el régimen municipal en México. Así nos lo enseñaron los distintos juicios de controversia constitucional desahogados en la SCJN, en donde los ayuntamientos han esgrimido el artículo 115 constitucional, en oposición a los derechos establecidos en el artículo 2o. de la Constitución federal. En la esfera judicial se ha argumentado “un choque de autonomías”, la del municipio frente a la de las comunidades y pueblos originarios. Por tal motivo, en esta reforma se consideró como imperativo ir más allá de la perspectiva reduccionista de limitarse a reformar artículos estrictamente vinculados con los derechos de los pueblos indígenas en Michoacán, como el artículo 3o., e ir hacia sus correlativos del régimen constitucional de gobierno municipal.

Como lo ha advertido Araceli Burguete (2011), el municipio, a lo largo de los siglos, ha representado tanto un riesgo como una oportunidad para las comunidades indígenas. También ha sido la entidad estatal menos prescindible para las comunidades, ya que al ser el nivel más capilar del Estado es con quien más constantemente interactúan. La historia de esa relación en Michoacán es singular y ha estado marcada por una constante tensión, como ya se expuso brevemente en esta contribución. Así como las comunidades indígenas han luchado por ocupar y habitar este espacio del poder estatal, también el gobierno municipal ha contribuido a debilitar, controlar y moldear instituciones consideradas como propias por parte de las comunidades.

Por esta razón, la actual lucha por el autogobierno indígena en Michoacán no puede entenderse por fuera de esta tensión histórica entre comunidades y gobiernos municipales en Michoacán. La reforma constitucional del 5 de diciembre de 2024, como culminación de un ciclo de luchas jurídicas y po-

líticas por el autogobierno, trastocó profundamente el régimen constitucional del gobierno municipal en Michoacán que prevaleció durante siglos. Los elementos más significativos quedaron establecidos en numerales propios del régimen constitucional de gobierno municipal.

En los artículos 112 y 113 se establecieron las bases para un régimen municipal plural o diverso. Al dictar, en el artículo 112, que “en el caso de que la cabecera del municipio corresponda a una comunidad indígena; ésta podrá gobernarse por un Gobierno Comunal, en función del derecho al autogobierno que esta Constitución reconoce y garantiza”, no sólo se armonizó el texto constitucional a la realidad que desde 2012 venía ocurriendo en la práctica en el municipio de Cherán, sino que se terminó con el monopolio del ayuntamiento como única forma de gobierno municipal constitucionalmente reconocida y se sentaron las bases para el establecimiento de formas de gobierno municipal propias de las comunidades indígenas.

Por su parte, el nuevo texto del artículo 113 armonizó lo que el Pleno de la SCJN había dispuesto en el juicio de controversia constitucional 22/2012 que promovió el Concejo Mayor de Gobierno Comunal de Cherán frente al Congreso y al titular del Ejecutivo de Michoacán, esto es, que “el Ayuntamiento y en su caso el Gobierno Comunal tendrá personalidad jurídica para todos los efectos legales”.

Complementan estas disposiciones del nuevo régimen constitucional plurimunicipal de Michoacán ordenanzas establecidas en los artículos 114 y 117, relativas a los diferentes procedimientos de elección y nombramiento de autoridades en uno y otro (partidos políticos y usos y costumbres), así como el periodo de duración en funciones de los ayuntamientos y los gobiernos comunales.

3. El cuarto orden de gobierno y la administración directa del presupuesto

Íntimamente relacionado con el nuevo orden plurimunicipal de Michoacán, se estableció dentro de la reforma a la Constitución un cuarto orden de gobierno compuesto por la administración directa del presupuesto de las comunidades indígenas, y por la transferencia y ejercicio de funciones de gobierno que antes realizaban los ayuntamientos en las comunidades. En estos términos lo dispuso el nuevo texto del artículo 15:

En caso de que un Municipio tenga comunidades indígenas y éstas decidan ejercer su derecho al autogobierno y administrar directamente el presupuesto, éstas serán responsables de las atribuciones que ejercía el Ayuntamiento del Municipio, a través de un Gobierno Comunal que será un cuarto orden de gobierno, en su territorio en el que se aplicarán sus sistemas normativos o usos y costumbres en términos de la ley correspondiente.

Esta nueva disposición transgrede el orden constitucional hegemónico y la vieja arquitectura colonial del Estado mexicano que, como es bien sabido, establece sólo tres ordenes de gobierno: federal, estatal y municipal. El reconocimiento del cuarto orden de gobierno en las comunidades indígenas de Michoacán supone la extensión y transversalización de los derechos de autonomía y autogobierno indígena hacia la arquitectura y la institucionalidad del Estado mexicano. Es una forma de subversión y un esfuerzo de descolonización del orden estatal hegemónico, ya que supone la irrupción de un nuevo orden, con una vieja existencia, que cuenta con un carácter diverso y no reducible a una sola configuración, como ocurre con los gobiernos comunales. Quizás este reconocimiento sea la semilla para una posterior transformación en la Constitucional federal.

El reconocimiento del cuarto orden de gobierno completa la reconfiguración del régimen plurimunicipal en Michoacán, ya que es a quien principalmente impacta. El nuevo texto del artículo 124 de la Constitución michoacana evidencia parte de esta transformación:

En las comunidades indígenas con carácter de tenencia o encargatura del orden independiente [o submunicipalidades] que conforme a las leyes aplicables hayan determinado autogobernarse, la administración comunal estará a cargo de un Gobierno Comunal integrado y renovado conforme al sistema normativo o usos y costumbres de la comunidad en específico y en concordancia con un principio intercultural de paridad de género. [...] En ejercicio de su derecho al autogobierno indígena reconocido por esta Constitución contarán, al interior de su comunidad, con las mismas funciones que un gobierno municipal, con la misma

personalidad jurídica y con la administración y ejercicio directo del presupuesto público que les corresponda.

El ejercicio de las funciones de gobierno que antes realizaban los gobiernos municipales en las comunidades indígenas, bajo estas nuevas disposiciones constitucionales, lo cumplen los gobiernos comunales con base en la administración directa del presupuesto público. Por esta razón, además de las disposiciones sobre esta cuestión establecidas en el artículo 3o., se estableció la obligación correspondiente de los gobiernos municipales a respetar este derecho de las comunidades indígenas en el inciso *c* del artículo 123. De tal manera que el nuevo texto constitucional dispuso que

Los recursos que integran la hacienda municipal serán ejercidos en forma directa por los ayuntamientos y los Gobiernos Comunales, o bien por quien ellos autoricen, conforme a la Ley. Esta atribución incluye la transferencia del presupuesto a las comunidades indígenas en los términos de las leyes correspondientes.

En el caso de que una comunidad indígena decida ejercer su derecho al autogobierno y administrar directamente el presupuesto público conforme lo señalado en la Ley, el Ayuntamiento respectivo está obligado a sesionar para emitir el acuerdo de cabildo correspondiente. De no hacerlo en los tiempos establecidos, serán sujetos a sanciones administrativas o penales, en términos de la legislación aplicable.

Con el propósito de asegurar la efectividad de estas disposiciones, el último párrafo del artículo 124 estableció algunos de los criterios básicos para determinar los montos que corresponderían administrar a las comunidades indígenas en ejercicio de este régimen constitucional de autogobierno indígena, al establecer que

El porcentaje poblacional del municipio, junto a otros que compensen la marginación y pobreza, serán determinantes para establecer un criterio de dispersión de las participaciones, rubros y recursos económicos a las comunidades indígenas con carácter de tenencias o de encargaturas del orden independientes que se autogobiernen.

La administración directa del presupuesto por parte de las comunidades indígenas fue completada en el texto constitucional, específicamente en el penúltimo y antepenúltimo párrafo del artículo 3o., por la obligación del gobierno de Michoacán de también aportar anualmente recursos económicos para ser administrados por las comunidades indígenas en temas relativos a infraestructura social, educativa, hídrica, así como en seguridad pública.

4. *La seguridad comunal y sus cuerpos, tales como las kuarichas y guardias comunales*

Estrechamente relacionado con los elementos hasta ahora analizados, encontramos la inclusión y reconocimiento de un nuevo derecho constitucional para las comunidades y pueblos originarios de Michoacán, como lo es la seguridad comunal. Por la importancia que tiene como exigencia de las comunidades y pueblos merece un estudio particular.

El nuevo texto de la fracción IV del artículo 3o. dispuso que los pueblos y comunidades tienen derecho a “la seguridad, en tanto derecho humano garantizado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, y especialmente a la seguridad comunal”. Este reconocimiento fue completado, en el segundo párrafo de la misma fracción, con el enlistamiento de los cuerpos de la seguridad comunal:

Esta Constitución reconoce a las kuarichas, a las k’uajpirichas, a las guardias comunales y a los rondines comunales en comunidades indígenas, integrados conforme a los sistemas normativos o usos y costumbres y a la legislación aplicable federal y estatal en materia de seguridad, como instituciones de la seguridad comunal.

En el mismo texto constitucional se incluyó una definición de *seguridad comunal*, que se concibe como un

conjunto de principios, instituciones, autoridades, procedimientos y prácticas que tienen como objetivo principal salvaguardar a la comunidad indígena como unidad integral, a las personas que en ella habitan, a los territorios donde se asientan, a los valores, culturas, idiomas y conocimientos.

La constitucionalización del derecho a la seguridad comunal fue prácticamente retomada de las leyes secundarias en donde ya habían quedado reconocidas, específicamente del Reglamento de la fracción III del artículo 104 de la Ley del Sistema Estatal de Seguridad Pública de Michoacán, y de manera relevante de los consensos en la materia alcanzados entre las comunidades purépechas, mazahuas, otomís y nahuas, que en ese tiempo integraban el FACCI-CE y que lograron incidir decisivamente en esas normas estatales (Aragón Andrade, 2024).

Al igual que otros elementos de la reforma, la seguridad comunal también quedó incluida en las disposiciones del nuevo régimen plurimunicipal de Michoacán, específicamente el inciso *h*, de la fracción V del artículo 123 constitucional, en donde se estableció que

En el caso de las Comunidades Indígenas con autogobierno, la seguridad comunal será brindada por los Gobiernos Comunales a sus poblaciones y tendrán el mando de las kuarichas, k'uajpirichas, guardias, rondas o rondines comunales de las comunidades indígenas, en términos de las normas generales federales y leyes estatales en materia de seguridad.

Si bien el reconocimiento de la seguridad comunal en la Constitución es uno de los principales logros de la reforma, sobre todo si tiene en cuenta la lucha por este derecho en otros estados como Guerrero, es importante advertir que se trata de un triunfo acotado, puesto que la seguridad es principalmente regulada por las leyes federales. Esta situación hace que muchas cuestiones relativas a la seguridad comunal de los pueblos y comunidades indígenas de Michoacán queden trunca, debido a que la legislación federal sigue fundada exclusivamente en la concepción monocultural de la seguridad pública.

V. Palabras finales

La reforma constitucional en materia de derechos indígenas en Michoacán no ha estado exenta de críticas y cuestionamientos que, desde mi punto de vista, expresan diferencias más generales entre los movimientos indígenas

y las diferentes expresiones de la izquierda en México. Como es ampliamente conocido, hay organizaciones y colectivos que reivindican una autonomía indígena de carácter antiestatista. También hay agrupaciones cercanas al partido y a las políticas del gobierno en el poder. Así como algunas experiencias —como la del FACCI-CE— que se esfuerzan por trascender estas dos posiciones, para abrir un camino propio que en ciertas dimensiones se opone al Estado y en otras busca transformarlo, lo que se hace a partir de una política de alianzas con diversos actores extrainstitucionales e institucionales.

Para referirme a las críticas de la reforma, recorro al reportaje firmado por Gilbert Gil Yañez, para el portal *en15días*. En él se recuperan, a través de entrevistas, las críticas y acusaciones del vocero del CSIM y de una investigadora de El Colegio de Michoacán. Sus planteamientos se pueden sintetizar en cinco puntos: 1) se sostiene que la reforma no fue consultada; 2) se afirma la inconstitucionalidad de la reforma porque discrimina a las propias comunidades indígenas; 3) se quejan de la violación de los derechos de autogobierno de las comunidades indígenas con carácter de encargaturas del orden, ya que en el marco de la reforma no podrían acceder a la administración directa del presupuesto; 4) se sostiene que la reforma fue hecha y aprobada para congradarse con el gobierno federal, y 5) se asegura que se trata de

una ley a modo en formato estatal [producto de una relación colonial, como lo dice en otra parte de la entrevista] que no reconoce derechos fundamentales, que sólo trata de construir un discurso diciendo: “Ahora sí, es tiempo de los pueblos indígenas, es tiempo de su reconocimiento y ya lo hicimos”. Como si el discurso por sí solo contuviera las reivindicaciones principales (la reforma) y no las contiene.⁷

Por lo expuesto en este trabajo, es claro que no coincido con la inmensa mayoría de estas críticas, a excepción de la tercera, con la que concuerdo plenamente, ya que el derecho al autogobierno y a la administración directa del presupuesto ha sido reconocido como un derecho de las comunidades, independientemente de su calidad administrativa en el gobierno municipal.

⁷ <https://en15dias.com/reportajes/reforma-en-materia-indigena-en-michoacan-colonialista-e-ilegal/>

Sobre el cuestionamiento en torno a la consulta, como lo he expuesto, es falso. En el apartado cuarto expliqué cómo se dio esta, cuáles fueron sus alcances y limitaciones, así como su contexto y sus motivaciones, al menos desde el FACCI-CE. De tal forma que, si bien no se consultó con todas las comunidades indígenas de Michoacán, sí fue producto de un ejercicio inédito de trabajo y respaldo de decenas de comunidades de los cuatro pueblos originarios, que no solamente jugaron un papel pasivo, como suele ocurrir en las consultas legislativas tradicionales, sino que incluso presentaron propuestas concretas de reforma a través de sus autoridades, las cuales también son sujetos de consulta. En parte de dicho trabajo participaron las comunidades agrupadas en el CSIM, y su propio vocero, como ya se dio cuenta. Para los movimientos indígenas que promueven el cambio legal, la consulta juega un papel ambiguo, que bien sirve como ejercicio de participación o como mecanismo para impedir el cambio. La investigadora de El Colegio de Michoacán lo sabe muy bien, debido a que le tocó participar como asesora en un fallido intento de reforma constitucional promovido por un gobierno perredista en Michoacán, que precisamente naufragó en los “foros de consulta”.

La segunda crítica también es errada. Ella se sustenta en la aseveración de que la reforma al artículo 2o. de la Constitución federal dispone de un presupuesto directo federal y estatal para todas las comunidades, y no sólo para aquellas en ejercicio del autogobierno, como se estableció en la reforma a la Constitución de Michoacán para el presupuesto estatal. La cuestión aquí es de certeza legal y no de discriminación. Dentro del andamiaje legal del Estado mexicano, para administrar presupuesto público se requiere un marco legal que permita el control, el buen uso y la fiscalización de dicho presupuesto. Es prácticamente imposible dar dinero público a las comunidades o a cualquier otra entidad sin un marco jurídico que lo regule. Por eso se entiende que en el edificio jurídico que se ha venido construyendo en Michoacán la salida que se encontró sea un conjunto de normas que ya existen para este propósito. No obstante, esto no implica discriminación alguna, ya que cualquier comunidad interesada podría realizar el procedimiento para acceder a este régimen legal y a estos recursos. Esta cuestión se ratificó con la instrumentación del mandato constitucional establecido en el artículo 2o. a través del *componente indígena* del Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social (FAISPIAM), en el que también se desarrollaron unas reglas de operación

que cumplen la función de marco jurídico para el control del presupuesto público. En este caso las comunidades beneficiarias deben de estar dentro del catálogo de comunidades del INPI, contar con ciertos indicadores demográficos y económicos, así como cumplir otras normas que emitió a total discreción la Secretaría de Bienestar.

El cuarto cuestionamiento, realizado por la investigadora referida, cuando mucho sólo puede ser parcial, pero al afirmarse de esa manera categórica es indolente (Santos, 2009) con las acciones, esfuerzos y el papel que desempeñaron en estos procesos actores subalternos como el FACCI-CE. Escoge mirar “desde arriba” (desde las posibles razones del gobierno de Michoacán) para significar en su totalidad un proceso mucho más complejo; sin embargo, esta forma de proceder invisibiliza la agencia de las comunidades en rebeldía. Este camino es epistemológica y políticamente cómodo, porque nos ahorra pensar; nos evita respondernos interrogantes sobre el funcionamiento del poder, del Estado, de su legalidad, de sus espacios de producción normativa, etcétera, y cómo las comunidades pueden resistir en dichos espacios; nos exenta de dar explicaciones y hacer frente a la complejidad y ambigüedad en las que discurren los procesos hegemónicos (Roseberry, 2002).

Sobre la última crítica, poco hay que decir después de lo estudiado en esta contribución y de tener el más mínimo conocimiento sobre textos constitucionales en el Estado mexicano y de América Latina en materia de derechos de pueblos indígenas.

Contrario a estos planteamientos, sostengo que la reforma indígena de Michoacán es una de las reformas más amplias y transformadoras de la historia del Estado mexicano. Antes que nada, eleva a rango constitucional derechos que fueron producto de intensas movilizaciones comunales e intercomunales en los últimos catorce años en Michoacán. Se trata de un proceso de constitucionalismo desde abajo y para los de abajo.

Entre sus principales logros está que transforma el régimen constitucional de gobierno municipal, que durante mucho tiempo excluyó de la participación política efectiva dentro del Estado a las comunidades indígenas de Michoacán; constitucionalizó el derecho al autogobierno y la administración directa del presupuesto, tanto a nivel municipal como estatal; amplió el catálogo de derechos para los pueblos y comunidades originarias, e incorporó nuevas nociones al texto constitucional producto de las demandas y luchas

de los pueblos que desafían el entendimiento eurocéntrico que ha dominado en el constitucionalismo, tales como la seguridad comunal, la asamblea general, la demodiversidad, la faena, las *kuarichas* y entre otros.

Si bien es cierto que la reforma constitucional no ha acabado con los principales problemas que las comunidades indígenas de Michoacán enfrentan hoy en día, tales como la inseguridad, el despojo y otros, no creemos conveniente infravalorar su importancia. Como sostiene Issa G. Shivji (2022), una Constitución “es un mapa de poder. Las estructuras más profundas de una constitución revelan, aunque parcialmente, la constitución del Estado, el principal depósito del poder político” (p. 41). Alterar y, aún más, transformar estas estructuras en absoluto es una tarea fácil; más aún para los grupos subalternos, como las comunidades indígenas, que luchan en desventaja. Incluso en el terreno epistemológico y de la memoria, como lo hemos visto. Este proceso de constitucionalización en Michoacán da cuenta de cómo al tiempo que los pueblos y comunidades indígenas luchan para hacer frente a los desafíos inmediatos que la violencia, la inseguridad, la exclusión y otros les imponen, son capaces de impulsar profundos cambios políticos y legales en el mismo Estado que hace doscientos años los marginó de su carta magna.

VI. Referencias

- Annino, A. (1995). Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos 1812-1821. En A. Annino (Coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX* (pp. 177-236). Fondo de Cultura Económica.
- Aragón Andrade, O. (2022), La “caja negra” del reconocimiento del autogobierno indígena en la Nueva Ley Orgánica Municipal de Michoacán. El Frente por la Autonomía, el “presupuesto directo” y la “faena jurídica”. *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, 35(96), 163-190.
- Aragón Andrade, O. (2023). *El derecho en insurrección. Hacia una antropología jurídica militante desde la experiencia de Cherán, México* (2a. Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Andrade, O. (2024), De la seguridad comunal, el derecho austral y otras rebeldías heterodoxas ¿Pueden las experiencias de seguridad comunal de las comunidades que ejercen autogobierno en Michoacán ser una

- alternativa a las políticas de seguridad hegemónicas en México? En P. Barrera Rosales (Coord.), *Desmilitarizar a México ¿Dónde estamos y hacia dónde vamos?* (pp. 215-256). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Burguete Cal y Mayor, A. (2011). Municipalización del gobierno indígena e indianización del Gobierno Municipal en América Latina. *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, 6(11), 38-88.
- Cortés Máximo, J. C. (2012). *De repúblicas de indios a ayuntamientos constitucionales: pueblos sujetos y cabeceras de Michoacán, 1740-1831*. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Gómez Rivera, M. (2013). Los pueblos indígenas y la razón de Estado en México: elementos para un balance. *Nueva Antropología*, 26(78), 43-62.
- Merino, R. y Valencia, A. (2018). *Descolonizar el derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Palestra.
- Rajagopal, B. (2005). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. ILSA.
- Roseberry, W. (2002). Hegemonía y lenguaje contencioso. En G. Joseph y D. Nugent (Comps.), *Aspectos cotidianos de la formación del Estado. La revolución y la negociación del mando en el México moderno* (pp. 213-226). Era.
- Santos, B. de S. (2009). *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*. Siglo XXI.
- Santos, B. de S. (2023). *Law and the epistemologies of the south*. Cambridge University Press.
- Shivji, I. G. (2022). ¿Importan las constituciones? El dilema de un jurista radical. En B. de S. Santos, S. Araujo y O. Aragón Andrade (Coords.), *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles* (pp. 41-45). Akal.
- Stavenhagen, R. (1992). ¿Cómo descolonizar las ciencias sociales? En M. C. Salazar (Comp.), *La investigación acción participativa. Inicios y Desarrollos* (pp. 37-64). Editorial Popular OEI.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Aragón Andrade, Orlando, “La otra reforma indígena. El nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena de Michoacán”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20391. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20391>

APA

Orlando Aragón, O. (2026). La otra reforma indígena. El nuevo régimen constitucional de autogobierno indígena de Michoacán. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20391. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20391>

El principio protector en el proceso laboral. Deficiencias e inconvenientes en el reconocimiento de su faz hermenéutica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile

The Protective Principle in Labor Proceedings. Deficiencies and Drawbacks in the Recognition of its Hermeneutic Aspect in the Jurisprudence of the Supreme Court of Chile

Diego Valdés Quinteros

<https://orcid.org/0009-0009-1076-6345>

Universidad Católica del Maule. Chile

Correo electrónico: diegomatias.valdes@hotmail.com

Recepción: 10 de septiembre de 2025

Aceptación: 30 de octubre de 2025

Publicación: 9 de marzo de 2026

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20545>

Resumen: Este trabajo examina críticamente la manera en que la Corte Suprema de Chile ha construido y aplicado el denominado “principio protector en el proceso laboral”, en particular a través de su manifestación interpretativa, esto es, la regla *in dubio pro operario*. Desde una concepción funcional de los principios, se sostiene que el criterio protector no cumple un rol hermenéutico relevante, ni cuenta con una base normativa que habilite su reconocimiento procesal. El estudio revisa sentencias dictadas entre 2024 y 2025 en las que se alude expresamente al principio o a la regla interpretativa, y muestra que su invocación por el tribunal suele ser retórica o accesoria, sin argumentación que justifique su operatividad procesal ni su compatibilidad con los principios de igualdad e imparcialidad. Se concluye que su empleo resulta innecesario y, además, unidireccional, con riesgos de desequilibrio normativo y afectación del debido proceso. En contraste, se propone que principios procesales como la tutela judicial efectiva permiten obtener protección sin comprometer el equilibrio del procedimiento.

Palabras claves: principios procesales laborales; criterio *pro operario*; función hermenéutica de los principios; imparcialidad judicial; equilibrio normativo.

Abstract: This paper critically examines how the Chilean Supreme Court has constructed and applied the so-called protective principle in labor proceedings, particularly through its interpretive manifestation, the *in dubio pro operario* rule. Adopting a functional conception of legal principles, it argues that the protective criterion neither plays a significant hermeneutical role

nor possesses a normative basis that would justify its procedural recognition. The study analyzes judgments issued between 2024 and 2025 that expressly refer to the principle or interpretive rule and shows that the Court's invocation of it is often rhetorical or incidental, lacking any reasoning to justify its procedural applicability or its compatibility with the principles of equality and impartiality. It concludes that the use of this principle is both unnecessary and unidirectional, posing risks of regulatory imbalance and undermining due process. In contrast, it suggests that procedural principles such as effective judicial protection allow for safeguarding rights without compromising the balance of the proceedings.

Keywords: labor procedural principles; pro-worker criteria; hermeneutic function of principles; judicial impartiality; regulatory balance.

I. Consideraciones preliminares

Hablar de los principios jurídicos constituye un desafío constante en la teoría del derecho. Aun cuando persisten controversias doctrinales sobre su origen, alcance y naturaleza, resulta indiscutible su peso actual en el sistema jurídico (Dworkin, 1989, p. 80; Plá Rodríguez, 1998, p. 6). Su influencia no se limita a la reflexión teórica, sino que se expresa en ámbitos concretos de la práctica jurídica (Gamonal Contreras, 2024, p. 32), desde la elaboración normativa hasta la resolución de casos. De ahí que su estudio conserve plena vigencia y relevancia para comprender la dinámica del derecho en todas sus dimensiones.

En el ámbito jurídico chileno, el llamado principio protector no cuenta con una consagración explícita en materia procesal.¹ De igual modo, no hay normas que asignen al juez el deber de corregir asimetrías entre las partes, ni que otorguen precedencia a criterios sustantivos frente a los procesales. Por ello, cualquier intento de dotarlo de fuerza en el ámbito procesal debe presentarse como un principio implícito. Sin embargo, esta construcción no fue desarrollada por la doctrina nacional —salvo Gamonal Contre-

¹ Cabe precisar que lo sostenido en este trabajo no implica desconocer la existencia del principio protector en su dimensión sustantiva, ampliamente reconocida por la doctrina nacional a partir del artículo 19, numeral 16, de la Constitución (Gamonal Contreras, 2024, p. 71; Gamonal Contreras, 2020, p. 189). La reflexión se limita, más bien, a examinar su eventual proyección al ámbito procesal, es decir, su uso como criterio para interpretar o aplicar normas del procedimiento laboral conforme a una finalidad tuitiva, ámbito en el cual dicho principio carece de consagración expresa y debe, por lo tanto, entenderse como una construcción implícita.

ras (2016)—. Aun cuando la doctrina señaló reparos frente a esta elaboración (Fuenzalida Martínez, 2019; Ruay Sáez, 2024; Valdés Quinteros, 2025), fue principalmente la Corte Suprema la que aplicó este principio a través de su manifestación o faz hermenéutica, la regla *in dubio pro operario*.²

Sin embargo, sostenemos que hay un errado proceder en el método utilizado para el reconocimiento de la directriz laboral en el ámbito procesal, así como el uso mismo de su manifestación hermenéutica. A ello se suma que su utilización resulta innecesaria y problemáticamente unidireccional, lo que genera riesgos de desequilibrio normativo y afectación del debido proceso. En contraste, se plantea que principios procesales como la tutela judicial efectiva permiten alcanzar protección sin comprometer el equilibrio procesal.

A partir de lo señalado, este artículo se propone evaluar críticamente la forma en que la Excma. Corte Suprema ha concebido y utilizado el principio protector en el ámbito del procedimiento laboral.³ Para ello, se asumirá que lo que caracteriza a un principio jurídico, por sobre su morfología, es su carácter trascendente dentro de una determinada disciplina jurídica, lo que implica que debe desempeñar efectivamente las funciones que tradicionalmente se asigna a dichas directrices fundamentales: informadora, hermenéutica e integradora.

Con este propósito, en primer lugar, se delinearé un marco conceptual que permita aclarar qué debe entenderse por principios jurídicos; y, en particular, por principios implícitos y las modalidades de su construcción. En segundo término, se presentarán de manera resumida las principales posiciones doctrinales relativas al principio protector en sede procesal. Posteriormente, se revisarán fallos de la Excma. Corte Suprema, dictados en los últimos dos años, en los que se hizo referencia al principio protector en su dimen-

² Como señala Plá (1998, p. 39), el principio protector comprende tres manifestaciones: la regla *in dubio pro operario*, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa. La investigación se concentra exclusivamente en la primera, y sólo en cuanto expresión hermenéutica del principio.

³ La referencia al “ámbito del procedimiento laboral” no alude a la aplicación judicial de normas laborales sustantivas, sino a la interpretación y aplicación de normas estrictamente procesales dentro del juicio laboral —como las relativas a plazos, recursos, cargas probatorias o admisibilidad de acciones— en las que la judicatura ha invocado el principio protector como criterio hermenéutico.

sión hermenéutica aplicada a disposiciones procesales.⁴ Para ello se utilizarán los términos que usualmente utiliza el máximo tribunal para referirse al principio protector o carácter tutelar del derecho laboral en la interpretación de normas procesales, a fin de analizar la forma en que aquel fue invocado y utilizado. Finalmente, se señalarán algunos errores en su reconocimiento y utilización, así como algunos problemas que se presentan en relación al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

La delimitación temporal de las sentencias, se justifica metodológicamente a partir del criterio de saturación propio de la investigación cualitativa. Este principio sostiene que la recolección de datos debe extenderse hasta que la incorporación de nuevos casos deja de aportar información distinta o relevante para las categorías previamente identificadas (Hernández Sampieri *et al.*, 2014, p. 435). En el marco de esta investigación la revisión de sentencias dictadas por la Corte Suprema dentro del lapso señalado permitió constatar la reiteración de patrones argumentativos en torno al principio protector y a la regla *in dubio pro operario*. De modo que la ampliación de la muestra, más allá de esas fechas, no ofrecía un valor analítico adicional. Así, el periodo seleccionado resulta suficiente para asegurar tanto la representatividad como la solidez del análisis jurisprudencial, al tiempo que garantiza la contemporaneidad de los resultados y su pertinencia respecto al debate actual sobre el carácter implícito del principio protector en sede procesal.

⁴ Conviene precisar que la presente investigación circunscribe el análisis del principio protector a su dimensión estrictamente procesal, esto es, a los casos en que la judicatura lo ha invocado como criterio de interpretación, integración o decisión respecto de materias procesales, y no como fundamento de derechos sustantivos del trabajo. Se excluyen, por tanto, las referencias al principio protector en materias como remuneraciones, estabilidad o despido, en las que su función se agota en la esfera sustantiva. Esta delimitación metodológica responde al propósito de evaluar si el principio cumple una función autónoma y relevante dentro del proceso judicial, distinta de la que corresponde a los principios clásicos de igualdad, imparcialidad y tutela judicial efectiva.

II. Los principios implícitos y su construcción

1. *Distinción entre principios y reglas*

Es posible aseverar que, si bien la importancia de los principios jurídicos en la actualidad no es controvertida, su distinción respecto de las reglas no fue un tema pacífico. Desde un punto de vista estructural o morfológico, la doctrina señaló que la diferencia esencial entre ambas categorías de normas se manifiesta en su grado de generalidad. Así, se defendió que los principios poseen un alto grado de generalidad, a diferencia de las reglas, cuyo alcance se considera más limitado y concreto (Raz, 1972, p. 838; Alcalde Rodríguez, 2003, p. 55; Ratti-Mendaña, 2015, p. 166). Esta distinción se refleja en el hecho de que los principios no se vinculan necesariamente a supuestos de hecho específicos a los que se aplicarían, sino que abarcan una amplia gama de situaciones posibles dentro del ordenamiento jurídico. En lugar de prescribir acciones concretas, proporcionan criterios orientadores para enfrentar situaciones que, en un inicio, se presentan como indeterminadas o complejas (Zagrebelsky, 2011, p. 110).

Sin embargo, esta característica tradicionalmente atribuida a los principios —su formulación abierta, general y vaga— es objeto de importantes críticas. La doctrina señala que no siempre existe una correspondencia clara entre la estructura formal de una norma y su naturaleza como principio o regla (Ávila, 2011, pp. 37-70). En efecto, se identificaron principios jurídicos cuya formulación presenta un alto grado de determinación, similar al de una regla, lo que contradice la idea de que los principios se distinguen exclusivamente por su vaguedad.⁵ A la inversa, también pueden encontrarse reglas cuya redacción es tan general o abierta que se asemejan a la forma en que se suelen presentar los principios (Prieto Sanchís, 1996a, p. 303).

Este fenómeno lleva a cuestionar la utilidad de criterios morfológicos o estructurales como base exclusiva para distinguir entre ambos tipos de normas. En otras palabras, la forma de redacción o el grado de generalidad de una dis-

⁵ Un ejemplo en el ordenamiento jurídico chileno sería la prohibición de todo apremio ilegítimo, contenida en el inciso 4o., numeral 1, del artículo 19 de la *Constitución Política de la República de Chile*. Sin perjuicio de su formulación cerrada, constituye sin duda un valor fundamental contemplado en la Constitución.

posición normativa no bastan por sí solos para precisar su pertenencia a una u otra categoría normativa (Prieto Sanchís, 1996b, pp. 132-133; Guastini, 2014, p. 190). Incluso se señala que una misma disposición puede dar origen a ambas especies normativas: principios y reglas (Ávila, 2011, p. 62).

Señalado lo anterior, más allá de su aspecto estructural o morfológico, tradicionalmente destacado en la doctrina, la presente investigación se centra en el carácter fundamental (Ramos Pascua, 1992, p. 271; Alcalde Rodríguez, 2003, p. 58; Orsini, 2010, p. 490; Ruiz Ruiz, 2012, p. 147; Guastini, 2014, p. 184) o trascendental de los principios jurídicos. Este rasgo esencial no se limita a describir su grado de generalidad, vaguedad o su estructura formal, sino que apunta a su función estructural dentro del ordenamiento jurídico. En dicho sentido, clasificar una norma bajo la categoría de principio implica reconocer su vigor y relevancia superior respecto de otras normas (Monroy Gálvez, 1996, p. 79; Plá Rodríguez, 1998, pp. 13, 39; Morales Luna, 2002, p. 153; Guastini, 2014, p. 186; Ríos Muñoz, 2020, p. 58), lo cual le otorga un estatus especial que contribuye a definir y dotar de identidad al objeto o ámbito específico respecto del cual se predicen (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 92). En esta línea se ha señalado que

Se supone que una norma es fundamental cuando cabe convenir que, en su ausencia, el ordenamiento en su conjunto o algún sector del mismo cambiarían de identidad [o] Cuando recoge las decisiones básicas o nucleares que inspiran todo un grupo normativo o institución jurídica o, incluso, el conjunto del ordenamiento. (Prieto, 1992, p. 58)

En dicho sentido, lo que realmente permite identificar a una norma como principio es el rol que desempeña dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, una disposición sólo puede ser calificada como tal, bajo nuestra concepción, si cumple una función fundamental o estructurante, ya sea en el conjunto del ordenamiento jurídico, en una parcela específica de este, o dentro de una institución jurídica determinada. Este criterio sustantivo o funcional exige evaluar la relevancia normativa de la norma en cuestión, esto es, su capacidad para informar otras normas, orientar la interpretación e integrar vacíos normativos. En ausencia de este carácter esencial o estructurante,

aun cuando la norma sea general o abierta, no podrá considerarse propiamente como un principio.⁶

2. Principios explícitos e implícitos: criterios para la construcción de un principio implícito

Ahora bien, sabemos que los principios pueden ser tanto explícitos como implícitos (De Asís Roig, 1995, p. 69; Alcalde Rodríguez, 2003, p. 153; Guastini, 2014, p. 195). Esa clasificación repercute directamente en el modo en que se determina e identifica la condición fundamental en el marco del ordenamiento jurídico. En lo que respecta a los principios expuestos, su cualidad fundamental se desprende de manera inmediata de la fuente normativa que los consagra formalmente. Cuando la fuente que reconoce al principio posee una posición central en el sistema jurídico —como sucede con la Constitución (Prieto, 1996b, p. 130)— resulta coherente atribuirle también un carácter fundamental. De esta manera, la fuerza normativa y la relevancia de la directriz quedan garantizadas por la jerarquía de la disposición que la reconoce (Prieto, 1992, p. 21). Algo similar ocurre con los principios de rango legal, aunque siempre sometidos a los de nivel constitucional.

Por el contrario, el análisis se torna considerablemente más complejo cuando se trata de los denominados principios implícitos, dado que su identificación y reconocimiento no derivan de una formulación expresa, sino que dependen en gran medida de un ejercicio interpretativo sustentado en una conjetura o hipótesis elaborada por el autor o intérprete.

Este proceso de interpretación exige, en primer término, identificar los valores, finalidades o nociones implícitas en las disposiciones jurídicas.⁷ En segundo lugar, se requiere determinar el contenido normativo que puede atribuírsele a dicha idea (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 83; Zagrebelsky, 2011, p. 112), de modo que su formulación como principio no sea meramente re-

⁶ Así se señaló que la “autocalificación como tales principios es desde luego un buen indicio, pero no puede considerarse un dato absolutamente seguro de la presencia de una norma de tal naturaleza” (Martín Valverde, 2003, p. 56).

⁷ Tal como lo dijo Gamonal Contreras (2024), “en toda reconstrucción o sistematización del ordenamiento jurídico se encuentran comprometidos presupuestos de carácter axiológico” (p. 69); en una línea semejante, véase a Díaz Couselo (1971, p. 80).

tórica, sino capaz de proyectarse a través de medidas concretas para el logro de la finalidad asignada. Finalmente, el intérprete debe asignar a esta elaboración el carácter de esencial o trascendental (Prieto Sanchís, 1992, p. 143; Guastini, 2014, p. 191), es decir, analizar si la idea cumple una función organizadora en un campo delimitado del derecho o en la base de una institución jurídica.

A nuestro entender, este itinerario en tres fases —identificación, definición y valoración— marca la diferencia entre una idea forjada en la doctrina al igual que un principio jurídico, ya que evidencia la carga argumentativa necesaria para sostener la existencia de un principio implícito. Pues bien, el presente trabajo, en atención a su extensión, se abocará al análisis de la construcción y uso que la Excma. Corte Suprema chilena hizo del principio protector en su faz hermenéutica (*in dubio pro operario*) en materia procesal en el sistema de justicia laboral.⁸ A través de dicho análisis, mediante el estudio de las sentencias dictadas por el máximo tribunal, entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de junio de 2025, se buscará determinar si el principio protector cumple un rol relevante en la interpretación de normas de carácter procesal.

III. Proceso laboral en Chile y principio protector: análisis de su naturaleza implícita

Diversos autores en el ámbito laboral señalan que las asimetrías inherentes a la relación de trabajo en su dimensión sustantiva también se reproducen en el terreno procesal (Pasco Cosmópolis, 1994, p. 153; Pérez Amorós, 2010, pp. 16-17; Vidal Salazar, 2025, p. 17). De ello deriva la conveniencia de contar con órganos jurisdiccionales especializados, y con un procedimiento adecuado para resolver los conflictos laborales que atienda tanto al carácter tutelar propio del derecho del trabajo como a la influencia que se atribuye al principio protector (Macchiavello Contreras, 1997, p. 22; Montoya Melgar, 1999, pp. 741, 743; Bonett Ortiz, 2024, p. 55). Así, al tomar el caso chi-

⁸ Aunque es cierto que restringir el estudio al plano hermenéutico —excluyendo sus funciones informadora e integradora— impedirá emitir una conclusión categórica sobre la existencia del protector en el proceso laboral, ello no obsta a que dicho análisis proporcione un insumo relevante para abordar esa cuestión en un estudio posterior.

leno como ejemplo, nuestro legislador estableció una judicatura especializada para resolver conflictos laborales y de seguridad social de manera orgánica,⁹ así como sus propios procedimientos. Al respecto, la doctrina juslaboralista describe estos procedimientos con sus propios principios: en el caso de Chile, Macchiavello Contreras (1997, p. 4), Gamonal Contreras y Guidi Moggia (2006, p. 60); en el derecho extranjero, Plá Rodríguez (1992, p. 244), Rodríguez-Piñero (2002, pp. 76-77), Baylos y Trillo (2019, p. 28), Mosquera Rivas y Mosquera Luna (2019, pp. 112-113), y Obando Garrido (2019, pp. 5, 81).¹⁰

Al igual que sucede con la distinción entre derecho civil y derecho del trabajo, los procesos civiles y laborales se estructuran sobre bases distintas debido a la naturaleza de los conflictos que regulan. La proyección de las desigualdades sustantivas en el ámbito procesal motiva la propuesta de introducir ajustes que compensen esas diferencias, como exigencia del principio protector, lo que la doctrina denomina “desigualdad compensatoria” (Plá Rodríguez, 1992, p. 244; Couture, 1998, pp. 275-276; Bonett Ortiz, 2024, p. 55).¹¹

En el plano procesal, la doctrina atribuye al principio protector un conjunto de posibles proyecciones orientadas a compensar la desigualdad entre las partes. Entre ellas se mencionan la aplicación de la regla *in dubio pro operario* en la valoración de la prueba, la posibilidad de dictar fallos *ultra o extra petita*, la inversión o redistribución de la carga probatoria y, en algunos ordenamientos, la existencia de un grado obligatorio de consulta como mecanismo de revisión (Meza Yances, 2017, p. 213; Obando Garrido, 2019, pp. 69-ss.). Su alcance, además, se extendería a la actuación judicial, en la medida en que el proceso laboral exigiría un juez imparcial, pero no estrictamente neutral

⁹ La especialización debe relativizarse, pues en la práctica no alcanza ni siquiera 25 % de los tribunales (Palomo *et al.*, 2023, p. 137). A ello se suma la ausencia de especialización en los tribunales superiores (Díaz Urtubia *et al.*, 2019, p. 188).

¹⁰ En la misma línea, Couture (1998, p. 288) sostenía que fue indispensable la creación de un derecho procesal renovado —desvinculado de los principios tradicionales en su totalidad— con el propósito de restablecer, a través de una nueva forma de desigualdad, la simetría perdida por la dispar posición que las partes ocupan en la esfera económica.

¹¹ La historia fidedigna de la Ley núm. 20.087 confirma esta orientación al señalar, entre sus objetivos, la necesidad de reforzar la especificidad del proceso laboral. Dicho procedimiento busca reflejar en sede jurisdiccional las notas propias del derecho del trabajo, especialmente su función protectora y compensatoria frente a la desigualdad entre las partes contratantes (Historia de la Ley núm. 20.087, p. 6).

(Rodríguez-Piñero, 1969, p. 78; Pérez Amorós, 2010, p. 29). Desde esta perspectiva, la iniciación de oficio del procedimiento y la gratuidad procesal se consideran expresiones paradigmáticas de esa “desigualdad compensatoria” (Pérez Amorós, 2010, pp. 12, 23). Finalmente, al igual que en el ámbito sustantivo, también se le reconoce una función hermenéutica, que se identifica con la regla *in dubio pro operario*. En conjunto, estas manifestaciones ilustran el papel informador que el principio protector podría desempeñar en el proceso laboral, orientado a atenuar las barreras estructurales que enfrenta el trabajador dentro de la relación procesal.

Dicha regla, en una clásica definición, es entendida como el “criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador” (Plá Rodríguez, 1998, p. 84; Boza Pró, 2024, p. 148). Esta formulación, ampliamente aceptada por la doctrina, permite reconocer con nitidez una de las vías de operatividad del principio protector: su función interpretativa (Ugarte Cataldo, 2014, p. 26), que se activa cuando el juez se enfrenta a una ambigüedad normativa, cuestión que sería extensible a normas procesales.

Ahora bien, así como el principio protector es objeto de críticas y matizaciones doctrinarias, su manifestación hermenéutica tampoco está exenta de cuestionamientos (Munita Luco, 2014; Lizama Castro, 2023). En efecto, distintos autores pusieron de relieve la necesidad de precisar cuidadosamente tanto la intensidad como el ámbito de aplicación de aquella.

En este punto resulta clave subrayar que su aplicación por parte del juez no opera de manera automática ni ilimitada. Tal como lo señala una parte importante de la doctrina (Plá Rodríguez, 1998, p. 88; Desdentado Bonete, 2003, p. 76; Lizama Castro, 2023, p. 37), esta regla exige, como presupuesto mínimo, la existencia de una *verdadera duda*. Es decir, sólo cuando el operador jurídico se enfrenta a una pluralidad de interpretaciones posibles y razonables de una norma, ninguna de las cuales pueda descartarse de plano por ser manifiestamente incorrecta, debe activarse la preferencia por aquella que resulte más favorable al trabajador (García Fernández, 1990, p. 354; Gamonal Contreras, 2020, p. 194).

Tal como se sostiene desde la doctrina más autorizada, el *in dubio pro operario* no otorga una libertad absoluta al juez ni lo habilita para desbordar el texto legal. Así lo advierte Américo Plá Rodríguez (1998, p. 88), quien subraya

con claridad que la regla no puede utilizarse como excusa para apartarse del sentido claro de la norma, ni mucho menos para atribuirle un significado que no se desprende en forma alguna de su letra o contexto. Es decir, no basta con la mera voluntad de favorecer al trabajador; debe existir una ambigüedad real y razonable que no haya sido posible superar por medio de los demás criterios interpretativos que establece el ordenamiento jurídico (Desdentado Bonete, 2003, p. 97).

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica, en Chile no se desarrolla una literatura extensa dedicada al estudio sistemático de los principios que rigen el proceso laboral ni de su eventual carácter tutelar, con excepción de algunos trabajos aislados (Gamonal Contreras y Guidi Moggia, 2006; Delgado Castro, 2008; Fuenzalida Martínez, 2019; Ruay Sáez, 2020, 2024). En la misma línea, tampoco se encuentran disposiciones normativas que permitan afirmar de forma inequívoca la existencia del principio protector como eje estructurante del proceso laboral, ni su presencia como criterio hermenéutico¹² o como nexo instrumental directo entre la dimensión sustantiva y procesal del derecho del trabajo.¹³ Por esta razón, el análisis de la eventual proyección del principio protector en el plano procesal debe abordarse, necesariamente, desde el estudio e interpretación de la jurisprudencia.

A esto se suma que una parte relevante de la doctrina es explícita en negar la aplicación de la regla *in dubio pro operario* respecto de normas procesales (Rodríguez-Piñero, 2002, p. 80; Canelo Dávila, 2018, p. 71; Lizama Castro, 2023, pp. 40-41). Según esta postura, la aplicación de la regla hermenéutica en sede procesal no sólo desborda sus condiciones originales de procedencia, sino que introduce distorsiones en la lógica del proceso judicial, lo que compromete la imparcialidad del juez y la igualdad de armas. Estas advertencias refuerzan la necesidad de examinar con particular cautela la jurisprudencia nacional y de exigir, en caso de que se postule su aplicación, una carga argumentativa elevada, que justifique por qué una regla concebida para el plano sustantivo puede ser válidamente trasladada al procesal, sin afectar los principios del proceso.

¹² Por ejemplo, el artículo 26, numeral 3o., de la *Constitución Política del Perú*.

¹³ Por ejemplo, los artículos 1o. y 31 de la *Ley núm. 18.572 de Uruguay*.

IV. El principio protector en la jurisprudencia de la Corte Suprema

De acuerdo con lo ya expuesto, consideramos que la defensa de un principio implícito en materia procesal laboral requiere recorrer tres pasos: detectarlo, delimitarlo y calificarlo. Esto implica analizar la normativa procesal correspondiente con el fin de descubrir los valores, objetivos o finalidades que se encuentran tras su formulación. En segundo lugar, se requiere determinar el contenido normativo que puede atribuírsele a dicha idea (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 83; Zagrebelsky, 2011, p. 112), lo que implicaría derivar de ella la regla hermenéutica, así como sus condiciones de aplicación. Finalmente, el intérprete debe asignar a esta elaboración el carácter de esencial o trascendental (Prieto Sanchís, 1992, p. 143; Guastini, 2014, p. 191), lo que implica para estos efectos que el principio protector, a través de la regla hermenéutica, cumpla un rol importante en las decisiones judiciales adoptadas por el máximo tribunal.

Conforme se señaló, para examinar la construcción y uso del principio protector por la Excma. Corte Suprema, se examinaron un total de 67 sentencias dictadas por el máximo tribunal entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de junio de 2025, en las que el máximo tribunal se refirió de forma expresa¹⁴ al principio protector o tutelar, o a la *regla in dubio pro operario*.

De dicho análisis jurisprudencial se desprenden los siguientes hallazgos.

¹⁴ Si bien es cierto que un tribunal puede aplicar un principio sin mencionarlo expresamente, especialmente cuando se trata de un principio implícito, la presente investigación delimita su objeto al examen de las decisiones en que el principio protector o la regla *in dubio pro operario* fueron invocados de manera explícita en los fallos judiciales. Esta decisión metodológica responde al propósito de analizar la construcción discursiva del principio como categoría argumentativa, esto es, observar cómo y con qué fundamentos los tribunales recurren expresamente a él para justificar una decisión. Intentar identificar casos en que el principio habría sido aplicado sin ser mencionado supondría realizar un ejercicio hipotético o conjetural respecto de su uso, incompatible con la exigencia de verificabilidad que impone un análisis dogmático y jurisprudencial.

1. Alusión al “principio protector” o “principio tutelar”

En 28 de las 67 sentencias analizadas se identificó una alusión explícita al denominado “principio protector”.¹⁵ Sin embargo, un examen detallado revela que dicha mención no siempre implicó un uso efectivo del principio como criterio interpretativo en la fundamentación judicial. En 17 de esos fallos, la referencia al principio se limitó a los argumentos expuestos por el recurrente, o a los fundamentos de la sentencia impugnada (Rol núm. 6898-2025; Rol núm. 9101-2025; Rol núm. 11463-2024; Rol núm. 30311-2024; Rol núm. 39115-2023; Rol núm. 45295-2024; Rol núm. 159-2025; Rol núm. 2212-2025; Rol núm. 4527-2025; Rol núm. 5703-2023; Rol núm. 52056-2023; Rol núm. 53739-2024; Rol núm. 56498-2024; Rol núm. 61688-2024; Rol núm. 208883-2023; Rol núm. 244961-2023; Rol núm. 252356-2023), que aparecen únicamente en la parte expositiva del fallo de la Corte Suprema, sin ser retomado por esta en su razonamiento. En otros dos casos el principio fue invocado en votos de minoría (Rol núm. 3516-2023; Rol núm. 10704-2023), por lo que carece de incidencia en la decisión final. Por su parte, en seis sentencias el tribunal lo empleó, pero respecto de disposiciones de carácter sustantivo (Rol núm. 12110-2024; Rol núm. 28389-2024; Rol núm. 31981-2024; Rol núm. 182695-2023; Rol núm. 246245-2023; Rol núm. 6796-2024), sin proyectarlo a normas procesales. Finalmente, en dos fallos la Corte se limitó a constatar que el principio constituía la materia que el recurrente pretendía unificar, pero sin emitir pronunciamiento alguno sobre su contenido o aplicación (Rol núm. 27045-2024; Rol núm. 61108-2024).

Con todo, sólo en una sentencia —Rol núm. 243935-2023—¹⁶ el máximo tribunal utilizó el principio protector para resolver una cuestión de inter-

¹⁵ Cabe precisar que, en cinco de estas sentencias se hizo referencia expresa, además, a la regla *in dubio pro operario*. Se trata de las dictadas en las causas Rol núm. 243935-2023, 5703-2023, 45295-2024, 4527-2025 y 9101-2025.

¹⁶ Dicho fallo señala en su considerando sexto que “Así, una de las formas en que se manifiesta tal voluntad protectora es por medio de la aplicación del denominado principio protector y su regla *in dubio pro operario*, en virtud de la cual en caso de que una norma dé lugar a más de una interpretación, siempre debe preferirse aquella que favorezca al trabajador. En virtud de tal basamento, se debe concluir que cuando el artículo 168 del Código del Trabajo, se refiere al plazo de caducidad para deducir la acción por despido injustificado, de sesenta días hábiles, contados desde la separación, refiriendo que el trabajador «...podrá

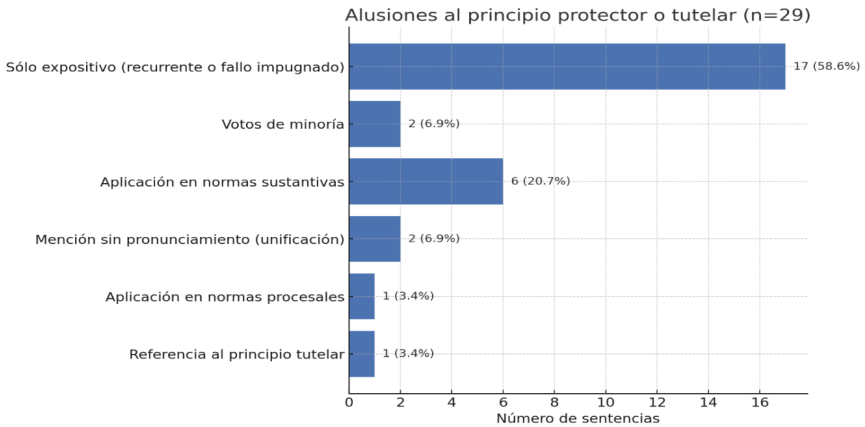
pretación procesal, concretamente en relación con el artículo 168 del Código del Trabajo, relativo al plazo de caducidad para deducir la acción por despido injustificado. No obstante, y en contravención con lo que la doctrina sostiene respecto al funcionamiento de la faz hermenéutica del principio, la Corte no desarrolló ninguna actividad argumentativa dirigida a identificar una ambigüedad normativa o una duda interpretativa concreta. En lugar de ello, resolvió de forma automática mediante la invocación directa del principio protector, acompañado de la regla *in dubio pro operario*, sin desplegar razonamiento alguno que permitiera verificar si existía efectivamente una ambigüedad que no fuera posible aclarar mediante las reglas de interpretación que establece el ordenamiento jurídico chileno y que, ante su persistencia, habilitara la aplicación de dicha regla. Sobre este aspecto volveremos en el acápite 6.

Por otra parte, en una única sentencia (de las 67 examinadas) —Rol núm. 64571-2023— se hizo referencia al “principio tutelar”. No obstante, su mención tuvo un carácter meramente enunciativo, pues fue utilizado únicamente para fundamentar la existencia de la regla de la condición más beneficiosa, sin que se proyectara su contenido hacia normas procesales.

recurrir al tribunal competente...» se refiere, precisamente, al de la especialidad, por lo que basta que el denunciante presente su demanda ante un juzgado de letras del trabajo, para que se entienda que hasta su fecha de ingreso debe computarse el plazo de caducidad contenido en dicho precepto, que se cuenta desde la separación de la trabajadora”.

También agrega en el considerando “Octavo: Que, en tales condiciones, aparece que los recurridos al confirmar la resolución apelada incurrieron en una afrenta a los principios rectores del derecho laboral, y, en especial, al principio protector”.

Figura 1. Gráfico de sentencias que aluden al principio protector o tutelar



2. Alusión al *in dubio pro operario*

En 44 de las 67 sentencias analizadas se identificó una alusión expresa a la regla *in dubio pro operario*.¹⁷ Sin embargo, al igual que en los casos referentes al principio protector, no todas las menciones reflejan un uso efectivo o relevante por parte de la Corte Suprema.

En 16 sentencias la regla fue citada únicamente por el recurrente o por la sentencia impugnada, sin que el máximo tribunal la retomara en su argumentación (Rol núm. 11911-2024; Rol núm. 14644-2024; Rol núm. 16384-2024; Rol núm. 19263-2024; Rol núm. 45295-2024; Rol núm. 8263-2024; Rol núm. 9101-2025; Rol núm. 56318-2024; Rol núm. 1628-2024; Rol núm. 5703-2023; Rol núm. 62061-2023; Rol núm. 137683-2022; Rol núm. 184255-2023; Rol núm. 242324-2023; Rol núm. 56498-2024; Rol núm. 61313-2024). Resulta llamativo que en dos de esos 16 casos el recurrente solicitó expresamente su aplicación para la determinación de los hechos del caso (Rol núm. 8263-2024; Rol núm. 56318-2024), lo cual es inusual dado que esta regla se orienta, en principio, a la resolución de ambigüedades normativas y no

¹⁷ Cabe precisar que en cinco de estas sentencias se hizo, además, referencia expresa al principio protector. Se trata de las dictadas en las causas Rol núm. 243935-2023, 5703-2023, 45295-2024, 4527-2025 y 9101-2025.

fácticas (Vázquez Vialard, 1982, p. 195; García Fernández, 1990, p. 353; Desdentado Bonete, 2003, p. 88; Gamonal Contreras, 2020, p. 194; Mercader Uguina, 2014, pp. 63-64; Boza Pró, 2024, p. 155). En el mismo sentido, por parte de la doctrina procesal, se pronuncia Meneses (2017, p. 205).¹⁸

En un fallo (Rol núm. 1233-2025), la Corte señaló que el recurso de queja puede proceder “cuando una determinada norma legal se ha interpretado sin considerar los principios que la informan, en concreto el de protección, cuya manifestación concreta es el «*in dubio pro operario*»”. No obstante, pese a esta declaración, el recurso fue desestimado por considerar que los jueces recurridos no habían infringido el marco interpretativo legal. Esta fórmula es reiterada en otros fallos como los Roles núm. 12.187-2024, 11.930-2024, 18.165-2024, 19.492-2024 y 252.338-2023, aunque sin consecuencias decisorias. En un único caso (Rol núm. 4527-2025), la regla fue aplicada en la interpretación de cláusulas contractuales de un contrato individual de trabajo.

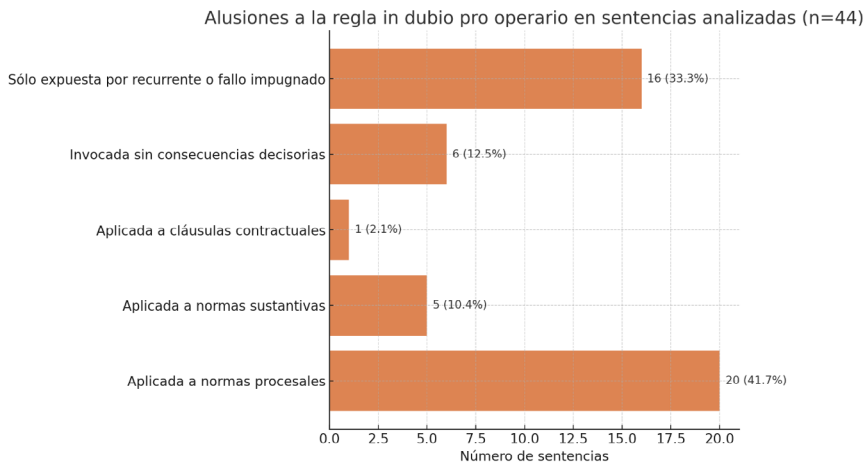
Por su parte, en cinco sentencias la Corte utilizó el *in dubio pro operario* para resolver controversias relativas a normas de carácter sustantivo (Rol núm. 182640-2023; Rol núm. 206616-2023; Rol núm. 251641-2023; Rol núm. 26155-2023; Rol núm. 74400-2023), mientras que en veinte fallos lo aplicó en relación a normas procesales. Este último grupo parece, en principio, sugerir un reconocimiento efectivo de la regla como mecanismo interpretativo en el ámbito procesal. No obstante, como se explicará a con-

¹⁸ Esta invocación evidencia una concepción distorsionada del alcance de dicha regla, en tanto esta es concebida, tanto por la doctrina nacional como extranjera mayoritaria, como un criterio hermenéutico que opera exclusivamente en el plano de la interpretación normativa, no en la valoración probatoria. Su función se activa una vez agotadas las herramientas de interpretación legal y sólo ante una ambigüedad insuperable del precepto aplicable al caso concreto. En cambio, pretender extender su uso al ámbito de los hechos —como si habilitara una suerte de presunción pro trabajador ante la duda probatoria— revela una comprensión errónea de su naturaleza jurídica.

Este uso impropio por parte de los litigantes sugiere que en la práctica forense persiste una tendencia a cargar esta regla con un alcance más amplio del que realmente posee, diluyéndola en un principio general de “favorabilidad” que excede su función interpretativa original. Dicha tendencia no sólo debilita el rigor argumentativo con que debiese emplearse el *in dubio pro operario*, sino que también enturbia la correcta delimitación de las funciones propias del juez, al confundir los estándares de apreciación de la prueba con los de interpretación jurídica. Esto puede contribuir a una utilización retórica o instrumental de la regla, desconectada de su función dogmáticamente delimitada.

tinuación, el examen detallado del modo en que fue invocada revela que su aplicación fue, en muchos casos, superficial o formal, pues carece de la estructura argumentativa necesaria para considerar que la regla está por cumplir una función hermenéutica en el razonamiento judicial respecto de normas procesales.

Figura 2. Gráfico de sentencias que aluden al *in dubio pro operario*



En las materias en que la Excm. Corte Suprema se pronunció, los fallos que incluyeron una referencia explícita a la regla *in dubio pro operario* abarcaron una variedad de cuestiones procesales relevantes. En particular, se observaron decisiones relativas a:

- Actos necesarios para la interrupción de la prescripción (Roles núm. 1294-2024, 4699-2024 y 252279-2023).
- Caducidad de la acción por despido injustificado (Roles núm. 10638-2024, 12456-2024, 17748-2024, 19340-2024, 19492-2024, 39658-2024, 222843-2023, 243935-2023 y 252338-2023).
- Posibilidad de perseguir montos inferiores a 15 IMM a través del procedimiento de aplicación general (Roles núm. 11930-2024 y 18165-2024).
- Abandono del recurso (Rol núm. 12187-2024).

- Posibilidad de discutir sobre la improcedencia de una causal de despido en casos en que previamente se recibió indemnización en conformidad al artículo 163 del Código del Trabajo (Roles núm. 26007-2023, 119286-2023 y 243804-2023).
- La renuncia de acciones derivadas de unos mismos hechos por no haberse ejercido conjuntamente con la acción de tutela (Rol núm. 62281-2023).
- La declaración de ineptitud del libelo (Rol núm. 186003-2023).

En suma, las materias procesales en que el *in dubio pro operario* fue incorporado al debate por las partes —y en ciertos casos valorado por la Corte— se vinculan con aspectos centrales del derecho de acceso a la justicia, esto es, la facultad del justiciable de someter sus pretensiones ante un tribunal imparcial y dentro de un procedimiento provisto de todas las garantías.¹⁹ Ahora bien, conforme se señaló, un examen más detenido de estas sentencias lleva a cuestionar si, en efecto, el principio protector fue realmente aplicado por el tribunal en su dimensión hermenéutica, así como la forma específica en que fue invocado. Como se sostuvo anteriormente, para que una directriz pueda ser calificada como principio jurídico, es necesario que cumpla una función estructurante o trascendente dentro de un determinado campo disciplinar —en este caso, el derecho procesal laboral— y que, en tal calidad, desempeñe funciones propias de los principios —en este caso, una función hermenéutica—.

¹⁹ La delimitación metodológica consideró únicamente las sentencias en que el principio protector, así como la regla *in dubio pro operario*, fueron efectivamente aplicadas a cuestiones procesales del procedimiento laboral, y no a materias de derecho sustantivo. En consecuencia, se descartaron aquellas decisiones en que el principio fue citado únicamente por las partes, aplicado a materias sustantivas o invocado sin incidencia en la resolución del litigio.

V. Sobre la invocación judicial del principio protector: debilidad argumentativa

1. *Exigencias teóricas para el reconocimiento de principios implícitos*

El primer paso para sostener la vigencia de una directriz fundamental implícita requiere reconocer los valores, fines o nociones que subyacen en las disposiciones jurídicas. Este requisito resulta esencial en relación con el principio protector, ya que su proyección interpretativa —la regla *in dubio pro operario*— supone aceptar previamente la presencia de dicha directriz en el ordenamiento. En consecuencia, no sería jurídicamente válido aplicar la norma hermenéutica sin haber acreditado antes la presencia del principio protector como causa jurídica en el proceso laboral; y más aún si se considera que en Chile no se encuentra expresamente consagrada —a diferencia de lo que ocurre en Perú, donde goza de jerarquía constitucional— (García, 2010, p. 66).

2. *Déficit argumentativo en la jurisprudencia chilena*

A partir de ello, corresponde examinar los fallos del máximo tribunal para verificar si ofrece una elaboración que posibilite afirmar la vigencia del principio protector como directriz informadora del procedimiento laboral. Sin embargo, del análisis de las sentencias no se desprende una fundamentación suficiente que respalde un carácter protector o tutelar del proceso laboral. En efecto, no aparecen desarrollos doctrinales ni líneas de razonamiento que estructuren una visión jurisprudencial del proceso como un instrumento dirigido de forma unilateral al amparo del trabajador, en los términos que postula la formulación tradicional del principio. Lo que sí se observa en ciertos fallos son alusiones que reiteran la necesidad de entender y aplicar las normas procesales “conforme a los principios rectores del derecho laboral” (Rol núm. 243.935-2023), sin aportar una explicación que precise el contenido y alcance de esa conformidad. Esta debilidad argumentativa se advierte con claridad en diversos casos. Por ejemplo, en la sentencia Rol núm. 1294-2024, se afirma (énfasis añadido):

Decimoquinto: Que, de esta forma, *la conclusión reprobada surge de una comprensión que no respeta el carácter tutelar del Derecho del Trabajo*, privando a la demandante de la potestad de reclamar ante la sede jurisdiccional competente los derechos que estima vulnerados, más aún cuando ejerció una de las facultades que le otorga la ley para iniciar un procedimiento.

De manera similar, el pronunciamiento Rol núm. 4699-2024 sostiene en el considerando “Undécimo: Que, en efecto, tratándose de procesos reglados en el Código del ramo, la protección del trabajador constituye uno de sus fines específicos”.

No obstante, tales enunciados, aunque aluden al carácter protector del derecho sustantivo, no se concretan en un razonamiento argumentativo claro respecto de la función interpretativa del principio protector en el ámbito de las normas procesales. Un ejemplo de ello se encuentra en el Rol núm. 11930-2024, que establece la procedencia del recurso de queja “cuando una determinada norma legal *se ha interpretado sin considerar los principios que la informan, en concreto el de protección*, cuya manifestación concreta es el ‘in dubio pro operario’” (la cursiva es del suscrito).

Posteriormente, en la misma sentencia se señala: “Octavo: Que no debe olvidarse que, *en materia laboral, las normas procesales deben ser comprendidas integrando de manera concreta los principios inspiradores* que justifican la existencia de tal disciplina” (énfasis añadido).

Con todo, en estos pronunciamientos no se observa una labor interpretativa que autorice fundamentar el principio protector, sino que su existencia se da por supuesta. Algo similar puede observarse en la causa Rol núm. 243.935-2023, donde, si bien el máximo tribunal afirma interpretar la norma a la luz del principio protector, su raciocinio se restringe a reconocer la validez de dicha directriz en el plano sustantivo, sin profundizar en el carácter tutelar del proceso laboral ni en su eventual función hermenéutica dentro de ese ámbito. Lo anterior muestra que, al recurrir a esta idea como soporte de determinadas decisiones interpretativas en materia procesal laboral, la Corte lo hace sin otorgarle un desarrollo conceptual suficiente.

Dicha apelación al principio protector nos conduce a los siguientes cuestionamientos: no presenta una fundamentación normativa consistente que respalde la idea de un amparo reforzado en favor del trabajador, ni justifi-

ca cómo esa protección podría armonizarse con garantías esenciales del proceso (Ruay Sáez, 2024, p. 88). Este déficit de fundamentos deja sin resolver un par de interrogantes principales. Por un lado, no se aclara por qué razón o con qué base normativa el legislador habría trasladado al ámbito procesal una protección reforzada del trabajador originada en la esfera sustantiva. Por el otro, tampoco se justifica cómo la aplicación unilateral de esta directriz podría no tensionar las garantías procesales que demandan del juez un trato simétrico hacia ambas partes y una igualdad efectiva en las oportunidades de defensa.

La ausencia de un desarrollo sólido en torno a la directriz tutelar no es exclusiva de la jurisprudencia procesal; también se detecta en el terreno sustantivo. Tal como señala Lizama Castro (2023, pp. 91-92), el máximo tribunal ha invocado recurrentemente la directriz protectora en su faceta hermenéutica al recurrir a simples citas de autoridad, sin desplegar un razonamiento que la funde en un análisis riguroso del derecho laboral nacional. Dicho de otro modo, el principio se afirma sin explicarse; se menciona sin aportar un sustento normativo.

Finalmente, cabe señalar que, si bien la doctrina laboral suele justificar la aplicación del principio protector en el ámbito procesal se argumenta que este contribuiría a corregir la asimetría trasladada desde el plano sustantivo, lo cierto es que no se explicita por qué sería necesario recurrir a dicha directriz cuando esas mismas desigualdades pueden ser abordadas —y suelen serlo— mediante el derecho a la tutela judicial efectiva. Precisamente sobre esta cuestión reflexionaremos en el apartado siguiente.

VI. Errónea aplicación del *in dubio pro operario*: su aplicación donde no existe duda

Otro aspecto relevante por considerar se relaciona con la forma en que la Corte Suprema aplica la regla *in dubio pro operario* como manifestación hermenéutica del principio protector. Conforme se señaló, la doctrina laboralista, en general, coincide en asignar a esta regla un carácter supletorio o residual. Es decir, su aplicación procede únicamente en aquellos casos en que subsiste una duda jurídica luego de aplicar las normas de interpretación contenidas

en la legislación nacional; en el caso chileno, las previstas en los artículos 19 a 24 del Código Civil.

En dicho sentido, parte de la doctrina nacional señaló que sería abusivo “que toda norma de la legislación laboral ha de entenderse en sentido favorable al trabajador, prescindiendo de su sentido claro, su historia fidedigna, la definición legal de las palabras o el contexto de las disposiciones” (Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida, 1997, p. 76). En un sentido similar se pronuncia Munita Luco (2014, p. 93). Ello da a entender la necesidad de aplicar previamente las reglas de interpretación legal de nuestro Código Civil.

Sin embargo, el análisis de las sentencias revisadas muestra que, en diversos casos, la Corte recurre a la regla hermenéutica laboral por el mero hecho de constatar la existencia de una duda, sin intentar previamente resolverla conforme a los métodos interpretativos legales. En otros casos, aun cuando se recurre correctamente a dichas reglas y la duda es despejada a través de un razonamiento jurídico complejo, la Corte aplica igualmente el *in dubio pro operario* como un argumento adicional (a título de *obiter dicta*, conforme se señalará en el acápite siguiente), a pesar de que ya no existiría incertidumbre interpretativa que justifique su uso. Ello evidencia una falta de coherencia con los lineamientos doctrinales sobre los presupuestos de aplicación de la regla hermenéutica y, por ende, de su contenido.

Un ejemplo claro de esta forma de proceder se observa en el fallo Rol núm. 4699-2024, donde la Corte define el sentido y alcance del artículo 510 del Código del Trabajo en relación con el artículo 2523 del Código Civil, mediante un análisis que recurre a antecedentes doctrinales e históricos. Pese a haber zanjado así la duda interpretativa, la Corte concluye al agregar: “Décimo: Que, por último [...] Esta interpretación jurisprudencial en materia laboral se apoya, *además*, en la especial fundamentación que tiene la legislación que la regula, que contiene principios que tienen un claro sentido protector” (la cursiva es del suscrito).

De forma similar, en la sentencia Rol núm. 26.007-2023, la Corte interpreta el alcance del inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo chileno a partir de los antecedentes de la Ley núm. 21.122, sólo después de ello recuerda la *relevancia* del principio protector y de la regla *in dubio pro operario*. La misma estructura argumentativa puede observarse en las sentencias Roles núm. 119.286-2023 y 243.804-2023.

En términos parecidos, el pronunciamiento Rol núm. 222.843-2023 muestra cómo la Corte fija, con base en el principio de tutela judicial efectiva, que una medida prejudicial puede interrumpir la caducidad de la acción. Sólo tras esta conclusión incorpora la siguiente afirmación:

Decimoquinto: Que, de esta forma, la conclusión reprobada surge de una comprensión que no respeta el carácter tutelar del Derecho del Trabajo, privando a la demandante de la potestad de reclamar ante la sede jurisdiccional competente los derechos que estima vulnerados.

Desde otra perspectiva, el fallo Rol núm. 243.935-2023 representa una situación distinta. En este caso, la Corte no recurre a regla interpretativa alguna para resolver la duda respecto del sentido del artículo 168 del Código del Trabajo, sino que decide la controversia directamente con base en el principio protector y la regla *in dubio pro operario*, y omite toda actividad hermenéutica intermedia. Se trata, por tanto, de una aplicación automática, no mediada por criterios interpretativos legales, lo que contrasta con el resto de los casos en que, al menos formalmente, la utilizó como refuerzo argumentativo posterior.

En definitiva, estos antecedentes confirman que la jurisprudencia de la Corte Suprema no sigue una línea coherente con el carácter residual que la doctrina laboral atribuye a la regla *in dubio pro operario*. A ello se debe agregar que tampoco determina un contenido específico de dicha regla en materia procesal, por lo que se asume entonces que sus presupuestos de procedencia corresponden a los mismos que la doctrina sustantiva desarrolla a su respecto (Ruay Sáez, 2024, p. 83), esto es, residual o excepcional.

VII. El *in dubio pro operario* como *obiter dicta*

Más allá de los dos cuestionamientos previamente expuestos, la principal objeción al uso que la Excma. Corte Suprema hizo de la regla *in dubio pro operario* radica en su falta de trascendencia en los casos en que es invocada. En efecto, su incorporación en la fundamentación judicial no desempeña un papel determinante en la resolución de los conflictos, que funciona en la mayoría

de los casos como un argumento meramente accesorio o complementario (Desdentado Bonete, 2003, p. 79). Trasladado al plano procesal, ello equivale a decir que su uso opera a título de *obiter dicta*, una afirmación retórica o contextual, jurídicamente prescindible, que no forma parte del fundamento normativo esencial del fallo.

En este sentido, resulta pertinente recordar que, si bien la delimitación entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* continúa siendo objeto de debate doctrinal, dicha distinción se consolida como una herramienta analítica central en el estudio de los precedentes, particularmente en el ámbito del derecho comparado. Su utilidad radica en permitir la diferenciación entre los razonamientos judiciales que conforman el núcleo normativo del fallo —y que, como tales, poseen fuerza vinculante— y aquellos que, aunque integran el discurso de la sentencia, carecen de incidencia decisiva en la resolución del caso (Romero Seguel, 2011, p. 342).

Así, se entiende por *ratio decidendi* el conjunto de argumentos jurídicos que se vinculan de manera directa y necesaria con la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional. Estos constituyen el fundamento normativo de la resolución y, en esa medida, son proyectables como precedente. Por el contrario, los *obiter dicta* comprenden consideraciones incidentales, ilustraciones doctrinales o elementos retóricos que, si bien pueden enriquecer o contextualizar la motivación, no son indispensables para la conclusión del fallo. Su valor es principalmente persuasivo, y carecen de fuerza obligatoria (López Oneto, 2016, p. 554).

Cuando esto ocurre, no es posible sostener que dicha idea o directriz haya sido necesaria ni suficiente (Mitidiero, 2024, p. 88) para arribar a la decisión adoptada por el tribunal. En consecuencia, su supresión del razonamiento no alteraría el resultado del fallo,²⁰ lo que evidencia su irrelevancia en el razonamiento judicial²¹ y, por ende, su escaso impacto normativo.

²⁰ En dicho sentido, Mitidiero (2024, p. 88) señala que la razón necesaria es aquella sin la cual no es posible llegar a la conclusión alcanzada por el tribunal para resolver la cuestión examinada.

²¹ En cuanto al recurso del *in dubio pro operario* como un elemento no necesario de la sentencia, se ha señalado que “no deja de manifestar un aire de nostalgia en el razonamiento al subrayar la matriz tuitiva del ordenamiento laboral” (Mercader Uguina, 2014, p. 70). En ello también coincide Desdentado (2003, p. 79).

De forma análoga, si la invocación se produce únicamente en estos términos, su función no puede ser entendida como fundamental en el razonamiento jurídico, sino apenas como una referencia marginal. En tal caso, no podría considerarse el verdadero fundamento de la decisión, ni tampoco el soporte normativo de una resolución, si esta puede ser explicada o justificada al prescindir completamente del principio aludido. Por lo tanto, para afirmar que una directriz cumple una función normativa relevante en el razonamiento judicial, debe observarse que su presencia sea determinante e indispensable en la solución del caso, y no un mero adorno argumentativo, pues como se señala, la trascendencia práctica de la fundamentalidad de principio implica que la norma en cuestión se erige como un “criterio preferente para la interpretación de las reglas singulares de su grupo o institución” (Prieto Sanchís, 1992, p. 58).

En este sentido, el término *obiter dictum* se define en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* como una “cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada” (Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, s. f., párr. 1). La propia definición alude a lo “tangencial”, un vocablo que, según la Real Academia Española (s. f.), es sinónimo de secundario, accesorio, accidental, marginal e incidental. Esta correspondencia semántica permite reforzar el sentido en el que aquí se utiliza la expresión *obiter dicta*, esto es, para referirse a aquellas consideraciones judiciales que, si bien acompañan el razonamiento principal de la sentencia, poseen un carácter accesorio o no determinante dentro de la estructura argumentativa del fallo.

Desde esta perspectiva, el tratamiento que recibe la regla *in dubio pro operario* por parte del máximo tribunal oscila, en la mayoría de los casos, dentro del ámbito de los *obiter dicta*, sin que se le haya atribuido una función decisiva en el razonamiento judicial.

En este punto, resulta necesario precisar una cuestión relevante para el correcto entendimiento del concepto de *principio jurídico* que hemos adoptado a lo largo de esta investigación. Puede sostenerse, como lo hace parte de la doctrina nacional, que el uso de una directriz o criterio en calidad de *obiter dicta* bastaría para acreditar su existencia como principio jurídico dentro del razonamiento judicial (López Oneto, 2013, pp. 40-41, nota 41). Desde dicha

perspectiva, el solo hecho de que una idea sea evocada reiteradamente por los tribunales, aun sin constituir la base necesaria del fallo, podría ser indicio suficiente de su condición principal.

Sin embargo, de acuerdo con la concepción que aquí se defiende, este solo elemento —la reiteración o presencia en el discurso judicial como *obiter dicta*— no basta, por sí solo, para conferirle a una directriz el estatus de principio jurídico. Y es que, como se desarrolla a lo largo del texto, nuestra definición de principio jurídico no se limita a su configuración morfológica o a su mera visibilidad discursiva, sino que exige, como condición esencial, su carácter fundamental o trascendente dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, lo decisivo no es únicamente que una idea esté presente en el razonamiento judicial, sino que cumpla efectivamente una función estructurante y orientadora, esto es, normativa y no sólo argumentativa, ya sea del ordenamiento jurídico en su conjunto, de una rama específica o de una institución determinada.

En consecuencia, el recurso a una directriz como *obiter dicta* puede ser un indicio relevante para identificar principios en potencia, pero no resulta suficiente si no se constata, además, su centralidad normativa, su operatividad estructural y su capacidad de irradiar sentido sobre otras normas e instituciones jurídicas. Sólo en la medida en que se verifique esta función esencial, podrá afirmarse con propiedad que estamos en presencia de un verdadero principio jurídico, conforme a la concepción adoptada en esta investigación.²² Preciso lo anterior, este uso prescindible —en el sentido de una razón no necesaria— del principio protector, como de la regla *pro operario*, se refleja con particular nitidez en varios de los fallos analizados. Por ejemplo, en el fallo Rol núm. 1294-2024 la Corte Suprema aborda y resuelve la controversia con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva (considerando décimo), y desarrolla un extenso razonamiento que se extiende hasta el considerando décimo cuarto. Sólo en el considerando siguiente —y sin incidir en la estructura argumentativa previa— afirma: “Decimoquinto: Que, de esta forma,

²² Sin embargo y, conforme se señaló, aunque es cierto que restringir el estudio al plano hermenéutico —que excluye sus funciones informadora e integradora— impedirá emitir una conclusión categórica sobre la existencia del principio en el ámbito procesal laboral —lo cual no es el objetivo de este trabajo—, ello no obsta a que dicho análisis proporcione un insumo relevante para abordar esa cuestión en un estudio posterior.

la conclusión reprobada surge de una comprensión que no respeta el carácter tutelar del Derecho del Trabajo”.

Una lógica similar se advierte en la causa Rol núm. 11930-2024, relativa a la procedencia del procedimiento de aplicación general en casos cuya cuantía es inferior a quince ingresos mínimos mensuales. Allí, la Corte zanja la duda interpretativa a partir del derecho fundamental de acceso a la justicia. Sólo una vez concluido el análisis agrega, de forma marginal:

Décimo: Que, de este modo, toda interpretación que limite de alguna manera el acceso a la posibilidad de obtención de un pronunciamiento judicial de fondo que adjudique un derecho dubitado, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el núm. 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, *máxime en el contexto del Derecho del Trabajo por la especial relevancia que su rol protector impone*, debe en lo posible evitar salidas incidentales que impidan un pronunciamiento de mérito” (la cursiva es del suscrito).

La misma estructura argumentativa puede observarse en los fallos Roles núm. 18165-2024, 19492-2024 y 186003-2023, en los cuales el principio protector no forma parte del eje decisorio, sino que es citado con fines puramente retóricos.

De igual modo, el pronunciamiento Rol núm. 4699-2024 muestra cómo la Corte determina el sentido y alcance del artículo 510 del Código del Trabajo, en concordancia con el artículo 2523 del Código Civil, se apoya para ello en argumentos de orden doctrinal e histórico. Una vez resuelta la controversia, incorpora como argumento adicional: “Décimo: Que, *por último* [...] Esta interpretación jurisprudencial en materia laboral se apoya, *además*, en la especial fundamentación que tiene la legislación que la regula, que contiene principios que tienen un claro sentido protector” (la cursiva es del suscrito).

Por último, resulta llamativa la fórmula utilizada en los fallos Roles núm. 12187-2024 y 252338-2023, donde la Corte declara que puede configurarse *falta o abuso grave* cuando una norma legal es interpretada sin tener en cuenta los principios que la inspiran, “en concreto el de protección, cuya manifestación concreta es el *‘in dubio pro operario’*”. Sin embargo, acto seguido, omite cualquier referencia específica al principio o a la regla hermenéutica mencio-

nada, y resuelve el fondo de la litis exclusivamente sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estas decisiones refuerzan la idea de que, aun cuando el principio protector y su derivación interpretativa sean invocados expresamente por el tribunal, ello no se traduce en un impacto sustantivo en la solución del caso, lo que reduce su presencia a una *obiter dicta* sin efectos prácticos en la fundamentación decisoria.

VIII. Problemas en su recepción: soluciones unidireccionales

Ahora bien, hay que tener presente la forma en que el principio es aplicado por la Excm. Corte Suprema, cabe preguntarse ¿cuál sería el problema de incorporar el principio protector —en su manifestación como *in dubio pro operario*— como fundamento adicional de la decisión judicial? Inicialmente, podría sostenerse que *lo que abunda no daña*. Sin embargo, esta aparente inocuidad se desdibuja cuando, de su deficiente invocación y aplicación, se considera que el protector se trata efectivamente de un principio que rige el proceso laboral y, consecuentemente, informa sus normas, como también impregna la conducta del juez laboral con un rol tuitivo unidireccional (Aparicio y Rentero, 1998, p. 59).

En este sentido, si se acepta que las normas procesales tienen un carácter tuitivo (producto de estar informadas por el principio protector), entonces su infracción sólo debiera ser jurídicamente relevante cuando afecta negativamente los derechos de la parte trabajadora, que es precisamente el sujeto protegido por el legislador al momento de configurar dicha regulación (rol informador). En ese contexto, si se extiende el carácter tutelar a normas procesales de aplicación general, es decir, aquellas que rigen por igual para ambas partes del procedimiento, una interpretación sistemáticamente orientada por la directriz tutelar podría generar un desequilibrio procesal en perjuicio del empleador, lo que desnaturalizaría el contenido de dichas normas y comprometería la igualdad de armas.

Para ilustrar esta tensión, basta considerar el caso de los principios formativos del procedimiento laboral. Desde la doctrina se sostiene que dichas directrices serían exigencias derivadas del principio protector (Gamonal Con-

terras, 2016). Así, por ejemplo, si se afirma que la regla de la inmediación responde a una finalidad protectora, se podría sostener que su infracción sólo resulta relevante —y, por tanto, corregible— cuando afecta los derechos del trabajador, y excluye la posibilidad de que la misma infracción sea reclamada por el empleador.

Tal razonamiento, sin embargo, parece contradecir el diseño del sistema recursivo establecido en el artículo 478, letra *d*), del Código del Trabajo chileno, que no distingue entre las partes al momento de configurar la causal de nulidad por infracción a la regla de inmediación. A diferencia de lo que ocurre en el artículo 374, letra *c*), del Código Procesal Penal —que consagra una causal recursiva en favor exclusivo de la defensa—, el proceso laboral no prevé, al menos expresamente, un tratamiento asimétrico en materia de garantías procesales.

En consecuencia, la incorporación de la directriz tutelar en el ámbito procesal no sólo podría alterar el sentido de las normas interpretadas, sino también generar desequilibrios contrarios al mandato de imparcialidad judicial y a la igualdad de armas, pilares esenciales del debido proceso, cuyo incumplimiento no está permitido por un supuesto “debido proceso laboral” (Tribunal Constitucional. Sentencia Rol núm. 13154-2022. Considerando cuarto).

Una problemática similar se observa en la sentencia que aborda la sanción de abandono del recurso (Rol núm. 12.187-2024). Cabe preguntarse, en este contexto, ¿qué tipo de solución ofrecería el principio protector si la solicitud de alegatos remotos —que motivó la controversia— hubiera sido planteada por el empleador respecto de una sentencia que previamente acogió las pretensiones del trabajador? Aplicar el principio de la tutela judicial efectiva y, por ende, el criterio *favor recurso* en favor del empleador, podría derivar en la anulación de la sentencia favorable al trabajador, lo que generaría un resultado contrario a los intereses del sujeto protegido por carácter tutelar del derecho laboral. Desde esta perspectiva, sostener que el principio protector debería guiar la decisión en ese supuesto equivale a afirmar que la sanción de abandono del recurso debe mantenerse, no en función de una corrección de asimetrías, sino por la sola condición subjetiva del recurrente. Este ejemplo refuerza la idea de que la aplicación indiscriminada o automática del principio protector en el plano procesal puede conducir a distorsiones relevan-

tes, especialmente cuando se proyecta sobre normas de aplicación bilateral que regulan garantías comunes a ambas partes.

Por lo anterior, extender el principio protector al plano procesal mediante interpretaciones que favorezcan al trabajador incluso en ausencia de desigualdad efectiva —y que no pueden extenderse a la otra parte por razones meramente subjetivas— implica el riesgo de generar nuevas desigualdades dentro de la relación procesal. ¿Qué impediría, bajo esa lógica, aplicar criterios más flexibles en los exámenes de admisibilidad recursiva, o emplear los poderes probatorios de oficio sólo cuando puedan beneficiar al trabajador? (Ruay Sáez, 2024, p. 77; Valdés Quinteros, 2025, p. 263).

IX. La tutela desde los principios procesales

Con lo sostenido previamente no se pretende desconocer que el trabajador merece —y efectivamente recibe— una especial protección por parte del Estado. Muy por el contrario, dicha protección se justifica plenamente.

No cabe duda de que el sistema procesal debe propender al acceso efectivo a la justicia para toda persona que la requiera, y que el Estado tiene el deber de remover los obstáculos que dificulten dicha participación, ya sean económicos, temporales o probatorios. Sin embargo, asumir que ese mandato se agota en la protección del trabajador (Paredes Palacios, 1997, p. 69) no sólo invisibiliza la situación de otros justiciables —muchos de ellos igualmente vulnerables, aunque fuera del ámbito laboral—, sino que además puede llevar, de forma inadvertida, a justificar interpretaciones que sobrepasan los límites del principio protector y terminan por generar obstáculos indebidos para la contraparte (Bellido Aspas, 2019, p. 114; Romero Pradas, 2021, p. 127), quien no es ajena a enfrentar ciertos obstáculos que impiden su adecuada participación en el proceso —como una adecuada asesoría y representación—. Desde esta perspectiva, la función tutelar o protectora de los tribunales de justicia debe ser emprendida y sustentada sobre la base de los principios procesales.

Este clásico, pero diferente punto de inicio, presenta una ventaja relevante: permite que las decisiones adoptadas sean universalizables (Talavera, 2006, p. 25), es decir, susceptibles de extenderse a todos los sujetos que se en-

cuentren en una situación análoga, con independencia de su calidad procesal. Esta proyección sólo es posible cuando el razonamiento judicial se apoya en criterios que identifican objetivamente situaciones de desventaja o debilidad jurídica, y no en el principio protector, cuyo alcance, por su propia génesis, se limita al sujeto trabajador y, por tanto, conduce a decisiones unidireccionales.

Este modo de proceder se encuentra más en sintonía con un respeto irrestricto al principio de imparcialidad e igualdad de armas. En efecto, tal como lo señalan algunas prevenciones en las sentencias analizadas, la proyección del principio tutelar en sede procesal pone en riesgo las garantías procesales de las partes. Esta idea fue destacada por don Eduardo Morales Robles, en su prevención en la causa Rol núm. 1294-2024:

El supuesto principio pro operario o el carácter tutelar del Derecho del Trabajo no se extiende al procedimiento ni al Derecho Procesal, donde la igualdad en el ejercicio de los derechos es un principio general y aplicable a ambas partes del juicio, sin que una tenga respecto de la otra una ventaja o una presunción que la favorezca y que no dependa de las acciones u omisiones de la contraparte. Una norma procesal no puede interpretarse a priori en favor de una de las partes, sin que tal predicamento se acerque a la parcialidad.

Es por lo anterior que prefiere hablar de igualdad en la tutela judicial efectiva, ya que ésta se aplica objetivamente a ambas partes, sin preferir de antemano a quien supuestamente está en una situación desmejorada frente a la otra. (la cursiva es del suscrito)

Estas consideraciones refuerzan la tesis según la cual el principio protector, en cuanto criterio subjetivamente orientado, no constituye un fundamento adecuado para construir soluciones procesales de alcance general. Por el contrario, sólo el uso de genuinos principios del proceso —como los de igualdad, imparcialidad y tutela judicial efectiva— permite una respuesta jurídicamente razonable, imparcial y coherente con el diseño de un proceso judicial.

En síntesis, la legítima protección del trabajador no puede ser utilizada como fundamento para admitir interpretaciones que generen nuevas desigualdades procesales en perjuicio de la otra parte del juicio. Tal proceder no sólo excede los fines propios del principio protector, sino que además compromete

los cimientos fundamentales del debido proceso, particularmente la imparcialidad y la igualdad procesal. Como es advertido en la doctrina,

el proceso no puede ser el escenario de privilegios en desmedro ilegítimo de una de las dos partes del proceso, sino el escenario en el que las reglas de procedimiento respondan legítimamente a la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las dos partes en el proceso. (Priori Posada, 2024, p. 49)²³

Sólo así es posible preservar el carácter racional y justo del procedimiento, y asegurar que la protección judicial —en sede laboral o en cualquier otro ámbito— se funde en criterios objetivos, generalizables y coherentes con las exigencias constitucionales de igualdad ante la ley e, incluso, la tutela judicial efectiva.

X. Conclusiones

El desarrollo de este trabajo permitió examinar la invocación y uso del principio protector en el proceso laboral chileno por parte de la Excma. Corte Suprema. En primer lugar, se argumentó que todo principio jurídico, y especialmente aquel que se pretende implícito, debe ser reconocido mediante un proceso de detección, delimitación y calificación que permita demostrar su carácter estructurante dentro del ordenamiento jurídico. No basta su invocación genérica o su arraigo ideológico: su eficacia jurídica exige una justificación funcional rigurosa.

En segundo término, se efectuó un análisis crítico de la manera en que la doctrina trata el principio protector, particularmente en su faz hermenéutica. El examen permitió concluir que dicha regla no posee un anclaje normativo en el ámbito procesal, y que su aplicación depende de condiciones que pocas veces se cumplen en la práctica judicial. Finalmente, el análisis empírico de 67 sentencias, dictadas por la Corte Suprema entre 2024 y 2025,

²³ En un sentido similar se señala que “el supuesto derecho instrumental se torna, así, en derecho garante, pero no del derecho sustantivo sino del más trascendente derecho a la tutela judicial, del que «todas» las personas somos titulares” (Roca Martínez, 2023, pp. 142-143).

evidenció que la aplicación del principio protector en sede procesal fue asistemática, carente de estructura argumentativa y, en la mayoría de los casos, irrelevante para la decisión del litigio. Su uso reiterado como *obiter dictum*, sin justificación respecto de una verdadera ambigüedad normativa, demuestra que no desempeña una función hermenéutica efectiva ni satisface criterios de coherencia con los principios de imparcialidad e igualdad procesal.

En suma, el análisis conjunto de la doctrina y la jurisprudencia confirma la hipótesis inicial de este estudio: el principio protector no cumple actualmente una función normativa indispensable ni autónoma en el proceso laboral chileno. Su invocación como directriz implícita carece de sustento dogmático y de incidencia real en la resolución de los casos, pues no introduce criterios interpretativos nuevos ni modifica el resultado de los conflictos analizados. En cambio, los principios procesales clásicos de igualdad, imparcialidad y tutela judicial efectiva, expresamente reconocidos por el ordenamiento, además de dotados de fuerza normativa propia, bastan para asegurar el equilibrio estructural del procedimiento laboral y garantizar la justicia del proceso sin comprometer los derechos de las partes. Bajo este marco, el principio protector aparece, en el estado actual de la jurisprudencia, como un principio en potencia más que efectivo, cuya formulación retórica, lejos de fortalecer la estructura garantista del proceso, corre el riesgo de debilitarla al introducir un criterio unidireccional de protección que el sistema procesal no exige.

En consecuencia, su utilización procesal, tal como fue formulada e invocada en la jurisprudencia analizada, no se muestra ni necesaria ni útil, y más bien aparece como un elemento disfuncional dentro del esquema normativo e incluso garantista del proceso contemporáneo.

XI. Referencias

- Alcalde Rodríguez, E. (2003). *Los principios generales del derecho: Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Civitas.

- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (L. Criado Sánchez, Trad.; 10a. ed.). Marcial Pons.
- Baylos, A., y Trillo, F. (2019). La justicia laboral en España: Notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En H. Mercado López y M. del R. Jiménez Moles (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: Homenaje a Pedro Guglielmetti* (pp. 17-37). Tirant lo Blanch.
- Bellido Aspas, M. (2019). Los principios del proceso y del procedimiento laboral. En J. Lousada Arochena y R. Ron Latas (Coords.), *Sistema de derecho procesal laboral* (2a. ed.; pp. 113-121). Ediciones Laborum.
- Bonett Ortiz, S. (2024). *Ensayo sobre el proyecto de Código procesal del trabajo y de la seguridad social*. Grupo Editorial Ibañez.
- Boza Pró, G. (2024). *Derecho del trabajo* (2a. reimp. de la 1a. ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Canelo Dávila, G. (2018). *Derecho del trabajo: Fuentes, valores superiores, principios*. Lex y Iuris.
- Código de Procedimiento Civil. (Última reforma consultada 2025). Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=25563>
- Código del Trabajo. (Última reforma consultada 2025). Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=71271>
- Código Orgánico de Tribunales. (Última reforma consultada 2025). Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=19977>
- Constitución Política de la República de Chile. (1980, actualizada 2025). Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- Constitución Política del Perú. (1993, última modificación consultada 2025). Perú. https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUTION_2023.pdf
- Corte Suprema (Chile). (2024, abril 17). *A.F.P. Cuprum S.A. con Jorge Tapia Contreras* (Sentencia Rol núm. 11463-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 1). *Cuzmar Zamorano Adolfo con Banco Santander-Chile S.A.* (Sentencia Rol núm. 14644-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 19). *Hernández Valderrama Erardo con Corporación Nacional Forestal* (Sentencia Rol núm. 64571-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 2). *Mario Rolando Morales Cea y otros con White - M SpA y otras* (Sentencia Rol núm. 243804-2023).

- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 20). *Barrera Díaz, Fabiola con Ilustre Municipalidad de Concón* (Sentencia Rol núm. 182640-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 21). *Confusam con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Pudahuel* (Sentencia Rol núm. 12110-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 28). *Ñeto Vargas, Karol con Equans Back Office SpA* (Sentencia Rol núm. 19340-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 30). *Guzmán Liberona, César con Automotores Gildemeister S.P.A.* (Sentencia Rol núm. 1628-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 5). *Gutiérrez Maturana, María con Claro Chile S.A.* (Sentencia Rol núm. 18165-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, agosto 8). *Aguiar Castillo Constanza c. SGS Minerals S.A.* (Sentencia Rol núm. 17748-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, diciembre 27). *Nilo Canales Michel con Corporación Municipal de San Fernando* (Sentencia Rol núm. 252279-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, diciembre 31). *Quijada con Randstad Empresa de Servicios Transitorios Limitada* (Sentencia Rol núm. 56318-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, diciembre 4). *Rojas Molina Milena con Duodécima Sala Corte de Apelaciones de Santiago* (Sentencia Rol núm. 53739-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, diciembre 6). *Ruiz Hernández Elena con Orellana* (Sentencia Rol núm. 56498-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, diciembre 6). *Ruiz Hernández, Elena con Orellana* (Sentencia Rol núm. 56498-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 10). *Segura Vergara Juan Pablo (Fisco - CDE)* (Sentencia Rol núm. 186003-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 11). *Leal Azua Jenifer con Correa* (Sentencia Rol núm. 222843-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 16). *Díaz Chaparro, Hugo con Transportes TAD SpA* (Sentencia Rol núm. 74400-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 16). *Navarro Bermúdez, Iván y otro con Transportes Díaz e Hijos S.A.* (Sentencia Rol núm. 26155-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 16). *Peña Sánchez Pedro con Díaz* (Sentencia Rol núm. 243935-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 22). *Miño Gallardo Domingo con Municipalidad de San Miguel* (Sentencia Rol núm. 3516-2023).

- Corte Suprema (Chile). (2024, enero 8). *Estay Torres, Juan con SEREMI de Salud del Maule* (Sentencia Rol núm. 137683-2022).
- Corte Suprema (Chile). (2024, febrero 13). *Zúñiga con Corporación de Desarrollo Social de Buin* (Sentencia Rol núm. 246245-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, febrero 21). *Aedo Zapata Daniel con Municipalidad de Chillán Viejo* (Sentencia Rol núm. 10704-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, febrero 9). *Víctor Manuel Capurro Suarez con Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. y otro* (Sentencia Rol núm. 39115-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, julio 18). *Katia Alexis Escobar López con Fisco de Chile – SEREMI de Salud del Biobío* (Sentencia Rol núm. 19263-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, julio 19). *Padilla Arenas, Ricardo con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta* (Sentencia Rol núm. 12187-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, julio 22). *Rubilar Salas, David Feliz con Córdova* (Sentencia Rol núm. 19492-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, julio 3). *Garrido Recabal, Camila con Lazen* (Sentencia Rol núm. 10638-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, julio 9). *Contreras González Lillian c. Asociación Chilena de Municipalidades* (Sentencia Rol núm. 12456-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, junio 12). *Acuña con Codelco Chile* (Sentencia Rol núm. 16384-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, junio 13). *Rodrigo Andrés Aguilera Kraemer con Banco Santander-Chile* (Sentencia Rol núm. 182695-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, junio 25). *Fernando Javier Barrientos Herrera con Bechtel Chile Construcción Limitada* (Sentencia Rol núm. 119286-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, junio 6). *Sais Sais, Rafael con Ilustre Municipalidad de Temuco* (Sentencia Rol núm. 62061-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, junio 7). *Silva Bravo Liliana con Carrillo* (Sentencia Rol núm. 252356-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, marzo 13). *Gallegos Soto Felipe con Corporación Administrativa del Poder Judicial* (Sentencia Rol núm. 252338-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, marzo 14). *Soto Olmedo María con Hospital de Carabineros* (Sentencia Rol núm. 52056-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, mayo 10). *CID con Servicio de Salud Osorno* (Sentencia Rol núm. 11911-2024).

- Corte Suprema (Chile). (2024, mayo 10). *Osorio Osorio, Omar con Empresas Copec S.A.* (Sentencia Rol núm. 11930-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, mayo 20). *Rojas Carrasco, Felipe con Fundación Educacional Protectora de la Infancia* (Sentencia Rol núm. 1294-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, mayo 24). *Jaime Jorge Eduardo Barrientos Herrera con Bechtel Chile Construcción Ltda.* (Sentencia Rol núm. 26007-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, mayo 3). *Ossandón Aguilera Perla Raquel y otros con Fisco de Chile* (Sentencia Rol núm. 5703-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, noviembre 12). *Rodríguez Urrutia Leoncio con Servicios Inversub SpA* (Sentencia Rol núm. 62281-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, noviembre 19). *García Gubelin Bernardo con Díaz* (Sentencia Rol núm. 39658-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, noviembre 7). *Villegas Delgado con Ilustre Municipalidad de Villarrica* (Sentencia Rol núm. 208883-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, septiembre 10). *Valenzuela López, Germán con Ilustre Municipalidad de San Antonio* (Sentencia Rol núm. 206616-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2024, septiembre 2). *Bordones Villalobos Victor con Ponce* (Sentencia Rol núm. 30311-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, septiembre 25). *Solari con Servicio de Salud Metropolitana Sur y otro* (Sentencia Rol núm. 6796-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2024, septiembre 6). *Keren Jenifer Gómez Jorquera con Fundación Educacional Colegio Nuestra Señora del Carmen* (Sentencia Rol núm. 27045-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, abril 15). *Solís González Juan con Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta* (Sentencia Rol núm. 6898-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, abril 22). *Riquelme Ulloa José con Universidad Adolfo Ibáñez* (Sentencia Rol núm. 8263-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 27). *Ochoa Allende Cristian con Banco Santander-Chile* (Sentencia Rol núm. 244961-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 27). *Seguel con Federación Chilena de Esgrima* (Sentencia Rol núm. 45295-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 3). *Berrios Jiménez Paulina con Nilo Muñoz Alejandro (Municipalidad de Paine)* (Sentencia Rol núm. 31981-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 31). *Márquez con Pierra* (Sentencia Rol núm. 61108-2024).

- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 7). *Arteaga con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa* (Sentencia Rol núm. 28389-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, enero 7). *Escudero del Canto, Ronald con SEREMI de Salud Región de Antofagasta* (Sentencia Rol núm. 242324-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2025, febrero 11). *Sepúlveda Espinoza Raúl con BMC International Chile* (Sentencia Rol núm. 61688-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, febrero 13). *A.F.P. Modelo S.A. con Valderrama Castro, María Eugenia* (Sentencia Rol núm. 184255-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2025, febrero 19). *Pradenas Piñeiro Israel (/RT Logistics SPA.)* (Sentencia Rol núm. 1233-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, febrero 24). *Illanes Rojas, Mauricio con Servicios Integrales de Seguridad SIS Ltda. y otros* (Sentencia Rol núm. 4699-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, febrero 28). *Arenas Matus Kose y otros con Transportes Santa María S.P.A.* (Sentencia Rol núm. 251641-2023).
- Corte Suprema (Chile). (2025, marzo 17). *Sepúlveda Zúrita, Verónica con Corte de Apelaciones de Santiago, Cuarta Sala* (Sentencia Rol núm. 61313-2024).
- Corte Suprema (Chile). (2025, marzo 18). *González Ravanal Miguel con Gesma S.P.A.* (Sentencia Rol núm. 159-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, marzo 26). *Silva Yáñez Jorge con Homecenter Sodi-mac S.A.* (Sentencia Rol núm. 2212-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, mayo 28). *Aravena Ortiz Fernanda con Administradora de Supermercados Híper Limitada* (Sentencia Rol núm. 9101-2025).
- Corte Suprema (Chile). (2025, mayo 7). *Administradora de Restaurantes y Franquicias Misaki SPA con Carrasco* (Sentencia Rol núm. 4527-2025).
- Couture, E. (1998). *Estudios de derecho procesal civil: La constitución y el proceso civil* (3a. ed., Vol. 1). Depalma.
- De Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons.
- Delgado Castro, J. (2008). Principios del nuevo procedimiento laboral chileno. *Revista de Derecho*, 9(9), 63-76.
- Desdentado Bonete, A. (2003). El principio pro operario. En L. de la Villa Gil y L. López (Dirs.), *Los principios del derecho del trabajo* (pp. 73-105). Centro de Estudios Financieros.
- Díaz Couselo, J. M. (1971). *Los principios generales del derecho*. Plus Ultra.

- Díaz Urtubia, P., Marzi Muñoz, D., Astudillo Contreras, O., y Carvallo Santelices, R. (2019). La justicia laboral en España: Notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En H. Mercado López y M. del R. Jiménez Moles (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: Homenaje a Pedro Guagliumetti* (pp. 153-196). Tirant lo Blanch.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2a. ed.). Ariel.
- Fuenzalida Martínez, P. (2019). El principio protector: Alcances y límites en el procedimiento laboral chileno. *Revista de Estudios Laborales*, (13), 77-92.
- Gamonal Contreras, S. (2016). El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno. Editorial Bomarzo. <https://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>
- Gamonal Contreras, S. (2020). *Fundamentos del derecho laboral* (5a. ed.). Der Ediciones.
- Gamonal Contreras, S. (2024). Los principios. En C. Aedo Barrena y A. Varela Fleckenstein (Coords.), *Aplicación práctica de los principios del derecho* (pp. 29-82). Tirant lo Blanch.
- Gamonal Contreras, S., y Guidi Moggia, C. (2006). El nuevo procedimiento laboral chileno. *Derecho Laboral: Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, 49(221), 33-62.
- García Fernández, M. (1990). *Manual de derecho del trabajo*. Ariel.
- García Manrique, Á. (2010). ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? *Gaceta Jurídica*.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (S. Álvarez Medina, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6a. ed.). McGraw-Hill.
- Ley núm. 18.572. (2009). Modifica el proceso laboral. Uruguay. *Diario Oficial*, 17 de septiembre de 2009. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18572-2009>
- Lizama Castro, D. (2023). *El pro operario en materia laboral*. Der Ediciones.
- López Oneto, M. (2013). *El principio de protección a la fuente del empleo en Chile: Pasos hacia un derecho del trabajo bidireccional*. Thomson Reuters.
- López Oneto, M. (2016). La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 43(2), 549-573.

- Macchiavello Contreras, G. (1997). *Manual de derecho procesal del trabajo*. Jurídica ConoSur.
- Martín Valverde, A. (2003). Principios y reglas en el derecho del trabajo: Planteamiento teórico y algunos ejemplos. En L. de la Villa Gil y L. López (Dirs.), *Los principios del derecho del trabajo* (pp. 39-72). Centro de Estudios Financieros.
- Meneses, C. (2017). *Estudios sobre el proceso civil chileno*. Prolibros.
- Mercader Uguina, J. (2014). *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Meza Yances, L. (2017). Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: ¿Aplicación estricta o ilimitada? *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 197–221.
- Mitidiero, D. (2024). *Ratio decidendi: ¿Cuándo una cuestión es idéntica, semejante o distinta?* (L. Giannini, Trad.). Palestra Editores.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Vol. 1). Temis.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S. (2005). *Derecho jurisdiccional I: Parte general* (14a. ed.). Tirant lo Blanch.
- Montoya Melgar, A. (1999). *Derecho del trabajo* (20a. ed.). Tecnos.
- Morales Luna, F. (2002). Principios jurídicos y sistemas normativos. *Foro Jurídico*, (1), 149-156.
- Moreso, J. J., y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Mosquera Rivas, H., y Mosquera Luna, J. M. (2019). La justicia laboral en España: Notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En H. Mercado López y M. del R. Jiménez Moles (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: Homenaje a Pedro Guglielmetti* (pp. 109-152). Tirant lo Blanch.
- Munita Luco, E. (2014). El principio protector y la regla del *in dubio pro operario* como criterio de interpretación de la norma laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5(10), 85-94.
- Obando Garrido, J. M. (2019). *Derecho procesal laboral* (6a. ed.). Temis.
- Orsini, J. I. (2010). Los principios del derecho del trabajo. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 7(40), 489-506.
- Palomo Vélez, D., Delgado Castro, J., y Contreras Rojas, C. (2023). El recurso de nulidad laboral de la causal del artículo 478(b) del Código del Trabajo chileno: Revisión de las limitantes, un diagnóstico y una mirada a solucio-

- nes. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 55(164), 133-161. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18093>
- Paredes Palacios, P. (1997). *Pruebas y presunciones en el proceso laboral*. ARA Editores.
- Pasco Cosmópolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Revista de Derecho PUCP*, (48), 149-169.
- Pérez Amorós, F. (2010). Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: Por un derecho del trabajo procesal. *Derecho Laboral: Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, 53(237), 7-30.
- Plá Rodríguez, A. (1992). Visión crítica del derecho procesal del trabajo. En *Processo do trabalho na América Latina: Estudos em homenagem a Alcione Niederauer*. Editora Ltda.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (3a. ed.). Depalma.
- Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Prieto Sanchís, L. (1996a). Diez argumentos a favor de los principios. *Derecho y Sociedad*, (15), 293-305.
- Prieto Sanchís, L. (1996b). El constitucionalismo de principios: ¿Entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de *El derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky). *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13, 125-158.
- Priori Posada, G. (2024). *El proceso y la tutela de los derechos* (2a. reimp. de la 1a. ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Pascua, J. A. (1992). El fundamento del vigor jurídico de los principios: Dworkin frente a Esser. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 269-290.
- Ratti-Mendaña, F. (2015). Los principios jurídicos: Revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista. *Prudentia Iuris*, (79), 159-184.
- Raz, J. (1972). Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, 81, 823-854.
- Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial. (s. f.). *Obiter dictum*. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 23 de octubre de 2025 de <https://dpej.rae.es/lema/obiter-dictum>
- Real Academia Española. (s. f.). *Tangencial*. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 23 de octubre de 2025 de <https://dle.rae.es/tangencial>

- Ríos Muñoz, L. P. (2020). *Procesos y principios: Una aproximación a los principios procesales*. Bosch Editor.
- Roca Martínez, J. M. (2023). Proceso laboral: Más procesal y menos laboral. *Justicia*, (1), 107-146.
- Rodríguez-Piñero, M. (1969). Sobre los principios inspiradores del proceso del trabajo. *Revista de Política Social*, 21(81), 21-82.
- Rodríguez-Piñero, M. (2002). Los principios informadores del proceso del trabajo. En *Derecho procesal del trabajo* (pp. 69-104). Dalis.
- Romero Pradas, M. I. (2021). El proceso. En M. I. Romero Pradas (Coord.), *Derecho procesal laboral: Parte general y parte especial* (pp. 119-134). Tirant lo Blanch.
- Romero Seguel, A. (2011). La discriminación judicial como nuevo error decisorio litis en el proceso chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 339-348.
- Ruay Sáez, F. (2020). Derecho procesal del trabajo: Aportes para su estudio desde el debate entre garantistas y publicistas. *Actualidad Jurídica*, (316), 170-196.
- Ruay Sáez, F. (2024). El principio protector como fuente de potestades judiciales: Una aproximación crítica. *Laborem*, 23(30), 53-93.
- Ruiz Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 20(2), 143-166.
- Talavera, P. (2006). Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional. *Revista Boliviana de Derecho*, (2), 15-42.
- Thayer Arteaga, W., y Novoa Fuenzalida, P. (1997). *Manual de derecho del trabajo* (Vol. 1, 3a. ed.). Jurídica de Chile.
- Tribunal Constitucional de Chile. (2022, 12 de octubre). *Sentencia Rol núm. 13.154-22-INA (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del art. 453, núm. 1, inc. 6°, del Código del Trabajo)*.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2014). *Derecho del trabajo: Invención, teoría y crítica*. Thomson Reuters.
- Valdés Quinteros, D. (2025). El principio protector y el procedimiento laboral en los tribunales superiores: Una relectura (Sentencia Rol núm. 217.781-2023 de la Excm. Corte Suprema de Chile). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 38(1), 257-264.
- Vázquez Vialard, A. (1982). Teoría general del derecho del trabajo. En A. Vázquez Vialard (Dir.), *Tratado de derecho del trabajo* (Vol. 2, pp. 3-540). Astrea.

Vidal Salazar, M. (2025). Derecho procesal del trabajo: Cuestiones generales. En M. Vidal Salazar, *Estudios sobre derecho procesal del trabajo* (pp. 13-25). Palestra Editores.

Zagrebelky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (M. Gascón, Trad.; 10a. ed.). Trotta.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Valdés Quinteros, Diego, “El principio protector en el proceso laboral. Deficiencias e inconvenientes en el reconocimiento de su faz hermenéutica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20545. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20545>

APA

Valdés Quinteros, D. (2026). El principio protector en el proceso laboral. Deficiencias e inconvenientes en el reconocimiento de su faz hermenéutica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20545. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20545>

El principio de seguridad jurídica en el derecho de la integración: un estudio de las asimetrías normativas del seguro médico en el Mercosur

The Principle of Legal Certainty in Integration Law: An Analysis of the Normative Asymmetries of Medical Insurance in Mercosur

José López-Oliva

 <https://orcid.org/0000-0001-9308-2153>

Universidad Militar Nueva Granada. Colombia

Correo electrónico: jose.lopez@unimilitar.edu.com

Iván Vargas-Chaves

 <https://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

Universidad Militar Nueva Granada. Colombia

Correo electrónico: ivan.vargas@unimilitar.edu.co

Andrea Alarcón-Peña

 <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>

Universidad Militar Nueva Granada. Colombia

Correo electrónico: andrea.alarcon@unimilitar.edu.co

Recepción: 30 de junio de 2025

Aceptación: 4 de diciembre de 2025

Publicación: 25 de febrero de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20299>

Resumen: Este estudio analiza la inseguridad jurídica derivada de la heterogeneidad normativa del seguro de responsabilidad civil para prestadores de salud en el Mercosur, lo cual obstaculiza la consolidación del mercado común. Se empleó una metodología cualitativa basada en el análisis comparativo de las legislaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Los resultados confirman la existencia de asimetrías regulatorias sustanciales que obligan a los profesionales a contratar múltiples pólizas, lo cual eleva costos y debilita la confianza en el mercado regional. Se concluye que es urgente avanzar hacia una armonización legislativa que garantice la previsibilidad y fortalezca la integración del sector.

Palabras clave: armonización legislativa; derecho comparado; inseguridad jurídica; Mercosur; prestadores de salud; seguro de responsabilidad civil.

Abstract: This study analyzes the legal uncertainty caused by the regulatory heterogeneity of civil liability insurance for health providers in Mercosur, which hinders the consolidation of the common market. A qualitative methodology was employed based on the comparative analysis of legislation in Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay. Results confirm the existence of substantial regulatory asymmetries that force professionals to purchase multiple policies, increasing costs and weakening confidence in the regional market. It is concluded that progressing towards legislative harmonization is urgent to guarantee predictability and strengthen the integration of the sector.

Keywords: civil liability insurance; comparative law; health providers; legal uncertainty; legislative harmonization; Mercosur.

I. Introducción

El Mercado Común del Sur (Mercosur), establecido en 1991 mediante el Tratado de Asunción, representó en ese momento un esfuerzo de integración regional entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el objetivo de consolidar la seguridad jurídica en las relaciones contractuales, así como de generar espacios de diálogo intergubernamental y cooperación.

En este marco de integración el contrato de seguro de responsabilidad civil para prestadores de servicios médico-sanitarios adquiere una relevancia particular por su desarrollo y el nivel de discusión alcanzado en este organismo intergubernamental. En este contexto los profesionales de la salud que ejercen su labor en los distintos Estados parte a menudo se enfrentan a un panorama normativo heterogéneo que regula este seguro, lo que supone un desafío significativo para la armonización y la certidumbre legal.

La presente investigación aborda el problema central que surge de esta diversidad regulatoria. El análisis responde a la interrogante sobre si la exis-

tencia de regulaciones dispares para el seguro de responsabilidad civil médico-sanitaria en cada país miembro del Mercosur genera inseguridad jurídica para los prestadores de salud y las compañías aseguradoras.

Como respuesta se plantea la hipótesis de que esta divergencia normativa produce un estado de inseguridad jurídica, la cual obliga a los profesionales e instituciones de la salud a suscribir múltiples pólizas, una por cada país en el que operan. Esto incrementa costos, complejiza la gestión de riesgos y contraviene el espíritu de un mercado común integrado.

Con el fin de abordar la pregunta que guía este artículo, la presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, en el que se empleó el análisis documental como estrategia metodológica principal. Así, el objetivo principal de este trabajo fue demostrar la existencia de esta inseguridad jurídica a través de un análisis comparativo de las legislaciones sobre el seguro de responsabilidad civil en los Estados fundadores del Mercosur. De este modo, se buscó evidenciar cómo la falta de una normativa unificada obstaculiza la libre prestación de servicios y la protección patrimonial de los actores involucrados.

La discusión de los hallazgos de la investigación subraya que, a pesar de los esfuerzos institucionales como la creación del Instituto de Seguros del Mercosur, la armonización legislativa sigue siendo una meta no alcanzada. La falta de uniformidad en aspectos clave —como la naturaleza del contrato, las coberturas, las exclusiones y los derechos del consumidor— debilita la confianza y la previsibilidad, elementos esenciales para cualquier mercado integrado.

Una regulación armonizada no sólo fortalecería la seguridad jurídica, sino que también promovería una mayor integración del sector salud, facilitaría la movilidad de profesionales y optimizaría la operación de las compañías aseguradoras en la región, lo que beneficiaría, en última instancia, tanto a los prestadores como a los pacientes.

II. Metodología

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, en el que se adoptó el análisis documental y comparado como estrategia principal. El objetivo central fue explorar el estado normativo del seguro de responsa-

bilidad civil para prestadores de servicios de salud en los Estados fundadores del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), con el fin de determinar si la heterogeneidad legislativa existente constituye una fuente de inseguridad jurídica.

Para la recolección de datos se llevó a cabo una revisión exhaustiva de fuentes primarias y secundarias. Las fuentes primarias abarcaron la normativa fundamental de cada país (constituciones, códigos civiles y de comercio, y leyes específicas de seguros y defensa del consumidor), así como el acervo jurídico del Mercosur (Tratado de Asunción, protocolos y decisiones del Consejo del Mercado Común). Por su parte, las fuentes secundarias incluyeron literatura académica especializada, y doctrina jurídica relacionada con la responsabilidad médica y el derecho de la integración. La búsqueda se realizó en bases de datos especializadas como Scielo, Scopus, WoS, Vlex o Westlaw, y en los repositorios oficiales de los congresos nacionales y organismos supervisores de seguros de la región.

La estrategia de búsqueda se estructuró mediante el uso de operadores booleanos (“AND”, “OR”) y palabras clave seleccionadas, tales como “evento adverso”, “responsabilidad médico-sanitaria”, “seguro de responsabilidad civil”, “inseguridad jurídica” y “Mercosur”. Esto permitió refinar los resultados y localizar documentos de alta pertinencia temática.

Finalmente, para el análisis de la información se aplicó la técnica de triangulación de datos. Este procedimiento consistió en contrastar las disposiciones legales nacionales con la normativa comunitaria y la doctrina especializada, lo que nos permitió identificar convergencias y asimetrías regulatorias. El estudio se estructuró de manera comparativa, al examinar las categorías jurídicas en cada legislación nacional para validar la hipótesis sobre la fragmentación normativa y sus efectos en la integración regional.

III. Resultados

La seguridad jurídica es un principio fundamental del Estado de derecho que garantiza la estabilidad en las relaciones contractuales, lo que incluye a los actos bilaterales como el contrato de seguro de responsabilidad civil para prestadores de salud. Este principio representa la certeza que tienen

las personas sobre lo que está permitido y prohibido por la ley y los tratados internacionales (Sánchez de la Torre, 1987; Alexy, 1993). Etimológicamente, el término deriva de *securitas*, que implica estar seguro de algo (Sánchez Cano, 1999, p. 13).

En el contexto de esta investigación, la seguridad jurídica se traduciría en la certeza de que las normativas que regulan la póliza de responsabilidad civil médica en los Estados miembros del Mercosur son uniformes, o al menos equivalentes. Tal uniformidad aseguraría que los derechos de los sujetos contractuales —prestador de salud y compañía aseguradora— no sean vulnerados, y que una póliza suscrita en un país miembro ofrezca una protección similar en los demás.

Así, la seguridad jurídica en este ámbito es la confianza de que las normas son uniformes y no serán alteradas arbitrariamente, sino a través de procedimientos concertados entre los países miembros (Carbonell, 2004, p. 585). Este principio adquiere especial relevancia en tanto que, en un Estado de derecho donde las autoridades están sujetas a la ley (Carbonell, 2004), las reglas deben ser estables y cualquier modificación debe ser discutida de manera previa; en este caso, de manera colegiada por los organismos pertinentes del Mercosur (Sánchez de la Torre, 1987). La actividad asegurada, la médico-sanitaria, involucra a profesionales de las cuatro nacionalidades fundadoras del bloque, cuyo patrimonio puede verse comprometido por daños a pacientes. Para salvaguardarlo suscriben seguros de responsabilidad civil.

Consciente de esto, el Mercosur creó el Instituto de Seguros del Mercosur, con la finalidad de brindar atención de forma continua y eficaz, en cuanto a todo lo atinente al desarrollo de una cultura aseguradora que contemple aspectos sociales y económicos en la región. Inicialmente cada país debió financiar sus propias actividades dentro del instituto, como las asesorías técnicas asignadas a Argentina para la prevención de riesgos (p. ej., eventos adversos por mala praxis), el estudio de una conciencia de seguridad a cargo de Paraguay, y la gestión de temas ambientales por parte de Uruguay, una labor cada vez más relevante dada la conexión entre el sector asegurador, la biodiversidad y los servicios ecosistémicos (Molina, 2024).

A continuación se presenta el análisis de las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil para prestadores sanitarios en cada uno de los países fundadores del Mercosur.

1. *El principio de seguridad jurídica en el ámbito del derecho de la integración*

Cuando un grupo de naciones decide embarcarse en un proyecto de integración, ya sea en una zona de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, la convergencia de distintos ordenamientos jurídicos nacionales hace de la seguridad jurídica el pilar fundamental sobre el cual se debe construir la confianza, la libre circulación de bienes, servicios y personas, y la prosperidad económica compartida (Insignares Cera, 2013).

La creación de un espacio regional integrado exige que las normas que lo gobiernan sean no sólo uniformes, sino también de aplicación previsible y coherente en todos los Estados miembros (Balassa, 1961; Walker, 1998). La ausencia de esta previsibilidad genera incertidumbre, erige barreras no arancelarias, incrementa los costos de transacción y desincentiva la inversión y el comercio transfronterizo. En esencia, la inseguridad jurídica socava el propósito mismo de la integración (Vilaseca i Requena, 1994).

El análisis de distintos bloques regionales revela un espectro de enfoques y de grados de éxito en la construcción de este pilar. Desde el robusto supranacionalismo de la Unión Europea (UE) hasta los modelos intergubernamentales con desafíos persistentes como el Mercosur, pasando por el comunitarismo andino y el consenso de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el tratamiento de la seguridad jurídica define en gran medida la profundidad y la eficacia de cada proyecto de integración (Fernández Guillén, 2020).

En efecto, la UE representa el ejemplo más avanzado de integración jurídica regional, donde el principio de seguridad jurídica (*legal certainty*) es un principio general del derecho de la UE, consolidado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual se ha diseñado para garantizar la máxima previsibilidad y uniformidad. Esto se logra a través de un conjunto de doctrinas y mecanismos interconectados (Balassa, 1976).

En primer lugar, los principios de *primacía* y *efecto directo* del derecho de la UE aseguran que la normativa europea prevalezca sobre las leyes nacionales en caso de conflicto, y que, bajo ciertas condiciones, pueda ser invocada directamente por los ciudadanos y empresas ante los tribunales nacionales. Esto crea un ordenamiento jurídico unificado que se aplica de manera coherente en los 27 Estados miembro.

En segundo lugar, el mecanismo de la cuestión prejudicial (*preliminary ruling*) es una herramienta esencial para la seguridad jurídica. Permite, y en algunos casos obliga, a los tribunales nacionales a consultar al TJUE sobre la interpretación o validez de una norma europea. Las sentencias del TJUE son vinculantes para todos los tribunales de la UE, lo que asegura una interpretación uniforme y evita divergencias que podrían fragmentar el mercado interior.

Además, el TJUE ha desarrollado principios derivados de la seguridad jurídica, como la protección de las expectativas legítimas, que impide a las autoridades de la Unión o nacionales frustrar las expectativas razonables que han generado en un particular, y la prohibición de la retroactividad de las normas, especialmente aquellas que imponen cargas u obligaciones (Ergashev y Farxodjonova, 2020; Basombrio, 2004; Bauböck, 2000). Este sólido marco jurídico ha sido indispensable para el funcionamiento del *mercado único*, lo que ha permitido a empresas y ciudadanos operar a través de las fronteras con un alto grado de confianza en que las reglas del juego son estables y aplicables por igual para todos (Balassa y Stoutjesdijk, 1975).

La Comunidad Andina (CAN), integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, ha desarrollado un sistema jurídico de naturaleza comunitaria que, si bien no alcanza la profundidad de la UE, posee mecanismos robustos para garantizar la seguridad jurídica. El ordenamiento jurídico andino goza de los principios de *aplicación directa* y *preeminencia* sobre el derecho interno, lo que significa que las decisiones adoptadas por la Comisión de la CAN son vinculantes y no requieren de un acto de ratificación nacional para entrar en vigor.

La pieza central de su arquitectura institucional para la seguridad jurídica es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Este órgano supranacional tiene competencia exclusiva para interpretar las normas comunitarias (interpretación prejudicial), declarar la nulidad de los actos normativos de la CAN y dirimir las controversias entre los países miembros o entre estos y los órganos del sistema. Al igual que en la UE, la interpretación prejudicial del TJCA es obligatoria para los jueces nacionales, lo que asegura una aplicación uniforme del derecho andino y evita sentencias contradictorias (Vargas-Chaves, 2025).

Asimismo, el sistema andino prohíbe explícitamente la duplicidad de procedimientos entre las instancias nacionales y las comunitarias, para evitar conflictos jurisdiccionales y decisiones contrapuestas que generarían incertidumbre. Este entramado normativo e institucional ha permitido a la CAN lograr un grado significativo de armonización en áreas clave como la propiedad intelectual, el transporte internacional y las normas aduaneras, lo que proporciona un marco previsible para los operadores económicos de la subregión.

Por otra parte, el enfoque de la ASEAN, como organismo de integración intergubernamental, se distingue por el *ASEAN Way*, una metodología que privilegia el consenso, la no interferencia en los asuntos internos y la cooperación intergubernamental por sobre el supranacionalismo. En consecuencia, la construcción de la seguridad jurídica en la ASEAN presenta un panorama diferente y más complejo. No existe un tribunal supranacional con jurisdicción obligatoria similar al TJUE o al TJCA, ni un principio de primacía del derecho regional.

La seguridad jurídica en la ASEAN se busca principalmente a través de la armonización de legislaciones y la promoción de principios como la transparencia y la previsibilidad, especialmente para facilitar el comercio y la inversión. Instrumentos como el Acuerdo Integral de Inversiones de la ASEAN (ACIA) buscan establecer reglas estables para los inversores. Sin embargo, la efectividad de estos acuerdos depende en gran medida de su transposición y aplicación en el derecho interno de cada uno de los diez Estados miembros, lo que puede dar lugar a divergencias.

Los mecanismos de solución de controversias suelen basarse en la consulta y la negociación. Aunque existen protocolos como el Mecanismo Mejorado de Solución de Diferencias, su uso es limitado y el recurso final a menudo reside en los propios líderes políticos. Por tanto, la seguridad jurídica en la ASEAN es menos un sistema legalmente vinculante desde arriba, y más el resultado de un compromiso político continuo para alinear las políticas nacionales. Esto genera un entorno con mayores desafíos para los actores transfronterizos, que deben navegar por diez sistemas legales distintos con una capa de normativa regional de carácter más blando.

Actualmente el Mercosur enfrenta su tercera década con desafíos estructurales pendientes (Fohs, 2024). En un contexto de crisis del multilateralis-

mo, donde el sector asegurador debe monitorear nuevos riesgos geopolíticos (Marin, 2024), el bloque ilustra vívidamente la tensión entre el objetivo de integración y la persistencia de barreras regulatorias que minan la seguridad jurídica. Como se detalla en este estudio, el bloque sufre de una heterogeneidad normativa que obstaculiza la consolidación de un verdadero mercado integrado. A diferencia de la CAN, donde existe una ciudadanía laboral más definida que facilita la movilidad y los derechos (Klein Vieira et al., 2025), las normas del Mercosur (decisiones, resoluciones y directivas) requieren, por regla general, un acto de incorporación por parte de cada Estado miembro para tener vigencia, lo que genera asimetrías y demoras.

La conclusión es clara: para que el Mercosur avance es un imperativo pasar de la aspiración a la acción, y unificar las legislaciones para proporcionar la seguridad jurídica que los profesionales, las empresas y los ciudadanos necesitan para operar en un mercado regional verdaderamente integrado. Hasta entonces no se podrá hablar de un derecho comunitario con carácter supranacional, sino de un modelo anclado a una permanente transición a un funcionalismo comunitario. En este contexto la seguridad jurídica no es un lujo, sino el cimiento indispensable de cualquier proyecto de integración regional.

De este modo, los distintos modelos analizados demuestran que el grado de profundidad y éxito de la integración está intrínsecamente ligado a la solidez de sus mecanismos para garantizar un entorno legal predecible y uniforme. Mientras la UE y la CAN han construido un sistema supranacional robusto que ha facilitado un mercado interior dinámico, otros bloques como el Mercosur muestran que la falta de armonización efectiva y la persistencia de asimetrías normativas continúan siendo el principal obstáculo para alcanzar plenamente sus objetivos fundacionales. La lección es universal: sin un marco jurídico claro, estable y de aplicación coherente, la promesa de la integración regional quedará siempre incompleta.

2. Mercosur y sus aspiraciones de integración

La aspiración de integración entre las naciones del sur del continente americano ha sido un proceso histórico marcado por la búsqueda de lazos económicos, políticos y jurídicos más estrechos. Los primeros esfuerzos

se materializaron en tratados de paz, amistad y comercio, enfocados en la navegación y las relaciones bilaterales (Esplugues Mota y Hargáin, 2005). Un antecedente formal fue la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada en 1960, aunque su impacto fue limitado y pronto fue reemplazada por una estructura más flexible (Esplugues Mota y Hargáin, 2005). El 12 de agosto de 1980 la firma del Tratado de Montevideo dio origen a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), cuyo objetivo explícito era el establecimiento gradual de un mercado común latinoamericano (Esplugues Mota y Hargáin, 2005).

El impulso definitivo hacia el mercado común del sur provino de la colaboración entre Argentina y Brasil, cuyos bloques en el poder han definido históricamente los ritmos de la integración (Granato y Berringer, 2024), quienes iniciaron un programa de desgravación arancelaria progresiva y automática (Esplugues Mota y Hargáin, 2005). Posteriormente, junto a Uruguay, invitaron a Paraguay a sumarse al proyecto (Esplugues Mota y Hargáin, 2005). Este proceso culminó el 26 de marzo de 1991 en Asunción, con la firma del Tratado de Asunción, que constituyó formalmente el Mercosur entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con la meta de establecer un mercado común para 1994 (Cárdenas y Navarro, 1997). Este acuerdo fue reforzado y estructurado institucionalmente ese mismo año mediante el Protocolo de Ouro Preto (Mercosur, 1994).

El Tratado de Asunción no sólo se centró en la libre circulación de bienes y servicios, sino que también previó la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte (Esplugues Mota et al., 2005, pp. 13-14). En este marco la prestación de servicios médico-sanitarios por parte de profesionales y personas jurídicas de los países miembros quedó amparada. El tratado también estableció mecanismos para regular las relaciones con terceros países, al aplicar legislaciones nacionales para contrarrestar prácticas de comercio desleal como el *dumping* (Tratado de Asunción, 1991, art. 4; Esplugues Mota y Hargáin, 2005).

Como bloque el Mercosur es miembro de la Organización Mundial del Comercio y de la ALADI, lo que le permite suscribir acuerdos regionales y extrarregionales, como los negociados con la UE. Este último proceso ha estado marcado por nudos críticos y desenlaces inciertos (Sanahuja y Rodríguez, 2024), así como fuertes influencias ideológicas, especialmente

desde Brasil (Loss de Araujo, 2025), y nuevas exigencias sobre gobernanza del uso de la tierra y sostenibilidad ambiental (Oliveira et al., 2024). También se contemplan acuerdos en el marco del Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y la CAN (Acosta Puertas, 2003; Esplugues Mota y Hargaín, 2005). La vocación de expansión del bloque se ha manifestado en el proceso de adhesión de nuevos miembros, como Venezuela y Bolivia, y en la existencia de Estados asociados, como Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuya eventual incorporación plena requeriría una mayor unificación legislativa para garantizar la seguridad jurídica (Mendoza, 2012).

Un pilar fundamental para la integración de servicios es la armonización jurídica. Las Constituciones de los países fundadores ya contemplaban la vocación de cooperación e integración supranacional (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988; Constitución de la República del Paraguay, 1992; Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1966; Cárdenas y Navarro, 1997).

En este contexto el Mercosur ha desarrollado protocolos de cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, administrativa y laboral, así como de asistencia jurídica en asuntos penales, aplicables a conflictos transfronterizos como los derivados de una mala praxis médica (Mercosur, 2025). No obstante, a pesar de la existencia de un marco institucional y de una voluntad política orientada a la armonización, la regulación específica del contrato de seguro de responsabilidad civil para prestadores de salud sigue siendo diversa en cada Estado miembro, lo que genera una brecha en la seguridad jurídica que se pretendía construir.

3. El seguro de responsabilidad civil para prestadores de salud en el ámbito del derecho de la integración de Mercosur

El contrato de seguro, en su concepción general, es un acuerdo mediante el cual una entidad aseguradora autorizada asume los riesgos que le traslada una persona natural o jurídica a cambio del pago de una prima (Palacios, 2007). Específicamente el seguro de responsabilidad civil para prestadores médico-sanitarios es un contrato por el cual un profesional de la salud o una institución (clínica, hospital) transfiere el riesgo financiero inherente a su actividad a una compañía aseguradora. A cambio de la prima que el toma-

dor-asegurado paga, el asegurador se obliga a indemnizar al paciente o a sus derechohabientes (terceros beneficiarios) en caso de que ocurra un siniestro derivado de un acto médico que genere responsabilidad.

La actividad médica está sujeta a una contingencia de riesgo constante, una invariante compartida en el dinámico mundo de los negocios y los servicios (Ghersí, 2007, p. 3). Este riesgo puede ser cubierto por el seguro de responsabilidad civil, que responde a las finalidades generales de la contratación entre el prestador sanitario y la aseguradora (Ghersí, 2007). Las instituciones de salud trasladan estos riesgos para proteger su patrimonio, y la prima que pagan se establece como una tasa de beneficio para la aseguradora, la cual se maximiza si el siniestro no ocurre (Ghersí, 2007).

A su vez, el tomador-asegurado tiene el deber de prevenir y controlar los riesgos en la medida de lo posible, lo que no sólo beneficia a la aseguradora al capitalizarse con las primas, sino también al propio asegurado, quien podría evitar el pago de deducibles (Mejía, 2008). Como señalaba Vivante (citado por Stiglitz, 2010, p. 35), con las primas recaudadas se desarrolla la industria aseguradora, y los asegurados encuentran la mejor garantía de sus derechos en la integridad del fondo que ellos mismos han suministrado.

El negocio del seguro de responsabilidad civil médica forma parte de la estructura económica del Mercosur, lo que vincula la actividad sanitaria con el objeto social exclusivo de las compañías aseguradoras. Sin embargo, como se ha mencionado, este negocio jurídico se regula de manera diferente en cada país miembro, lo que genera inseguridad jurídica (Piedecasas, 1999).

El campo de la responsabilidad médica y los seguros que la amparan está en constante evolución, con nuevos seguros, coberturas y límites que marcan las tendencias actuales y futuras (Veiga Copo, 2010, p. 25). Surgen controversias a las que la normativa general del contrato de seguro no siempre puede dar una respuesta articulada, y coexisten actividades nuevas que necesitan cobertura con figuras tradicionales cuya utilidad a veces se cuestiona (Veiga Copo, 2010).

En Argentina, por ejemplo, la ley del seguro dialoga con las normas de defensa del consumidor y con la Constitución Nacional (Congreso de la Nación Argentina, Ley 26.361, 2008). El prestador de salud, como tomador del seguro, es considerado un consumidor del servicio que le provee la aseguradora. Este tiene cargas u obligaciones, como minimizar el riesgo a través

del mantenimiento de equipos o el cumplimiento de protocolos (Ordóñez, 2002, p. 9). Es relevante destacar que no sólo el prestador es consumidor; la víctima del daño médico también puede ser considerada un consumidor indirecto del contrato (Sobrino, 2009; Zentner, 2010).

Esta interpretación no es sólo teórica, sino que tiene implicaciones prácticas, ya que otorga a la víctima todos los derechos y herramientas que la Ley de Defensa del Consumidor prevé para reclamar directamente a la compañía de seguros (Sobrino, 2010). En algunas legislaciones, como la colombiana, la víctima tiene acción directa contra el asegurador cuando ocurre el siniestro o evento adverso (Código de Comercio de Colombia, art. 1133; Ministerio de Protección Social de Colombia, Resolución 1446, 2006).

A. República Argentina

En Argentina la Constitución Nacional establece que tanto las leyes del Congreso como los tratados internacionales son ley suprema de la Nación (Constitución Nacional de Argentina, 1853). El poder legislativo ha ratificado tratados como el de Mercosur, bajo las atribuciones constitucionales que exigen mayorías especiales para tratados de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales (Constitución Nacional de Argentina, 1853, art. 75, inc. 22 y 24).

El derecho a la salud integral es una garantía constitucional, especialmente en jurisdicciones como en la ciudad de Buenos Aires, donde se lo vincula con la satisfacción de necesidades básicas y se declara que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 1996, art. 20). La nación creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el objetivo de proveer prestaciones igualitarias, integrales y humanizadas (Congreso de la Nación Argentina, Ley 23.661, 1989), y se alineó con las tendencias actuales de sostenibilidad y seguros inclusivos para el desarrollo (Escribano Gamir, 2024).

Es crucial distinguir este seguro de salud, entendido como un derecho de acceso a la atención, del seguro de responsabilidad civil, que es un contrato para proteger el patrimonio del prestador y garantizar la indemnización a las víctimas (Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 1996, art. 20). El contrato de seguro en Argentina es de naturaleza comercial, regulado

por la Ley de Seguros 17.418 y, supletoriamente, por la legislación civil (Congreso de la Nación Argentina, Ley 17.418, 1967). Las entidades aseguradoras tienen un objeto social exclusivo y no pueden realizar actividades diferentes a la producción y comercialización de seguros (Stiglitz, 2001). Sólo pueden operar como sociedades anónimas o cooperativas, una restricción que la delegación argentina en Mercosur ha defendido para garantizar la solvencia, junto con la exigencia de capitales mínimos y un régimen impositivo y de reaseguros estricto (Palao Moreno y Piedecabras, 2005, p. 438; Stiglitz, 2010, p. 40).

El seguro es un contrato aleatorio, pues implica una contingencia incierta de ganancia o pérdida (Palacios, 2007, p. 14). Los elementos esenciales del contrato, que deberían ser homogéneos en todo el Mercosur, son el interés asegurable (la relación económica del prestador con su patrimonio), el riesgo asegurable (el evento futuro e incierto), la prima (el precio del seguro) y la obligación condicional del asegurador (Ordóñez, 2002, p. 42; Stiglitz, 2010, p. 38).

La Ley de Defensa del Consumidor (Ley 26.361) es aplicable a la relación entre el tomador (prestador de salud) y la aseguradora. Aunque los servicios de profesionales liberales están excluidos, la relación contractual con la aseguradora sí cae bajo esta protección (Congreso de la Nación Argentina, Ley 26.361, 2008). Esto tiene implicancias prácticas, ya que la víctima del daño puede ser considerada un consumidor indirecto y beneficiarse de las protecciones de esta ley para reclamar a la aseguradora (Sobrino, 2009, 2010).

En cuanto a las obligaciones, el asegurado debe informar el siniestro en un plazo de tres días desde su conocimiento (Congreso de la Nación Argentina, Ley 17.418, 1967, art. 115). No debe reconocer su responsabilidad ni celebrar transacciones sin la anuencia del asegurador (art. 116). Sin embargo, la aseguradora no se libera de su obligación de pago si el asegurado, durante un interrogatorio judicial, reconoce hechos que derivan en su responsabilidad (art. 116). Notablemente la ley argentina estipula que la culpa grave del asegurado no es asegurable, al igual que el dolo, una disposición que puede lesionar los intereses del prestador de salud al dejar su patrimonio desprotegido en ciertos casos (art. 114).

La Superintendencia de Seguros de la Nación, un ente público descentralizado dependiente del Ministerio de Economía, es la autoridad de con-

trol que vigila que las aseguradoras operen conforme a la ley, lo cual protege los derechos de los tomadores (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, s. f.).

B. *Uruguay*

En la República Oriental del Uruguay el contrato de seguro es mencionado en el Código Civil como un contrato aleatorio, junto al juego o la apuesta (Código Civil de la República Oriental del Uruguay, art. 2167). Sin embargo, es el Código de Comercio el que lo define de manera general como un contrato por el cual una de las partes se obliga mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño que podría sufrir por un acontecimiento incierto (Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay, art. 634). Aunque el seguro de responsabilidad civil no está clasificado explícitamente, Uruguay considera vitales para el desarrollo regional ciertos seguros, entre ellos, los seguros obligatorios de responsabilidad civil para prestadores de salud (Palao Moreno y Piedecosas, 2005, p. 438).

La Constitución uruguaya refleja una fuerte vocación por la integración social y económica de los países latinoamericanos y la complementación de servicios públicos como la salud (Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, s. f.). Además, promueve el uso del arbitraje y otros medios pacíficos para resolver disputas en los tratados internacionales que celebre la República (Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, art. 6).

Al ser parte de Mercosur, Uruguay acepta los actos jurídicos creados por el organismo, los cuales tienen efectos vinculantes sin necesidad de ratificación posterior, lo que teóricamente debería facilitar la armonización normativa (Scembri, 1997, citado por Cárdenas y Navarro, 1997). Sin embargo, la delegación uruguaya, al igual que otras, ha expresado inquietudes sobre los mecanismos de supervisión y el acceso a los mercados nacionales de seguros, más allá de los conceptos técnicos de cada póliza (Palao Moreno y Piedecosas, 2005, p. 437).

Para abordar estas preocupaciones, se crearon autoridades supervisoras en el marco del Mercosur con el mandato de intercambiar información, estudiar la normatividad de cada país e instaurar políticas de supervisión coor-

dinadas (Mercosur, 1999). Estas autoridades promueven seminarios y cursos para intercambiar conocimientos sobre la actividad aseguradora, la siniestralidad y los riesgos asegurables, como las lesiones o la muerte de un paciente (Mercosur, 1999; Ordóñez, 2002).

Una característica defendida para el seguro de responsabilidad civil es que sea consensual, para agilizar los negocios jurídicos y evitar la dependencia de anexos temporales mientras se expedía la póliza formal (Palacios, 2007, pp. 13-14). Se considera que el contrato se forma desde las tratativas precontractuales, donde las partes asumen derechos y deberes, aspecto que deben tener presente los intermediarios de seguros (Stiglitz, 2010, p. 78).

C. Paraguay

En la República del Paraguay los tratados internacionales como el de Mercosur, una vez aprobados por el Congreso, forman parte del ordenamiento legal interno y se sitúan en un alto orden de prelación, justo debajo de la Constitución (Constitución Política de la República del Paraguay, 1992, arts. 137, 141). Las relaciones internacionales del país se rigen por principios de independencia, autodeterminación, igualdad jurídica entre los Estados, solidaridad y cooperación internacional (Constitución Política de la República del Paraguay, 1992, art. 143).

El seguro de responsabilidad civil en Paraguay está regulado por la legislación civil. Un análisis comparativo revela que las disposiciones del Código Civil paraguayo sobre este seguro son notablemente similares a las de la Ley de Seguros de Argentina. Por ejemplo, el artículo 1644 del Código Civil de Paraguay establece que

por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar, por el asegurado, cuando este llegue a deber a un tercero debido a la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido. (Congreso de la Nación Paraguaya, Ley 1.183, art. 1644)

Esta redacción es casi idéntica a la del artículo 109 de la ley argentina (Congreso de la Nación Argentina, Ley 17.418, 1967, art. 109). Esta similitud

se extiende a los artículos subsiguientes, lo que genera una base de seguridad jurídica para los prestadores y aseguradoras que operan en ambos países.

Desde la perspectiva del Mercosur, las autoridades de supervisión de seguros, incluyendo la paraguaya, tienen la responsabilidad de verificar la solvencia, gestión de riesgos y control interno de las aseguradoras, lo cual otorga confianza a los tomadores de que las indemnizaciones serán cubiertas en caso de siniestro (Mercosur, 1999). El riesgo, en este contexto, debe analizarse con base en índices de siniestralidad, y debe ser disperso, no concentrado (Stiglitz, 2010, p. 40).

Para fortalecer aún más la seguridad jurídica, se ha propuesto que la legislación paraguaya, en línea con una regulación unificada, defina claramente al tomador del seguro (la clínica u hospital) y al beneficiario (el paciente) (Narváez, 2004, p. 70). Asimismo, deben consagrarse de manera explícita las obligaciones principales de las partes: para el asegurador, la de pagar el siniestro; para el prestador, la de pagar la prima y cumplir con las garantías y protocolos (Palacios, 2007, p. 14; Ordóñez, 2002, p. 10). El contrato de seguro es de ejecución sucesiva, pues el riesgo está presente durante toda su vigencia (Palacios, 2007, p. 16).

D. Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil otorga competencia al Congreso Nacional para resolver sobre tratados internacionales que impliquen compromisos gravosos para el patrimonio nacional (Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, art. 49). La participación en el Mercosur ha incrementado las transacciones y, con ello, la necesidad de una regulación de seguros que genere seguridad jurídica para los prestadores de salud que se movilizan entre los países miembros.

Brasil ha sido un proponente activo de que el Mercosur adopte modelos de las directivas de la comunidad europea, los adecue a la región y se avance en la armonización (Palao Moreno y Piedecosas, 2005, p. 438). Esto implicaría definir conceptos técnicos de manera uniforme, como márgenes de solvencia, fondos de garantía, coberturas y exclusiones (Palao Moreno y Piedecosas, 2005).

El Código Civil brasileño regula el seguro de responsabilidad civil, y establece que la aseguradora garantiza el pago de los daños debidos por el asegurado a terceros (Congreso Nacional de Brasil, Ley 10.406, 2002, art. 787). Tan pronto como el prestador de salud conozca la ocurrencia de un hecho dañoso, debe notificarlo a la aseguradora (art. 787, núm. 1). Al igual que en otras jurisdicciones, el asegurado no debe reconocer su responsabilidad sin el consentimiento de la aseguradora (art. 787, núm. 2). El pago de la prima hace que el contrato sea oneroso. La ley también especifica que, en este tipo de seguro, la indemnización por el siniestro será pagada por la aseguradora directamente al tercero perjudicado (art. 788).

Desde el Instituto de Seguros del Mercosur, y con la participación de Brasil, se ha intentado organizar la información y elaborar estadísticas normalizadas a nivel regional sobre la producción y siniestralidad de los diferentes ramos de seguros. Sin embargo, la información suministrada por los Estados ha sido insuficiente, lo que ha llevado a acordar un mayor control por parte de las autoridades de supervisión de cada país. Esta información es considerada privilegiada y está sujeta a secreto profesional, pero su intercambio es vital para la disciplina legal del sector (Mercosur, 1999; Palao Moreno y Piedecabras, 2005, p. 437).

IV. Discusión

Los resultados del análisis normativo comparado revelan una tensión fundamental en el seno del Mercosur: la coexistencia de un objetivo de integración profunda y la persistencia de una fragmentación regulatoria en áreas clave como el seguro de responsabilidad civil médico-sanitaria. Esta disparidad confirma la hipótesis central del estudio y pone de manifiesto que la seguridad jurídica es, en este ámbito, más una aspiración que una realidad consolidada. La falta de un marco legal uniforme no es una cuestión técnica; tiene implicaciones directas sobre la viabilidad de un mercado común de servicios de salud, la protección patrimonial de los profesionales y la garantía de una reparación efectiva para los pacientes.

Un primer punto de discusión es la consecuencia práctica de esta inseguridad jurídica. Un profesional de la salud o una institución que desee ofrecer

sus servicios en Argentina, Brasil y Uruguay se ve forzado a navegar por tres sistemas legales distintos y, en consecuencia, a contratar tres pólizas de seguro diferentes.

Este escenario contradice directamente el principio de libre circulación de servicios, uno de los pilares del Tratado de Asunción. La necesidad de múltiples contratos no sólo incrementa los costos administrativos y financieros, sino que también introduce una complejidad innecesaria en la gestión del riesgo. Un prestador debe asegurarse de que cada póliza cumple con los requisitos específicos de cada jurisdicción, que pueden variar en aspectos tan fundamentales como la definición de culpa asegurable, los límites de indemnización, los plazos de prescripción y los derechos del consumidor.

La convergencia normativa entre Argentina y Paraguay emerge como un caso de estudio interesante. La similitud casi textual entre sus legislaciones sobre el seguro de responsabilidad civil crea un clima de seguridad jurídica entre ambos países. Esto sugiere que la armonización no es un objetivo inalcanzable.

Esta convergencia podría servir como modelo o punto de partida para una iniciativa de unificación más amplia en el bloque. Sin embargo, el hecho de que esta similitud parezca más una coincidencia histórica o una influencia legislativa mutua que el resultado de un esfuerzo concertado del Mercosur, subraya la falta de un impulso político sostenido para la armonización sectorial.

Ante este panorama, surge un interrogante sobre cuál es la modalidad jurídica idónea para materializar dicha armonización en un bloque caracterizado por su intergubernamentalidad. La primera vía posible es la reforma legislativa interna coordinada, donde cada Estado miembro, de manera soberana pero concertada, modifica sus códigos civiles o leyes de seguros para converger hacia un estándar común. Esta opción, si bien respeta la autonomía legislativa nacional y evita la complejidad de negociar tratados internacionales, carece de garantías de permanencia, pues cualquier modificación unilateral futura en un país volvería a fragmentar el mercado, lo que perpetuaría la incertidumbre que Fernández Guillén (2020) identifica en los modelos de integración que no logran superar la fase intergubernamental.

Una segunda alternativa, más eficaz, sería la adopción de normas de derecho derivado, específicamente a través de una *decisión* del Consejo del Mercado

Común. Este instrumento permitiría establecer directrices obligatorias sobre las coberturas mínimas y la naturaleza del riesgo asegurable. Sin embargo, como advierten Klein Vieira et al. (2025), el principal obstáculo del Mercosur radica en que estas normas carecen de efecto directo inmediato y requieren un acto de incorporación interna por parte de cada Estado. Este proceso de “internalización” a menudo genera asimetrías temporales y sustanciales, lo que diluye la eficacia de la norma comunitaria y retrasa la seguridad jurídica que se pretende alcanzar.

Por ende, la opción de celebrar un acuerdo o protocolo específico sobre responsabilidad civil médica, en el marco del Tratado de Asunción, se convierte en una vía intermedia de gran potencial. Un acuerdo de esta naturaleza, sujeto a ratificación parlamentaria, otorgaría a la regulación una jerarquía normativa superior a las leyes internas ordinarias en la mayoría de los Estados miembros, lo cual blindaría al sistema contra cambios legislativos domésticos coyunturales y ofrecería la estabilidad que Balassa (1961) consideraba esencial para la integración económica.

No obstante, la viabilidad política de un nuevo protocolo es compleja en el actual contexto de nudos críticos que atraviesa el bloque, como señalan Sanahuja y Rodríguez (2024). Por ello, una estrategia híbrida, que además podría ser la más práctica, es la de utilizar la convergencia normativa ya existente entre Argentina y Paraguay como base para una “ley modelo” promovida desde el Mercosur. Esta ley modelo no sería vinculante *per se*, pero serviría de “plantilla” técnica para que los legisladores de Brasil y Uruguay ajusten sus normativas, y facilitaría una armonización por aproximación progresiva, en lugar de una imposición supranacional.

Esta aproximación técnica permitiría abordar los “nuevos riesgos geopolíticos” y sistémicos que Marín (2024) sugiere que el sector asegurador debe monitorear, al integrarlos en una normativa moderna que contemple no sólo la reparación del daño, sino también la gestión preventiva del riesgo sanitario transfronterizo. La armonización mediante reformas internas guiadas por una directriz regional evitaría la parálisis que a menudo sufren los grandes acuerdos diplomáticos, lo que permitiría avances sectoriales concretos en plazos más breves.

En última instancia, la elección entre estas modalidades no es solamente técnica, sino que define la profundidad de la integración. Si se opta por man-

tener el *statu quo* de reformas aisladas, el bloque continuará operando bajo una lógica de cooperación vecinal y no de mercado común. Por el contrario, avanzar hacia normas de derecho derivado con mecanismos de incorporación ágiles, tal como lo prevé el Protocolo de Ouro Preto, enviaría una señal clara a los mercados de seguros sobre la seriedad del compromiso regional con la seguridad jurídica.

En conclusión, para superar las asimetrías detectadas se propone que el Grupo Mercado Común impulse una resolución que establezca los “Principios rectores del seguro de responsabilidad civil Sanitaria en el Mercosur”. Esta norma de derecho derivado, aunque requiera internalización, fijaría un piso mínimo de protección y definiciones comunes sobre la culpa y el dolo, lo que obligaría a los Estados a adaptar sus legislaciones internas (reforma legislativa) bajo un marco de coherencia regional, y así se equilibraría la soberanía nacional con la necesidad imperiosa de certeza jurídica transfronteriza.

La creación del Instituto de Seguros del Mercosur fue un paso institucional en la dirección correcta, pero los hallazgos indican que su eficacia ha sido limitada. La insuficiencia en el suministro de datos estadísticos sobre siniestralidad, como se señala en el caso de Brasil, impide la elaboración de políticas basadas en evidencia y la creación de un mercado de reaseguros regional más robusto.

Sin datos fiables y estandarizados es imposible para las aseguradoras calcular primas de manera precisa para una póliza de alcance regional; y para los reguladores, diseñar un marco normativo que equilibre la solvencia del sistema con la protección de los asegurados. El instituto parece operar más como un foro de cooperación e intercambio de información que como un órgano con la capacidad de impulsar y ejecutar una agenda de armonización vinculante.

Otro aspecto crucial de la discusión es el tratamiento del paciente como consumidor. El enfoque de Argentina, que aplica su Ley de Defensa del Consumidor a la relación contractual del seguro y extiende la protección a la víctima como consumidor indirecto, representa una vanguardia en la protección de los derechos del paciente. Esta perspectiva contrasta con las regulaciones más tradicionales de otros miembros, que se centran principalmente en la relación bilateral entre asegurador y asegurado.

Una normativa unificada del Mercosur debería debatir e idealmente adoptar este enfoque protector, pues alinea el contrato de seguro con los principios de derechos humanos y acceso a la justicia que el propio bloque se compromete a respetar. La divergencia en este punto es particularmente problemática, ya que significa que los derechos de una paciente, víctima de un evento adverso, pueden variar drásticamente dependiendo del país donde ocurrió el hecho.

Finalmente, la diferencia en la regulación de la culpa grave es un claro ejemplo de la inseguridad jurídica. Mientras que la ley argentina la excluye explícitamente de la cobertura, y lesiona potencialmente al prestador de buena fe que comete un error grave pero no doloso, otras legislaciones pueden tener un enfoque distinto.

Un profesional que cruza una frontera para realizar un procedimiento podría encontrarse, sin saberlo, sin cobertura para un tipo de error que en su país de origen sí estaría amparado. Esta incertidumbre es precisamente lo que un mercado común debería eliminar. La armonización, por tanto, no debe ser sólo formal, sino que debe abordar estas cuestiones sustantivas para crear un entorno de previsibilidad real para todos los actores involucrados.

V. Conclusiones

El análisis documental y bibliográfico confirmó que la normativa que regula el seguro de responsabilidad civil para prestadores de servicios sanitarios en los países fundadores del Mercosur es heterogénea. Esta diversidad regulatoria confirma la hipótesis planteada al inicio del estudio: la falta de un marco legal uniforme genera una significativa inseguridad jurídica para los prestadores de salud —sean profesionales o instituciones— y para el sector asegurador que opera en la región.

La consecuencia más directa de esta situación es que un prestador sanitario que ejerce su actividad de forma simultánea en Argentina, Brasil y Uruguay debe suscribir una póliza de responsabilidad civil independiente en cada uno de estos países. Este requisito no sólo representa una barrera económica y administrativa, sino que contraviene el espíritu de integración y libre

circulación de servicios que promueve el Mercosur. La necesidad de contratar múltiples seguros fragmenta el mercado, impide la creación de economías de escala y somete a los profesionales a un complejo mosaico de obligaciones y coberturas dispares.

El análisis comparativo reveló una notable excepción a esta divergencia: las legislaciones de Argentina y Paraguay presentan una similitud casi idéntica en lo que respecta al seguro de responsabilidad civil. Este hallazgo es de suma importancia, ya que demuestra que la armonización legislativa es un objetivo factible y, además, ofrece un modelo potencial que podría ser analizado, complementado y propuesto como base para una futura normativa común por parte del Instituto de Seguros del Mercosur.

Por lo tanto, se propone que los Estados parte del Mercosur avancen decididamente hacia la unificación de sus legislaciones en torno al seguro de responsabilidad civil para prestadores de salud. La creación de una normativa común otorgaría la tan necesaria seguridad jurídica a todos los actores involucrados. Para los prestadores sanitarios, significaría tener la certeza de que, al movilizarse para ejercer su profesión en cualquier país miembro, estarán amparados por una legislación uniforme y previsible. Para las compañías aseguradoras, la unificación abriría la posibilidad de diseñar y ofrecer una única póliza regional, que optimice sus operaciones y se adapte mejor a las necesidades de los profesionales que trabajan de manera transfronteriza.

En suma, la armonización no sólo fortalecería el principio de seguridad jurídica, sino que también actuaría como un catalizador para una integración más profunda del sector salud en el Mercosur, lo que fomentaría la colaboración, la movilidad profesional y, en última instancia, garantizaría una protección más robusta y coherente tanto para quienes prestan los servicios como para los pacientes que los reciben.

VI. Referencias

Acosta Puertas, J. (2003). El ALCA en presente: una mirada desde países no desarrollados. *Colombia Internacional*, (58), 220-230.

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Balassa, B. (1961). *The theory of economic integration*. George Allen and Unwin Ltd.
- Balassa, B. (1976). Types of economic integration. En F. Machlup (Ed.), *Economic integration worldwide, regional, sectoral* (pp. 17-40). Palgrave Macmillan.
- Balassa, B., y Stoutjesdijk, A. (1975). Economic integration among developing countries. *Journal of Common Market Studies*, 14(1), 37-57.
- Basombrio, I. (2004). Integración andina: instituciones y derecho comunitario [Documento de trabajo]. En *Actas del Taller Internacional Integración Regional-Lecciones de la experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina, São Paulo, 20-21 octubre de 2004* (pp. 10-53).
- Bauböck, R. (2000). Political community beyond the sovereign state: supranational federalism and transnational minorities [Working Paper]. Austrian Academy of Sciences.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Cárdenas, J., y Navarro, M. E. (1997). *El Mercosur y sus instituciones jurídicas* [Tesis de grado]. Universidad Externado de Colombia.
- Oliveira, S. E. M. C. de, Visentin, J. C., Pavani, B. F., Branco, P. D., Maria, M. de, y Loyola, R. (2024). The European Union-Mercosur Free Trade Agreement as a tool for environmentally sustainable land use governance. *Environmental Science and Policy*, 161, 103875. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2024.103875>
- Ergashev, I., y Farxodjonova, N. (2020). Integration of national culture in the process of globalization. *Journal of Critical Reviews*, 7(2), 477-479.
- Escribano Gámir, M. C. (Ed.). (2024). *Sostenibilidad y desarrollo. Seguros inclusivos*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.
- Esplugues Mota, C. y Hargáin, D. (Eds.). (2005). *Derecho del comercio internacional; Mercosur-Unión Europea*. Editorial Reus; Editorial B de F.
- Fernández Guillén, O. E. (2020). ¿Supranacionalidad o intergubernamentalismo?: los casos ASEAN y Mercosur. *Informe Integrar*, (124), 16-37. <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/160019>
- Fohs, M. (2024). El Mercosur frente a su tercera década. *Revista Política Austral*, 3(1), 15-41. <https://doi.org/10.26422/RPA.2024.0301.foh>

- Gherzi, C. A. (2007). *Contrato de seguro*. Astrea.
- Granato, L., y Berringer, T. (2024). Mercosur y los bloques en el poder en Brasil y Argentina (1991-2022). *América Latina en la Historia Económica*, 31(3), 1-15. <https://doi.org/10.18232/20073496.1438>
- Insignares Cera, S. (2013). La UNASUR: ¿integración regional o cooperación política? *Revista de Derecho*, (40), 167-198. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/5925>
- Loss de Araujo, F. (2025). Influencia ideológica de Brasil en la conclusión del acuerdo de principio entre el Mercosur y la Unión Europea. *Estado y Comunidades; Revista de Políticas y Problemas Públicos*, 2(21), 107-126. https://doi.org/10.37228/estado_comunes.424
- Marín, R. W. (2024). La crisis del multilateralismo: ¿Por qué el sector asegurador debe monitorear los riesgos geopolíticos? *Revista Fasecolda*, (196), 42-46. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/1041>
- Mejía, H. (2008). *Riesgos y seguros*. Editorial Papiro.
- Mendoza, L. F. (2012, junio 30). Mercosur acepta a Venezuela como su quinto miembro a partir del 31 de julio. *Diario La República de Colombia*.
- Mercosur. (1994). Protocolo de Ouro Preto. http://www.mercosur.int/innovaportal/file/721/1/cmc_1994_protocolo_ouro_preto_es.pdf
- Mercosur. (1999). Decisión núm. 008/99; Convenio de Cooperación entre Autoridades Supervisoras de Empresas Aseguradoras. http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_008_099_Conv-Coop_Autorid-Empr_Aseguradoras_Acta%202_99.PDF
- Mercosur. (2025). Protocolos y Acuerdos. http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2#politico
- Molina, C. (2024). El sector asegurador, la biodiversidad y los servicios ecosistémicos. *Revista Fasecolda*, (196), 22-25. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/1036>
- Narváz, J. (2004). *El contrato de seguro en el sector financiero*. Liberia Ediciones del Profesional LTDA.
- Ordóñez, A. E. (2002). *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Universidad Externado de Colombia.
- Palacios Sánchez, F. (2007). *Seguros: Temas esenciales, aspectos jurídicos, ramos y pólizas técnica de seguros, la empresa de seguros*. Ediciones ECOE.

- Palao Moreno, G. y Piedecabras, M. A. (2005). Otros contratos. En C. Espluggues Mota y D. Hargáin (Eds.), *Derecho del comercio internacional; Mercosur-Unión Europea* (pp. 437-488). Editorial Reus; Editorial B de F.
- Piedecabras, M. A. (1999). *Régimen legal del seguro. Ley 17.418*. Rubinzal Culzoni. República Argentina. (s. f.). Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación. Ministerio de Economía. <http://www.mecon.gov.ar/ministerio-de-economia-y-finanzas-publicas/>
- República Argentina. (1853). Constitución Nacional de Argentina.
- República Argentina. (1967). Congreso de la Nación Argentina. Ley de Seguros 17.418. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/35000-39999/39520/norma.htm>
- República Argentina. (1989). Congreso de la Nación Argentina. Ley del Sistema Nacional del Seguro de Salud 23.661.
- República Argentina. (1996). Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. <http://www.legislatura.gov.ar/documentos/constituciones/constitucion-ciudad.pdf>
- República Argentina. (2008). Congreso de la Nación Argentina. Ley de Defensa del Consumidor 26.361. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/135000-139999/139252/norma.htm>
- República de Colombia. (1971). Código de Comercio de Colombia. Decreto 410.
- República de Colombia. (2006). Ministerio de Protección Social de Colombia. Resolución núm. 1446.
- República del Paraguay. (1985). Congreso de la Nación Paraguaya. Código Civil de Paraguay. Ley 1.183. http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_paraguay.pdf
- República del Paraguay. (1992). Constitución Política de la República de Paraguay. http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm
- República Federativa de Brasil. (1988). Constitución Política de la República Federativa de Brasil. <http://www.cepal.org/oig/doc/BRA1988ConstitucionFederal.pdf>
- República Federativa de Brasil. (2002). Congreso Nacional de Brasil. Ley 10406. Código Civil Brasileño. <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-brasil.pdf>

- República Oriental del Uruguay. (s. f.). Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay. Poder Legislativo. <http://www.rau.edu.uy>
- República Oriental del Uruguay. (1865). Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay. <http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoComercio/1997/I2T9.htm>
- República Oriental del Uruguay. (1967). Constitución Política de la República Oriental del Uruguay. <http://www0.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>
- República Oriental del Uruguay. (1994). Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Ley núm. 16.603. http://200.40.229.134/codigos/codigocivil/2002/cod_civil.htm
- Sanahuja, J. A., y Rodríguez, J. D. (2024). Unión Europea y Mercosur: Cuatro nudos ¿y un desenlace? *Nueva Sociedad*, (311), 17-26. <https://nuso.org/articulo/311-UE-y-mercosur-cuatro-nudos-un-desenlace/>
- Sánchez Cano, J. (1999). *El debate sobre el concepto de seguridad* (1980-1997). Instituto de Ciencias Políticas y Sociales.
- Sánchez de la Torre, A. (1987). *El derecho en la aventura europea de la libertad*. Editorial Reus.
- Sobrinó, W. (2009). *Consumidores de seguros*. Editorial La Ley.
- Sobrinó, W. (2010). Las aplicaciones a la ley de seguros por la aplicación de la normativa consumerista. En *III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Buenos Aires. <http://www.segurosaldia.com/interior/20100917/las-modificaciones-a-la-ley-de-seguros-por-aplicacion-de-la-normativa-consumerista-art-42-de-la-carta-magna-leyes-24-240-24-999-26-361/>
- Stiglitz, R. S. (2001). *Derecho de seguros I*. Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. S. (2010). *Temas de derecho de seguros*. Editorial Ibáñez.
- Tratado de Asunción. (1991). http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf
- Vargas-Chaves, I. (2025). *Derecho internacional*. Editorial Ibáñez.
- Veiga Copo, A. (2010). *Caracteres y elementos del contrato de seguro: Póliza y clausulado*. Editorial Biblioteca Jurídica Dike.
- Esplugues Mota, Carlos, Uriondo de Martinoli, A., y Fernández Masiá, E. (2005). Estructura institucional del comercio internacional. En C. Esplu-

- gues Mota y D. Hargaín (Eds.). *Derecho del comercio internacional; Mercosur-Unión Europea* (pp. 3-76). Editorial Reus; Editorial B de F.
- Klein Vieira, L., Calderón Marenco, E. A., y Ravelo-Franco, G. (2025). La ciudadanía laboral en la CAN y Mercosur: un análisis sobre derechos, movilidad y normas laborales en procesos de integración regional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, (130), 17-59. <https://doi.org/10.9732/2025.V130.1296>
- Vilaseca i Requena, J. (1994). *Los esfuerzos de Sísifo; La integración económica en América Latina y el Caribe*. Editorial Los Libros de la Catarata.
- Walker, N. (1998). Sovereignty and differentiated integration in the European Union. *European Law Journal*, 4(4), 355-388. <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00058>
- Zentner, D. (2010). *El contrato de consumo*. Editorial La Ley.

Cómo citar

IJJ-UNAM

López-Oliva, José, Vargas-Chaves, Iván, y Alarcón Peña, Andrea, “El principio de seguridad jurídica en el derecho de la integración: Un estudio de las asimetrías normativas del seguro médico en el Mercosur”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20299. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20299>

APA

López-Oliva, J., Vargas-Chaves, I., & Alarcón Peña, A. (2026). El principio de seguridad jurídica en el derecho de la integración: Un estudio de las asimetrías normativas del seguro médico en el Mercosur. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20299. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20299>

Are They Still Here? Transitional Justice Experiences in the Southern Cone and Reactionary Movements¹

*¿Siguen aquí? Experiencias de justicia transicional
en el Cono Sur y movimientos reaccionarios*

Thyerrí José Cruz Silva

 <https://orcid.org/0000-0001-7250-0790>

Tiradentes University, Brazil

Email: thyerricruzdireito@gmail.com

Fran Espinoza

 <https://orcid.org/0000-0001-7882-5449>

Tiradentes University, Brazil

Email: espinoza.fran@gmail.com

Hannah Silva Linhares

 <https://orcid.org/0000-0002-3241-1512>

Tiradentes University, Brazil

Email: hannahlinhares@ces.uc.pt

Received: September 2, 2025

Accepted: January 5, 2026

Published: February 19, 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20521>

¹ This work was carried out with the support of the Brazilian Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES) —Funding Code 001.

Abstract: Transitional justice processes aim to break with a dictatorial past, repair harm to victims, and prevent future human rights violations. Conversely, reactionary movements—characterized by nostalgia for authoritarian periods—can undermine transitional justice at both political-institutional and social levels through their societal reach and ascent to national power. These relationships require deeper academic inquiry due to insufficient scholarly discussion. This article analyzes potential connections between transitional justice in Argentina, Brazil, and Chile amid reactionary movements and their rise to power. The hypothesis posits that “the greater the social and political rise of reactionary movements in Latin America, the weaker the commitment to transitional justice processes”. Using qualitative bibliographic and documentary research, this study contributes to exploring associations between ongoing—never fully completed—transitional justice measures and still-present reactionary movements, as the title suggests, which emerge at different social and political moments.

Keywords: Latin America; Southern Cone; military dictatorship; transitional justice; reactionary movements.

Resumen: Los procesos de justicia transicional buscan romper con el pasado dictatorial, reparar a las víctimas y prevenir nuevas violaciones de derechos humanos. Por el contrario, los movimientos reaccionarios son nostálgicos de los períodos autoritarios, lo que puede socavar la justicia transicional a nivel político-institucional y social, a través de su alcance social y su ascenso al poder nacional. Por esta razón dichas relaciones requieren una investigación académica más profunda. El presente artículo analiza las posibles conexiones entre la justicia transicional en Argentina, Brasil y Chile, en medio de los movimientos reaccionarios y sus ascensos al poder. Se parte de la siguiente hipótesis: “Dada la creciente presencia de actores sociales reaccionarios, existe un rechazo a la justicia transicional”. Mediante el uso de bibliografía cualitativa e investigación documental, este estudio contribuye al debate de las asociaciones entre las medidas de justicia transicional en curso—en constante construcción—y los movimientos reaccionarios todavía presentes en el Cono Sur.

Palabras clave: América Latina; Cono Sur; dictadura militar; justicia transicional; movimientos reaccionarios.

I. Introduction

The decades from the 1960s to the 1980s were distressing and pivotal for several Latin American countries—notably Argentina, Brazil, and Chile—that experienced markedly violent military dictatorships. Despite undergoing redemocratization processes without institutional ruptures, these countries engaged in transitional justice efforts aimed at preserving victims’ memories, holding perpetrators accountable, and preventing the recurrence of human rights violations committed by state agents driven by dominant political ideologies.

Over the past decade, beginning in 2015, various countries in the region have experienced political shifts at the national level. These changes resulted from reactionary movements that brought conservative presidents to power—leaders with varying degrees of authoritarianism and controversial stances on past military dictatorships in their respective countries. This includes opposition to transitional justice mechanisms such as truth commissions, civil and criminal accountability, and symbolic reparations.

The growing popular adherence to reactionary movements, alongside governance by authorities who deny or downplay the historical importance and necessity of redress for state crimes committed during dictatorships, may lead to the undermining of transitional justice policies. This is true even when such policies are ongoing, including monthly reparations, symbolic gestures, and active prosecutions of human rights violators.

It is a fact that reactionary movements are still present. In Latin America—in countries marked by the legacy of military regimes—denialism, ignorance of past violations, and even spontaneous or explicit preference for military governments persist. The question remains whether, and if so how, contemporary reactionary movements have hindered transitional justice processes that require not only state action but also vigilant societal support.

Therefore, the question asked is that: can it be affirmed that the reactionary movements of the most recent Latin American political cycle have interfered with transitional justice experiences in Argentina, Brazil, and Chile? Our working hypothesis is that “given the growing presence of reactionary social actors, there is a rejection of transitional justice”.

Our model of analysis employs the level of respect for transitional justice processes as the dependent variable, measurable through observables such as the maintenance or dismantling of truth commissions, legislative changes affecting reparations, public statements by state officials, and judicial efforts in accountability. The analysis is structured around three main independent variables, derived from the complex array of factors identified in the literature and comments, which must be clearly systematized: (1) intensity of reactionary cycles: the degree of social and political rise of reactionary movements, measured by their electoral success and popular adherence, as well as the open denialism or glorification of the dictatorships present in their discourse and government actions; (2) balance of power and institu-

tional context: the relationship between political, military, and social forces at the time of the transitional process and during the reactionary cycle. This includes considering the specific characteristics of the dictatorships and the temporal gap between transition and transitional justice implementation (notably in Brazil), which influences institutional resilience; (3) ideological polarization and culture of rights: the general ideological climate concerning human rights and the dictatorial past among the population, analyzed through public opinion data and the extent of civil society mobilization.

This paper aims to analyze the potential relationship between transitional justice in Argentina, Brazil, and Chile and the rise of reactionary movements to power. The discussion is warranted due to the lack of scholarly work exploring the intersections between transitional processes and reactionary movements in these countries —despite the latter’s broad popular appeal and rise to power through democratic elections.

The choice of these countries is derived from the fact that they are part of the Southern Cone, experienced military dictatorships between the 1960s and 1980s, and later implemented transitional justice processes, although Brazil stands out for its nearly three-decade delay in doing so. Additional similarities arise from the fact that all three countries experienced the most recent conservative political cycle, which began in the second half of the 2010s, during which the growth of reactionary movements was observed, including revisionism —if not open praise for the dictatorships— and opposition to transitional justice measures

The structure of this study begins with reflections on the relationship between reactionary ideologies, Latin American military dictatorships, and the human rights violations they committed, with a focus on Operation Condor. Next, it presents the key concepts and components of transitional justice as a post-dictatorial mechanism for reparation, accountability, and memory. Finally, it offers an analysis and discussion of potential limitations to transitional justice in the three countries arising from the presence —and electoral success— of reactionary movements in the recent conservative political cycle, drawing on public opinion data on democracy, dictatorship, human rights, and transitional justice.

This is a qualitative study that includes a literature review on Latin American military dictatorships (Figuroa Ibarra, 2001; Romero, 2014; Valencia

Grajales & Marín Galeano, 2016), general transitional justice experiences (Gómez Isa, 2008; Teitel, 2011; Van Zyl, 2011; Cuya, 2012; Baggio, 2014; Cuervo et al., 2014), and specifically those in Argentina, Brazil, and Chile (Galindo, 2012; Gómez de la Torre, 2023; Mendizábal Cortés, 2024; Goulart & Vitorino, 2024), as well as contemporary reactionary movements (Raimundo & Maia, 2019; Benetti et al., 2020; Svampa, 2020; Shoshan, 2021; Martín Álvarez & Pirker, 2022; Zamarguilea, 2022; Martiarena Pazos, 2024). These categories are correlated to examine the influence of one to another.

On the empirical side, this study seeks to identify and analyze acts of obstruction carried out by conservative governments against transitional justice institutions, as well as how Latin Americans in the three countries perceive the relationship between reactionary ideologies and opposition to post-dictatorial transitional justice policies, and how such attitudes affect both completed and ongoing transitional justice efforts.

To do so, public opinion surveys were examined from the World Values Survey regarding preferences for democracy, dictatorship, and human rights from 2005 to 2022. This period covers both progressive and reactionary political cycles, with the latter marked by growing popular support for dictatorships and government stances that downplay transitional justice. While previous studies have used these indicators (Raimundo & Maia, 2019; Costa & González, 2019), they have not explored their connection to transitional justice and recent reactionary movements, which this research aims to do.

II. El cóndor pasa? Notes on reactionism and human rights violations in Latin American dictatorships

“El Cóndor Pasa” is a Peruvian song widely recognized as a cherished symbol of Andean culture. Composed over a century ago by Julio de La Paz and Daniel Alomía Robles, it is part of a zarzuela with overtones of social denunciation, evoking the flight of the condor as a metaphor for the freedom that never marked the relationship between European colonizers and Latin American Indigenous peoples, who were exploited and decimated (Salazar Mejía, 2014). Its lyrics reflect the clash with Anglo-Saxon culture, which vio-

lently suppressed Indigenous traditions, and contain a plea to return to a beloved homeland, as if the lyrical self were involuntarily exiled and thus forced to live far from what it recognizes as its own. Since then, new and more refined forms of human rights violations have emerged in the Andean region—such as those perpetrated by the military dictatorships that ruled many of its countries, including Argentina, Brazil, and Chile, particularly from the 1960s through the 1980s. Forced exile became one of these regimes’ core political strategies. Notably, the terminology used to describe the network of military operations supported and funded by the United States in these and other nations—Operation Condor—invokes that same bird.

This chapter examines the connections between reactionary ideologies, Latin American military dictatorships, and human rights violations committed by state agents. Like the Andean condor, the study embarks on a theoretical “flight” over Operation Condor and the role played by the United States and its prevailing conservative ideology during the Cold War era—a period that was “cold” only in the territories of the superpowers but “hot” in the underdeveloped regions.

One of the defining political features of Latin America is the alternation of right-wing and left-wing political-ideological cycles in national executive power, in addition to the presence of forces from across the political spectrum within national parliaments (Medeiros, 2018; Hoeveler, 2023). Right-wing political cycles tend to be more uncompromising in confronting violence and crime, implementing public security policies with a more militaristic and authoritarian character (Silva, 2024), partly as a legacy of the military dictatorships and Operation Condor (Gaudichaud, 2019; Vázquez Salazar, 2021; Payne, Zulver & Escoffier, 2023).

Operation Condor did not precede all Latin American dictatorships, as it is more specifically associated with the second half of the 1970s and the first half of the 1980s (Cunha & Krischke, 2020; Lessa, 2022). However, it clearly reinforced them, continuing practices established by the National Security Doctrine (NSD), which predates many of these regimes. The NSD emerged as a United States response to the Soviet nuclear threat, marked by intensified foreign policy and financial support for neighboring and allied countries. These nations were also facing the rise of left-wing movements and leaders at the national level (Gómez de la Torre, 2023). Thus,

“the National Security Doctrine appropriated and reformulated pre-existing ideas and concepts, such as the latent anti-communism of Latin American elites”, which maximized the NSD’s influence by enabling military dictatorships to dismantle democracy and disregard human rights —subjecting these countries to authoritarian, imperialist, disciplinary, and neoliberal interests (Mendes, 2013, pp. 11-22). It is not surprising, therefore, that practices such as threats, assassinations, enforced disappearances, torture, illegal imprisonment, the suppression of political rights, party bans, deportations, strike prohibitions, and ideological persecution became commonplace. Other frequent tactics included states of emergency, fraudulent elections, and direct intervention in unions and social organizations (Figuroa Ibarra, 2001; Gómez, 2008, pp. 103-105; Valencia Grajales & Marín Galeano, 2016). The reactionary ideology exported from the United States —disseminated across Latin America and absorbed not only by the armed forces but also by significant portions of conservative civil society, as Gómez de la Torre (2023) reminds us— helped normalize terror across the region. While general patterns existed, each country also retained distinct national characteristics in its authoritarian experience.

Still, a relatively detailed examination of the particularities in each country can be useful for understanding why some dictatorships —and by extension, some transitional justice processes— carry more weight in current debates. This may not imply reversals in investigations or prosecutions of regime agents, but rather a potential loss of social prestige or institutional support for transitional justice, particularly in light of the (re)emergence of regional reactionary movements, as hypothesized here. According to official data available at the time —data that must be analyzed cautiously due to the real possibility of statistical manipulation to downplay the repressive nature of dictatorial governments— Pereira (2010) and Martínez et al. (2015) estimate the following figures: just under 400 deaths and disappearances in Brazil; between 3000 and 5000 in Chile; and between 20,000 and 30,000 in Argentina. Regarding political prisoners, the estimated figures are 25,000 in Brazil, 60,000 in Chile, and 30,000 in Argentina. As for exiles: 10,000 in Brazil, 40,000 in Chile, and 500,000 in Argentina. These numbers must also be considered in proportion to the total population in each country in 1983: 144 million in Brazil, 13 million in Chile, and 32 million in Argentina.

Drawing on what Galindo (2012, p. 41) calls “more modest estimates”, due to a “deep statistical dissent”, the Argentine dictatorship stands out as being —proportionally— the most violent. This does not minimize the human rights violations committed in Brazil and Chile, which are also the focus of this study, especially with regard to transitional justice and its relationship with the new reactionary movements that have gained strength since 2015.

The relationships between reactionary ideologies and military dictatorships have been preliminarily outlined in this chapter. The following sections explore the possible relationships between reactionary movements and transitional justice processes in the three countries under analysis. But first, it is necessary to define the core concepts and characteristics of transitional justice, including its origins and aims —topics that will be addressed in turn.

III. “Marias and Clarices still weep”: Concepts and elements for the idea and practice of transitional justice in the Southern Cone of Latin America

Military dictatorships leave behind more than just a tragic historical record; they devastate entire families through a wide range of human rights violations committed in the name of a political project of state and power. Many “Marias” and “Clarices” wept for their loved ones who were persecuted, not only in Brazil, but also in Argentina, Chile, and other Latin American countries that endured military rule. These violations are what justify the implementation of transitional justice processes: to investigate human rights abuses, hold perpetrators accountable in civil, criminal, and administrative spheres, and provide financial or symbolic reparations to surviving direct and indirect victims —as well as to society at large, which has a vested interest in preserving democracy and protecting human rights. Transitional justice is primarily justified by a context of “new” rights: legal claims that are enforceable against the state, such as the right to know, the right to truth, and the right to memory. These rights enable individuals to bring legal action against perpetrators of human rights violations. Truth commissions are key institutions in this effort—not only collecting but also producing information and data that were hidden, rather than merely forgotten (Gómez Isa, 2006; Pereira, 2019).

One cannot ignore, however, the classic debate that opposes justice and peace (Olasolo Alonso, Mateus Rugeles & Contreras Fonseca, 2016). Cuya (2012) and Weichert (2018) highlight the common tension between these goals: one must supposedly yield to the other. Critics of transitional justice argue that prosecuting dictators and repressors could endanger peace, and thus favor amnesty laws. Supporters contend that such impunity carries a heavy and unjustifiable moral and political cost —especially since the goal is not only to look back, but also to move forward and prevent repetition of past abuses. It is therefore essential to ponder the “justice” and the “transition” elements in the phrase “transitional justice”. These concepts are not mutually exclusive, nor is transitional justice a new type of justice altogether (Gomes & Rezende, 2012; Quinalha, 2013; Goulart & Vitorino, 2024).

Theoretical efforts to define the foundations and conceptual boundaries of transitional justice do not aim to create a single, rigid definition of these post-dictatorship institutional practices —which may not even be possible, given the wide variety of measures enacted under the label “transitional justice”. Still, it is possible to outline its core characteristics and components and to adopt working definitions, which is essential for academic research such as this.

According to Van Zyl (2011, pp. 47-48), transitional justice is the effort to “build sustainable peace following a period of conflict, mass violence, or systematic human rights violations”, with the aim to “prosecute perpetrators, reveal the truth about past crimes, provide reparations to victims, reform abusive institutions, and promote reconciliation”. This, in turn, helps strengthen democratic regimes and requires a broad set of strategies and interventions carried out by public officials, institutions, and civil society organizations. Reconciliation implies a rejection of violence as a tool to resolve political, cultural, and social conflicts, and instead a civic ethic of peaceful coexistence (Goulart & Vitorino, 2024). Weichert (2018) emphasizes that transitional justice does not introduce a new form of democracy, nor does it consolidate it on its own, but it can substantively reinforce democracy when accompanied by broader, holistic public policies (Muñoz Nogal & Gómez Isa, 2015).

They both (2009, p. 23) credit the success of transitional justice to the capacity of national legal and judicial systems. This view is echoed by Teitel (2011, p. 135) and Baggio (2014, p. 640), who argue that legal responses

are crucial to confronting past atrocities —particularly considering the often-contentious relationship between the judiciary and the military during the Latin American dictatorships, with each case having its own specificities (Blank & Facchini Neto, 2019).

Likewise, Almeida and Torelly (2010, pp. 38-39) stress that the institutional experiences of transitional justice provide a valuable normative foundation for the law through international treaties, domestic legislation, and new conceptions of justice intended to promote reconciliation in societies fractured by authoritarianism. Although such measures are not always explicitly laid out in international law, they are supported by major international human rights instruments (Cuya, 2012, pp. 40-41). Furthermore, transitional justice is not bound only to the laws in effect at the time the crimes were committed (Galindo, 2012), which counters legal-positivist arguments that would excuse past abuses on temporal or formalist grounds.

In its genealogical origins, transitional justice is closely linked to the Nuremberg Trials following the defeat of the Nazi regime. However, this legal milestone —though symbolically powerful— was limited by selective justice (for instance, omitting the Soviet crimes) and the absence of an internationally recognized framework for defining crimes against humanity. It was only in the second half of the 20th century that treaties and international courts began to solidify the principles of transitional justice (Teitel, 2011; Cuya, 2012; Baggio, 2014).

As Cuya (2012, p. 26) explains, the term “transitional justice” emerged in the 1990s to name the institutional and normative mechanisms used to confront the past in post-authoritarian and post-conflict countries, primarily in Latin America, Africa, and Eastern Europe. The concept was further developed by human rights organizations, victims’ groups, scholars, and international agencies such as the United Nations and the International Criminal Court (Espinoza, 2010; Cuya, 2012).

The implementation of transitional justice (TJ) is a dynamic process that rarely follows a linear roadmap. The timing and sequencing of TJ measures are, in fact, critical variables that condition their success and resilience. The literature classifies these sequences, distinguishing, for example, between rapid transitions (such as Argentina, where trials began immediately) and slow or delayed transitions (such as Brazil, with its National Truth Commission

created three decades later) (Pereira, 2010; Quinalha, 2013). The sequence is not merely chronological; an early amnesty (as in Brazil) can block punitive justice, while progress in truth and reparation (as in Chile) can generate social pressure for subsequent trials. The temporal gap between the democratic transition and the implementation of transitional justice (as in Brazil) acts as a key independent variable influencing the capacity of contemporary reactionary movements to undermine these policies.

These sequences are intrinsically linked to the ethical and political dilemmas of TJ. The main dilemma, as already mentioned, is the tension between peace and justice (Olasolo Alonso et al., 2016). However, the complexity extends to the truth versus justice dilemma (where truth can be obtained through non-judicial commissions in exchange for limited criminal justice) and the forgiveness versus accountability dilemma (Teitel, 2011). The resolution of these dilemmas — whether society prioritizes stability or morality— defines the nature of the transitional process and its subsequent vulnerability.

Finally, the emergence of saboteurs or spoilers (commonly referred to as spoilers in the Anglo-Saxon literature) is a central factor that impacts TJ. Spoilers are actors, both internal (armed forces, conservative politicians, economic groups) and external (other states or transnational actors), who actively seek to delegitimize, reverse, or block TJ measures. Their strategies range from political pressure (such as the “due obedience” defense in Argentina or the self-proclaimed “Amnesty Law” in Brazil) to active denialism in public discourse, which is the variable that connects this theoretical debate with the central theme of the present study. Contemporary reactionary movements (analyzed in Chapter IV) can be conceptualized as a new wave of ideological and governmental spoilers that use denialism and polarization to erode the democratic consensus on the necessity of TJ.

In Latin America, transitional justice gained traction especially from the 1980s onward, accompanying the processes of redemocratization in the Southern Cone. These processes occurred unevenly and were marked by tensions between the desire for accountability and the political need for institutional continuity and military appeasement (Pereira, 2010; Quinalha, 2013). While Argentina led early efforts with trials and repeals of amnesty laws, Chile followed a more gradual approach with truth commissions and limited prosecutions. Brazil was the last to formally engage with transitional justice

mechanisms, only establishing its National Truth Commission in 2012—three decades after the end of its dictatorship.

In the Argentine case, the National Commission on the Disappearance of Persons (CONADEP)—which, as noted, did not use the epithet “truth” in its designation (Mendizábal Cortés, 2024)—drew international attention and interest through the initiative of then-President Raúl Alfonsín (1983-1989) in 1983, shortly after the re-democratization. This was joined by various human rights organizations, which provided archives, inspected institutional facilities, gathered testimonies from former exiles, and collected declarations and testimonies from those responsible for human rights violations. Some of these activities were broadcast on national television, increasing the dissemination of the national transitional justice process, which was further amplified by the publication of the report entitled “Nunca Más” (Never Again) (Pinto, 2010).

CONADEP contributed to the annulment of the self-amnesty promulgated by the military, clarified the facts related to the disappearance of persons during the years covered by the Argentine dictatorship (1976-1983), received complaints, collected evidence, and forwarded it to judicial institutions; it also investigated the fate of children taken from their families during the dictatorship, details of which were thoroughly included in the report (Mendizábal Cortés, 2024). Unlike Argentina—and also Chile, as will be seen below—Brazil took longer to implement its truth commission as a transitional justice mechanism, doing so primarily due to international pressure. The country faced and still faces obstacles regarding the judicial prosecution of crimes committed by state agents due to the “preventive” Amnesty Law (Gómez de la Torre, 2023) promulgated in 1979 and declared by the Federal Supreme Court as compatible with the new legal-constitutional order after re-democratization, despite a subsequent (by a few months) opposing ruling by the Inter-American Court of Human Rights in the Gomes Lund case. Nevertheless, the National Truth Commission (CNV), established by Law No. 12.528/2011 during the government of then-President Dilma Rousseff, helped investigate crimes committed outside Brazilian territory but within the framework of Operation Condor and incorporated advances offered by international law, in addition to promoting material and symbolic repara-

tions for victims (Abrão & Torelly, 2012; Oliveira & Reis, 2021; Mendizábal Cortés, 2024).

The CNV, like other Latin American transitional justice measures, was marked by a comparison with reconciliation, which should in no way imply a “recontextualization” of the truth with a revisionist and/or denialist character—as will be discussed in the following section dealing with reactionary movements and their opposing perspective on transitional justice. The Commission sought to bring to light the truth of the offended, direct and indirect victims, and not a reversal of allegations of human rights violations, which is neither the objective nor the desired outcome of transitional justice mechanisms (Barros, 2020). This is particularly relevant given that the beginning of the Brazilian transitional process, specifically the Amnesty Law, was characterized by strong military control over the emerging democracy, unlike what was observed in Argentina and Chile, for example. For these reasons, Brazilian transitional justice during this period was unable to overcome the previous dictatorial model, and even the CNV faced numerous obstacles—which persist to this day—in holding agents accountable (Moura, 2014).

In Chile, meanwhile, the National Truth and Reconciliation Commission (CNRV) was established in 1990, during the government of Patricio Aylwin (1990-1994), the first elected president after redemocratization. The Commission investigated cases of executions and forced disappearances—but not torture, which attracted international criticism (Pinto, 2010)—committed during the dictatorship between 1973 and 1990, either inside the country or abroad, but against national victims, who were to be duly identified through the Commission’s work. It was also tasked with recommending reparatory measures for the victims and others of a legislative and administrative nature, as well as producing a final report (Mendizábal Cortés, 2024). The Chilean case is characterized by greater civil society participation in the transitional justice process, as well as a stronger and more lasting presence of memory policies that have persisted since the end of the dictatorship (Goulart & Vitorino, 2024). This makes it possible to affirm that in Chile it is not only a matter of “never again” to dictatorships but, above all, to the conditions that gave rise to them (Jelin, 2013, pp. 133-134).

Comparatively, all three countries established truth commissions; regarding the prosecution of agents and officers, Brazil did not conduct these trials as expected, convicting only a minuscule number of repressive agents—similar to what occurred with the removal of military agents and officers from their duties in cases where they were still in service, which was also observed in Chile (Cabral, 2017; Costa & González, 2019; Figari Layús, 2022). According to Gallo (2022), the characteristics observed in Brazil indicate a low capacity and probability of punishing crimes of the authoritarian regime, derived from the insufficiency of measures taken during the transitional justice processes—which should not overlook parallel situations to the transition, such as limitations imposed by the legal system and the legislative and constitutional judicial interpretation—as well as from its failure to involve society as a whole, being related mainly to the direct victims of the period (Costa & González, 2019).

The lack of societal involvement in transitional justice actions or, at least, in awareness and sensitivity regarding their importance for democracy and human rights constitutes a problem, especially when—and if—reactionary movements with enough political reach to elect authorities to national offices, such as the executive branch leadership, emerge. This is what happened recently in Latin America from 2015 onwards. In countries such as Argentina, Brazil, and Chile, there has been an increase in conservative agendas, including authoritarian appeals, nostalgia and longing for military dictatorships, intensification of social conflicts both interpersonal and between individuals and the State—motivated by political-ideological and cultural preferences—as well as denialist stances regarding the severity of the dictatorships and their human rights violations.

It remains to examine how these reactionary movements, in the three mentioned countries, have had and still have the capacity to harm transitional justice processes that still have pending measures to be realized, both at the institutional level and in terms of social perception. These relationships between reactionary movements and transitional justice in the Southern Cone of Latin America are discussed in more depth below.

IV. “Apesar de vocês?” Advances and limitations in transitional justice experiences amid reactionary movements

“Apesar de Você”, a song by Chico Buarque, was one of the anthems of resistance against the Brazilian military dictatorship. The opposition sang it addressing those responsible for human rights violations and for maintaining the regime in power (Moura, Amaral & Silva, 2021). People hoped for “another day”, for redemocratization, for a return to “normality” as opposed to the state of exception. In Argentina, this moment was reached in 1983; in Brazil, in 1985; and in Chile, in 1990, regardless of when the first transitional justice measures were implemented. Despite reactionary voices opposing reparations and accountability for the events and conduct during the military dictatorships, transitional justice continued to strive toward its proposed objectives. In recent years, once again, these voices have risen with (not so) new agendas. It is therefore important to analyze potential limitations in the transitional justice experiences in Argentina, Brazil, and Chile resulting from reactionary movements observed in social, political, legal, and governmental spheres in these countries.

The alternation of political cycles in Latin America embodies a historical tendency of the region to have right- and left-wing governments alternating power in a way, albeit non-linear and non-homogeneous. Regarding right-wing political cycles, Svampa (2020) points out that the first occurred precisely during the military dictatorships of the 1960s to 1980s; the second with the advance of neoliberalism in the region, mainly encouraged by the United States of America; and the third, after 2015, with the election of Mauricio Macri as President of Argentina, followed by the election of several other conservative and reactionary leaders, such as Sebastián Piñera in Chile and Jair Bolsonaro in Brazil in 2018.

The most recent conservative political cycle arose from crises of the “pink tide”, a progressive political cycle, especially with issues involving public security, political corruption, austerity, state efficiency, economic recession — topics leveraged by reactionary movements to bring key political-ideological leaders to central power, both in the Executive Branch and legislatures. These characteristics distinguish Latin American reactionary movements from European and North American ones, although the former have been influ-

enced, to varying degrees and forms, by the latter —especially after Donald Trump’s electoral victory in 2016 in the United States and the consequent strengthening of multinational networks aimed at spreading reactionary ideals and practices— and despite common elements between neoliberal and authoritarian right-wing biases (Svampa, 2020; Shoshan, 2021; Martín Álvarez & Pirker, 2022; Zamarguilea, 2022).

Besides the measures implemented by these authorities during their terms, it is also important to highlight that their electoral victories and the reach of their political speeches and platforms within the electoral base, as well as the impacts on human rights, demonstrate the perpetuation of authoritarian values shared by a significant portion of subjects participating in the electoral process as voters, not just the elected officials (Martín Álvarez & Pirker, 2022).

This observation is relevant when analyzing potential relationships between recent reactionary movements in Latin America and the transitional justice processes —completed or ongoing— designed to overcome, so to speak, the dictatorial past through material and symbolic reparations, as well as through the investigation and possible conviction of those responsible for human rights violations perpetrated in the name of the state. In this context, the central role of support from various actors within civil society, together with elected authorities, for transitional justice measures becomes evident. This support implies rejecting denialism regarding the dictatorships and refusing to relegate the atrocities committed under their rule to a secondary status —a perspective typical of reactionarism.

From a preliminary standpoint regarding transitional justice processes such as the Brazilian National Truth Commission (CNV), some studies point to the “silence” of right-wing parties and parliamentarians concerning the CNV’s establishment —a silence expressed through attitudes, statements, and actions that downplayed the severity of the repression characterizing the previous national dictatorship, which lasted for over four decades (Barros, 2020). Among these politicians was Jair Bolsonaro, a federal deputy (1990-2018) and later President of the Republic (2019-2022), who openly opposed the CNV through a series of speeches and legislative proposals (Almada, 2021; Fernandes, 2022; Zimmermann, 2023; Bauer, 2024). On the one hand, the literature on transitional justice suggests that such measures are more

closely related to the balance between social, political, and military powers within national contexts and circumstances than to the ideological positions of the actors involved. On the other hand, in cases where transitional justice is implemented after a significant period of democratic consolidation —as in Brazil, unlike Argentina and Chile— ideology may play a more relevant explanatory role. The argument is that the temporal distance between transition pacts and the consequences —including political ones— of implementing justice measures is influenced by, and at the same time influences, individuals' positions regarding the past, present, and future of transitional justice, as well as the political regimes they seek to overcome and prevent from recurring, such as military dictatorships (Raimundo & Maia, 2019, pp. 196-199). For Martínez et al. (2015), social and institutional perceptions and attitudes toward the dictatorial past depend on a variety of factors, such as the dissemination to the broader population of information about the violence suffered by victims —with the aim of raising awareness or at least informing them— as well as ideological identification with different social groups, both repressors and the repressed. It is therefore no coincidence that individuals with a left-wing orientation tend to place greater value on the effectiveness, or at least the pursuit of effectiveness, of procedural measures inherent to transitional justice, while those closer to the right tend to be more distrustful of such actions.

Correspondingly, people identifying with the left hold views opposed to military dictatorships, while those on the right, especially those situated at the extreme end of the political spectrum, tend to exhibit nostalgia, valorization, or at least concealment, attempting to downplay the repressive nature of the dictatorships of that era. Analyzing the dynamics between political-ideological identification and positions regarding transitional justice measures allows us to raise questions about the relationships between political past and present (Raimundo & Maia, 2019), as well as the possibilities of reactionary movements undermining transitional justice processes (Martíarena Pazos et al., 2024), since during electoral campaigns and even after elections, in official speeches and political practices, they position themselves favorably toward the military dictatorships of the past, including nostalgic and glorifying elements (Svampa, 2020; Ayala Saavedra, 2021; Zamarguilea, 2022). In this context, the dependent variable —the level of institutional respect

for transitional justice processes— requires systematic and comparative analysis among the reactionary governments of the Southern Cone, as proposed in the Introduction. This analysis focuses on the ideological and governmental spoilers—the new wave of spoilers—and their concrete institutional dismantling strategies. In this regard, the considerations of Martiarena Pazos et al. (2024) provide useful contributions, focusing on legislative and administrative political measures taken by conservative governments in Argentina, Brazil, and Chile. In Argentina, public statements by government officials about the dictatorship, relations with victims’ movements and human rights organizations, and the judicial dimension of crimes committed during the dictatorship were three relevant variables for understanding the impact of Mauricio Macri’s administration (2015-2019) on transitional justice measures. The authors note that such impacts were limited both due to the high mobilization capacity of Argentine social movements and because many policies in this area were already well-established (Martiarena Pazos et al., 2024, pp. 135-138). After four years under the progressive government of Alberto Fernández (2019-2023), Javier Milei assumed power, also questioning the number of deaths during the dictatorship and running on a ticket with a Vice President known for denialist speeches on the topic (Goullart & Vitorino, 2024).

In Chile, the victory of Sebastián Piñera led to few advances in memory, truth, and justice policies and imposed severe restrictions on human rights gains for victims of the dictatorship and their families, such as status changes justified by budgetary issues, reduced efforts to locate and identify disappeared persons, and a departure from determinations by international organizations concerned about the direction of the measures taken (Martiarena Pazos et al., 2024, pp. 139-141). In Brazil, even before Jair Bolsonaro’s administration (2019-2022), the conservative government of Michel Temer, who took office after the impeachment of former President Dilma Rousseff (2011-2016), altered nearly 80% of the composition of the Amnesty Commission, initiating the dismantling of transitional justice policies. This included suspending public apologies to victims, bureaucratizing amnesty grants to regime dissenters, and restricting psychological support for victims, also citing budgetary reasons similar to those alleged in Chile. These measures intensified during Jair Bolsonaro’s presidency, with the replacement of the General Coordination

of Rights to Memory and Truth by the General Coordination of the Disappeared, omitting terms related to post-dictatorial reckoning, reparation, and accountability (Martiarena Pazos et al., 2024, pp. 141-144). It was also during Bolsonaro's government that the Ministry of Women, Family and Human Rights, then headed by Minister Damares Alves, annulled approximately 300 amnesties and altered the composition of transitional justice commissions, which began referring to former political militants who had opposed the regime as terrorists (Fernandes, 2022; Zimmermann, 2023). By comparing the intensity and type of institutional boycott, a clear difference is observed in the expression of the dependent variable: the lowest respect for transitional justice processes was manifested in a more acute and programmatic way during the Bolsonaro administration in Brazil. While the Macri and Milei governments in Argentina faced more deeply rooted social resistance that limited far-reaching dismantling (keeping trials active), and Piñera's boycott in Chile was mainly administrative and budgetary, the conservative cycle in Brazil (initiated by Temer and culminating in Bolsonaro) opted for direct institutional dismantling, the annulment of acts of reparation, and explicit state denialism. This difference in the type and scope of the boycott leads us to argue that, in relation to the institutional resilience of TJ, the Bolsonaro government demonstrated the least respect, transforming ideological boycott into government action.

The adversarial stance of authorities occupying central state positions toward transitional justice measures —combined with the popular support that the head of the executive branch enjoys not only among their electorate but in the nation more broadly— tends to be projected onto segments of the population that share their ideals, perceptions, and ideologies, fostering opposition to reparations for crimes committed by military dictatorships in the region. The transformation of a broad consensus on the horrors perpetrated during the period into relativization undermines confidence in democracy and raises questions about the possibility of once again living under a dictatorship —or a “soft dictatorship”. Modifications to reparation commissions; the proliferation of discourses and practices that attack the dignity of victims and their families; and open praise for the dictatorships all resonate among political and social actors who come to reject transitional justice and related themes linked to human rights and to the confrontation of any authoritarian

or dictatorial social and political residue or seed (Benetti et al., 2020). It was not without reason that, years before the rise of these reactionary movements, it was stated that “long-term peace cannot be achieved unless the population is confident that injustices can be redressed through legitimate structures for peaceful dispute resolution” (Annan, 2009, p. 321). In other words, in a context in which transitional justice is permeated by reactionary movements, not only are legislative and administrative political measures relevant, but adherence—or lack thereof—to reparations and accountability measures is a determining variable in the (un)success of transitional justice, particularly in relation to measures still underway, such as pecuniary reparations and new public acknowledgments of committed human rights violations. The situation becomes clearer—and more aggravated—when opposition to transitional justice spreads to the point that, along with other factors, it brings to the presidency authorities who oppose such measures and nevertheless achieve popularity, backed by their electoral bases. From these considerations arises the need to investigate, through opinion polls, the positions of Latin Americans regarding preferences for democracy versus dictatorship, the potential role of the military in political leadership, and, more specifically, perceptions about transitional justice.

For this purpose, this study initially draws on data from the World Values Survey, valued for their merits in allowing cross-national comparisons over historical time series and for addressing issues that go beyond a narrow understanding of democracy (Costa & González, 2019). The series for 2005-2009, 2010-2014, and 2017-2022 are examined, as the first two cover the so-called progressive political cycle—the prevailing political orientation in most Latin American countries at the time—while the third corresponds to the period of reactionary governments, given the differing perspectives maintained by each political-ideological spectrum regarding the roles played by dictatorships and transitional justice. In the 2005-2009 wave, 1002 people were interviewed in Argentina, 1500 in Brazil, and 1000 in Chile; in 2010-2014, 1030 in Argentina, 1486 in Brazil, and 1000 in Chile; and in 2017-2022, 1003 in Argentina, 1762 in Brazil, and 1000 in Chile. The data take into account the proportionality of each country’s population. At first glance, it is evident that there are no questions directly related to transitional justice and respondents’ perceptions of it. However, there are questions related to the topic,

such as those dealing with stronger or weaker preferences for democracy, military rule, and respect for human rights. The first question and its answers to be analyzed concern support for a political system governed by the military, an alternative way of referring to military dictatorships. The responses “very good” and “fairly good” were grouped together, as were “very bad” and “fairly bad”; in addition, there were the answers “don’t know” and “no response”.

Board 1. Support to a political system governed by militaries

<i>Year</i>	<i>Responses</i>	<i>Argentine</i>	<i>Brazil</i>	<i>Chile</i>
2005-2009	Very good and fairly good	10,7 %	33,8%	16,7 %
	Very bad and fairly bad	79%	62,2%	71,5 %
	No response	1,5 %	1,8%	1,6%
	Do not know	8,9%	2,3 %	10,3 %
2010-2014	Very good and fairly good	9,9%	32,1 %	16,5 %
	Very bad and fairly bad	80,9%	60%	75,7 %
	No response	3,2 %	0,3 %	0,5 %
	Do not know	6,1 %	7,6 %	7,3 %
2017-2022	Very good and fairly good	15,6 %	36,7 %	16,8 %
	Very bad and fairly bad	77,1 %	46,2 %	71,2 %
	No response	6,6 %	15,3 %	10,8 %
	Do not know	0,7 %	1,8 %	1,3 %

Source: self elaborated based in *World Values Survey*.

Across the three historical periods analyzed, there is relative stability in the numbers presented by the three countries, with particular emphasis on the higher number of Brazilian respondents who considered the possibility of a military government as very or fairly good, along with a decrease —during the years of conservative government— in the number of people who viewed such a possibility as very or fairly bad. In contrast, Argentina showed a slight increase in the perception that a potential military govern-

ment would be a good option, while Chile maintained stable numbers. It is likely that these distinctions between Brazil and the other countries are due to the fact that Brazil's transitional justice process was carried out much later than its redemocratization —unlike in neighboring countries, where transitional measures were implemented immediately after the end of the military dictatorships (Gomes & Rezende, 2012; Gómez de la Torre, 2023). Similarly, it is possible that a history of denialism, including in official discourse (Benetti et al., 2020), contributed to this decrease in rejection of the idea of viewing a military government as something positive.

Board 2. Military takeover when democracy is perceived as incompetent

<i>Year</i>	<i>Responses</i>	<i>Argentina</i>	<i>Brazil</i>	<i>Chile</i>
2005-2009	Not an essential characteristic of democracy	53,6%	24,5%	43,8%
	Scale from 2 to 5	14,2%	31,7%	26%
	Scale from 6 to 9	11,3%	22,6%	11,9%
	An essential characteristic of democracy	12,2%	14,2%	8,5%
	Do not know	7,2%	5%	8,2%
	No response	1,3%	2,1%	1,7%
2010-2014	Not an essential characteristic of democracy	43,3%	27,9%	45,3%
	Scale from 2 to 5	35,4%	23,5%	28,8%
	Scale from 6 to 9	14,1%	16,8%	14,5%
	An essential characteristic of democracy	4%	18,6%	4,2%
	Do not know	2,3%	9,8%	5,8%
	No response	1%	0,5%	1,4%

2017- 2022	Not an essential characteristic of democracy	41 %	31,1 %	31 %
	Scale from 2 to 5	24,2 %	16,6 %	37 %
	Scale from 6 to 9	23,3 %	15,6 %	15,2 %
	An essential characteristic of democracy	7,3 %	22,1 %	8,3 %
	Do not know	3,7 %	13,2 %	7 %
	No response	0,6 %	1,4 %	1,3 %

Source: self elaborated base on *World Values Survey*.

In response to the question regarding perceptions of a military takeover of political power in cases of incompetence—a vague and broad term, but seemingly related to failures in delivering and ensuring rights and public services—respondents’ answers were grouped into four categories, formed by condensing the original scale into two broader groups. Thus, on a scale from 1 to 5 (“this takeover is not an essential characteristic of democracy”), the responses indicate rejection of the idea of a military takeover as posed in the question; whereas on a scale from 6 to 10 (“this takeover is an essential characteristic of democracy”), the responses indicate agreement with such conduct. Once again, Brazil stands out for showing the highest levels, compared with the other countries, of agreement with the idea that a military takeover in cases of democratic incompetence is itself an essential feature of democracy—as if resorting to self-appointed military governments (a euphemism for coup leaders) represented a kind of wildcard or moderating power. These results were even more pronounced during the 2017-2022 cycle, with similar increases also observed in Chile and Argentina. It is possible that these findings are related to the spread and intensification of discourses emphasizing democratic shortcomings and the supposedly greater technical, administrative, and governmental efficiency of the military—narratives that gained traction during the reactionary political cycle in the three countries analyzed (Kyle & Reiter, 2019; Kuehn & Levy, 2020).

Board 3. Respect for human rights

<i>Year</i>	<i>Responses</i>	<i>Argentine</i>	<i>Brazil</i>	<i>Chile</i>
2005-2009	A great deal or some respect	37,2%	46,5%	45,6%
	Not much or none at all	58,7%	52,6%	50%
	No response	0,6%	0,5%	0,6%
	Do not know	3,4%	0,3%	3,8%
2010-2014	A great deal or some respect	44,3%	37,7%	52,6%
	Not much or none at all	53,9%	59,6%	44,7%
	No response	0,5%	0,5%	0,7%
	Do not know	1,3%	2,1%	2%
2017-2022	A great deal or some respect	45,2%	38%	42,9%
	Not much or none at all	50,6%	54,4%	50,9%
	No response	3,6%	6,1%	4,9%
	Do not know	0,6%	1,4%	1,4%

Source: self elaborated based in *World Values Survey*.

As the third question selected for the purposes of this investigation, Latin American respondents were asked about the degree of respect for human rights. Once again, the responses were grouped into “a great deal or some respect” versus “not much or no respect at all”, along with those who did not know or chose not to answer. In all three countries, most cases show figures at or above half of respondents stating there is a lack of respect for human rights. In Brazil, there was a decline in perceptions of respect during the periods from 2010 to 2014 and from 2017 to 2022, while in Argentina, there was a gradual increase in appreciation for human rights. This finding may be related to the association of human rights with impunity, the weakening of police forces, and resistance to tougher public security policies —common narratives throughout Latin America, including in the three countries analyzed, especially during the reactionary political cycle (Moreira, 2019). As can be observed, the absence of questions directly related to transitional justice represents a limitation of the survey, as it prevents a more in-depth in-

vestigation into the relationship between prevailing political-ideological preferences during the reactionary political cycle — marked by the enthusiastic and widely supported election of leaders with little interest in transitional justice and who downplay the horrors of military dictatorships. However, while this limitation affects the analysis of Brazil and Argentina due to the lack of concrete data, the same cannot be said for Chile, where the National Institute for Human Rights conducted a public opinion survey in 2022 that included various themes related to human rights, including people’s perceptions of transitional justice. Among the 7000 Chileans interviewed, just over half were unaware of the reports issued by truth commissions after the national military dictatorship, and fewer than 10% had actually read them; the remainder had heard of them but not read them, excluding those who didn’t know or declined to answer (figures below 10%). Likewise, around 7 out of 10 respondents stated that they do not visit memory sites related to human rights violations under the dictatorship (INDH, 2022, pp. 74-75). In contrast, approximately 75% of respondents agreed or strongly agreed that it is necessary to prosecute and punish those responsible for human rights violations committed during the dictatorship, and just over 70% believed such accountability helps prevent future violations —also linked to awareness and public dissemination of the violations committed by state agents (INDH, 2022, p. 76). Regarding the importance attributed to transitional justice by respondents, the data show stronger support among left-leaning individuals, followed by those with centrist political positions and individuals of middle socio-economic status. Conversely, the oldest and youngest respondents, as well as those on the political right, showed significantly lower levels of support (INDH, 2022, p. 77). The results observed in Chile are consistent with what the literature suggests regarding the relationship between political-ideological alignment and greater or lesser support for transitional justice measures. On the other hand, the data also reflect varying levels of approval for military governments and their associated policies —findings echoed in both the Argentine and Brazilian contexts. As for Brazil, since the anti-democratic events of January 8, 2023 —surrounding President Lula’s inauguration for his third term— and the ensuing legal accountability efforts, right-leaning political groups have advocated for an amnesty for those convicted of crimes against the democratic rule of law. Although this does not represent a dic-

tatorial or post-dictatorial context —nor, therefore, a form of transitional justice, since it does not seek to redress state-perpetrated human rights violations but rather to shield individuals from criminal liability for actions defined as crimes— the recent Brazilian context sheds new light on potential ways of confronting politically delicate situations that blur the line between democracy and authoritarianism, often favoring unilateral power grabs with militarized overtones.

V. Final Considerations

The title of this article refers to the film *I'm Still Here* (2024), a Brazilian biographical drama directed by Walter Salles and inspired by the autobiographical book of the same name by Marcelo Rubens Paiva. Set in the 1970s, the film tells part of the story of the Paiva family as they tried to navigate life during the military dictatorship. Most of the accounts center on the mother, Eunice Paiva, who was suffering from Alzheimer's at the time the book that inspired the screenplay was written.

On January 21, 1971, Rubens Paiva was taken from his home by six men acting on behalf of the military and never returned. The family was forced to endure those cruel times without a body, without the opportunity to mourn the loss of their father and husband —whose death the Brazilian state eventually, though belatedly, admitted to having caused. This form of obstructed memory seems to be the film's central character. Memory is foundational to the establishment of consciousness, and in this sense, forgetting or manipulating memory can serve as a tool for maintaining established orders. Comparing experiences in the Southern Cone, their processes of redemocratization, and the ways transitional justice has been —or continues to be— applied, one can observe, for instance, that the delayed implementation of transitional justice mechanisms in Brazil, unaccompanied by a significant effort in memory reconstruction, created space for reactionary movements.

These movements, which notably employ denialist narratives about the human rights violations committed by Latin American dictatorships, have contributed to the erasure or manipulation of these memories. This

has allowed public debate to shift from how to repair victims and prevent recurrence to whether violations even occurred or whether the repression was perhaps “necessary”. This intentional displacement of debate results from the absence of memory work involving society as part of the transitional justice process. While it is possible to understand that families of women like Maria and Clarice, who grieve for their disappeared loved ones, were victims of the dictatorship, the broader understanding—that society itself was also a victim—becomes increasingly remote when collective memory is compromised.

Consequently, individuals’ perceptions of the present, past, and future—as well as their emotional engagement—are essential, particularly when ideological projects play a significant role in shaping political understanding and action, and when they face reactionary movements capable of manipulating memories and taking control of national governments in countries such as those of the Southern Cone. In this context, the message is that they are still here: reactionary movements, nostalgia for dictatorships, and the devaluation of memory, truth, and justice policies remain. These are hallmarks of a transitional period that never fully ends. State action regarding the acknowledgment and reparation of the horrors of military dictatorships is highly relevant, but it also depends on various factors—chief among them the support and, more importantly, the awareness of democratic citizens about what happened and what must never be repeated.

Democracy is at risk when individuals openly and flagrantly opposed to democratic solutions for addressing the consequences of military dictatorships—on both direct and indirect victims, as well as on the national imaginary concerning human rights—are elected to power. Human rights, their meaning, and their protections in the face of a dark past (which cannot be changed) and a potentially dangerous future (which must be avoided) are deeply affected. In Argentina, public resistance managed to curb Mauricio Macri’s attempts to dismantle institutions related to transitional justice, although it did not prevent his openly adverse public statements against reparatory measures or his praise of the dictatorship—attitudes later repeated by Javier Milei.

In Chile, the Piñera administration rolled back progress by restricting victims’ rights, weakening the search for the disappeared, and disregarding

international recommendations. In Brazil, Michel Temer initiated the dismantling of transitional justice by altering the Amnesty Commission and limiting reparations, a process intensified by Jair Bolsonaro's administration, which annulled amnesties, reconfigured commissions, and reinforced narratives that downplay the crimes of the dictatorship. Considering that public opinion surveys conducted during the conservative, reactionary political cycle—particularly between 2017 and 2022—showed a diminished preference for democracy and respect for human rights, the initial hypothesis of this study, namely that “the greater the social and political rise of reactionary movements in Latin America, the weaker the commitment to transitional justice processes”, is confirmed.

While the indicators analyzed are not specific to transitional justice measures, they are closely related, as they reflect preference for—or rejection of—truth, memory, and justice policies. This is influenced by the ideological spectrum and by how it shapes understandings of conflicting forms of government and divergent perspectives on human rights. The main limitation of the study lies in the lack of specific and detailed public opinion research in Argentina and Brazil regarding how people perceive, respect, and value transitional justice, its measures, and its potential contributions to democracy and the protection of human rights. Nevertheless, Chile's experience with this type of research, along with the prior analysis of World Values Survey data regarding preferences for democracy, dictatorship, and human rights, has allowed for meaningful progress in understanding the relationships between ideological positions and the potential—not merely the effectiveness—of transitional justice.

It is therefore considered that this work has the potential to contribute to the most recent research agendas on transitional justice, especially given the considerable time that has passed since the processes in Argentina (1980s), Chile (1990s), and even Brazil's belated efforts (2010s). Transitional justice encompasses a set of continuous processes and measures, the durability of which depends in part on popular awareness and support—beyond mere state action by elected authorities.

VI. References

- Abrão, P., & Torelly, M. D. (2012). Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista de Direito Brasileira*, 3(2), 357-379. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2012.v3i2.2668>
- Almada, P. E. R. (2021). O negacionismo na oposição de Jair Bolsonaro à Comissão Nacional da Verdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 36(106), e3610608. <https://doi.org/10.1590/3610608/2021>
- Almeida, E. S., & Torelly, M. (2010). Justiça de transição, Estado de direito e democracia constitucional: estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito. *Sistema Penal & Violência*, 2(2), 36-52. <https://revistaseletronicas.pucrs.br/sistemapenaleviolencia/article/view/8111>
- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. In K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner (Eds.), *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (pp. 23-129). Fundación Konrad Adenauer.
- Annan, K. (2009). O estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. *Revista Anistia; Política e Justiça de Transição*, (1), 320-351.
- Ayala Saavedra, R. (2022). Neoliberalismo y deriva autoritaria. *Revista de Ciencias Sociales*, (173), 15-39. <https://doi.org/10.15517/rcs.v0i173.51884>
- Baggio, R. C. (2016). Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. In J. da S. Leal & L. M. Fagundes (Eds.), *Direitos humanos na América Latina* (pp. 319-349). Multideia.
- Barros, A. T. D. (2020). O debate parlamentar sobre a Comissão Nacional da Verdade no Congresso Nacional brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 35(104), e3510401. <https://doi.org/10.1590/3510401/2020>
- Bauer, C. S. (2024). Jair Messias Bolsonaro e suas verdades: o negacionismo da ditadura civil-militar em três proposições legislativas. *Estudos Históricos (Rio de Janeiro)*, 37(82), e20240207. <https://doi.org/10.1590/S2178-149420240207>
- Benetti, P. R., Cateb, C., Franco, P., & Osmo, C. (2020). As políticas de memória, verdade, justiça e reparação no primeiro ano do governo Bolsonaro: entre a negação e o desmonte. *Mural Internacional*, 11, e48060. <https://doi.org/10.12957/rmi.2020.48060>

- Blank, D. M. P., & Facchini Neto, E. (2019). O Poder Judiciário e as leis de anistia latino-americanas: as experiências da Argentina, Chile e Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, 56(224), 11-36. <https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/596773>
- Cabral, R. L. G. (2017). Reforma das instituições para a democracia e o legado autoritário: a branda justiça de transição no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 22(3), 84-108. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rddf.v22i3936>
- Costa, M. P., & González, R. S. (2019). Justiça de transição, cultura política e legado autoritário no Cone Sul. *Revista Sul-Americana de Ciência Política*, 5(1), 125-146. <https://doi.org/10.15210/rsulacp.v5i1.16043>
- Cuervo, B., Molina, P., Torres, D., Casallas, A. Y., & Rodríguez, J. (2014). Origen y fundamentos de la justicia transicional. *Revista Vínculos*, 11(1), 124-161. <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/vinculos/article/view/8021>
- Cunha, M. J. C., & Krischke, J. (2020). Operação Condor: o voo sem fim da impunidade no Cone Sul. *Revista FSA (Centro Universitário Santo Agostinho)*, 17(9), 135-160.
- Cuya, E. (2012). Justiça de transição. *Acervo*, 24(1), 37-78.
- Cyrillo, C. (2024). Redemocratização na Argentina e no Brasil: da Operação Condor ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista da Defensoria Pública da União*, 20(20), 21-37. <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i20.p21-37>
- Espinoza, F. (2010). Sociedades post conflictos: reconciliación y perdón. *Global Affairs*, (18).
- Fernandes, F. B. S. D. (2022). *Políticas de memória: A atuação do Estado brasileiro frente ao seu passado ditatorial militar: da Lei de Anistia ao Governo Bolsonaro* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Pelotas.
- Figari Layús, R. (2022). Justicia transicional en América Latina: teoría y praxis. In E. Arias, R. González, J. Kemner, & S. Peters (Eds.), *Violencias y resistencias: América Latina entre la historia y la memoria* (pp. 233-259). Ediciones Doce Calles.
- Ibarra, C. F. (2010). Dictaduras, tortura y terror en América Latina. *Bajo el Volcán. Revista del Posgrado de Sociología. BUAP*, 1(3), 53-74. <https://doi.org/10.32399/ICSYH.bvbuap.2954-4300.2001.2.3.54>

- Galindo, B. (2012). Democracia constitucional, derechos humanos e justiça transicional na América Latina: Argentina, Chile e aproximações com o Brasil. *RIHJ; Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 10(11), 29-65. <https://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/498>
- Gallo, C. A. (2022). A justiça das transições: uma proposta de análise para Portugal, Espanha, Argentina e Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, (38), e253850. <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2022.38.253850>
- Gaudichaud, F. (2019). Refluxo conservador e tensões regressivas na América Latina: os governos “progressistas” em seu labirinto. *Lutas Sociais*, 23(42), 83-97. <https://doi.org/10.23925/ls.v23i42.47435>
- Gomes, D., & Rezende, G. (2012). Justiça, transição, contexto: América Latina. *RIHJ; Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 10(11), 105-119.
- Gomez, J. M. (2014). Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano e justiça transicional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, (33), 85-130. <https://doi.org/10.17808/des.33.240>
- Gómez de la Torre, I. B. (2023). Las dictaduras militares de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay y la justicia transicional. *Revista Sistema Penal Crítico*, 4, e31437. <https://doi.org/10.14201/rspc.31437>
- Gómez Isa, F. (Coord.). (2006). *El derecho a la memoria*. Alberdania.
- Gómez Isa, F. (2008). El fenómeno de la impunidad: Luces y sombras en América Latina. *Pensamiento Iberoamericano*, (2), 163-185.
- Goulart, B., & Vitorino, M. (2024). Trauma, Verdade e Justiça de Transição Negociada: analisando os casos chileno, sul-africano e brasileiro. *Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, 79, 145-171. <https://doi.org/10.23925/2176-2767.2024v79p145-171>
- Hoeveler, R. C. (2023). Organizando la reacción: los aparatos privados de hegemonía de la extrema derecha en el Cono Sur desde 2015. In P. S. Mechi & T. M. S. Dulci (Orgs.), *Extrema-direita e neoconservadorismo na América Latina e no Caribe* (pp. 65-90). Pedro & João Editores.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH]. (2022). *Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2022: Informe final*.
- Jelin, E. (2013). Memoria y democracia: una relación incierta. *Política. Revista de Ciencia Política*, 51(2), 129-144. <https://doi.org/10.5354/0719-5338.2013.30162>

- Kuehn, D., & Levy, Y. (2020). Material and discursive militarisation in democracies. *GIGA Focus: Global*, (6), 1-14.
- Kyle, B. J., & Reiter, A. G. (2019). A new dawn for Latin American militaries: Across the region, militarization is on the rise, posing a major threat to democracy and justice. What can be done? *NACLA: Report on the Americas*, 51(1), 18-28. <https://doi.org/10.1080/10714839.2019.1593684>
- Lessa, F. (2022). *The condor trials: Transnational repression and human rights in South America*. Yale University Press.
- Martiarena Pazos, A. V., Botelho Soares Dutra Fernandes, F., Alexandre Silveira, R., & Gallo, C. A. (2024). Políticas de memória e governos de direita no Cone Sul: um panorama sobre os governos Macri, Piñera, Bolsonaro e Lacalle Pou. *Revista Debates*, 18(1), 131-153. <https://doi.org/10.22456/1982-5269.134981>
- Martín Álvarez, A., & Pirker, K. (2022). La revitalización de las derechos autoritarias. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (132), 7-24. <https://doi.org/10.24241/rci.2022.132.3.7>
- Martínez, M. A., Páez Rovira, D., Cárdenas, M., Zubieta, E., Espinosa, A., & Bilbao, N. (2015). Representaciones sociales del pasado y rituales de justicia transicional en América Latina. *Cadernos de Pesquisa*, 45(156), 276-298. <https://doi.org/10.1590/198053143134>
- Medeiros, J. (2018). Regressão democrática na América Latina: do ciclo político progressista ao ciclo político neoliberal e autoritário. *Revista de Ciências Sociais*, 49(1), 98-133. https://doi.org/10.36517/rsc.v49i1_Mar/Jun.19358
- Mendes, R. A. S. (2013). Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a doutrina de segurança nacional; algumas considerações sobre a historiografia. *Revista Tempo e Argumento*, 5(10), 6-38. <https://doi.org/10.5965/2175180305102013006>
- Mendizábal Cortés, M. A. (2024). La narrativa histórica de las comisiones de la verdad en contextos de transición a la democracia: casos de Argentina, Chile y Brasil. *Revista Notas Históricas y Geográficas*, (especial), 180-206. <https://doi.org/10.58210/nhyg578>
- Miranda, G. H. R., & Ramanzini, I. G. G. (2018). Em débito com a democracia: panorama latino-americano da justiça de transição na corte intera-

- mericana de direitos humanos. *Revista Agenda Política*, 5(3), 9-41. <https://doi.org/10.31990/10.31990/agenda.ano.volume.numero>
- Moreira, C. (2019). *Tiempos de democracia plebeya: Presente y futuro del progresismo en Uruguay y América Latina*. CLACSO.
- Moura, G. C., Amaral, M. V. B., & Silva, S. E. V. da (2021). “Apesar de você”: memória, sentido e resistência. *Revista Leitura*, (69), 98-108. <https://doi.org/10.28998/2317-9945.202169.98-108>
- Muñoz Nogal, E., & Gómez Isa, F. (2015). Derechos económicos y sociales en procesos de justicia transicional: debates teóricos a la luz de una práctica emergente. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, (30), 1.
- Olasolo Alonso, H., Mateus Rugeles, A., & Contreras Fonseca, A. (2016). La naturaleza imperativa del principio “no hay paz sin justicia” respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada “justicia de transición”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(145), 135-171. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.145.4994>
- Oliveira, D. B. D., & Reis, U. L. S. D. (2021). A teoria dos dois demônios: resistências ao processo brasileiro de justiça de transição. *Revista Direito e Práxis*, 12(1), 48-76. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45326>
- Padrós, E. S. (2009). A Operação Condor e a conexão repressiva no Cone Sul: a luta pela verdade e pela justiça. *Organon*, 23(47), 15-38. <https://doi.org/10.22456/2238-8915.29506>
- Padrós, E. S. (2007). As escolas militares dos Estados Unidos e a pentagonização das Forças Armadas da América Latina. *Outros Tempos: Pesquisa Em Foco; História*, 1(especial), 13-31. <https://doi.org/10.18817/ot.v0i0.358>
- Payne, L. A., Zulver, J., & Escoffier, S. (Eds.). (2023). *The right against rights in Latin America*. Oxford University Press.
- Pereira, A. (2010). *Ditadura e repressão: autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina* (P. de Q. C. Zimbres, Trad.). Paz e Terra.
- Pereira, V. N. (2019). Verdade e justiça entre oposição e complementariedade: apontamentos sobre as diferenças no tratamento da Operação Condor pela justiça de transição no Brasil e na Argentina. *Revista Sul-Americana De Ciência Política*, 5(1), 87-108. <https://doi.org/10.15210/rsulacp.v5i1.16012>

- Pinto, S. R. (2010). Direito à memória e à verdade: comissões de verdade na América Latina. *Revista Debates*, 4(1), 128-143. <https://doi.org/10.22456/1982-5269.11860>
- Quinalha, R. H. (2013). *Justiça de transição: contornos do conceito* (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo.
- Raimundo, F., & Maia, J. dos S. (2019). Identificação partidária e atitudes perante o passado autoritário: Os casos do Brasil, do Chile e de Espanha. In É. Sarmento & L. Gonçalves (Eds.), *Abordagens cruzadas no mundo atlântico: relações entre Península Ibérica e América* (pp. 195-243). Autografia; EDUPE.
- Romero, R. (2014). ¿Escuela de las Américas o escuela de violadores de derechos humanos? *ECA: Estudios Centroamericanos*, 69(739), 301-319. <https://doi.org/10.51378/eca.v69i739.3223>
- Salazar Mejía, L. (2014). El cóndor pasa... y sus misterios. *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 40(80), 11-37. <https://www.jstor.org/stable/43855148>
- Shoshan, N. (2021). Epílogo: Desafíos comparativos en el estudio de la ultraderecha. Una mirada desde Europa. *Población y Sociedad*, 28(2), 127-137. <http://dx.doi.org/10.19137/pys-2021-280207>
- Sikkink, K. (2015). Protagonismo da América Latina em direitos humanos. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, 12(22), 215-227.
- Silva, F. L. (2016). O poético e o factual na letra da canção “O bêbedo e a equilibrista”. *Revista Alpha*, 17(1), 115-127.
- Silva, T. J. C. (2024). *Direitos humanos, governos conservadores e políticas públicas de segurança pública na América Latina (2015-2022)* (Dissertação de Mestrado). Universidade Tiradentes.
- Svampa, M. (2020). Lo que las derechas traen a la región latinoamericana. Entre lo político y lo social: Nuevos campos de disputa. In B. Bringel, M. Chávez, J. Gómez, R. Hoetmer, M. Lang, E. Lander, A. Mantilla, B. Nehe, N. Pecari, M. Svampa, A. Torres, & C. Vega (Eds.), *Nuevas derechas autoritarias: Conversaciones sobre el ciclo político actual en América Latina* (pp. 37-75). Rosa Luxemburg Stiftung; Ediciones Abya Yala.
- Teitel, R. (2011). Genealogia da justiça transicional. In F. Reátegui (Coord.), *Justiça de transição: Manual para a América Latina* (pp. 135-170). Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Centro Internacional para a Justiça de Transição.

- Valencia Grajales, J. F., & Marín Galeano, M. S. (2016). Elementos que describen una dictadura en América Latina. *Revista Kavilando*, 8(1), 43-56.
- Van Zyl, P. (2011). Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In F. Reátegui (Coord.), *Justiça de transição: Manual para a América Latina* (pp. 47-71). Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Centro Internacional para a Justiça de Transição.
- Vázquez Salazar, C. O. (2021). El ascenso de la derecha en América Latina. In A. Rocha Valencia (Coord.), *América Latina en el orden mundial emergente del siglo XXI: Del avance autónomo a la regresión heterónoma* (pp. 183-204). Universidad de Guadalajara.
- Weichert, M. A. (2018). Apontamentos de justiça de transição. In Brasil, Ministério Público Federal, 2a. *Câmara de Coordenação e Revisão, Justiça de transição, direito à memória e à verdade: Boas práticas* (Vol. 2, pp. 44-69). MPF.
- World Values Survey (WVS). (n.d.). Online data analysis.
- Zamarguilea, R. (2022). ¿Un nuevo individualismo autoritario?: notas para una caracterización de las nuevas derechas extremas en América Latina. *Perspectivas: Revista de Ciencias Sociales*, 7(13), 474-493. <https://doi.org/10.35305/prcs.v7i13.609>
- Zimmermann, A. C. (2023). O revisionismo histórico nas comemorações do golpe civil-militar de 1964 durante o governo Bolsonaro (2019-2022): heranças autoritárias e encerramento do passado. *História da Historiografia*, 16(41), 1-27. <https://doi.org/10.15848/hh.v16i41.2003>

How to cite

IJJ-UNAM

Silva, Thyerrí José Cruz, Espinoza, Fran, and Linhares, Hannah Silva, “Are They Still Here? Transitional Justice Experiences in the Southern Cone and Reactionary Movements”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico, Vol. 59, No. 175, January-April, 2026, e20521. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20521>

APA

Silva, T.J.C., Espinoza, F., & Linhares, H.S. (2026). Are They Still Here? Transitional Justice Experiences in the Southern Cone and Reactionary Movements. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20521. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20521>

Derecho económico circular. Fundamentos, evolución y visiones comparadas

Circular Economic Law. Foundations, Evolution and Comparative Perspectives

Jorge Alberto **Witker Velásquez**

 <https://orcid.org/0000-0003-0545-8988>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: witker@unam.mx

Recepción: 24 de junio de 2025

Aceptación: 23 de octubre de 2025

Publicación: 19 de enero de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20277>

Resumen: Este artículo propone una fundamentación del derecho económico circular (DEC) derivado de las relaciones naturaleza y economía: la economía circular, a partir de las funciones esenciales del capital natural, que integra principios ecológicos y económicos para una regulación jurídica que promueva la sostenibilidad y la equidad intergeneracional. A través de un análisis comparado, se examinan las diferencias normativas y los desafíos en la implementación del DEC en los sistemas jurídicos.

Palabras clave: economía circular; sostenibilidad; desarrollo sustentable; naturaleza; derecho económico circular; funciones ecológicas; innovación; Revolución Industrial; capital natural; equidad intergeneracional; energía.

Abstract: This article proposes a rationale for circular economic law (DEC) derived from nature-economy relations, the circular economy from the essential functions of natural capital, integrating ecological and economic principles for legal regulation that promotes sustainability and intergenerational equity. Through a comparative analysis, it examines the normative implications and challenges in the implementation of the DEC in legal systems.

Keywords: circular economy; sustainability; sustainable development; nature; circular economic law; ecological functions; innovation; Industrial Revolution; natural capital; intergenerational equity; energy.

I. Introducción

Los fenómenos meteorológicos extremos que impactan al planeta son consecuencia de una variedad de factores, que han evolucionado a la par de la llamada civilización urbana industrial de la modernidad. Tal narrativa inicia con la historia de la relación entre naturaleza, economía, en la era pre-industrial, donde las sociedades dependían completamente, de la naturaleza para su subsistencia; economías locales cuyas producciones limitadas satisfacen necesidades también locales. Años posteriores, entre los siglos XVI y XVIII, el mercantilismo introduce la política de acumulación de metales preciosos. Junto a la explotación intensiva del extractivismo en que la minería, la tala de bosques y la expansión agrícola, predominaban, sin considerar nada de sostenibilidad en los entornos. En este esquema, los fisiócratas emergen con la teoría, ya abierta, centrada en la naturaleza; sostienen que la tierra es la principal fuente de riqueza y rechazan; por ello, toda presencia del Estado. Quesnay y su tabla económica resume esta naciente teoría.

Hasta el momento descrito, el hombre está, con todo, integrado a la naturaleza y armoniza su existencia todavía a los ciclos naturales en sintonía con lo hídrico y agrícola (Gudybas, 2022). La Revolución Industrial (XVIII y XIX) rompió este metabolismo y transformó la relación antes mencionada; introdujo la producción mecanizada y la tierra; cambió de usos en favor de fábricas y ciudades. El campo se degrada y los campesinos emigran a las urbes para alinearse, como mano de obra, a una industria que transforma metales, bosques y recursos en mercancía, signo y paradigma del capitalismo naciente.

Por su parte, los clásicos —en complemento a tal proceso, con David Ricardo— esgrimen que la tierra es un recurso limitado y su productividad disminuye a medida que se cultivan tierras menos fértiles. Con la urbanización, la tierra fértil escasea y el capital exige, en ambos usos, limpiar los suelos con talas de bosques indiscriminadas y sello de suelos, para fábricas y viviendas. A ello, Tomas Malthus registra un crecimiento poblacional importante, que va en sentido opuesto a la producción de alimentos, lo que provocará escasez, hambruna y guerras, tema que hoy, con las migraciones y desplazados climáticos, ya vivimos, bajo estos supuestos que se manifiestan en una separación del hombre y su evolución económica de la naturaleza donde, el capital,

impulsor de las revoluciones industriales presentes, ha seguido este derrotero, y ha provocado las crisis ecológicas y ambientales que experimenta el planeta tierra (Aguirre, 2021).

Como dice Enrique Leff, “la degradación ecológica es la marca de una crisis socioambiental, de una modernidad fundada en la racionalidad económica y científica, como los valores supremos del proyecto civilizatorio de la humanidad que ha negado a la naturaleza, como fuente de riqueza, soporte de significaciones sociales y raíz de la revolución ecológica-cultural de la vida” (Leff, 2022). Un regreso y reencuentro del hombre con la naturaleza es una tarea ecológica estratégica del presente y misión colectiva por la sostenibilidad; por ello, la economía circular es una variable que abre posibilidades básicas para armonizar al “*homo economicus*” con la naturaleza y sus ciclos generadores y de restablecimiento entre recursos utilizados y recursos o residuos asimilados.

En efecto, este modo de producción busca limitar los extremos del crecimiento desbordado de mercancías y servicios; productores y consumidores, quienes ahora se articulan en responsables ambientales, junto a un Estado interventor y protector del medio ambiente, impulsor del desarrollo sostenible y de la inclusión social y bienestar generalizado. En este encuadre histórico-económico se articulan estas reflexiones a las que, junto con la evolución hombre-naturaleza, sumamos la economía circular, que adiciona la indispensable variable normativa dispersa, presente y futura que se diseña y postula en el derecho económico circular (DEC). En síntesis, articulamos naturaleza, economía circular y los factores regulatorios en el DEC, con la idea eje de que el Estado es un factor más; y que el Estado es responsable de evitar la capitalización de la naturaleza al degradar el medio ambiente generador de carbono, entre otros contaminantes.

La metodología adoptada es dogmática-analítica, con énfasis en el derecho comparado y el estudio de fuentes primarias (normas, tratados, jurisprudencia), complementada por la literatura especializada en economía ecológica, derecho ambiental y políticas públicas sostenibles.

II. Antecedentes socio-ecológicos

Desde el horizonte remoto, el hombre ha dependido de la naturaleza y sus recursos para vivir, desarrollarse y llegar a convertirse en el “*homo economicus*” de hoy. En efecto, al desarrollarnos, aprendimos a predecir el clima, a organizar el tiempo en horas, las horas en días, los días en meses y los meses en estaciones, a trabajar la tierra, a domesticar animales, a transformar minerales en energía, a conectar lugares distantes y redefinir nuestro concepto de tiempo y espacio, a volar, a lanzar cohetes al espacio. En fin, un listado que podría extenderse indefinidamente. En pocas palabras, aprendimos que el límite de lo que puede alcanzar el ser humano está atado a su imaginación (Vesele, 2024, p. 13). En esta relación hombre-entorno-naturaleza, el mundo externo ha sido el territorio que los humanos han buscado abordar el dilema “necesidades ilimitadas frente a recursos siempre escasos”. En esa búsqueda, surge el concepto de energía, cuya evolución rescatamos: cazadores, recolectores, fuerza animal y humana, agricultura de subsistencia, trabajo de campo, granos, riego, carbón, petróleo, sol, mar, viento, hidrógeno, etcétera (Smil, 2021).

Con la evolución de la energía, que ha sido el factor estratégico en la relación naturaleza, economía y sociedad, se llega al siglo XVIII con la energía carbonífera, que impulsa telares máquinas y buques; surge la primera Revolución Industrial, que introduce la subordinación de la naturaleza al naciente capital y que se instrumenta en proyectos productivos lineales centrados en el desperdicio múltiple de recursos (Branco-Teixeira, 2023, pp. 29-31). Desde el inicio de este fenómeno de proyección universal surgen las llamadas “revoluciones del capitalismo global”, cuyo desarrollo se sintetizan en las siguientes líneas:

- La Revolución Industrial —Revolución Mecánica— comenzó a finales del siglo XVIII con el desarrollo de las máquinas de vapor, que permitieron acelerar la producción mecánicamente. Con la aparición de estas máquinas, aparecieron las primeras fábricas y permitieron la mecanización de tareas que se volvieron repetitivas y progresivamente más rápidas. Esto ayudó a aumentar la productividad y reducir los costos de producción, lo que también condujo a un aumento del nivel de vida y al crecimiento de las ciudades ubicadas cerca de las fábricas. Las máquinas de vapor

también han contribuido a que la información y las personas circulen más rápidamente, en especial como resultado del desarrollo de la imprenta y los ferrocarriles.

- La segunda Revolución Industrial —la Revolución Eléctrica— comenzó a finales del siglo XIX, con el desarrollo de las líneas de montaje y el uso de la electricidad. Las fábricas comenzaron a funcionar a través de la electricidad generada por fuentes de energía como el petróleo y el gas, lo que facilitó grandes ganancias de eficiencia que se tradujeron en la producción de bienes de forma rápida y masiva. Con la generalización de la electricidad, es decir, con la iluminación de los espacios públicos, la vida nocturna de las ciudades ha tenido un gran aumento.
- La tercera Revolución Industrial —la automatización— surgió a partir de los años 70 del siglo pasado, con la aparición y evolución de los sistemas informatizados y la automatización de procesos, máquinas y servicios. El uso de las tecnologías de la información y la comunicación —computadoras, aplicaciones electrónicas, internet— se ha generalizado progresivamente en la industria, lo que ha aumentado la productividad y creado nuevas oportunidades de desarrollo en la economía, especialmente en términos de construcción en las grandes ciudades. Los avances tecnológicos derivados de la tercera Revolución Industrial, en concreto, con la difusión del ciberespacio como medio de comunicación circunscrito en gran medida a las tecnologías de la información y al uso de Internet; al materializar la “era de la información” o “era digital”, hicieron posible la llegada de la cuarta Revolución Industrial, que unió los mundos físico, digital y biológico, a través de múltiples tecnologías que trabajan conjuntamente.
- La cuarta Revolución Industrial —la industria 4.0— nació a mediados de la segunda década del siglo XXI como un nuevo paradigma marcado por la información digital, que pasa a ser parte preponderante de los procesos industriales y de las decisiones que se toman de forma automática a partir del uso de un gran conjunto de datos almacenados, en el llamado *big data*. Se basa en la integración de varias tecnologías innovadoras (*big data analytics*, *cloud computing*, robots automatizados, simulaciones, fabricación aditiva avanzada, realidad aumentada o Internet de las cosas) que transitan hacia sistemas industriales inteligentes, donde el mundo

físico de la industria convencional se integra con el mundo virtual de la tecnología digital e Internet, en lo que también se denomina “*smart factory*”, “fábrica inteligente” o “fábrica del futuro”, en el contexto de la inteligencia artificial (IA) (Oropeza, 2025).

III. Emprendimiento e innovación en la economía circular

En esta evolución, la innovación y el emprendimiento son las premisas contemporáneas para la comprensión de un concepto que hoy día, impacta al mundo. El desarrollo sostenible, paralelo a este concepto en construcción la economía del conocimiento causa y efecto de la última revolución digital, emerge en un mundo de libre y amplia circulación de datos (*big data*) que presenta, empero, una cierta paradoja en el sentido que los datos están potencialmente abiertos a todos, pero que sólo unos pocos actores acceden efectivamente a ellos.

1. *Concepto de emprendimiento*

El emprendimiento puede definirse como el proceso mediante el cual un individuo o grupo identifica una oportunidad, asigna recursos y crea valor económico y social a través de la generación de nuevos bienes o servicios. Desde una perspectiva económica, Joseph Schumpeter (1934) lo concibe como el motor de la “destrucción creativa”, en la que los emprendedores introducen innovaciones que reemplazan estructuras productivas obsoletas e impulsa el progreso económico. Peter Drucker (1985) amplía esta visión al considerar al emprendimiento como una disciplina sistemática basada en la búsqueda de oportunidades de cambio, más que en la mera asunción de riesgos.

El emprendimiento cumple una función esencial en la economía moderna; dinamiza los mercados, fomenta la competencia y genera empleo. Además, en contextos de transformación ambiental y social, los nuevos emprendimientos asumen un papel estratégico al proponer soluciones sostenibles a problemas globales. Las PYMES, por su flexibilidad y capacidad de adaptación, se convierten en actores privilegiados para impulsar modelos productivos responsables. El emprendedor contemporáneo, más allá de la rentabilidad, incorpora

criterios de sostenibilidad, ética y responsabilidad social como parte integral de su visión empresarial. En conclusión, el emprendimiento es una fuerza transformadora que no sólo busca el crecimiento económico, sino también la creación de valor integral. Su importancia radica en la capacidad de identificar oportunidades en contextos de incertidumbre y de proponer alternativas innovadoras que respondan a los retos del siglo XXI, entre ellos, la sostenibilidad ambiental y el desarrollo social.

2. Concepto de innovación

La innovación se entiende como la introducción de un producto, proceso, método organizativo o modelo de negocio nuevo o significativamente mejorado que genera valor (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2018). En la teoría económica, Schumpeter (1934) la considera el elemento diferenciador del emprendedor, al crear nuevas combinaciones productivas que rompen con el equilibrio existente. En este sentido, la innovación no se limita a la invención técnica, sino que abarca transformaciones en la gestión, el diseño y la forma de relacionarse con el entorno.

La innovación puede clasificarse en cuatro tipos principales: de producto, de proceso, organizativa y de modelo de negocio. Cada una contribuye de manera distinta a la competitividad empresarial. En el contexto actual, adquiere una dimensión ética y ambiental, al buscar reducir impactos negativos y fomentar la circularidad de los recursos. La economía digital y las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial y el Internet de las cosas (IoT), amplían las posibilidades de innovar de manera sostenible. Por tanto, innovar implica más que crear algo nuevo; supone repensar las estructuras existentes para hacerlas más eficientes, inclusivas y resilientes. Desde la óptica de la sostenibilidad, la innovación se convierte en una herramienta de transformación social y ambiental, orientada a la regeneración de los sistemas naturales y a la optimización del uso de los recursos disponibles.

3. Aplicación del emprendimiento e innovación en la economía circular

La economía circular se basa en un modelo regenerativo que busca mantener los productos, materiales y recursos en uso el mayor tiempo posible, minimi-

zando los residuos y el consumo de materias primas vírgenes (Ellen MacArthur Foundation, 2015). En este contexto, el emprendimiento y la innovación se convierten en motores fundamentales para la transición desde el modelo lineal “producir-usar-desechar” hacia uno circular y sostenible. El emprendimiento circular surge cuando las empresas identifican oportunidades de negocio en los flujos de residuos y en los procesos ineficientes; por ejemplo, una PYME puede transformar desechos agrícolas en bioplásticos o desarrollar plataformas tecnológicas para la reutilización de materiales industriales. Estos emprendimientos no sólo generan rentabilidad, sino que contribuyen a reducir la presión ambiental y a crear empleo verde.

La innovación, por su parte, se manifiesta en el diseño de productos modulares, en la implementación de tecnologías limpias y en la creación de nuevos modelos de consumo, como el alquiler o el intercambio. Estas estrategias promueven la desmaterialización de la economía y fortalecen la responsabilidad extendida del productor. Además, la colaboración entre empresas, gobiernos y universidades potencia la creación de ecosistemas de innovación circular que impulsan el desarrollo local sostenible.

En síntesis, la integración del emprendimiento y la innovación en la economía circular constituye una vía estratégica para lograr un desarrollo económico sostenible. Ambos conceptos permiten repensar la producción y el consumo desde una lógica regenerativa, en la que el valor económico y el bienestar ambiental se complementan. En este contexto para comprender el desarrollo sostenible, debemos distinguir como proceso: *a)* un crecimiento sustentable, y *b)* el desarrollo sostenible propiamente dicho (Serratos, 2025, p. 161).

IV. Crecimiento sustentable

En cuanto al crecimiento sustentable, la segunda parte del siglo XX fue el escenario en que la economía sostuvo como meta-estrategia y bajo la inspiración de la idea de progreso, el crecimiento económico, fenómeno cuantitativo, que se registra y mide en el producto interno bruto (PIB), bajo el esquema de la producción lineal impuesto por la llamada civilización industrial, que se expande a la inventiva creadora del capital (Meadows *et al.*, 1972). Bajo esta premisa, si bien el hombre se percibe separado de la naturaleza, ésta es vista

como un insumo que puede moldearse y alinearse al ritmo de la acumulación del capital. Es la naturaleza un valor instrumental o utilitario que, según el enfoque lineal, no tiene límites para un enfoque antropocéntrico de corte individualista que somete todo el entorno que le rodea.

En efecto, a la vorágine crecimiento-consumo, surgen en la década de los 70 preocupaciones ambientales que se plasman en el Club de Roma y que, por primera vez, se postulan límites a este crecimiento desbordado, puesto que se observa que, con el mayor consumo de poblaciones crecientes, los recursos naturales y el uso de energía generan necesariamente, mayor contaminación. Por esos años setenta y ochenta del siglo XX, Simon Kuznet señaló, ante el crecimiento, consumo y aumento poblacional, que la relación entre el PIB y la desigualdad en la distribución de la riqueza acentúan la degradación ambiental, y propuso que los aportes de la ciencia y tecnología, junto al avance del PIB, pueden limitar en parte dicho proceso. Es el protagonismo del derecho ambiental internacional y el paradigma de “el que contamina paga” (Kuznet, 1974).

A fines del siglo XX, Naciones Unidas impulsó convenciones internacionales importantes; la más celebre fue la llamada Cumbre de la Tierra de 1992, con la visión ambientalista vigente que planteaba la finitud de los recursos naturales y planteaba la responsabilidad global de las generaciones actuales, que deben limitar la explotación de los recursos con la responsabilidad u obligación de no agotar su existencia y preservar dichos recursos para las generaciones futuras. En los años del crecimiento-consumo, se privilegiaba la tesis de finitud de recursos y la contaminación, especialmente de los gases de efecto invernadero, junto a la capa de ozono; se intentaba la mitigación y adaptación sin otro tipo de consideraciones o variables. En síntesis, este crecimiento sustentable se definió como el proceso que satisface las necesidades del presente, sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (Leonardis, 2023, p. 245).

V. El desarrollo sostenible

Superado el enfoque cuantitativo del PIB y el crecimiento, surgió el desarrollo como un concepto amplio abarcador de aspectos de difícil cuantifi-

cación y comparación, al registrar componentes cualitativos, como grados de educación, salud, equidad libertad y calidad ambiental (Furtado, 2000). Así, el proceso de desarrollo incorporó más directamente la relación economía-sociedad, la que desde su origen fue protagonizada por la innovación y el progreso económico, los efectos sociales y la variable ambiental. Por ello, en América Latina y como antítesis a la teoría neoclásica, Joseph Schumpeter, expresó que la innovación no es factor exógeno al desarrollo económico, sino que, por el contrario, corresponde a una variable endógena a su proceso; este autor incorporó el concepto “de destrucción creativa” que, como fuente innovadora, nosotros la utilizamos como herramienta para romper la producción lineal insostenible, como una estrategia aplicable a los esquemas de circularidad planteados en este artículo (Schumpeter, 1996). Al respecto, afirmó que esta destrucción creativa debe operar, de hecho, esencial como el capital y como elemento inherente al desarrollo y agregó textualmente que

La apertura de nuevos mercados, internos o externos, y el desarrollo de organizaciones desde el taller y la fábrica hasta las grandes empresas como U.S. Steel, ilustran el mismo proceso de mutación industrial -si se me permite usar este término biológico-que revoluciona incesantemente la estructura económica desde dentro, destruyendo incesantemente la vieja, creando incesantemente una nueva. El proceso de destrucción creativa es el hecho esencial del capitalismo. Eso es lo que es el capitalismo y con lo que toda empresa capitalista tiene que vivir. (Ferreira, 2023, p. 77)

Pero esta innovación como factor de desarrollo fue complementada por el economista Celso Furtado, brasileño de los tiempos de Raúl Prébisch y de la CEPAL, quien señaló que las innovaciones schumpeterianas son, sin duda, uno de los elementos impulsores del desarrollo. Sin embargo, lo fundamental está en la acumulación de capital, que coadyuva a propagar la creatividad innovadora, e impide que la misma no permanezca “confinada”. También nos parece necesario destacar que, para Furtado, la creatividad innovadora tiene componentes sociales evidentes, cosa que se observa nítidamente en la siguiente cita textual:

Cualesquiera que sean las antinomias que se presenten entre las visiones de la historia que emergen en una sociedad, el proceso de cambio social que llamamos desarrollo adquiere cierta agudeza cuando lo relacionamos con la idea de creatividad. Simplemente para reproducir sus estructuras tradicionales, las sociedades necesitan medios de defensa y adaptación, cuya eficacia refleje la aptitud de sus miembros para formular hipótesis, resolver problemas y tomar decisiones frente a la incertidumbre. Ahora bien, la aparición de un excedente adicional —consecuencia del intercambio con otros grupos humanos o simplemente del acceso a recursos naturales más generosos abre a los miembros de una sociedad un horizonte de opciones: ya no se trata de reproducir lo existente, sino de ampliar el campo de lo inmediatamente posible, ese espacio intermedio entre el ser y la nada al que se refería Leibniz dentro de la cual se realizan las potencialidades humanas. El nuevo excedente es, por lo tanto, un desafío a la inventiva. Desde otro punto de vista, no podemos dejar de notar que, si los grupos humanos se han esforzado en todas partes por acceder a un nuevo excedente, es porque la vida social genera una energía potencial, cuya liberación requiere medios adicionales. En su doble dimensión de fuerza generadora de nuevos excedentes e impulso creadora de nuevos valores culturales, este proceso liberador de energías humanas constituye la fuente última de lo que entendemos por desarrollo. (Furtado, 2000, p. 81-82)

En la construcción teórica, Furtado transitó en su defensa de la creatividad innovadora, con énfasis en la técnica, hacia la búsqueda del bienestar colectivo que se ilustra con la cita precedente. Con estos elementos conceptuales del desarrollo, Naciones Unidas concentró esfuerzos para elaborar gradualmente el concepto de sostenibilidad o desarrollo sostenible.¹

En esta breve evolución, el Acuerdo de París sobre Cambio Climático, en la propia Naciones Unidas, se aprobó en el año 2015 en la ciudad de Nueva York; instrumento jurídico integral que entró en vigor en el año 2016. Ratificado por 195 países, genera consensos globales para reducir las emisiones de carbono, donde la tecnología puede jugar un papel importante. De este importante acuerdo surgió la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y que conforman

¹ Conferencia de la Tierra de 1992; Cumbre del Milenio; Convenio de Estocolmo.

bases jurídicas para la práctica de la economía circular (Vernile, 2024). Finalmente, con estos aportes teóricos e instrumentales internacionales, podemos definir el desarrollo sostenible como aquel proceso que satisface las necesidades del presente, sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras y contemplar simultáneamente tres variables o aspectos fundamentales: prosperidad económica, protección ambiental, e inclusión social de vulnerables contra el hambre y la pobreza. Se trata de la triple hélice de un proceso desarrollado ampliamente por el jurista brasileño Marcelo Ferrerira (2023).

En síntesis, la sustentabilidad está referida al crecimiento económico cuantitativo, medido en el PIB y la sostenibilidad, a un desarrollo que amplía la perspectiva al integrar dimensiones económicas sociales y ambientales, que busca el equilibrio entre progreso económico, justicia social y preservación ambiental bajo una mirada cualitativa, hacia educación, salud, equidad y lucha contra la pobreza.

Para medir el cumplimiento de estas tareas, la Agenda 2030 acordó cumplirlo a través de 17 ODS que cubren diversos aspectos socioeconómicos y ambientales que los países se comprometieron a alcanzar gradualmente, con el horizonte fijo del año 2030, fecha límite para que el deterioro ambiental del planeta no llegue a etapas irreversibles para la vida humana y general de la tierra. Entre las políticas públicas sugeridas para instrumentalizar este desarrollo ha surgido el método o modelo de producción de la economía circular, que apunta a limitar el uso de recursos naturales vírgenes y la generación de residuos, al moderar consumos excesivos en los mercados en un contexto de sustentabilidad.

A nivel conceptual y teórico, existen tres visiones de la economía circular:

- Una centrada en el mercado de perfil neoliberal, en que la economía subordina a la naturaleza.
- Otra de perfil ecológico, en que la naturaleza subordina a la economía (Savy *et al.*, 2023, pp. 4-5).
- Una tercera, del metabolismo social, en que el capital separa el trabajo del hombre de la naturaleza y el lucro explota los recursos naturales ilimitadamente (socialismo ecológico) (Slavin, 2024, p. 317).

1. *Concepto economía circular*

Hay distintas definiciones de economía circular y ellas responden a factores propios de cada realidad regional municipal o nacional, como veremos más adelante. Por ejemplo, la Fundación Ellen Macartur sostiene que es

un marco de soluciones sistémicas que busca enfrentar desafíos globales como el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, los residuos y la contaminación. Se basa en tres principios fundamentales, todos impulsados por el diseño: eliminar los residuos y la contaminación desde el diseño; circular productos y materiales al máximo de su valor; regenerar la naturaleza. (Sedeño, 2022, p. 65)

Varias opciones han surgido para enfrentar el fenómeno climático y ecológico, como la economía verde, “cero emisiones netas”, neutralidad climática, etcétera, en que gobiernos y empresas han manifestado preocupaciones. Sin embargo, creemos que en lo esencial debe apoyarse un modelo alternativo sustentable e innovador, que apunte a las causas generadoras de los impactos negativos a la naturaleza y al hombre. Esta opción real es la economía circular, que se define como

Una economía circular describe un sistema económico que se basa en modelos comerciales que reemplazan el concepto de “fin de vida” de productos y servicios por reducir, alternativamente reutilizar, reciclar y recuperar materiales en los procesos de producción/distribución y consumo, por lo tanto operando a nivel micro (productos, empresas, consumidores), nivel meso (parques eco-industriales) y nivel macro (ciudad, región, nacional y más allá), con el objetivo de lograr un desarrollo sostenible, lo que implica crear calidad ambiental, económica, prosperidad y equidad social, en beneficio de las generaciones actuales y futuras. (CEPAL, 2022)

En síntesis, dicho modelo se articula en tres puntos:

- a) Diseñar desde origen toda transformación o producción de bienes y servicios, y evitar así externalidades negativas en elementos escasos como agua, aire y suelo, al propiciar la idea de un proceso o diseño regenerativo.

- b) Rentelización de productos y materias primas al más alto valor posible en un ciclo técnico prediseñado y planeado (eficiencia económica); por ejemplo, plataformas digitales como Uber, renta de ropa, contrato de leasing, etcétera.
- c) Restauración por intención y diseño para evitar residuos y efectos adversos que afecten al hombre y al medio ambiente.

Otra definición la establece la ISO 59004:2024, y argumenta que es un “[s]istema económico que usa un enfoque sistémico para mantener el flujo circular de recursos mediante la recuperación, retención o adición de valor, mientras contribuye al desarrollo sostenible”. A su vez, la Ley de la Economía Circular de la Ciudad de México establece que es un

[m]odelo económico de producción y consumo sostenible que contempla todas las etapas del ciclo de vida de los productos y servicios, para generar diseños y esquemas que disminuyen los impactos ambientales a través de ciclos técnicos y biológicos que posibilitan la permanencia y reintegración sustentable de sus componentes, garantizando las condiciones esenciales con las que toda persona debe contar y respetando los límites ecológicos que sustentan la vida, obteniendo como resultado un desarrollo que se encuentre dentro de los límites de lo ecológicamente seguro y lo socialmente justo.

VI. El derecho económico circular

Con estas premisas históricas, conceptuales y al privilegiar el capital natural como límites normativos básicos, procedemos a desarrollar los fundamentos del derecho económico circular, que postula un esquema unitario global de todas las normas posibles de utilizar en función del desarrollo sostenible, brevemente explicado precedentemente. En efecto, el derecho económico circular (DEC) establece un entramado normativo obligatorio sustentado en principios constitucionales y legales, que incorpora herramientas vinculantes como la responsabilidad extendida del productor (REP), el ecodiseño, pasaportes digitales, la contratación pública verde, la jerarquía de residuos, la obsolescencia programada, el etiquetado circular, la justicia ambiental,

la prevención socioambiental, la fiscalización tributaria, instituciones todas que buscan implementar de manera efectiva la transición gradual hacia la económica circular.

Las intervenciones horizontales y verticales precedentes del DEC tienen fundamentos constitucionales sólidos: el artículo 4o. de la Constitución, que desde 1999 reconoce el derecho de toda persona a un medioambiente sano para su desarrollo y bienestar; y el artículo 25, que señala que el Estado planificará, conducirá y regulará el desarrollo nacional conforme al interés general integrando la sustentabilidad ambiental y social. En esta tesitura, el artículo 27 constitucional regula la propiedad de tierras y aguas, y establece la facultad estatal de imponer modalidades para asegurar su distribución equitativa y aprovechamiento sustentable insinuando una orientación ecológica a la economía y el respaldo para un DEC.

De estos fundamentos se desprende una prolifera legislación secundaria en materia de recursos naturales residuos, energías, bosques, agua, territorios, etcétera; normativa transversal sobre la cual se levanta el concepto de orden pública económico que enmarca las tres políticas públicas de perfil sostenible: ¿qué producir?, ¿cómo producir?, y ¿para quién producir?, en cuyas respuestas el DEC en construcción coexiste con el análisis del derecho que tiene como premisa la eficiencia.

En el andamiaje normativo mencionado anteriormente, destacan también tres políticas públicas que el DEC comparado registra: *a)* política de productos sostenibles; *b)* identificación de cadenas de valor, y *c)* normas rigurosas de residuos (o materias primas de segundo uso). En la construcción conceptual del DEC, y por ser normas de transición hacia la economía circular, destacan tres funciones que ya advertimos en la cultura ambientalista: la función promocional, muy ligada a impactar la cultura de consumos necesarios; la función proactiva, que supone actuar sobre pequeñas y medianas recicladoras; y función institucional, que implica aprovechar la transversalidad de la variada legislación secundaria antes mencionada.

Por ello, la transformación estructural, que exige la crisis ecológica contemporánea, ha forzado a los ordenamientos jurídicos a repensar la relación entre economía, derecho y naturaleza. Los sistemas legales tradicionales, sustentados en una visión mecanicista de la economía como esfera autónoma, resultan hoy insuficientes para responder al agotamiento de recursos, la pérdi-

da de biodiversidad, el cambio climático y la creciente desigualdad socioambiental. Ante este panorama, emerge la necesidad de construir una nueva arquitectura jurídica que, sin renunciar a los principios de justicia y equidad, articule las bases biofísicas del desarrollo con las estructuras normativas. El DEC representa una de las respuestas más prometedoras a este desafío.

Inspirado por el pensamiento jurídico-económico de avanzada, y con respaldo en la economía ecológica, el DEC se propone como una rama del derecho que incorpora los límites planetarios como restricciones normativas a la actividad económica. A diferencia del derecho ambiental clásico —frecuentemente reactivo y sectorial—, el DEC tiene una vocación estructurante; reorganiza los sistemas productivos, las cadenas de valor y los marcos de gobernanza conforme a principios de circularidad, restauración y equidad. Como se ha señalado, “el derecho económico debe acomodar nuevas lógicas de intervención estatal y social en los procesos económicos, cuando los principios tradicionales de eficiencia y crecimiento ilimitado resultan no solo insostenibles, sino también regresivos” (Witker, 2020, p. 38).

El eje conceptual de este artículo descansa en la noción de capital natural y sus funciones sistémicas, propuesta por la economía ecológica y plasmada en diversos instrumentos internacionales como el Sistema de Contabilidad Ambiental y Económica (SEEA) de las Naciones Unidas. En particular, se argumenta que el capital natural cumple al menos cuatro funciones esenciales: *a)* base de los factores de producción; *b)* prevención y gestión de residuos; *c)* soporte de funciones ecológicas vitales, y *d)* proveedor de bienestar no instrumental. Estas funciones, lejos de ser meras externalidades, constituyen condiciones estructurales del sistema económico y, por tanto, deben ser reconocidas y protegidas jurídicamente. Adicionalmente, se aspira como objetivo fundamentar una teoría del derecho económico circular a partir de estas reflexiones, al articularlas con principios jurídicos emergentes como los límites planetarios, la equidad intergeneracional, la justicia ecológica y la participación vinculante. Asimismo, se ofrecerá un análisis comparado de experiencias legislativas y doctrinales relevantes, a fin de identificar buenas prácticas y retos comunes en la implementación del DEC.

El DEC se articula sobre un conjunto de principios que, si bien tienen precedentes en el derecho ambiental, adquieren aquí una función estructurante y transversal:

- Principio de circularidad. Obliga a reconfigurar los flujos económicos en ciclos cerrados, eliminando el modelo lineal “extraer-usar-desechar”.
- Principio de responsabilidad extendida. Atribuye a los productores la responsabilidad por el ciclo completo de sus productos, incluyendo residuos y externalidades.
- Principio de precaución reforzada. Ante incertidumbre científica, prevalece la protección del capital natural en contextos de posible daño irreversible.
- Principio de equidad intergeneracional. Impone límites a las decisiones actuales que comprometan los derechos y recursos de generaciones futuras, ya que una economía jurídicamente regulada no puede ser ajena a los principios de equidad sustantiva, eficacia ecológica y solidaridad intergeneracional. Esto último cobra especial vigencia en el contexto del DEC, que redefine la noción de eficiencia a partir de criterios ecológicos.
- Principio de prevención. Donde el ecodiseño de bienes y servicios juegan un papel fundamental.
- El principio *pronatura*. En cualquier controversia sobre recursos, residuos, aire o mares, debe privar el interés de la naturaleza, preferentemente.

VII. El capital natural y sus funciones esenciales

La noción de capital natural representa una innovación conceptual decisiva para repensar el rol de la naturaleza en los sistemas económicos contemporáneos. A diferencia de las concepciones tradicionales, que reducen el entorno a un recurso explotable, el capital natural comprende el conjunto de activos naturales —ecosistemas, biodiversidad, ciclos hidrológicos, suelo fértil, entre otros— que generan flujos de bienes y servicios ecosistémicos esenciales para la vida humana y no humana. Esta conceptualización ha sido reconocida por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), así como por sistemas de contabilidad ecológica como el SEEA (Naciones Unidas, 2021).

Desde una perspectiva jurídica, reconocer al capital natural como componente estructural del sistema económico implica otorgarle funciones jurí-

dicas explícitas, capaces de orientar la regulación, planificación y evaluación de políticas públicas. A continuación, se exponen las cuatro funciones esenciales del capital natural que constituyen la base doctrinal del derecho económico circular.

1. *Base de los factores de producción*

El capital natural proporciona los insumos materiales y energéticos, sin los cuales la producción económica sería inviable: agua, suelos, minerales, biomasa, combustibles fósiles, energía solar y eólica, entre otros. Su papel es análogo —aunque más fundamental— al de capital físico (KM) o humano (KH), pero a menudo invisibilizado en las cuentas nacionales y en los marcos jurídicos tradicionales. Como advierte Daly, “la economía es un subsistema del ecosistema terrestre y depende de sus flujos entrópicos” (Daly, 2010). Desde el DEC, esta función impone una obligación jurídica de uso sostenible y eficiente, sustentada en principios como el de precaución, responsabilidad extendida del productor y minimización del impacto ambiental. Su referente es el artículo 27 de la Constitución.

2. *Prevención y gestión de residuos*

La segunda función del capital natural es actuar como receptor y procesador de los residuos generados por la actividad humana: emisiones de gases de efecto invernadero, aguas residuales, desechos sólidos, químicos tóxicos, entre otros. Esta capacidad es limitada y, cuando se supera, se generan externalidades negativas como contaminación del aire y el agua, pérdida de fertilidad del suelo o afectaciones a la salud pública. En este contexto, el DEC asume el principio de circularidad de los materiales, que implica diseñar sistemas de producción y consumo donde los residuos sean reinsertados como insumos. Jurídicamente, ello se traduce en normas sobre ecodiseño, reciclaje obligatorio, estándares de ecoeficiencia, economía de la reparación y sanciones por contaminación.

En este sector, la tecnología, la *big data* y la inteligencia artificial son herramientas básicas para un llamado capital humano pertinente y oportuno, que también se conoce como capital cultural, factores que manifiestan la filo-

sofía y ética ambientales, la educación, escuela, familias, medios publicitarios y redes sociales, ante los entornos naturales que inciden en la cultura general de las comunidades. Adicionalmente, para Pierre Bourdieu, el capital es la acumulación de bienes socialmente apreciados que sirven de medios y permiten derechos a sus propietarios. Son bienes socialmente apreciados y no necesariamente económicos. Se trata de bienes culturales, sociales, simbólicos, etcétera.

Para este autor, el capital cultural puede existir bajo tres formas: *a*) en Estado incorporado, que supone el capital adquirido después de un tiempo de enseñanza aprendizaje (escuela, familia, lenguaje) el *habitus* de Bourdieu o el *locus* de Fernando Braudel (Smil, 2018); *b*) en Estado objetivado, es decir, en la posesión misma de bienes culturales, como cuadros, libros, estatuas, instrumentos, y *c*) en Estado Institucionalizado, que constituye formas de expresión certificada de títulos y diplomas académicos, que avalan que el sujeto posee un conjunto de saberes y competencias. Lógicamente, estos elementos se relacionan con el capital fijo y económico en el contexto amplio de las relaciones sociales y de clases (Bourdieu, 2001).

La innovación como eje transversal cruza las tres nociones de capital mencionadas, en la actual economía del conocimiento, que aspira por nuevos conocimientos, nuevas informaciones y tecnologías. En efecto, sobre el papel de los cambios tecnológicos en los sistemas productivos, Joseph Schumpeter sostiene que el progreso del capital sólo es viable con la innovación practicada por universidades, industrias y el propio Estado (Schumpeter, 2018). A ello hay que sumar la sociedad civil y el medio ambiente que conforma el modelo de hélice quintuple señalada por Marcelo José Ferraz Ferreira (2023). A la innovación social le sigue la innovación ambiental (sustentabilidad y economía circular).

3. Soporte de funciones ecológicas vitales (Servicio de construcción y transporte)

Los ecosistemas realizan funciones sistémicas sin las cuales la vida sería inviable: fotosíntesis, polinización, regulación climática, ciclo del agua, mantenimiento de hábitats, etcétera. Estas funciones no tienen sustituto tecnológico, y su degradación conlleva riesgos sistémicos, como el colapso de servicios alimentarios o el aumento de eventos climáticos extremos (sequías, huracanes e inundaciones). El DEC reconoce esta función como fundamento del princi-

pio de integridad ecosistémica, que obliga a los Estados a proteger la funcionalidad ecológica de los territorios. Esto incluye instrumentos jurídicos como zonas de amortiguamiento, servicios ambientales, áreas naturales protegidas y planes de manejo ecológico territorial (uso de suelo, limpieza de playas, etcétera).

VIII. De la sostenibilidad retórica a los límites planetarios normativos

El concepto de sostenibilidad ha sido ampliamente acogido en la retórica jurídica internacional desde el Informe Brundtland (1987), pero su eficacia normativa ha sido limitada por la preminencia del *soft law*. La innovación del DEC radica en traducir ese concepto en límites jurídicamente vinculantes, basados en el marco de los límites planetarios propuesto por Rockström *et al.* (2009), el cual identifica nueve sistemas biofísicos esenciales —clima, biodiversidad, ciclo del nitrógeno, uso del suelo, entre otros— con umbrales de seguridad que no deben ser sobrepasados (Cruz, 2014). Desde una perspectiva normativa, estos límites pueden asumirse como restricciones jurídicas objetivas a la actividad económica, que condicionan el ejercicio de derechos patrimoniales y la formulación de políticas públicas. Esta lógica recuerda la doctrina del orden público ecológico, que ha comenzado a tomar forma en jurisprudencia constitucional, como en la Corte Constitucional de Colombia, que reconoce la Amazonía como sujeto de derechos (Sentencia STC4360-2018).

1. *Interdependencia de derechos. El medio ambiente como derecho habilitante*

Uno de los aportes más relevantes del DEC es la afirmación del medio ambiente sano como derecho habilitante, es decir, como condición de posibilidad para el ejercicio de otros derechos fundamentales: salud, agua, alimentación, vivienda, educación, cultura y participación. Esta concepción supera el modelo individualista de los derechos civiles clásicos y adopta una visión ecológica de tercera y cuarta generación (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha con-

solidado esta doctrina en su Opinión Consultiva OC-23/17, al reconocer que la degradación ambiental puede constituir una violación autónoma de los derechos protegidos por la Convención Americana. El DEC asume esta lógica y establece que la protección del capital natural es un mandato de garantía de derechos.

2. Convergencias internacionales: hacia un derecho económico ecológicamente orientado

A nivel comparado, se observan movimientos normativos convergentes que consolidan los fundamentos del DEC: la Estrategia de Economía Circular de la Unión Europea (2020), las reformas constitucionales ecológicas en América Latina (Ecuador, Bolivia, Chile) y las leyes marco de economía circular en países como Francia, Colombia y China. Todas estas normativas coinciden en tres elementos clave:

- El reconocimiento del capital natural como activo estratégico.
- La adopción de metas de circularidad obligatorias.
- La creación de incentivos fiscales y obligaciones de reporte ambiental.

Estas experiencias son evidencia de una tendencia normativa global hacia la juridificación de los límites ecológicos, lo que respalda la legitimidad y viabilidad del DEC como campo jurídico autónomo. En consecuencia, el DEC redefine las bases normativas de la intervención jurídica en la economía, al desplazar el eje del crecimiento ilimitado hacia la sostenibilidad funcional. Su fundamento no es sólo ético o político, sino jurídico y estructural, al integrar principios, derechos y límites vinculantes que responden a la crisis ecológica de manera proactiva. En este sentido, constituye una innovación técnica, así como una reconstrucción dogmática del derecho económico contemporáneo.

IX. Instrumentos jurídicos y políticas públicas en el derecho económico circular

La consolidación del DEC como rama normativa funcional requiere, más allá de su fundamentación teórica, una traducción operativa en políticas públicas, herramientas jurídicas e instituciones efectivas. En esta sección se identifican los principales instrumentos normativos que habilitan la transición hacia una economía circular en sentido jurídico, y se analiza su interacción con las políticas públicas desde una perspectiva sistémica.

1. *Fiscalidad ecológica y presupuestos verdes*

La fiscalidad es uno de los instrumentos más potentes del DEC, al permitir internalizar los costos ecológicos que históricamente han sido externalizados. Esto implica rediseñar los sistemas tributarios para penalizar actividades lineales y contaminantes (impuestos pigouvianos) y premiar aquellas circulares y regenerativas. Los impuestos verdes pueden aplicarse sobre emisiones, residuos, productos no reciclables o extracción de recursos. La Unión Europea, por ejemplo, ha integrado la “tasa de carbono en frontera” como parte de su Estrategia de Economía Circular. En América Latina, Colombia y México han avanzado en impuestos al carbono y al plástico de un solo uso.

El presupuesto verde, por su parte, representa una herramienta de planificación fiscal que vincula el gasto público con metas de sostenibilidad. El DEC puede exigir, jurídicamente, que los presupuestos públicos incluyan partidas específicas para innovación circular, infraestructura regenerativa y restauración ecológica (OCDE, 2020).

2. *Contratación pública sostenible*

Dado que el Estado es uno de los principales compradores del mercado, su poder contractual puede orientar la transición hacia modelos circulares. El DEC incorpora la contratación pública sostenible (CPS) como obligación jurídica, no sólo como política voluntaria, priorizando productos reutilizables, reciclables o con certificaciones ambientales (Cozzio, 2025). Este instrumento se consolida en normas como la Directiva 2014/24/UE de la Unión Europea

y leyes nacionales, como la Ley 197 de Francia (2020), que establece que al menos 50 % de las adquisiciones del Estado deben cumplir criterios de circularidad. En términos jurídicos, la CPS requiere integrar cláusulas ambientales en los contratos administrativos, criterios de adjudicación ecológicos y mecanismos de seguimiento y sanción por incumplimiento.

3. Responsabilidad extendida del productor

La responsabilidad extendida del productor (REP) es un principio clave del DEC, que transfiere al productor la responsabilidad legal, financiera y logística del producto a lo largo de todo su ciclo de vida, incluyendo su recolección, reciclaje y disposición final. Normativamente, la REP se traduce en regulaciones sobre diseño ecológico, etiquetado, recuperación obligatoria de residuos y metas de reciclaje. El proyecto de Ley General de Economía Circular de México (2021) y la Ley REP de Chile (2016) son ejemplos de su implementación en América Latina. Este instrumento permite una transición desde el modelo lineal hacia uno circular, al crear incentivos normativos para la innovación sostenible y la reducción del desperdicio (Besada *et al.*, 2021).

4. Indicadores e instrumentos de contabilidad ecológica

El DEC requiere una nueva contabilidad económica y jurídica, capaz de integrar los costos ambientales, el valor de los servicios ecosistémicos y el impacto ecológico del crecimiento económico. Esto supone ir más allá del producto interno bruto (PIB) e incorporar indicadores como la Huella Ecológica, el Índice de Progreso Genuino (IPG) o el Valor Económico Total (VET) del capital natural. El Sistema de Contabilidad Ambiental y Económica (SEEA) de la ONU ofrece un marco normativo-administrativo para incorporar estos datos en la planificación económica y legal. En países como Nueva Zelanda, Países Bajos y Costa Rica, estos sistemas se usan ya en la elaboración de presupuestos y políticas públicas.

Desde el punto de vista jurídico, su incorporación como obligación de reporte para empresas y Estados refuerza la transparencia y la rendición de cuentas ecológica.

5. *Planeación territorial ecológica y ordenamientos circulares*

La dimensión espacial del DEC exige rediseñar los mecanismos de ordenamiento territorial para incorporar la capacidad de carga ecológica, la vocación de uso del suelo y los flujos de materiales y energía. El urbanismo circular, la zonificación ecológica y los sistemas de logística reversa son elementos clave. Algunos marcos normativos, como el Plan Nacional de Economía Circular de Países Bajos (2019) o los planes de acción de la Economía Azul en la región del Caribe, incluyen estos elementos en sus normativas de planeación. El DEC impone aquí una función normativa: condicionar la aprobación de usos del suelo y proyectos de inversión a criterios de circularidad y resiliencia ecológica.

Finalmente, la eficacia del DEC depende de su capacidad para materializarse en instrumentos jurídicos concretos, articulados con políticas públicas coherentes. Su fortaleza normativa radica en su versatilidad; puede integrar instrumentos fiscales, administrativos, contractuales y territoriales bajo un marco sistémico de intervención. La clave está en su potencial para reorganizar, no sólo limitar, el sistema económico dentro de los límites ecológicos y sociales (CEPAL, 2021).

X. *Análisis comparado. Implementación del derecho económico circular*

Uno de los ejes metodológicos centrales del presente artículo es el análisis comparado del DEC. Esta herramienta permite identificar patrones normativos, modelos regulatorios y experiencias divergentes en la implementación de principios circulares en diversos sistemas jurídicos. A través del contraste entre países, se revelan tanto las tensiones comunes como las estrategias exitosas en la construcción de marcos jurídicos circulares. Se analizan a continuación tres casos paradigmáticos: la Unión Europea, China y México, cada uno con contextos políticos, institucionales y ambientales distintos, pero con enfoques convergentes hacia la circularidad económica.

1. *Unión Europea: liderazgo normativo y sistema multisectorial*

La Unión Europea (UE) ha sido pionera en el desarrollo de un marco jurídico robusto para la economía circular. Desde el Plan de Acción para la Economía Circular de 2015, actualizado en 2020, la UE ha integrado la circularidad en múltiples niveles: producción, consumo, residuos, productos químicos, y contratación pública. Entre las normas clave destacan:

- La Directiva Marco de Residuos (2008/98/CE), que introduce la jerarquía de residuos y la REP.
- El Reglamento de Ecodiseño (EU) 2019/2020, que impone criterios de reparabilidad y reciclabilidad a productos.
- Las estrategias sectoriales: textil, electrónica, plásticos, construcción.
- En términos jurídicos, el modelo europeo se caracteriza por:
 - Un enfoque transversal que integra la economía circular en múltiples sectores.
 - La existencia de metas cuantificables y sistemas de monitoreo legalmente obligatorios.
 - Mecanismos de armonización regulatoria entre Estados miembros.

Este modelo ha sido reconocido por la OCDE como el más avanzado institucionalmente, aunque enfrenta desafíos de implementación local y tensiones con normas de comercio internacional (Palomar, 2022, p. 27).

2. *China. Modelo centralizado con enfoque semi-ecologista*

China ha adoptado un enfoque singular de economía circular, integrándola desde principios de los años 2000 en su estrategia de desarrollo nacional. La Ley de Promoción de la Economía Circular (2008) es un instrumento normativo de referencia, articulado con planes quinquenales y estrategias de transición energética, suscripción del Acuerdo de París 2015 y la aprobación del nuevo Código Civil (2021) (Sabatino, 2022).

Las características del modelo chino, son las siguientes:

- Enfoque centralizado y planificador del territorio, con metas impuestas desde el nivel nacional.
- Prioridad en la eficiencia energética e industrial, más que en la protección de ecosistemas.
- Instrumentos jurídicos orientados a la innovación tecnológica, reciclaje industrial y “zonas económicas circulares”.

Desde una perspectiva crítica, autores como Yuan et al. (2006) han señalado que el modelo chino enfatiza la circularidad como herramienta de competitividad, sin integrar suficientemente principios de equidad o participación social. No obstante, su escala y capacidad de ejecución lo convierten en un caso relevante para el estudio comparado. El factor territorio y apoyo a agentes económicos es la característica central.

3. México. Avances normativos y desafíos estructurales

México ha comenzado a construir su marco jurídico de economía circular de manera más reciente. El proyecto de la Ley General de Economía Circular (LGEC, 2021) representa un esfuerzo por consolidar principios de circularidad, responsabilidad extendida y simbiosis industrial a nivel nacional.

Entre sus características destacan:

- Reconocimiento expreso del capital natural como base de la economía (artículo 4o. de la Ley de Economía Circular de la Ciudad de México).
- Obligación de las autoridades a implementar programas de economía circular en todos los niveles.
- Promoción de innovación, educación ambiental y financiamiento verde.

Sin embargo, el modelo mexicano enfrenta serios desafíos de un país petrolero (Fundación Cristina Cortina):

- Fragmentación institucional y poca coordinación multiniveles de gobierno.
- Débil infraestructura para gestión de residuos y fiscalización ambiental.
- Falta de capacidades técnicas y presupuestarias en los 2,500 municipios.

A pesar de ello, el proyecto de la LGEC sienta bases jurídicas valiosas y puede evolucionar hacia un DEC más robusto si se articula con políticas industriales, fiscales y territoriales (Witker *et al.*, 2021).

En síntesis comparada: elementos clave de la Unión Europea, China y México.

- Enfoque normativo multisectorial, armonizado-centralizado, productivista-multinivel, en construcción.
- Instrumentos principales: directivas-reglamentos, metas-ley marco, planificación estatal-ley general u programas locales.
- Fortalezas: coherencia normativa, monitoreo-escala, capacidad ejecutiva-reconocimiento del capital natural.
- Debilidades: implementación-desigual, falta de enfoque participativo-fragmentación institucional.

Esta comparación revela que el DEC es adaptable a diversos modelos jurídicos, pero su eficacia depende de la coherencia normativa, la capacidad institucional y la articulación intersectorial. El modelo europeo se destaca por su desarrollo técnico y legal; el chino, por su capacidad ejecutiva; y el mexicano, por su base conceptual progresista. El análisis comparado confirma que el DEC es una tendencia jurídica en expansión, con múltiples modelos de implementación. Su evolución depende no sólo del diseño legal, sino también de la cultura institucional, el contexto político y la presión social. En este sentido, el DEC representa tanto un nuevo paradigma normativo como un campo de disputa por la configuración del futuro económico y ecológico de las naciones.

XI. Desafíos y perspectivas futuras del derecho económico circular

La consolidación del DEC enfrenta una serie de desafíos normativos, institucionales y culturales, que deben ser abordados con visión estratégica y compromiso político. Esta sección analiza los principales obstáculos para su implementación efectiva y propone caminos para su consolidación como

rama jurídica autónoma, capaz de responder a la crisis ecológica global y reorientar el marco jurídico-económico vigente.

1. *Fragmentación normativa y sectorialismo institucional*

Uno de los problemas estructurales del DEC es la fragmentación del derecho ambiental y económico, que impide una regulación integrada de los flujos materiales, energéticos y financieros. A menudo, las normas de economía circular coexisten con políticas industriales lineales o con leyes ambientales centradas exclusivamente en la remediación, generando contradicciones y vacíos normativos. En efecto, la eficacia del derecho económico depende de su capacidad para integrar sistemáticamente los principios que rigen el desarrollo sustentable en las estructuras regulatorias tradicionales. El DEC exige, por tanto, una reingeniería institucional que supere el enfoque sectorial y promueva estructuras de gobernanza transversal.

2. *Falta de justiciabilidad y mecanismos de exigibilidad*

El DEC enfrenta también una debilidad en términos de justiciabilidad, ya que muchos de sus principios —como la circularidad, la equidad intergeneracional o la integridad ecosistémica— carecen de mecanismos efectivos de aplicación judicial. La ausencia de cláusulas operativas en las constituciones y leyes sectoriales impide que estos principios se traduzcan en derechos exigibles. Una perspectiva normativa futura del DEC debería incorporar mecanismos de exigibilidad legal y constitucional, e incluir:

- Reconocimiento de los derechos de la naturaleza o del capital natural.
- Inclusión del DEC en catálogos de derechos fundamentales económicos y sociales.
- Acceso a la justicia ambiental y participación vinculante en decisiones ecológicas.

3. Necesidad de una narrativa jurídica transformadora

Finalmente, el DEC necesita afirmarse como una narrativa jurídica coherente, movilizadora y estructurante, capaz de disputar el paradigma legal dominante. Esto implica no sólo crear nuevas normas, sino reinterpretar los principios clásicos del derecho económico —como la libertad de empresa, la propiedad y la competencia— desde una lógica ecológica y social. El DEC debe situarse como un campo jurídico que articula derechos, deberes y responsabilidades, con base en la sustentabilidad funcional del planeta, desafiar el mito del crecimiento infinito y proponer una visión de bienestar desvinculada del consumo material acelerado.

En consecuencia, los desafíos del derecho económico circular no son sólo técnicos, sino profundamente políticos y culturales. Su consolidación exige un cambio de paradigma jurídico que trascienda la normatividad decorativa y promueva estructuras efectivas de gobernanza ecológica. Lejos de ser una utopía, el DEC es una necesidad jurídica frente a los límites planetarios, y su desarrollo futuro dependerá de la voluntad de los sistemas jurídicos para integrar de manera seria y coherente los principios de sostenibilidad, justicia y resiliencia.

XII. Conclusiones

Como observamos, el artículo ha propuesto una fundamentación teórica y normativa del DEC a partir del reconocimiento de las cuatro funciones esenciales del capital natural: *a)* base de los factores de producción; *b)* control de residuos; *c)* soporte de funciones ecológicas vitales, y *d)* proveedor de bienestar integral. Estas funciones no sólo explican el rol sistémico de la naturaleza en la economía, sino que justifican su protección jurídica estructural. La exposición ha demostrado que el DEC se configura como una rama emergente del derecho económico, capaz de reorganizar la producción, el consumo y la distribución dentro de los límites ecológicos del planeta. Lejos de ser una extensión del derecho ambiental, el DEC ofrece un enfoque normativo transversal, que integra principios ecológicos en las herramientas del derecho

económico clásico: fiscalidad, presupuestos, contratos, responsabilidad y planificación territorial.

Desde una perspectiva comparada, se ha evidenciado que múltiples sistemas jurídicos —como la Unión Europea, China y México— transitan hacia marcos normativos circulares, con distintos grados de desarrollo y eficacia. Si bien existen avances, también se detectan desafíos comunes: fragmentación normativa, debilidad institucional, modelos económicos extractivistas y falta de justiciabilidad. En este contexto, el DEC no sólo debe consolidarse como campo doctrinal, sino también como marco operativo de políticas públicas y exigibilidad legal.

El aporte principal antes visto es establecer que el DEC no puede entenderse únicamente como un conjunto de normas, políticas y técnicas, sino como una transformación epistémica del derecho económico, basada en la justicia intergeneracional, la equidad ecológica y la sostenibilidad funcional. Esta visión retoma y actualiza un derecho económico dinámico, orientado al bienestar colectivo y a los intereses públicos superiores. En suma, el DEC representa una respuesta jurídica robusta a la crisis ecológica contemporánea; su consolidación requerirá voluntad política, innovación institucional y compromiso ético, pero que constituye una oportunidad histórica para rearticular el derecho con la vida global.

XIII. Referencias

- Aguirre, P. (2022). *Devorando el planeta: cambiar la alimentación para cambiar el mundo*. Capital Intelectual.
- Arellano Serratos, F. (2025). *Ecotopías: una crítica radical del futuro*. Montzalez Editoriales.
- Besada, A., Walsh, A., Suárez Irigoyen, J., y CODS. (2021). *Análisis de la responsabilidad extendida del productor en LAC como herramienta para contribuir al ODS 12*. Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS); Universidad de los Andes. <https://cods.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/2023/11/Analisis-de-la-responsabilidad-extendida-del-productor-en-LAC-como-herramienta-para-contribuir-al-ODS-12.pdf>

- Bourdieu, P. (2001). *Capital cultural, escuela y espacio social*. Siglo XXI.
- Branco-Teixeira, M. (Coord.). (2023). *Manual de inovação e sustentabilidade: os desafios e as soluções na reabilitação urbana 4.0*. Vida Económica.
- Carrillo González, G., y Torres Bustillos, L. G. (2021). *Biorrefinerías y economía circular*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2021). *Economía circular y gestión de residuos municipales en América Latina*. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47309-economia-circular-america-latina-caribe-opportunidad-recuperacion-transformadora>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2022). *Infraestructura de la calidad para la economía circular en América Latina y el Caribe*. Programa de Cooperación Alemana (PTB). <https://www.cepal.org>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2014). *El derecho humano al medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar*. CNDH.
- Cozzio, M., y Caruso, E. (2025). Contratación pública sostenible: entre el derecho europeo y el nuevo código italiano. *Foro: Revista de Derecho*, (43), 27-44. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/10269>
- Cruz Romero, J. G. (2014). *Derecho ambiental y desarrollo sustentable*. Instituto Politécnico Nacional.
- Daly, H. E., y Farley, J. C. (2010). *Ecological economics: principles and applications* (2a. ed.). Island Press.
- De Leonardis, F. (2023). *Lo Stato Ecologico: approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*. Giappichelli Editore.
- Drucker, P. (1985). *Innovation and entrepreneurship*. Harper and Row.
- Ellen MacArthur Foundation. (2015). *Towards the circular economy: economic and business rationale for an accelerated transition*. <https://ellenmacarthurfoundation.org>
- Fernández Izquierdo, M. E., López Martínez, G., Meseguer Sánchez, J. V., Molina-Moreno, V., y Núñez-Cacho Utrilla, P. (2021). *Economía circular: fundamentos y aplicaciones*. Aranzadi.
- Ferraz Ferreira, M. (2023). *Direito econômico da inovação: desenvolvimento sustentável e tecnologia*. Universidade Presbiteriana Mackenzie.
- Furtado, C. (1999). *Teoría y política del desarrollo económico*. Siglo XXI.
- García Calvente, Y., y Sedeño López, J. F. (Coords.). (2021). *Desarrollo urbano sostenible y economía circular en perspectiva jurídica*. Aranzadi.

- García Novoa, C., y Vivel Búa, M. (Dirs.); Torres Carlos, M. R., y Lado Sestayo, R. (Coords.). (2021). *Digitalización, inteligencia artificial y economía circular*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gudynas, E. (2022). *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Tinta Limón Ediciones.
- Kuznets, S. (1955). Economic growth and income inequality. *American Economic Review*, 45(1), 1-28. <https://www.aeaweb.org/aer/top20/45.1.1-28.pdf>
- Kuznets, S. (1974). *Crecimiento económico de las naciones: producción total y estructura de la producción*. Fondo de Cultura Económica.
- Leff, E. (2004). *Racionalidad ambiental: la reapropiación social de la naturaleza*. Siglo XXI Editores.
- Lombardo, F., Mateo, F. W., Salinardi, L. H., Remes Lenicov, M., Mallama-ce, M. y Narodowski, P. (2012). *Geografía económica mundial GEM: un enfoque centro-periferia*. Universidad Nacional de Moreno.
- Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers, J., y Behrens III, W. W. (1972). *Los límites del crecimiento: informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*. Fondo de Cultura Económica.
- Mellado Ruiz, L. (2023). *Desafíos regulatorios de la economía circular azul*. Aranzadi.
- OECD. (2018). *Oslo manual 2018: Guidelines for collecting, reporting and using data on innovation* (4th ed.). <https://doi.org/10.1787/9789264304604-en>
- Oropeza, A., y Negrete, J. (Coords.). (2025). *Inteligencia artificial: hacia una nueva era en la historia de la humanidad*. INADI.
- Palomar Olmeda, A., y Descalzo González, A. (Dirs.). (2022). *Estudios sobre la ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*. Aranzadi.
- Sabatino, G. (2022). Sostenibilidad ambiental y derecho civil en la “nueva era” de la cultura legal china: las “cláusulas verdes” del Código Civil chino. *Revista General de Derecho Público Comparado*, (31). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423219
- Savy, A.-C., N’Diaye, M. y Kessari, M.-É. (2019). Le dispositif français de transition vers l’économie circulaire institutionnalise-t-il un concept? Une analyse transversale de discours. *Technologie et innovation*, 4(2). https://www.open-science.fr/IMG/pdf/iste_techinn19v4n2_3.pdf
- Schumpeter, J. A. (1934). *The theory of economic development*. Harvard University Press.
- Schumpeter, J. A. (1996). *Capitalismo, socialismo y democracia* (Vol. I). Summaratio.

- Schumpeter, J. A. (2018). *Capitalismo, socialismo y democracia* (P. Bernardo, Trad.).
- Slavin, P. El derecho a la ciudad ante la crisis socio-ecológica generada por el cambio climático. En M. C. Gimeno Presa (dir.). (2024). *Derecho y cambio climático: cómo abordar los eventos meteorológicos extremos*. Aranzadi.
- Smil, V. (2021). *Energía y civilización: una historia* (2a. ed.). Arpa.
- Vesele, M. (2024). *Emprender hacia la economía circular*. Econautas.
- Vernile, S. (2024). *Dall'economia circolare al principio di circolarità: una lettura giuridica nel solco dell'art. 9 Cost.* Giappichelli.
- Witker Velásquez, J. A. (coord.). (2021). *Derecho y economía*. Universidad Nacional Autónoma de México; El Colegio Nacional.
- Witker Velásquez, J., Godínez Méndez, W. A., y Carmona Lara, M. del C. (Coords.). (2025). *Estudios introductorios al derecho económico circular*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Witker Velásquez, J. A. (2016). *Introducción al derecho económico* (12a. ed.). Publibex.
- Yuan, Z., Bi, J., y Moriguichi, Y. (2006). The circular economy: A new development strategy in China. *Journal of Industrial Ecology*.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Witker Velásquez, Jorge Alberto, “Derecho económico circular. Fundamentos, evolución y visiones comparadas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20277. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20277>

APA

Witker Velásquez, J. A. (2026). Derecho económico circular. Fundamentos, evolución y visiones comparadas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20277. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20277>

O direito à educação nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009): uma leitura comparativa culturalista a partir do pensamento descolonial e do novo constitucionalismo latino-americano

El derecho a la educación en las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009): una lectura comparada culturalista a partir del pensamiento decolonial del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Laerte Radtke Karnopp

 <https://orcid.org/0000-0002-0839-4708>

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense. Brasil

Correo electrónico: laerterk@gmail.com

Resumo: O objetivo do artigo é demonstrar a presença de uma concepção libertadora de educação como pressuposto pré-normativo do direito à educação nas constituições de Equador e Bolívia, países do terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano, justificada a partir desse movimento constitucional e do pensamento descolonial como elementos contextuais. Para isso, utiliza-se uma metodologia culturalista de direito comparado na análise das duas constituições. A originalidade e o valor do estudo estão, principalmente, no fato de que, apesar de haver numerosas publicações que relacionam o pensamento descolonial e o novo constitucionalismo latino-americano, não se identificam pesquisas que abordam direitos em espécie, notadamente o direito à educação. As principais conclusões resumem-se à presença da interculturalidade nas constituições examinadas, na instrumentalização do direito à educação para a promoção dos demais direitos humanos e no resgate e na promoção de saberes tradicionais para a realização do *buen vivir* e do *vivir bien*.

Palavras-chave: direito à educação; educação libertadora; pensamento descolonial; novo constitucionalismo latino-americano.

Resumen: El objetivo del artículo es demostrar la presencia de una concepción liberadora de la educación como presupuesto prenormativo del derecho a la educación en las constituciones de Ecuador y Bolivia, países del tercer ciclo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, justificada a partir de este movimiento constitucional y del pensamiento decolonial como elementos contextuales. Para ello, se emplea una metodología culturalista de derecho comparado en el análisis de ambas constituciones. La originalidad y el valor del estudio radican, principalmente, en el hecho de que, aunque existen numerosas publicaciones que relacionan el pensamiento decolonial y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, no se identifican investigaciones que aborden derechos específicos, en particular el derecho a la educación. Las principales conclu-

siones se resumen en la presencia de la interculturalidad en las constituciones examinadas, en la instrumentalización del derecho a la educación para la promoción de los demás derechos humanos y en la recuperación y promoción de saberes tradicionales para la realización del *buen vivir* y del *vivir bien*.

Palabras clave: derecho a la educación; educación liberadora; pensamiento decolonial; nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Abstract: The aim of this article is to demonstrate the presence of a liberating conception of education as a pre-normative foundation of the right to education in the constitutions of Ecuador and Bolivia, countries of the third cycle of the new Latin American constitutionalism. This approach is justified through both this constitutional movement and decolonial thought as contextual elements. To this end, a culturalist methodology of comparative law is applied in the analysis of the two constitutions. The originality and value of the study lie primarily in the fact that, although numerous publications have addressed the relationship between decolonial thought and the new Latin American constitutionalism, no research has specifically examined concrete rights, particularly the right to education. The main conclusions highlight the presence of interculturality in the constitutions under review, the instrumentalization of the right to education for the promotion of other human rights, and the recovery and promotion of traditional knowledge for the realization of *buen vivir* and *vivir bien*.

Keywords: right to education; liberating education; decolonial thought; new Latin American constitutionalism.

I. Introdução

O presente artigo consiste em um estudo comparativo do direito à educação nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), representantes do terceiro ciclo —o do pluralismo constitucional— do movimento constitucional denominado novo constitucionalismo latino-americano (Yrigoyen Fajardo, 2011, p.149), também permeado pelo pensamento decolonial como fundamento teórico-filosófico. Trata-se de um movimento que se diferencia significativamente do constitucionalismo de base tradicional, notadamente em matéria de direitos humanos.

Nesse sentido, a análise toma dois elementos contextuais como ponto de partida: o histórico de colonialismo, comum à América Latina, que promoveu efeitos duradouros —a colonialidade— não só nos dois países e no continente, mas no restante do globo; e o novo constitucionalismo latino-americano, como movimento jurídico-político insurgente, que tenta a re-fundação do Estado a partir de uma perspectiva de resgate e valorização

das cosmovisões locais. A partir desses elementos contextuais, os quais serão abordados a seguir, investiga-se como uma concepção libertadora de educação estabelece as bases pré-normativas do direito à educação nos textos constitucionais examinados, mas também de que forma essa mesma concepção poderá funcionar como princípio ordenador de uma perspectiva de direitos humanos própria desse ciclo do novo constitucionalismo latino-americano, o que constitui o problema de pesquisa.

A concepção libertadora de educação, na terceira fase do novo constitucionalismo latino-americano, a julgar pelas constituições que serão objeto de estudo, orienta o direito à educação nesses ordenamentos e, em certa medida, também influencia no conjunto dos demais direitos humanos/fundamentais. Walsh (2008, p.145) afirma que a ciência e o conhecimento não são, usualmente, assuntos de que as constituições se ocupam, mas que são temas tratados pelas políticas educativas, “[...] que perpetuam a ideia de que o conhecimento é singular, que se baseia em uma racionalidade única e que tem gênero e cor: é masculino e é branco” (tradução livre). Isso remete ao entrelaçamento existente entre a colonialidade do ser e do saber, à medida que reproduz a compreensão ocidental de superioridade de um pequeno segmento da humanidade e, por consequência, relega a um plano inferior não só o ser mas também os conhecimentos e saberes daqueles excluídos desse pequeno grupo.

Diante disso, a hipótese a ser sustentada é a de que, na construção discursiva do direito à educação em ambos os países, a concepção libertadora de educação se faz presente em três aspectos: (1) no diálogo intercultural, como superação de uma concepção hegemônica e eurocêntrica de saber, para o resgate e valorização dos conhecimentos locais; (2) na transversalidade e na instrumentalização do direito à educação na realização dos demais direitos; e (3) a permeabilidade do direito à educação pelas cosmovisões locais — *buen vivir*, no Equador, e *vivir bien*, na Bolívia — e o reconhecimento de saberes tradicionais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, é necessário considerar que o tema do método em direito (constitucional) comparado ocupa posição central nos debates dessa disciplina. De acordo com Teixeira (2020), o método não se separa do objeto de estudo, de modo que uma precisa delimitação deste deve preceder a escolha da metodologia e dos procedimentos adequados

a cada investigação. A tensão entre universalistas, defensores de elementos comuns entre sistemas jurídicos, e particularistas ou culturalistas, que sustentam a singularidade e as peculiaridades de determinado sistema, está no centro do problema da nebulosa matriz epistemológica e metodológica do direito constitucional comparado (Hirschl, 2019, pp.254-255).

Do lado da corrente universalista, as normas jurídicas, de acordo com esse entendimento, não refletem as condições de vida de dada sociedade uma vez que o contexto político, social e cultural do país em que são vigentes não apresenta relevância. O direito, para essa concepção, é somente regras vazias e não conectadas em qualquer forma significativa (Legrand, 2014, p.16), razão pela qual não importa o contexto de onde provém e para onde é deslocado. Por outro lado, a corrente particularista ou culturalista assume o direito como construção cultural e linguística, razão pela qual suas normas possuem estreita relação com a história, a cultura e as aspirações da comunidade onde estão inseridas. Por essa razão, as normas jurídicas de uma comunidade expressam suas formas particulares de compreender a realidade, assim como sua experiência histórica, de modo que o papel do comparatista é apreender a compreensão da profunda estrutura contextual de determinada cultura jurídica e como ela é registrada nesse contexto específico (Hirschl, 2019, p. 256).

Este estudo será conduzido pela metodologia culturalista de leitura do direito estrangeiro, tal como a concebe Pierre Legrand (2018), que se opõe à corrente que se restringe a uma leitura positivista com atenção somente às regras do direito nacional vigente e às interpretações locais, para se associar a uma concepção hermenêutica consubstanciada na pré-compreensão do leitor. A proposta insurgente de Legrand se funda em quatro ideias-mestras sintetizadas por Hachem (2018) no prefácio da obra desse autor: (1) uma perspectiva culturalista e interdisciplinar como alternativa à visão positivista do direito; (2) substituição do paradigma da autoridade pelo de alteridade, o que implica julgar o direito do outro não a partir da autoridade de seu próprio direito, senão por uma ética fundada no reconhecimento e no respeito; (3) uma análise das jurisculturas que valorize a singularidade (plural) de cada direito, com destaque às suas diferenças, decorrentes da cultura jurídica e do ambiente, em substituição a um projeto de similaridade; e (4) uma concepção interpretativa hermenêutica que assuma a crítica à objetividade da leitura

do direito estrangeiro e que reconheça as pré-compreensões do intérprete como sujeito inserido em sua própria realidade cultural e que lê o outro direito a partir dela.

A metodologia culturalista, porque fundada na pré-compreensão do leitor estrangeiro, rejeita a neutralidade axiológica própria da matriz ortodoxo-positivista, que tem na pessoa do intérprete um “corpo estranho”, cuja subjetividade deve manter-se afastada de sua ciência, bem como quaisquer traços que revelem a cultura e a tradição daquele meio em que o texto legal foi produzido/aplicado e, ainda, do meio no qual se situa o sujeito intérprete (Karnopp & Sigales-Gonçalves, 2023, p.44). Portanto, o jurista leitor do direito estrangeiro carrega consigo seus pré-conceitos, no sentido histórico do termo, que influenciam seu trabalho por ser um sujeito situado, o que lhe obriga, segundo Legrand, a um estudo que não seja puramente objetivo: “Essa é a problemática da identidade, à qual já me referi. Esqueçamos, portanto, a objetividade. Eu diria ainda mais: esqueçamos com tranquilidade a objetividade” (Legrand, 2018, pp.36-37). O caminho metodológico a ser traçado, então, pressupõe uma abordagem interpretativa que leva em consideração a natureza situada do intérprete e, também, do texto interpretado.

Para cumprir esse propósito, o artigo será dividido em duas seções. A primeira examinará as bases conceituais da análise a ser desenvolvida, as quais estabelecem o contexto em que o objeto de estudo se insere, iniciando pelo pensamento descolonial e, posteriormente, estabelecendo aproximações com o novo constitucionalismo latino-americano. Na sequência, serão analisadas as constituições do Equador e da Bolívia, nessa ordem, para avaliar a presença e a manifestação da concepção libertadora de educação como elemento pré-normativo.

II. Bases conceituais para uma análise culturalista do direito à educação

1. *O pensamento descolonial*

Sob a perspectiva universalista da história, entendida como um processo linear de desenvolvimento dos acontecimentos orientado pela racionalidade

moderna europeia,¹ a constituição de uma imagem global do mundo teve início com a expansão europeia para o chamado Novo Mundo,² a partir de 1492, marco simbólico do início da modernidade histórica. As consequências desse encontro são narradas de modos diversos, sendo a compreensão da colonização condicionada à perspectiva historiográfica adotada. À luz do pensamento descolonial (Dussel, 2000; Quijano, 2010), estabelece-se uma articulação indissociável entre modernidade e colonialidade, sendo esta última a face encoberta da primeira. Nessa perspectiva, a modernidade não deve ser concebida como um processo exclusivamente europeu de emancipação racional, mas como um fenômeno global, constituído por meio da relação dialética com o não-europeu, que, situado na periferia, é interpelado e definido a partir do centro autorreferido europeu. Assim, a modernidade emerge do confronto com a alteridade, a qual é submetida, dominada e epistemologicamente silenciada, permitindo à Europa definir-se como um “ego” descobridor, conquistador e colonizador da alteridade constitutiva da própria modernidade (Dussel, 1993, p. 8).

O colonialismo, nesse sentido, produziu as condições para a constituição da colonialidade, que permanece como estrutura de dominação mesmo após o fim formal dos regimes coloniais. Embora os conceitos de colonialismo e colonialidade estejam estreitamente relacionados, não são equivalentes. O colonialismo refere-se a uma forma de dominação política, econômica e territorial direta, caracterizada pela imposição de uma jurisdição externa sobre outra, sem necessariamente implicar relações racistas de poder (Quijano, 2010). A colonialidade, por sua vez, constitui um padrão de poder que se reproduz através da articulação entre trabalho, saber, autoridade e subjetividade, sustentado pelo capitalismo global e pela ideologia da raça.

¹ Para Dussel (1993), o eurocentrismo e a falácia desenvolvimentista encontram-se associados e correspondem a uma posição ontológica que sustenta o desenvolvimento linear de toda cultura e tem uma direção no espaço, que vai do oriente para o ocidente, de modo que nasce na Ásia e tem na Europa o maior estágio de aperfeiçoamento. Daí o eurocentrismo, que posiciona a Europa ao centro da história mundial, que, juntamente com Ásia e África, embora desqualificadas, constituem a totalidade. América, nessa perspectiva, está descartada e fora da história.

² Desde já, ressalva-se o caráter eurocêntrico dessa expressão, que considera novo o mundo das Américas em relação ao Velho Mundo já conhecido pela ocidentalidade: Europa, Ásia e África.

A colonialidade, portanto, implica a imposição de uma intersubjetividade global fundada na subalternização dos saberes e culturas dos grupos colonizados, estabelecendo o eurocentrismo como forma hegemônica e pretensamente universal de conhecimento (Escobar, 2003). Nesse contexto, Mignolo (2007) propõe uma releitura da constituição da ideia de América Latina desde a perspectiva da colonialidade, denunciando a geopolítica do conhecimento que sustenta os discursos da modernidade. Esse exercício crítico exige o deslocamento do ponto de enunciação, revelando as opacidades e os silêncios da narrativa dominante, segundo a qual não teria ocorrido um “descobrimento” da América, mas sim sua “invenção” como extensão do projeto imperial europeu. Desse modo, o Novo Mundo e a América seriam construções europeias-cristãs, formuladas pelas monarquias ibéricas e posteriormente reiteradas pelos Estados nacionais atlânticos (Mignolo, 2008).

A concepção da América como invenção articula-se diretamente às dimensões da colonialidade do ser e do saber. Ambas operam na imposição do pensamento eurocêntrico sobre as formas de existência e conhecimento das sociedades colonizadas. Maldonado-Torres (2007) argumenta que essas dimensões se fundem na construção do *ego cogito* moderno: a máxima cartesiana “penso, logo existo” é apropriada em sua forma negativa e colonial – aquele que não pensa segundo a lógica ocidental não é reconhecido como sujeito, e, por isso, pode ser dominado, escravizado ou silenciado. Tal estrutura epistêmica converte-se em um instrumento de negação ontológica dos sujeitos racializados, por meio da desqualificação sistemática de seus saberes e modos de vida. Castro-Gómez (2005), por sua vez, aprofunda essa crítica ao afirmar que a invenção do outro vai além do encobrimento de identidades preexistentes, como propõe Dussel (1993), constituindo uma violência epistemológica e ontológica mais profunda.

O pensamento descolonial, em sua vertente propositiva, parte do reconhecimento da parcialidade da geopolítica do conhecimento para afirmar a possibilidade de descolonizar os paradigmas hegemônicos do saber e do ser. Isso requer uma postura epistêmica insurgente, uma desobediência epistêmica, que parta do local dos subalternizados e reivindique a validade de saberes localizados e historicamente marginalizados. Mignolo (2014) argumenta que esse movimento de descolonização demanda uma nova gramática da descolonialidade, construída a partir da conscientização das subjetividades su-

balternizadas sobre as estruturas coloniais que operam sobre suas existências e seus saberes. Tal processo segue uma dinâmica ascendente, da sociedade civil e dos movimentos contra-hegemônicos rumo à contestação das estruturas imperiais de controle.

Nesse sentido, o pensamento fronteiriço (*border thinking*) emerge como método fundamental para articular a pluriversalidade dos saberes e o projeto de superação da lógica imperial, da retórica da modernidade e da racionalidade colonial (Mignolo, 2014). Trata-se da construção de uma nova racionalidade comum a partir de experiências históricas localizadas, capaz de sustentar projetos como o da transmodernidade (Dussel, 2001), orientados à descolonização, ao desprendimento e à substituição da lógica eurocêntrica pelo horizonte da pluriversalidade como projeto universal alternativo.

À medida que a colonialidade se aprofunda nas esferas do ser e do saber, torna-se imperativo avançar no processo de desprendimento epistêmico, promovendo a universalização da pluriversalidade. Nesse sentido, Mignolo (2007) observa que as lutas mais radicais serão travadas no campo do saber e da razão, exigindo não apenas a reconfiguração de seu conteúdo, mas sobretudo da estrutura lógica que sustenta o sistema vigente. Nesse horizonte, vem-se consolidando também uma proposta de descolonização dos direitos humanos (Bragato, 2014), tradicionalmente ancorados em uma noção abstrata de dignidade e de sujeito universal, que desconsidera as múltiplas determinações históricas e culturais dos sujeitos concretos. A superação desse modelo demanda a ruptura com a narrativa eurocêntrica dos direitos humanos, assentada nas lutas políticas europeias e na concepção de um sujeito racional.³

Em síntese, existe uma luta para superar a subalternização histórica de uma América inventada pelos processos de colonização europeia, que instauraram a colonialidade que se desdobra em distintas dimensões – do poder, do ser e do saber – a qual se traduz na tentativa de libertação nos distintos campos da experiência humana. No campo político-jurídico, o novo constitucionalismo latino-americano parece se apresentar como um movimento que toma para si a tarefa de refundar o Estado sobre novas bases mais adequadas à experiência histórica do continente.

³ Para maior aprofundamento, ver Bragato (2023).

2. O novo constitucionalismo latino-americano

A coincidência entre os conceitos de Estado e nação, que qualifica a nacionalidade como vínculo jurídico que une determinadas populações a um Estado e que, historicamente, constitui pressuposto de movimentos constitucionais, requer reavaliação no contexto do novo constitucionalismo latino-americano. Esse movimento, conforme Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2010), caracteriza-se como um *constitucionalismo sin padres*, substituindo o antigo constitucionalismo nominalista até então presente na América Latina por outro transformador e real, de maior originalidade e a serviço dos povos.

De fato, o processo de formação dos Estados na América Latina, conduzido pelas elites *criollas*, não buscou a “nacionalização” das populações. Segundo Quijano (2005), a nacionalização reivindica uma certa homogeneização da sociedade, que pode ser alcançada por meio de sua democratização, a qual exige a superação da colonialidade e da racialização mediante a participação de todas as classes e etnias na organização social e política; no entanto, o colonialismo interno engendrado por essas elites durante o processo de independência teria obstaculizado a consolidação de Estados-nação nesses moldes. Já para Castro-Gómez (2005), na modernidade, o Estado é a instância central de onde partem os mecanismos de controle sobre o mundo natural e social, em um processo de organização racional da vida humana e como síntese de todos os interesses encontrados na sociedade. No contexto do Estado, a formação do cidadão só seria possível dentro do espaço de legalidade conferido pela constituição, cuja função jurídico-política é, precisamente, a de “inventar a cidadania”, isto é, “criar um campo de identidades homogêneas que tornem viável o projeto moderno da governamentalidade” (Castro-Gómez, 2005, p. 89).

Diante dessas considerações, impõe-se a seguinte indagação: visto que se dá no âmbito do Estado, como o novo constitucionalismo pode atender as reivindicações teóricas e práticas do desprendimento reivindicado pelo pensamento descolonial em relação à lógica da modernidade/colonialidade? O novo constitucionalismo latino-americano apresenta características que podem associá-lo aos estudos descoloniais, pois confere reconhecimento à cosmovisão indígena e assume um novo projeto de sociedade que inclui indivíduos e grupos historicamente marginalizados e excluídos, como indi-

genas, mulheres e camponeses (Bragato & Castilho, 2014). Esse movimento, portanto, rompe com a tradição constitucional latino-americana, ancorada nas cartas políticas burguesas e nos princípios iluministas das declarações de direitos e, ainda, da nova modernidade capitalista e de livre mercado, orientada pela tolerância e pelo perfil liberal-individualista (Wolkmer, 2010).

Sua evolução deu-se em três ciclos: (1) o *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), marcado pela emergência do multiculturalismo, pelo direito à diversidade cultural, assim como o direito à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos; (2) o *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005), que constitucionalizou o pluralismo e a diversidade cultural, o que permitiu a incorporação de novos direitos, como a oficialização de idiomas indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras e a consulta e novas formas de participação; e (3) o *constitucionalismo plurinacional*, materializado nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), inscrito em um projeto descolonizador e associado a Estados plurinacionais com pluralismo jurídico igualitário (Yrigoyen Fajardo, 2011).

Esse movimento, que alcançou sua máxima expressão nas constituições do Equador e da Bolívia, apresenta algumas características formais e materiais⁴ que o diferenciam do constitucionalismo de base tradicional, conduzido pelas elites e carente de natureza verdadeiramente democrática no sentido de partir da soberania popular. O somatório dessas características, ao comportarem maior participação e transparência, além de estarem assentadas em uma ampla base de legitimidade democrática, e de, finalmente, assegurarem um abrangente leque de direitos e de mecanismos de participação na vida estatal, representa o extremo oposto de uma trajetória evolutiva que tem na outra ponta as constituições do pacto liberal-conservador dos primórdios do constitucionalismo latino-americano. Nesse sentido, as constituições do terceiro ciclo compõem o que Ávila Santamaría (2011) denomina *constitucionalismo transformador*.

Assim, o novo constitucionalismo se apresenta como a expressão do pensamento descolonial no campo jurídico-político. O constitucionalismo nominalista a que aludem Viciano Pastor & Martínez Dalmau (2010), embora

⁴ A esse respeito, consultar Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2012). Ver, também, Martínez Dalmau (2011, p.855).

eficaz no contexto europeu, quando transplantado para a realidade latino-americana se mostrou estéril, resultando em constituições débeis que mais serviram aos interesses das elites ao longo da história do que, propriamente, ativaram processos políticos de avanço social – um mecanismo de perpetuação da colonialidade no campo jurídico-político, portanto. Para Wolkmer e Radaelli (2017), o novo constitucionalismo, alinhado no plano teórico com o pensamento descolonial, busca essa ruptura com o paradigma hegemônico, visto que, em uma dimensão propositiva, visa à descolonização do âmbito epistemológico, mas também se estende ao âmbito da descolonialidade do poder, para elevar a soberania popular de sociedades tradicionalmente subalternizadas, e do ser latino-americano, ao positivar as cosmovisões indígenas.

Com a ressalva apontada por Bello (2015), segundo a qual o novo constitucionalismo latino-americano continua sendo constitucionalismo e, portanto, originado da modernidade europeia e transplantado para a América Latina por uma dinâmica de colonialidade do poder e do saber, esse movimento constitucional parece ser, antes de mais nada, uma forma de desobediência epistêmica que se volta, em primeiro lugar, contra a colonialidade do saber. A própria ruptura teórica observada por Bragato e Castilho (2014) e, também, por Wolkmer e Radaelli (2017) dá evidências dessa desobediência assumida pelos sujeitos do novo constitucionalismo — indivíduos e coletividades — que se confirma por diversas características, dentre as quais a adoção de uma cosmovisão indígena, a promoção do diálogo intercultural em que se assenta a plurinacionalidade e a presença de direitos que remetem a aspectos culturais dos povos. Além disso, conforme asseveram Wolkmer e Radaelli (2017), o novo constitucionalismo enfrenta a colonialidade do poder, à medida que alcança a capacidade de autodeterminação a sociedades historicamente silenciadas e subalternizadas, e a colonialidade do ser, quando introduz a cosmovisão dessas mesmas sociedades ao elevado nível da constituição, que passa a reconhecer seu modo de ser e de viver.

Embora produto da modernidade, assim como o Estado em si, o novo constitucionalismo recolhe elementos teóricos do pensamento descolonial, sobretudo pelo reconhecimento do pluralismo na perspectiva da alteridade e da emancipação. Nesse sentido, como observa Wolkmer (2013, p.856), “o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valo-

res coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade” e, no campo jurídico, possibilita a coexistência de múltiplas normatividades.

III. O desenho dogmático-jurídico do direito à educação nas constituições do terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano

1. *Algumas considerações (breves e necessárias) sobre a concepção libertadora de educação*⁵

Conforme foi anunciado nas considerações introdutórias, esta seção será dedicada à comparação das constituições do Equador e da Bolívia, para avaliar a presença e a manifestação da educação libertadora como elemento pré-normativo, isto é, como uma concepção que permeia o ordenamento constitucional daqueles países ao dar os contornos do direito à educação (aqui já em uma instância normativa). Nesse momento, é importante ressaltar que se trata de uma análise que se situa no nível do discurso, de modo que uma investigação que se destinasse à efetividade do direito à educação demandaria outro desenho metodológico e, possivelmente, outras bases teóricas.

Diante desse recorte, é preciso dizer algumas palavras em relação à categoria de educação libertadora, principalmente a partir do pensamento do educador brasileiro Paulo Freire (2022), para quem uma concepção assim se opõe ao que designa como “educação bancária”: uma metáfora para designar uma concepção em que os educandos apenas recebem conhecimentos que neles são “depositados”, como se fosse em um banco.⁶ Esse conceito

⁵ Diante da limitação de espaço, a categoria de educação libertadora não será desenvolvida no presente artigo. A esse respeito ver Freire (2022) e, para uma relação entre a educação libertadora e o pensamento descolonial, ver Palermo (2014), Mota Neto (2016) e Karnopp (2025). Registra-se, ainda, o agradecimento do autor às pessoas revisoras deste artigo pela sugestão de incluir estas breves considerações.

⁶ De acordo com Freire (2022, p.81), “Na visão ‘bancária’ da educação, o ‘saber’ é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber. Doação que se funda numa das manifestações instrumentais da ideologia da opressão – a absolutização da ignorância,

se aproxima com o de colonialidade do saber, porque se suprime a dialogicidade entre os diferentes conhecimentos – o do opressor e o do oprimido – e se impõem os saberes no âmbito de um contexto de dominação de uns pelos outros (Karnopp, 2025, p. 1195).

Em seus estudos, Freire confronta a ação dialógica e a antidialógica ou, em outras palavras, a síntese cultural que se opõe à invasão cultural. Para o autor, a invasão cultural, própria da teoria da ação antidialógica, significa a penetração dos invasores no contexto cultural dos invadidos, com a imposição de sua visão de mundo, violentando o ser da cultura invadida, que perde sua originalidade e os conduz à inautenticidade, já que passa a reproduzir os valores ou padrões culturais da elite invasora. O objetivo político da invasão cultural é fazer com que os invadidos acreditem em sua inferioridade intrínseca e, conseqüentemente, na superioridade dos invasores, cujos valores, hábitos e modo de viver passa a servir de parâmetro para os invadidos em um processo de mimetização (Freire, 2022).

A invasão cultural, além de se manifestar entre classes sociais e nas relações interpessoais, aparece no domínio de uma sociedade metropolitana sobre outra colonial. Isso mostra que a teoria da opressão de Freire, bem como sua pedagogia libertadora, não se resume a ser apenas psicológica (centrada no indivíduo), ou somente classista, ou somente societária (Mota Neto, 2016), mas se esforça, também, para dar conta das relações hegemônicas entre Norte e Sul, antecipando as noções de colonialidade, especialmente do ser e do saber (Karnopp, 2025, p. 1197).

O que se pretende demonstrar na presente seção é a aderência das constituições estudadas a essa concepção de educação, como sendo um princípio ordenador do direito à educação nelas estabelecido, dotado de traços que, posicionando-se no contexto do novo constitucionalismo latino-americano, se diferenciem de uma base universal e hegemônica de direitos humanos, para se aliar a outra, permeada por uma racionalidade mais alinhada às características locais (isto é, latino-americanas), conforme sustenta Bragato (2023).⁷ Isso porque a educação libertadora pode funcionar como pressu-

que constitui o que chamamos de alienação da ignorância, segundo a qual esta se encontra sempre no outro”.

⁷ Em outro texto, Bragato (2016) sublinha que o discurso dominante dos direitos humanos os considera um projeto moral, jurídico e político desenvolvido pela modernidade ocidental

posto substancial de uma perspectiva situada de direitos humanos, pois (1) diversas regiões do globo sofreram processos históricos, sociológicos e políticos de opressão e de colonização, (2) a colonialidade do ser e do saber, como expressões dessa história de opressão, introjetadas na classe oprimida, reproduzem a opressão, (3) a superação da colonialidade depende de processos de libertação condicionados a uma perspectiva de educação que os construa e (4) as constituições, como instrumentos que incorporam os direitos humanos, podem ser beneficiadas por uma concepção de educação na concretização desses mesmos direitos, uma vez que são frutos de acordos político-jurídicos que constituem expressão da sociedade de onde emergem (Karnopp, 2025, p.1198).

2. *Ecuador (2008)*

A primeira referência à educação na Constituição da República do Equador está logo no seu início, mais precisamente no artigo 3,⁸ e, curiosamente,

e posteriormente transposto para o resto do mundo e, precisamente por isso, é, em verdade, desumanizante. Essa perspectiva de direitos humanos, delineada a partir da ótica dos subalternizados, se contrapõe àquela esboçada nas grandes declarações, sem, contudo, retirar-lhes o valor. Nesse sentido, por exemplo, a contribuição de Carvajal Mardones & Ancheta Arrabal (2023), que acentua a importância que instrumentos universais, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assumem ao determinar a inclusão de um direito próprio à inclusão dos povos originários, que assegure a liberdade de um desenvolvimento pleno a partir de suas raízes culturais, idioma e território. Na mesma direção, Ruiz (2024) examina o significado da educação como direito humano, notadamente seu conteúdo, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dos Pactos de 1966, notadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as observações de seu Comitê, e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos. No presente estudo, no entanto, toma-se como premissa o fato de que a proposta de refundação dos Estados, engendrada pelas constituições em estudo, busca destacar e valorizar as características locais – históricas, culturais, sociais, etc. – também na configuração do direito à educação, uma vez que este, na dinâmica das constituições, poderá funcionar como ferramenta de transformação, na perspectiva da libertação de que fala Freire (2022), como elemento pré-normativo a lhe dar sustentação.

⁸ “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. (Ecuador, 2008).

aparece não como um direito, mas como um dever primordial do Estado, que deve garanti-la, sem qualquer discriminação, juntamente com outros direitos, notadamente a saúde, a alimentação, a seguridade social e a água. Verifica-se, desde logo, que não se trata de um simples dever, mas de uma das mais elevadas obrigações estatais, uma vez que a simples previsão de um direito na Constituição já resultaria, como contrapartida, em um dever ao Estado. O que o constituinte faz, já no início do texto constitucional, é deixar expressa sua vontade de que o Estado deverá tomar para si a tarefa de, juntamente com mais quatro direitos, oferecer garantias de que a educação ocupe, entre suas tarefas, um lugar de prioridade.

Sem haver referência na Constituição equatoriana a uma ordem social e tampouco utilizar expressões como “direitos sociais”, o que é muito comum na tradição ocidental, a posição do direito à educação no texto constitucional demonstra que ele se encontra intimamente associado ao *buen vivir*. O Título II está organizado em nove capítulos, cada um deles dedicado a um conjunto de direitos, alguns agrupados com base em seus sujeitos (pessoas e grupos de atenção prioritária; comunidades, povos e nacionalidades; e, ainda, direitos da natureza) e outros por sua natureza mesma (direitos do *buen vivir*, de participação, de liberdade e de proteção), com exceção do primeiro, que trata dos princípios de aplicação desses direitos, e do nono, que versa sobre as responsabilidades dos cidadãos.

Esse Título, como um todo, reflete a distribuição de direitos entre indivíduos, coletividades e natureza, resultando em alguns agrupamentos dos quais apontamos dois em que a educação se apresenta como bastante relevante: no Capítulo segundo, os direitos do *buen vivir*, que em muito se aproximam dos clássicos direitos sociais marcados por uma forte atuação do Estado em sua concretização; e no Capítulo quarto, os direitos das comunidades, povos e nacionalidades indígenas, os povos afro-equatoriano e montúbio e as comunas, pertinentes à sua identidade, cultura e tradições. Assim, o direito à educação no texto constitucional equatoriano aparece majoritariamente associado aos direitos de natureza coletiva, o que também sugere um caráter interpessoal e intercultural inerente à concepção de Educação que permeia o direito em si.⁹

⁹ Em apenas uma ocorrência identifica-se o direito à educação em uma dimensão individual,

Como um dos direitos do *buen vivir*,¹⁰ o direito à educação é permeado por características que, de fato, contribuem para a construção de uma vida boa em um sentido coletivo, propósito que parece assumir em razão da sua posição no texto constitucional. Na Constituição, ao menos no Título II, podem ser encontrados os principais contornos do direito à educação como instrumento para o *buen vivir*, os quais delimitam seu alcance. Em uma primeira leitura desses dispositivos, é possível identificar alguns aspectos que permitem afirmar a presença de uma concepção libertadora (Freire, 2022), com características descoloniais, a dar substância ao direito à educação na Constituição, onde se encontram transpostos em linguagem dogmático-jurídica: (1) presença de um forte apelo ao diálogo intercultural, a ser promovido pelo Estado, para que, pela interação entre culturas, os indivíduos e as comunidades possam “participar em uma sociedade que aprende” (Ecuador, 2008, tradução livre); (2) compreensão do direito à educação como instrumento de fomento e luta pelos demais direitos fundamentais/humanos; e (3) ênfase na dimensão social, coletiva e histórica da educação, evidenciada não apenas pelo fato de o direito à educação ser um direito relacionado ao *buen vivir*, mas também pela inclusão de múltiplos atores nos processos educativos (pessoas, famílias e sociedade), pela “garantia da igualdade e da inclusão social” (Ecuador, 2008, tradução livre) e pelo reconhecimento de saberes ancestrais – todos esses valores demandam a superação de uma visão estritamente cognitivista (e, portanto, individualista) do processo educativo.

Nota-se, de modo geral – não apenas pela leitura desse dispositivo –, que a interculturalidade ocupa espaço central na formação do direito à educação na Constituição equatoriana, ao apresentar o apelo ao diálogo intercultural promovido pelo Estado como o primeiro de três aspectos que, traduzidos em linguagem dogmático-jurídica, aderem a uma concep-

quando, no artigo 66, parágrafo 2, posicionado no Capítulo sexto, que trata dos direitos de liberdade, a Constituição equatoriana determina que “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure [...] educación [...] y otros servicios sociales necesarios” (Ecuador, 2008).

¹⁰ Também são direitos do *buen vivir*, segundo a Constituição equatoriana: a água e a alimentação, o ambiente saudável, a comunicação e a informação, a cultura e a ciência, a habitação e a moradia, a saúde e o trabalho e a seguridade social. A esse propósito, consultar o Título II, Capítulo segundo (Ecuador, 2008).

ção libertadora – e descolonial – de educação. No próprio texto constitucional, onde logo no artigo 1 o Equador é caracterizado como um Estado intercultural e plurinacional, ao mesmo tempo que unitário (Ecuador, 2008), a educação se posiciona ao centro desse propósito ao mesmo tempo unificador – não homogeneizador – a partir da diversidade. A legislação infraconstitucional que trata do Sistema Nacional de Educação expressa essa característica já em sua denominação: Lei Orgânica de Educação *Intercultural* (LOEI) (Ecuador, 2011). A LOEI, como a própria denominação indica, veicula uma visão intercultural de educação e, também, plurinacional, de acordo com a diversidade geográfica, cultural e linguística do país (artigo 1) e é precisamente nessa direção que apontam os fundamentos do Sistema de Educação Intercultural Bilingüe que atende essas populações: o respeito à natureza, aos direitos individuais e coletivos das diversas nacionalidades e etnias, à sua diversidade epistêmica, cognitiva, cultural e linguística e, também, a interculturalidade.

A legislação educacional adota o seguinte conceito de interculturalidade no artigo 79, “d”, da LOEI: “coexistência e interação equitativa, que promove a unidade na diversidade e a valoração mútua entre as pessoas, identidades mestiças ou pertencentes a comunidades, povos e nacionalidades no contexto nacional e internacional” (Ecuador, 2011, tradução livre). Em síntese, para os fins do direito à educação, a interculturalidade pressupõe a convivência, em um mesmo território (estatal), de diferentes grupos étnicos e nacionalidades que interagem entre si de forma equitativa, isto é, sem relações tendentes à hierarquização, com a finalidade de promover a unidade na diversidade, ou seja, a existência de um todo sem a superação das diferenças ou a homogeneização.

No campo político, é precisamente o diálogo intercultural que oferece as bases para a plurinacionalidade no âmbito do movimento do novo constitucionalismo em sua terceira fase, inaugurada pela Constituição do Equador. Interculturalidade e plurinacionalidade, além de serem princípios de aplicação da LOEI (artigo 2.2), são instituídos como enfoques (artigo 2.5) para a garantia à igualdade material no exercício do direito à educação e no desenvolvimento da política pública correspondente. Como princípios, a pluri-

nacionalidade está ao lado da interculturalidade no inciso “b” do artigo 2.2 da LOEI,¹¹ o que, por si só, demonstra que entre elas há íntima relação.

Na Constituição equatoriana, as referências à plurinacionalidade são escassas. Não obstante, duas delas são importantes para sua compreensão. A primeira está no artigo 1, que define o Equador como “Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, *plurinacional* e laico” (Ecuador, 2008, tradução livre). No artigo 6, a nacionalidade equatoriana é definida como o vínculo jurídico das pessoas com o Estado, o que não exclui sua pertença a outra nacionalidade indígena que coexista no Equador plurinacional (Ecuador, 2008). O que se percebe no texto constitucional é que a interculturalidade adquire contornos mais transversais que a própria noção de plurinacionalidade, de modo que, na LOEI (Ecuador, 2011), não aparece uma distinção conceitual precisa, a qual, no entanto, pode ser obtida a partir dos dispositivos constitucionais mencionados. Nesse sentido, ainda que se refira às diferentes nacionalidades que coexistem no território equatoriano, plurinacionalidade tem muito mais um sentido tradicional e cultural do que político, já que se trata, politicamente, de um Estado unitário. A plurinacionalidade, na Constituição, em razão das poucas menções a ela feitas, acabou não tendo a mesma expressão jurídica da interculturalidade, que se tornou o eixo transversal de todo o texto constitucional.

A interculturalidade pode ser caracterizada, então, como o que proporciona o diálogo entre essas diferentes nações, concebidas do ponto de vista cultural e da tradição, possibilitando sua interação de forma equitativa, não hierarquizada. Quando a própria legislação do sistema educacional atribui o adjetivo “intercultural” à educação a ser promovida pelo Estado, torna-se evidente a eleição de uma concepção libertadora, que desborda o direito

¹¹ “Art. 2.2.- Principios de aplicación de la Ley.- Para la aplicación de esta Ley y de las actividades educativas que de ella deriven, se observarán los siguientes principios: [...] b. Interculturalidad y plurinacionalidad: La interculturalidad y plurinacionalidad garantizan el reconocimiento, respeto y recreación de las expresiones culturales de las diferentes nacionalidades, culturas y pueblos que conforman el Ecuador; así como sus saberes ancestrales, promoviendo la unidad en la diversidad, el diálogo intercultural y reconoce el derecho de todas las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a acceder a los servicios presenciales o virtuales y obras de la biblioteca escolar que se encuentre en su propia lengua y en los idiomas oficiales de relación intercultural” (Ecuador, 2011).

à educação para alcançar os demais direitos, todos importantes para o *buen vivir*. Daí a conexão com o segundo aspecto da dogmática constitucional e infraconstitucional equatoriana suscitado acima: a compreensão do direito à educação como instrumento para impulsionar os demais direitos.

A segunda parte do artigo 27 da Constituição (Ecuador, 2008) estabelece a indispensabilidade da educação para o exercício dos direitos e para a construção da soberania nacional, posicionando-a como eixo estratégico para o desenvolvimento da nação. No plano infraconstitucional, a LOEI, no mesmo artigo 2.5¹² anteriormente mencionado, apresenta os direitos humanos como o primeiro enfoque para a garantia da igualdade material no exercício do direito à educação. Mais adiante, ao versar sobre o direito à educação em si, a LOEI também sublinha sua transversalidade em relação aos demais, assim como o papel do Sistema Nacional de Educação quanto aos direitos e garantias constitucionais, não somente o da educação.¹³

Essa transversalidade também fica evidente de forma esparsa na Constituição (Ecuador, 2008), quando esta trata de outros direitos relacionados ao *buen vivir*: o direito à saúde vinculado ao exercício de outros direitos, como a educação (artigo 32); o direito à educação como direito dos jovens enquanto atores estratégicos para o desenvolvimento do país e, ainda, às crianças e adolescentes (artigo 39); uma educação adequada às pessoas com deficiências dentro da escola regular (artigo 47); o reconhecimento de necessidades educacionais de pessoas privadas de liberdade (artigo 51); e o estímulo à informação e à educação sobre os direitos das pessoas usuárias de serviços e consumidoras (artigo 55).

Não obstante, a transversalidade do direito à educação não é uma característica exclusiva da Constituição do Equador e, tampouco, das demais cartas constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano, visto que alguma concepção de educação também permeia outros textos constitu-

¹² “Derechos Humanos: Este enfoque pone como centro al ser humano, tanto en su dimensión individual como social. La educación es un derecho que permite desarrollar otros tipos de derechos para alcanzar una vida digna” (Ecuador, 2011).

¹³ “Art. 4.- Derecho a la educación.- La educación es un derecho humano fundamental garantizado en la Constitución de la República y condición necesaria para la realización de los otros derechos humanos. [...] El Sistema Nacional de Educación profundizará y garantizará el pleno ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (Ecuador, 2011).

cionais em maior ou menor grau, explícita ou implicitamente. O que diferencia esse aspecto na Constituição equatoriana (Ecuador, 2008) é a afirmação expressa de que a educação possibilita o desenvolvimento de outros tipos de direito e, por isso, instrumentaliza o acesso a uma vida digna (artigo 2.5) e, assim, posiciona-se como *condição* para o usufruto desses outros direitos (artigo 4). Essa permeabilidade demonstra a importância que assume na construção de uma boa vida em um sentido coletivo, como direito do *buen vivir*. É onde reside o terceiro e último aspecto da educação libertadora na escrita dogmático-jurídica da Constituição, a qual se traduz na assunção de valores com dimensão mais social, coletiva e histórica em detrimento de uma concepção puramente cognitivista e individualista.

A construção do *buen vivir* (ou *sumak kawsay*, na língua quéchua) é anunciado no preâmbulo da Constituição¹⁴ e surgiu no âmbito das lutas populares da esquerda equatoriana, especialmente dos movimentos sociais indígenas, em face do modelo de desenvolvimento imposto historicamente ao país, como reflexo do capitalismo e do neoliberalismo, que deteriorou as condições de vida dos mais pobres e produziu sua exclusão da vida política (Bocca et al., 2017, pp.55-56). Trata-se, portanto, de refundar o Estado a partir de outras relações não só de produção e consumo e que não se limita à interação com a natureza, inclusive como sujeito de direitos, mas também nas dimensões intercultural e pluralista da convivência humana.

Ao inserir o direito à educação no escopo do Regime do *Buen Vivir*, o constituinte o faz de modo a estabelecer regras de natureza organizacional e procedimental, além de articular esse direito com o sistema nacional de ciência, tecnologia, inovação e saberes ancestrais. Nessa direção, o artigo 385 estabelece como finalidades do referido sistema a geração, adaptação e difusão de conhecimentos científicos e tecnológicos (parágrafo 1); a recuperação, o fortalecimento e a potencialização dos saberes ancestrais (parágrafo 2); e o desenvolvimento de tecnologias e inovações para impulsionar a produção nacional, elevar a eficiência e produtividade, melhorar a qualidade de vida e contribuir para os objetivos do *buen vivir* (parágrafo 3) (Ecuador, 2008).

¹⁴ “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay” (Ecuador, 2008).

Ao posicionar conhecimentos científicos e tecnológicos ao lado dos saberes ancestrais, a Constituição equatoriana busca superar a concepção hegemônica de ciência que, no âmbito da colonialidade do saber, confere uma posição de inferioridade a estes e adiciona uma compreensão mais intercultural e coletivista ao sistema educacional, que desafia e diversifica o modelo hegemônico e unitário de saberes cientificamente válidos, centrado no pensamento ocidental, que se cristalizou a partir de sua expansão na colonização. Situados entre os direitos do *buen vivir* e reconhecendo valor científico aos saberes ancestrais, ademais de não limitar sua importância para os povos e nacionalidade indígenas, mas de estendê-la para todos, como elementos de uma totalidade plural, o constituinte enriquece e amplia uma cosmovisão que ultrapassa as formas de interpretar o mundo que se limitam a uma única visão predominante.

Isso se traduz, do ponto de vista dogmático-jurídico, principalmente no Sistema de Educação Superior, em razão de sua natureza de produção e difusão do conhecimento especializado. A Lei Orgânica de Educação Superior (LOES) (Ecuador, 2010) incorpora a valorização do conhecimento ancestral, por exemplo, como um fim da educação superior, para “contribuir para o conhecimento, preservação e enriquecimento dos saberes ancestrais e da cultura nacional” (artigo 8, “c”), e como uma de suas funções, destinada a “promover e fortalecer o desenvolvimento das línguas, culturas e sabedorias ancestrais dos povos e nacionalidades do Equador no marco da interculturalidade” (artigo 13, “f”) (Ecuador, 2010, tradução livre).

A transversalidade da interculturalidade como diálogo não hierarquizado e não homogeneizante entre os mais diversos povos e nacionalidades do Equador, a instrumentalização do direito à educação para a promoção dos demais direitos humanos e a íntima associação do direito à educação ao *buen vivir*, inclusive pelo reconhecimento e incorporação de saberes tradicionais e seu notório senso de coletividade são, portanto, características da dogmática-jurídica constitucional e infraconstitucional que expressam a filiação a uma concepção de educação libertadora que permeia o ordenamento jurídico equatoriano.

3. Bolívia (2009)

Uma das primeiras impressões que resultam de um rápido exame da Constituição Política do Estado da Bolívia (Bolívia, 2009) é que ela dedica a maior parte de seus dispositivos à estrutura e organização estatais. Ao passo que a Constituição equatoriana (Ecuador, 2008) posiciona o direito à educação como um dos direitos do *buen vivir*, aderindo, assim, a uma taxonomia dos direitos fundamentais distinta da mais comumente encontrada nos textos constitucionais de tradição ocidental, a Constituição da Bolívia (Bolívia, 2009) conserva a clássica divisão, no Título II da Primeira Parte (Direitos fundamentais e garantias), entre direitos civis e políticos (Capítulo Terceiro do Título II) e direitos sociais e econômicos (Capítulo Quinto) e, ainda, reservando um capítulo, o quarto, aos direitos das nações e povos indígena originário campesinos.

O Capítulo Segundo do Título II, intitulado “Direitos fundamentais”, estabelece, em síntese, os seguintes direitos: direito à vida e à integridade física, psicológica e sexual; direito à água e à alimentação; direito à educação universal, produtiva, gratuita, integral e intercultural; direito à saúde; direito à habitação e moradia adequadas; e direito ao acesso universal e equitativo aos serviços básicos de água potável, esgoto, eletricidade, gás domiciliar, postal e telecomunicações (Bolívia, 2009). Apesar de, no capítulo anterior, prever a não superioridade de uns direitos sobre os demais, a escolha constitucional de posicionar esse rol de direitos – alguns individuais e outros sociais – em capítulo apartado, antes dos capítulos correspondentes a cada um desses conjuntos de direitos, pode ser interpretada como um reconhecimento de que se trata dos direitos mais básicos para uma vida digna, para o *vivir bien*. Logo, o direito à educação, ao encontrar lugar entre eles (artigo 17), assume um papel relevante para a garantia da dignidade, preconizada pelo Estado boliviano refundado sob essa nova cosmovisão.

No desenho constitucional boliviano, o direito à educação não se encontra entre os direitos sociais do Capítulo Quinto, mas a ele se reserva todo o Capítulo Sexto do mesmo Título II, intitulado “Educação, interculturalidade e direitos culturais” (Bolívia, 2009). Ao mesmo tempo que sugere um maior destaque ao direito à educação no âmbito da Constituição, essa separação também pode indicar a relação que o texto constitucional pretende estabelecer entre os direitos à educação e à cultura e a interculturalidade.

No nível infraconstitucional, o direito à educação é regulamentado pela Lei n. 070, de 20 de dezembro de 2010, denominada “Lei da Educação Avelino Siñani – Elizardo Pérez” (Bolivia, 2010). A Lei da Educação boliviana adota expressamente uma concepção libertadora de Educação (artigo 3, 14) para orientar seu Sistema Educativo Plurinacional.¹⁵ Por essa razão, será adotada a mesma trajetória analítica e argumentativa desenvolvida no caso do Equador, de modo a avaliar, na construção da dogmática-jurídica do direito à educação boliviano, a existência de elementos dessa concepção libertadora enunciada na lei a partir dos aspectos ali suscitados.

O primeiro aspecto que caracteriza a educação libertadora boliviana vai além da orientação intercultural predominante na Constituição equatoriana como um todo, para abranger uma proposta que é, também, intracultural e plurilíngue,¹⁶ o que emerge em diversos momentos do texto constitucional: como direito das nações e povos indígena originário campesinos (artigo 30, II, 12), como previsão geral sobre o direito à educação no âmbito do Capítulo Sexto do Título II (artigo 78, II), como diretriz para o direito à educação superior (artigo 91, II) e como direcionamento para a formação docente (artigo 96, I) (Bolivia, 2009). Essas características, além de figurar na Lei da Educação,¹⁷ aparecem, ainda, em outros dispositivos constitucionais, a saber no artigo 9, que prevê os fins e funções do Estado, em que lhe é endereçada a garantia de fomento do respeito mútuo e o diálogo intracultural, intercultural e plurilíngue, e no artigo 19, que confere ao sistema único de saúde os atributos da interculturalidade e da intraculturalidade (Bolivia, 2009).

Para fazer frente a uma visão libertadora, a Lei da Educação (Bolivia, 2010) incorpora e desenvolve ambos os conceitos —de interculturalidade e de

¹⁵ “Es liberadora en lo pedagógico porque promueve que la persona tome conciencia de su realidad para transformarla, desarrollando su personalidad y pensamiento crítico” (Bolivia, 2010).

¹⁶ De acordo com Walsh, “[...] em relação à educação, a [Constituição] boliviana oferece alguns pontos críticos de interculturalização que a equatoriana não oferece. Por exemplo, assume a educação intracultural, intercultural e plurilíngue em todo o sistema educativo (algo que a equatoriana propõe com muito menos zelo e rigor)” (Walsh, 2008, p. 144, tradução livre).

¹⁷ Vejam-se, como exemplos, o artigo 1, 6; o artigo 3, 8 (bases da educação); o artigo 4, 4 (fins da educação); o artigo 5, 17 (objetivos da educação); e outros. (Bolivia, 2010).

intraculturalidade— no âmbito de seu marco filosófico e político. A construção da interculturalidade, assim como na Constituição do Equador, surge como oposição à monoculturalidade e à uninacionalidade, como lógica e racionalidade outra (Walsh, 2008). Nesse sentido, o diálogo intercultural é uma das diretrizes constitucionais da educação que consta do artigo 79 (Bolivia, 2009) e busca ressaltar outras racionalidades e concepções de vida e de mundo negadas e en-cobertas desde a colonização europeia, com vistas ao seu resgate, promovendo (ou descolonizando) o ser e o saber desses povos e nações.

O conceito de interculturalidade que orienta o Sistema Educativo Plurinacional, acima transcrito, em muito se assemelha àquele esboçado no artigo 79, “d”, da LOEI equatoriana,¹⁸ uma vez que se assenta na interação, em condições de igualdade, entre culturas nacionais entre si e com culturas internacionais, práticas de valorização e diálogo entre diversas identidades e, no caso da legislação boliviana, sublinha a inter-relação de conhecimentos, saberes, ciência e tecnologia, para a projeção e universalização da sabedoria própria. Nesses termos, dito conceito encontra-se de acordo com o que dispõe a Constituição boliviana ao estabelecer que a diversidade cultural é a base essencial do Estado Plurinacional e a interculturalidade é o instrumento de coesão e convivência harmônica e equilibrada entre os diferentes povos e nações que o compõem (artigo 98) (Bolivia, 2009). Desse modo, ao menos no campo do direito à educação, a interculturalidade também se apresenta como um elemento chave para solidificar uma concepção libertadora expressa no ordenamento boliviano.

Porém, outro conceito relevante antecede o de interculturalidade no artigo 6 da Lei da Educação (Bolivia, 2010): o de intraculturalidade. Ausente na Constituição do Equador, o texto constitucional boliviano faz várias referências a ele, sem, no entanto, explicitá-lo, o que ocorre, precisamente, no texto dessa lei (artigo 6, I):¹⁹ para que o diálogo intercultural se concretize,

¹⁸ O conceito de interculturalidade veiculado pela LOEI do Equador no artigo 79, “d”, como um dos fundamentos do Sistema de Educação Intercultural Bilingue e Etnoeducação, é o seguinte: “[...] coexistência e interação equitativa, que promove a unidade na diversidade e a valoração mútua entre as pessoas, identidades mestiças ou pertencentes a comunidades, povos e nacionalidades no contexto nacional e internacional” (Ecuador, 2011, tradução livre).

¹⁹ I. Intraculturalidad: La intraculturalidad promueve la recuperación, fortalecimiento, de-

a lei pressupõe a recuperação, o fortalecimento, o desenvolvimento e a coesão das culturas nacionais no âmbito interno, isto é, a descolonização do saber. A organização curricular estabelecida pela Lei da Educação, em reconhecimento à necessidade de os processos educativos fomentarem o conhecimento da cultura e dos saberes próprios de cada nação e para a valorização dos saberes tradicionais, determina que haja, além de um currículo base de caráter intercultural para o Sistema Educativo Plurinacional, currículos regionalizados e diversificados de natureza intracultural articulados àquele, os quais considerem as peculiaridades do contexto sociocultural e linguístico que caracterizam a identidade das nações e povos indígena originário campesinos (artigos 69 e 70) (Bolivia, 2010), o que vem ao encontro do mandamento constitucional de fortalecer a unidade e a identidade de todas e todos como parte do Estado plurinacional (artigo 80, II) (Bolivia, 2009).

De acordo com o Plano Setorial de Desenvolvimento Integral para *Vivir Bien*, Setor Educação, “a intraculturalidade supõe em boa medida, um olhar para dentro, um olhar para a identidade local construída historicamente” (Bolivia, 2023, p. 46, tradução livre). Assim, apesar da contradição entre intraculturalidade e interculturalidade, esta é apenas dialógica, complementar e não antagônica, que permite o desenvolvimento do ser humano tanto na construção de sua própria identidade cultural como também a partir do diálogo entre culturas. É onde se situa a importância do terceiro elemento, o plurilinguismo, que, ao compreender a língua não só como meio de expressão, mas como uma concepção de mundo e um sistema de valores, também permite desenvolver a pluralidade de concepções de mundo.

Nesse ponto, o plurilinguismo adquire importância significativa para instrumentalizar tanto a intraculturalidade, visto que a língua integra o patrimônio cultural de nações e povos, quanto a interculturalidade, para permitir o diálogo entre eles. Muito além de vedar a discriminação por razões linguísticas (artigo 14, II), a carta constitucional (artigo 30, II, 9) assegura,

sarrollo y cohesión al interior de las culturas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas para la consolidación del Estado Plurinacional, basado en la equidad, solidaridad, complementariedad, reciprocidad y justicia. En el currículo del Sistema Educativo Plurinacional se incorporan los saberes y conocimientos de las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas” (Bolivia, 2010).

como direito das nações e povos indígena originário campesinos, a valorização, o respeito e a promoção dos seus idiomas, o que deverá se dar por meio de iniciativas como a implementação, por parte das universidades no âmbito da educação superior, de programas para a recuperação, a preservação, o desenvolvimento, a aprendizagem e a divulgação dessas línguas (artigo 95, II) (Bolivia, 2009).

No plano infraconstitucional, o plurilinguismo se desdobra em alguns princípios no artigo 7 da Lei da Educação (Bolivia, 2010), dos quais se pode identificar duas frentes: a primeira, como necessidade pedagógica e como instrumento para mediar o acesso ao conhecimento, ao determinar, por exemplo, o uso da língua materna, seja o idioma originário ou o espanhol, como primeira língua no desenvolvimento das atividades; a segunda, que toma a língua originária como objeto de conhecimento, se estiver em perigo de extinção, caso em que deverão ser implementadas políticas linguísticas de recuperação e desenvolvimento com participação de seus falantes. Seja como for, o plurilinguismo surge, ao lado da intraculturalidade e da interculturalidade, como importante instrumento para a promoção de ambas e como objeto de conhecimento para a preservação e o desenvolvimento das culturas das nações e povos indígena originário campesinos.

Por fim, além da presença da intraculturalidade, da interculturalidade e do plurilinguismo nos mais diferentes níveis de ensino em que o direito à educação se desdobra, o texto constitucional (Bolivia, 2009) lhe atribui, expressamente, uma função descolonizadora (artigo 78, I), que compreende todos esses três aspectos, o que se coaduna com a educação libertadora. Em nível infraconstitucional, um dos fins da educação é, precisamente, consolidar uma concepção descolonizada como meio de garantir o Estado plurinacional e uma sociedade do *vivir bien* (Lei da Educação, artigo 4, 1).

A descolonização e a promoção da interculturalidade, dada sua importância e centralidade no texto constitucional e no ordenamento jurídico como um todo, fundamentam, inclusive, a criação de estruturas governamentais para dar conta desses aspectos.²⁰ De acordo com Leonel Júnior (2023, lo-

²⁰ No âmbito da atuação estatal, o Decreto Supremo n. 4393 (Bolivia, 2020) instituiu o Ministério de Culturas, Descolonização e Despatriarcalização, o qual, em sua estrutura, engloba o Vice-ministério de Descolonização e Despatriarcalização e o Vice-ministério de Interculturalidade. Embora esses órgãos governamentais não estejam situados no Ministério da

cal. 2203), “não é por acaso, que nos dispositivos constitucionais bolivianos, os termos anticolonial, intercultural e plurinacional estão explicitamente presentes”, visto que, ao desestabilizar a racionalidade moderna liberal, “a reconstrução do Estado plurinacional a partir da interculturalidade possibilita o giro descolonial, por ora, realizável”. Ainda que pareça contraditória a instituição oficial, pelo Estado – que é uma criação moderna –, de uma concepção descolonial de educação, além de práticas descoloniais introduzidas no próprio aparelho governamental com a instituição de órgãos que delas deverão se ocupar, tal fato resulta em uma tentativa de redimensionar o escopo desse direito, para alcançar saberes, conhecimentos, idiomas e demais práticas de nações e povos com o objetivo de sua valorização, preservação e promoção, primeiro sob uma ótica intracultural, para, por fim, fomentar a interculturalidade e o desenvolvimento integral da sociedade e a consciência plurinacional.

O segundo aspecto que remete à educação libertadora na Bolívia consiste na transversalidade do direito à educação nos demais direitos, de modo a atuar como instrumento de sua concretização. Apenas para recordar, a LOEI equatoriana (Ecuador, 2011) contém a afirmação expressa de que a educação é condição necessária para a realização dos demais direitos humanos (artigo 4), além de ser muitas vezes mencionada como instrumento para contribuir na concretização de outros direitos do *buen vivir* ao longo do texto constitucional. A Constituição Política da Bolívia (Bolívia, 2009), por sua vez, estabelece que a educação promoverá, além do civismo e do diálogo intercultural, os valores ético-morais, entre os quais a vigência plena dos direitos humanos (artigo 79). Poucas são as referências ao direito à educação ao longo do texto constitucional dedicado a outros direitos, como o direito de sindicalização de trabalhadores como meio de sua educação (artigo 51, III); o direito de educação dos filhos em relação aos pais, se menores ou com deficiências, no âmbito familiar (artigo 64, I); e o direito à educação integral gratuita das pessoas com deficiência (artigo 70, 2).

Apesar de a Constituição (Bolívia, 2009) fazer poucas referências explícitas às contribuições da educação no desenvolvimento de outros direitos,

Educação, suas atribuições convergem com os objetivos a que se propõe uma concepção descolonial e intercultural de educação.

a Lei da Educação (Bolivia, 2010) traz algumas previsões genéricas sobre a intervenção do direito à educação nos demais direitos humanos. Nesse sentido, ao estabelecer os fins da educação, a lei reforça seu papel na promoção da vigência plena dos direitos humanos (artigo 4, 6), como já o faz no mencionado artigo 79 da Constituição, além de eleger, entre suas bases, o respeito aos direitos humanos individuais e coletivos das pessoas e dos povos, ao lado da promoção da convivência pacífica e de uma sociedade sustentada na cultura de paz (artigo 5, 12).

O terceiro e último aspecto sobre a presença de uma educação libertadora na Bolívia é sua conexão ao *vivir bien* e seu atravessamento pelo reconhecimento e valorização de saberes e conhecimentos tradicionais das nações e povos indígena originário campestre. No artigo 79, a Constituição boliviana (Bolivia, 2009) estabelece a promoção de valores ético-morais pela educação, referindo-se, entre outros, àqueles do artigo 8, parágrafo I, dentre os quais o *vivir bien* (ou *suma qamaña*, em língua aymara).²¹

De acordo com Walsh (2008), ao passo que o *buen vivir* perpassa diversos eixos da Constituição equatoriana e funciona como conceito articulador e integrador de praticamente todo o texto constitucional para construir uma nova forma de convivência cidadã, na Constituição boliviana, ainda que com intenções similares, o *vivir bien* se desenvolve principalmente em relação à organização econômica do Estado para fazer frente ao capitalismo e ao projeto neoliberal vigentes e com a intenção de descolonizar e refundar o Estado. Assim, ainda que não assuma a posição de eixo transversal para uma nova interculturalização, o *vivir bien* aprofunda a tarefa de descolonizar mediante o enfrentamento do capitalismo em que está centrada a matriz colonial.

Porque antagônico ao regime capitalista, o *vivir bien* propõe outros tipos de relação, seja entre os cidadãos e os povos, seja das pessoas com a natureza. É um conceito que, segundo Leonel Júnior (2023), introduz valores comunitários da cosmovisão indígena e da relação harmônica do ser humano com a natureza, para alcançar um sistema civilizatório que busca valorizar os co-

²¹ “I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)” (Bolivia, 2009).

nhcimentos ancestrais para um diálogo intercultural sem deixar de considerar o tempo histórico.

Nesse contexto, portanto, ganha relevo o resgate e a promoção do saber ancestral, a partir da intraculturalidade, assim como o diálogo intercultural, que lançarão as bases do *vivir bien*. Não obstante, Walsh (2008) identifica, na Constituição boliviana, uma hierarquização de ordem epistêmica entre os conhecimentos universais e os saberes coletivos das nações e povos indígena originário campesinos, posicionando os primeiros em lugar de superioridade científica sobre os outros. Essa impressão, de certo modo, parece se confirmar quando a Lei n. 070 (Bolivia, 2010) estabelece que a educação, em suas bases, desenvolve os conhecimentos ancestrais em complementaridade aos saberes e conhecimentos universais (artigo 3, 10). No entanto, embora a redação desse dispositivo possa sugerir eventual subordinação dos saberes tradicionais, que figurariam somente em relação de complementariedade aos conhecimentos ditos científicos, essa impressão se desfaz em outros pontos da Lei da Educação, como aquele que trata dos objetivos da educação superior. É o caso do artigo 29, 2, que estabelece como um desses objetivos o desenvolvimento da investigação, da ciência, da tecnologia e da inovação para atender o Estado plurinacional mediante a articulação dos conhecimentos e saberes indígena originário campesinos com os universais, sem o estabelecimento de uma ordem de importância.

Na Lei da Educação (Bolivia, 2010), a construção do *vivir bien* desponta precisamente no sentido da afirmação cultural das nações e povos indígena originário campesinos, comunidades interculturais e afro-bolivianas, com o fortalecimento, pela educação, de suas identidades. É o que propõe referida Lei ao estabelecer, como bases, uma educação “[...] descolonizadora, libertadora, revolucionária, anti-imperialista, despatriarcalizadora e transformadora das estruturas econômicas e sociais, orientada à reafirmação cultural” dessas populações (artigo 3, 1, tradução livre) e uma “[...] educação da vida e para a vida, para *Vivir Bien* (tradução livre)”, mediante o desenvolvimento de uma formação integral para a realização da identidade, da afetividade, da espiritualidade e da subjetividade, em harmonia com a natureza e em comunidade (artigo 3, 11).

IV. Conclusão: convergências por uma educação para os direitos humanos

O pensamento descolonial, como movimento insurgente que, além de seu caráter teórico, assume feições propositivas, impulsiona o desprendimento epistêmico em relação à matriz colonial, especialmente ao atuar sobre duas dimensões da colonialidade: a do ser e a do saber. Neste trabalho, tomou-se a premissa de que a inferiorização do ser e do saber foi decisiva para a manutenção do poder, isto é, da colonialidade em si, à medida que foi sedimentando o discurso de que apenas o saber ocidental é científico e válido e que quaisquer outros conhecimentos, porque inferiores, devem ser por ele suplantados. Na mesma dimensão propositiva, o novo constitucionalismo latino-americano constitui um movimento constitucional que, gradativamente, vem empreendendo esforços para uma refundação dos Estados nacionais, subsidiando-se de elementos teóricos do pensamento descolonial e reconhecendo valores coletivos sedimentados nas comunidades locais.

O rompimento com a colonialidade exige uma desobediência epistêmica, a qual, por sua vez, requer uma concepção de educação que possa reverter os mecanismos coloniais historicamente instituídos e promover a descolonização do saber único, mediante uma crítica a modernidade e a partir das diversas genealogias locais: uma educação descolonial, à medida que é, também, libertadora. Nesse sentido, o estudo comparado das constituições do Equador e da Bolívia permite concluir pela presença dos três aspectos da educação libertadora suscitados na hipótese inicial, em maior ou menor medida, expressos em linguagem dogmático-jurídica, os quais, para evitar repetições, resumem-se (1) na presença da interculturalidade como diversidade de saberes não hierarquizados em relação ao conhecimento universal, valorizando os elementos que compõem as culturas nacionais; (2) na instrumentalização do direito à educação para a promoção dos demais direitos humanos/fundamentais; e (3) no resgate e na promoção, pela educação, de saberes tradicionais, para a realização do *buen vivir* e do *vivir bien*.

O primeiro dos três aspectos da educação libertadora presente no direito à educação em ambos os ordenamentos foi o da interculturalidade, caracterizando-se como um aspecto distintivo do direito à educação, tanto em Equador quanto em Bolívia. No caso do Equador, que se caracteriza como um Es-

tado intercultural e plurinacional, a própria denominação da lei de educação (Lei Orgânica da Educação Intercultural) já dá mostras de que se trata de um princípio central da educação naquele país, que valoriza as identidades e os saberes dos diferentes povos e nações, que interagem para promover a unidade na diversidade, sem hierarquizar ou tentar superar as diferenças. Embora o ordenamento equatoriano dê maior ênfase à interculturalidade, que constitui verdadeiro eixo transversal da Constituição, a Bolívia não a deixa de lado, acrescentando, ainda, o conceito de intraculturalidade, para estimular a recuperação, o fortalecimento, o desenvolvimento e a coesão das culturas nacionais, o que também se torna relevante para o posterior diálogo entre elas. Além disso, a legislação educacional boliviana assume expressamente uma concepção libertadora e descolonial de educação.

Quanto ao segundo aspecto, o da transversalidade do direito à educação para a realização dos direitos humanos como um todo, a Constituição equatoriana (Ecuador, 2008) traz a previsão expressa de que a educação é condição para o exercício dos demais direitos e para o acesso a uma vida digna, além de associar o direito à educação a outros direitos do *buen vivir*. A legislação boliviana, contudo, é menos ostensiva nesse ponto, pois, mesmo que mencione a relação de alguns direitos com o direito à educação (a sindicalização de trabalhadores como forma de educação, o direito de educação dos filhos no âmbito familiar e o direito à educação integral das pessoas com deficiência), não é tão explícita como a equatoriana. Ainda assim, a Lei da Educação (Bolívia, 2010) traz algumas previsões genéricas, como a promoção da vigência plena dos direitos humanos como fim da educação e o respeito aos direitos individuais e coletivos entre suas bases.

Por fim, observa-se que tanto o *buen vivir* equatoriano quanto o *vivir bien* boliviano assumem um papel importante na superação da concepção hegemônica de ciência e de conhecimento, visto que o direito à educação em ambas as legislações reconhece o valor dos saberes ancestrais e os equipara ao conhecimento universal. É o que acontece, por exemplo, na LOES equatoriana (Ecuador, 2010), que declara, como fim da educação superior, sua contribuição para o conhecimento, a preservação e o enriquecimento desses saberes, e, como função, sua promoção e fortalecimento, assim como a Lei de Educação boliviana (Bolívia, 2010) estabelece como objetivo da educação superior a articulação dos conhecimentos indígena originário campe-

sinos com os universais, sem que haja hierarquia entre eles. *Buen vivir* e *vivir bien* se efetivam, inclusive, pela realização plena e afirmação cultural de todos os povos e nações.

V. Referências

- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: es estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Abya-Yala; Universidad Andina Simón Bolívar; Fundación Rosa Luxemburgo.
- Bello, E. (2015). O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 7(1), 49–61. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.71.05>
- Bocca, P., Mello, F., & Berrón, G. (2017). *Ecuador*. Fundação Perseu Abramo.
- Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado*. Ministerio de Educación. https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933
- Bolivia. (2010). *Ley n. 070*. Gaceta Oficial de Bolivia. https://www.minedu.gob.bo/files/documentos-normativos/leyes/LEY_070_AVELINO_SINANILIZARDO_PEREZ.pdf
- Bolivia. (2020). *Decreto Supremo n. 4393*. Ministerio de Culturas, Descolonización y Despatriarcalización. <https://www.minculturas.gob.bo/d-s-4393-13-noviembre-de-2020/>
- Bolivia. (2023). *Plan Sectorial de Desarrollo Integral para Vivir Bien: Sector Educación 2021-2025*. Ministerio de Educación. https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=6962&catid=282&Itemid=1086
- Bragato, F. F. (2014). Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(1), 201. <https://doi.org/10.14210/nej.v19n1.p201-230>
- Bragato, F. F., & Castilho, N. M. (2014). A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. Em E. M. Val & E. Bello (Orgs.), *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano* (p. 11–25). EDUCS.

- Bragato, F. Frizzo. (2023). *Dignidade Humana Pluriversal: uma leitura descolonial na constituição de 1988*. Editora Lumen Juris.
- Carvajal Mardones, V. E., & Ancheta Arrabal, A. (2023). El derecho a la educación de las primeras naciones en América Latina: un análisis comparativo de las constituciones políticas y el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB). *Journal of Supranational Policies of Education (JOSPOE)*, 18, 65–88. <https://doi.org/10.15366/jospoe2023.18.004>
- Castro-Gómez, S. (2005). Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. Em E. Lander (Org.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas* (pp. 87–95). CLACSO.
- Dussel, E. (1993). *1492: o encobrimento do Outro (a origem do “mito da Modernidade”)*. Vozes.
- Dussel, E. (2000). *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Vozes.
- Dussel, E. (2001). *Hacia una filosofía política crítica*. Desclée de Brouwer.
- Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Lexis. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion_de_la_republica_del_ecuador.pdf
- Ecuador. (2010). *Ley Orgánica de Educación Superior*. Portal Único de Trámites Ciudadanos. https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2021-10/Ley_educaci%C3%B3n_superior.pdf
- Ecuador. (2011). *Ley Orgánica de Educación Intercultural*. Ministerio de Educación. https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/02/Ley_Organica_de_Educacion_Intercultural_LOEI_codificado.pdf
- Escobar, A. (2003). «Mundos y conocimientos de otro modo». El programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa*, 1, 51–86. <https://doi.org/10.25058/20112742.188>
- Freire, P. (2022). *Pedagogia do oprimido* (81o. ed.). Paz e Terra.
- Hachem, D. W. (2018). Prefácio. Em P. Legrand (Org.), *Como ler o direito estrangeiro* (pp. 9–18). Contracorrente.
- Hirschl, R. (2019). *Asuntos comparativos: el renacimiento del derecho constitucional comparado* (1o ed). Universidad Externado de Colombia.
- Karnopp, L. R. (2025). Descolonizar o humano. *Revista Diálogo Educacional*, 25(86), 1186–1201. <https://doi.org/10.7213/1981-416X.25.086.DS06>
- Karnopp, L. R., & Sigales-Gonçalves, J. S. (2023). Aportes da crítica hermenêutica do direito para uma leitura não solipsista do direito estrangeiro

- em uma perspectiva culturalista. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 21(33), 33–57. <https://doi.org/10.52028/RIHJ.v21.i33.ART02.SP>
- Legrand, P. (2014). A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, 9(1). <https://doi.org/10.22456/2317-8558.49746>
- Legrand, P. (2018). *Como ler o direito estrangeiro*. Contracorrente.
- Leonel Júnior, G. (2023). *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia* (3o ed). Lumen Juris.
- Maldonado-Torres, N. (2007). Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de um concepto. Em S. Castro-Gómez & R. Grosfoguel (Orgs.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (p. 127–167). Siglo del Hombre Editores; Universidad Central; Pontificia Universidad Javeriana.
- Martínez Dalmau, R. (2011). El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo. Em P. García Trobat & R. Sánchez Ferriz (Orgs.), *El legado de las Cortes de Cádiz* (p. 827–855). Tirant Lo Blanch.
- Mignolo, W. (2007). *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial* (1o ed). Gedisa.
- Mignolo, W. (2008). La opción descolonial. *Revista Letral: Estudios Transatlánticos de Literatura*, 1, 3–22.
- Mignolo, W. (2014). *Desobediencia epistémica : retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad* (2o ed). Ediciones del Signo.
- Mota Neto, J. C. da. (2016). *Por uma pedagogia decolonial na América Latina: reflexões em torno do pensamento de Paulo Freire e Orlando Fals Borda*. CRV.
- Palermo, Z. (2014). *Para una pedagogía decolonial*. Ediciones del Signo.
- Quijano, A. (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. Em E. Lander (Org.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas* (pp. 117–142). CLACSO.
- Quijano, A. (2010). Colonialidade do poder e classificação social. Em B. de S. Santos & M. P. Meneses (Orgs.), *Epistemologias do Sul* (p. 84–130). Cortez.
- Ruiz, G. R. (2024). Cuestiones conceptuales sobre el derecho a la educación : implicancias para América Latina. *Tramas y Redes*, 6, 29–46. <https://doi.org/10.54871/cl4c600b>

- Teixeira, A. V. (2020). El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa. *Opinión Jurídica*, 19(39), 311–329. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a13>
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *REVISTA IUS*, 4(25). <https://doi.org/10.35487/rius.v4i25.2010.214>
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2012). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Em L. F. Ávila Linzán (Org.), *Política, justicia y constitución*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, 9, 131–152.
- Wolkmer, A. C. (2010). *Pluralismo e crítica do constitucionalismo... Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina*. <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/14/o/antoniowolkmerPluralismoecriticadodoconstitucionalismo.pdf>
- Wolkmer, A. C. (2013). Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. Em A. C. Wolkmer, F. Veras Neto, & I. Lixa (Orgs.), *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. Saraiva.
- Wolkmer, A. C., & Radaelli, S. M. (2017). Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización. *Número*, 37, 31–50. <https://doi.org/10.14679/1046>
- Yrigoyen Fajardo, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. Em C. Rodríguez Garavito (Org.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (1o ed, p. 139–159). Siglo Veintiuno Editores.

Cómo citar

IJ-UNAM

Radtke Karnopp, Laerte, “O direito à educação nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009): uma leitura comparativa culturalista a partir do pensamento descolonial e do novo constitucionalismo latino-americano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, 2026, e20471. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20471>

APA

Radtke Karnopp, L. (2026). O direito à educação nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009): uma leitura comparativa culturalista a partir do pensamento descolonial e do novo constitucionalismo latino-americano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20471. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20471>