CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

VOL.3, NÚM.1
ENERO - JUNIO
2025

e-ISSN: 2961 - 2934

CHICLAYO / PERÚ

¡Visita nuestra revista digital **escaneando este QR!**

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE LAMBAYEQUE

Chornancap Revista Jurídica
Vol. 3 Núm. 1
Enero - junio, 2025

Equipo Editorial

Director
MSc. José Rolando Cardenas Gonzales

Consejo Editorial
Dr. Ignacio García Vitora *(Universidad Complutense de Madrid)*
Dr. Mario Amoretti Navarro *(Ludwig-Maximilans-Universität München)*
Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán (*Universidad de Heidelberg)*
Dra. Paola Alexandra Sierra Zamora (*Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto")*
Dr. Manuel Bermúdez-Tapia *(Pontificia Universidad Católica del Perú)*
Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado *(Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo)*
MSc. Manuel Francisco Porro Rivadeneira *(Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo)*
Dr. Erik Francesc Obiol Anaya *(Universidad de San Martín de Porres)*

©***Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque***
Esq. José C. Mariátegui y Los Rosales, Urb. Arturo Falla
Chiclayo - Perú

Dibujo de carátula ©
Frank José Machuca Cabrera

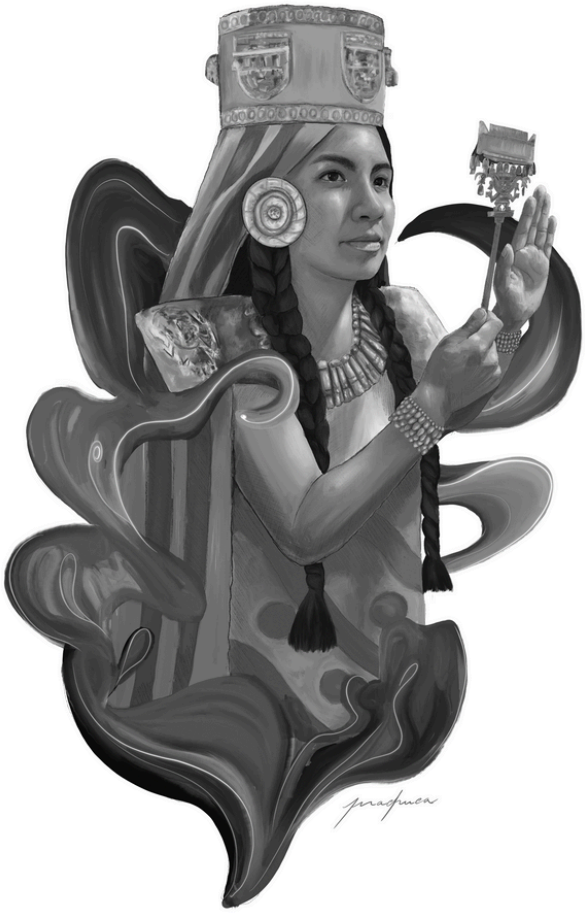
Diseño de cubierta ©
Christian Emilio Herrera Matos

Diseño y diagramación
María Rosa Becerra Guzmán

ISSN: 2961-2934 (En línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2023- 09275 (digital)
Disponible a texto completo en:
https://revistajuridicachornancap.icallambayeque.org.pe/index.php/oficial/index

El contenido de la responsabilidad de sus autores. No refleja necesariamente la opinión del equipo editorial de la revista. La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de doble pares ciegos antes de su publicación.



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

INDIZADA EN:

DOAJ DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS

Dialnet

latindex

biblat Bibliografía Latinoamericana

CLASE Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades

vlex

LatinREV

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2025-2026

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

MSc. José Rolando Cardenas Gonzales
Doctorando de la Universidad Complutense de Madrid, España.
joscarde@ucm.es
https://orcid.org/0000-0002-8141-9086

EDITORES ASOCIADOS

Dra. Silvia Bagni
Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italia.
silvia.bagni@unibo.it
https://orcid.org/0000-0003-3560-0914

Dra. Susanna Pozzolo
Università degli Studi di Brescia, Italia.
susanna.pozzolo@unibs.it
https://orcid.org/0000-0002-8566-517X

Dr. Ramsis Ghazzaoui
Universidad Autónoma de Madrid, España.
ramsis.ghazzaoui@alumni.uam.es
https://orcid.org/0000-0002-0516-0041

Dr. Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid, España.
ialvarez1@ucm.es
https://orcid.org/0000-0001-6873-7269

Dra. Covadonga Ferrer Martín
Universidad Complutense de Madrid, España.
cferrerm@ucm.es
https://orcid.org/0000-0002-8571-3012

Dra. María Augusta León Moreta
Universidad Andina Simón Bolívar Quito, Ecuador.
mariaa.leon@uasb.edu.ec
https://orcid.org/0000-0001-5361-0329

Dr. Alejandro Guerrero Torres
Universidad Libre, Colombia.
alejandro.guerrerot@unilibre.edu.co
https://orcid.org/0009-0009-0600-3652

Dr. Gilmer Alarcón Requejo
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Perú.
galarconr@unprg.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1587-4224

Dra. Mariana Sacher
Ludwig-Maximilans-Universität München, Alemania.
mariana.sacher@jura.uni-muenchen.de
https://orcid.org/0000-0003-3560-0914

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Universidad Autónoma de Chiapas, México.
alfonsomartinezlazcano@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-0367-4716

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa
Universidad Autónoma de Baja California, México.
castro.fernando@uabc.edu.mx
https://orcid.org/0000-0002-2180-3721

Dra. María Ruiz Dorado
Universidad de Castilla – La Mancha, España.
Maria.ruiz@uclm.es
https://orcid.org/0009-0000-1343-624X

Dr. Amir Al Hasani Maturano
Universidad de las Islas Baleares, España.
amir.alh@uib.es
https://orcid.org/0000-0002-2322-5419

MSc. Juan Alberto Castañeda Méndez
Universidad César Vallejo, Perú.
jcastanedam@pucp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-4472-8709

MSc. César David Ojeda Quiroz
Pontificia Universidad Católica del Perú.
ojedaquirozc@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-7914-5645

MSc. Fernando Luna Salas
Universidad de Cartagena, Colombia.
flunas@unicartagena.edu.co
https://orcid.org/0000-0003-4574-6335

MSc. Elky Alexander Villegas Paiva
Universidad Señor de Sipán, Perú.
vpaivaelkyalexa@uss.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-8438-3728

Dr. Andrés Manuel Marfil
Pontificia Universidad Católica, Argentina.
andresmarfil@uca.edu.ar
https://orcid.org/0009-0003-6791-7200

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Ignacio García Vitora
Universidad Complutense de Madrid, España.
iggarcia@ucm.es
https://orcid.org/0000-0002-0622-5919

Dr. Mario Amoretti Navarro
Ludwig-Maximilans-Universität München, Alemania.
marioamorettinavarro@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-5514-6416

Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán
Universidad de Heidelberg, Alemania.
arnumat03@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-2874-5288

Dra. Paola Alexandra Sierra Zamora
Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia.
paola.sierraz@esdeg.edu.co
https://orcid.org/0000-0002-3146-7418

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

Dr. Manuel Bermúdez-Tapia
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.
mbermudezt@unmsm.edu.pe
http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Perú.
csanchezcor@unprg.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-7210-566X

MSc. Manuel Porro Rivadeneira
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú.
mporro@usat.edu.pe
http://orcid.org/0000-0002-2411-7006

Dr. Erik Francesc Obiol Anaya
Universidad de San Martín de Porres, Perú.
eobiola@usmp.pe
http://orcid.org/0000-0002-3513-5592

CONSEJO CONSULTIVO

Dr. Riccardo Guastini
Università degli Studi di Genova, Italia.
guastini@unige.it
https://orcid.org/0000-0002-2125-8196

Dr. Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid, España.
groca@der.ucm.es
https://orcid.org/0000-0002-8910-9680

Dr. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España.
jagara@unileon.es
https://orcid.org/0000-0003-3096-4428

Dr. Guillaume Tusseau
Sciences Po Paris, Francia.
guillaume.tusseau@sciencespo.fr
https://orcid.org/0000-0002-4659-9392

CORRECCIÓN Y DIAGRAMACIÓN

María Rosa Becerra Guzmán
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
mbecerragu@unprg.edu.pe
https://orcid.org/0009-0005-2370-9404

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

Agradecemos la colaboración de evaluadores y evaluadoras

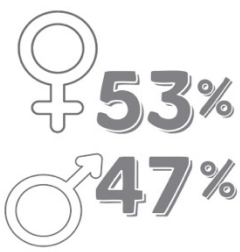
1. **Doctora Cecilia Cuervo Nieto,** Universidad de Salamanca, España
2. **Doctor Jesús Ignacio Castro Salazar,** Tecnológico Nacional de México/ITS, México
3. **Doctora Rocío Arregui Montoya,** Universidad de Murcia, España
4. **Doctor Carlos Hakansson Nieto,** Universidad de Piura, Perú
5. **Maestra Ana Carolina Rivera Gamarra,** Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, Perú
6. **Doctor Carlos Ernesto Herrera Acosta,** Universidad Nacional de Chimboraz, Ecuador
7. **Maestro Luis Andrés Roel Alva,** Universidad San Martín de Porres, Perú
8. **Doctora Roncesvalles Barber Cárcamo,** Universidad de La Rioja, España
9. **Doctora Elisabet Cueto Santa Eugenia,** Universidad Pontificia Comilla, España
10. **Doctora Eliana Barturen Mondragón,** Universidad Señor de Sipán, Perú
11. **Doctor Pedro Luis Bracho-Fuenmayor,** Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile
12. **Doctor Luis Roberto Cabrera Suárez,** Universidad de San Martín de Porres, Perú
13. **Doctor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera,** Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
14. **Doctor Pablo Riquelme Vázquez,** Universidad de Vigo, España
15. **Doctora Lorena Chano Regaña,** Universidad de Extremadura, España
16. **Doctor Alberto Anguita Susi,** Universidad de Jaén, España
17. **Doctor Daniel Arturo Montero Zendejas,** Universidad Autónoma de Morelos, México
18. **Doctora (c) Sandra Viviana Díaz Rincón,** Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia
19. **Maestra Brenda Archila Dávila,** Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia
20. **Doctora Paula Garat,** Universidad Católica del Uruguay, Uruguay
21. **Doctora Encarnación La Spina,** Universidad de Deusto, España
22. **Doctora Marina Rojo Gallego-Burín,** Universidad de Málaga, España
23. **Doctora Cynthia Milena Salinas Galindo,** Universidad San Martín de Porres, Perú
24. **Doctor Julio Ismael Camacho Solís,** Universidad Autónoma de Chiapas, México
25. **Doctora Luciana Berman,** Universidad de Buenos Aires, Argentina
26. **Doctor Joaquín Ordóñez Sedeño,** Universidad Autónoma del Estado de México, México
27. **Doctor Andrei Cambronero Torres,** Universidad de Costa Rica, Costa Rica
28. **Doctor Edwin Adolfo Morocco Colque,** Universidad Privada del Norte, Perú
29. **Doctor José María Soberanes Díez,** Universidad Panamericana, México
30. **Doctora (c) Paloma Buendia Molina,** Universidad Autónoma de Chile, Chile
31. **Maestra Haydee Roxana Alviar Luperdi,** Universidad de Alicante, España
32. **Doctora Cristina García Arroyo,** Universidad de Sevilla, España

---

Los revisores, en su mayoría investigadores con grado de doctor (a) especialistas en su campo, desempeñan un papel fundamental en la garantía de la calidad académica de la revista.

Cada artículo recibido es evaluado por al menos dos especialistas, mediante el sistema de revisión por pares doble ciego. Durante este proceso, la identidad tanto de autores como de evaluadores se mantiene en estricta confidencialidad, con el fin de asegurar una evaluación objetiva y libre de sesgos.

El 53% corresponde a mujeres y el 47% a hombres.



Distribución por país según la filiación a la que se adscriben:

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

TABLA DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN 15

Palabras del Editor responsable 17
Arnulfo Daniel Mateos Durán

DOSSIER

En defensa de un derecho general a la Igualdad 19
Martin Borowski

Igualdad ponderada
El principio general de la igualdad como una norma doble 25
Carsten Bäcker

Los derechos de igualdad como mandatos de optimización jurídicos y fácticos: problemas de discernimiento y acumulación debido a los principios formales 35
Wei Feng

¿Qué es la igualdad? 53
Hidehiko Adachi

Igualdad de género: últimas perspectivas en el ámbito de la conciliación, violencia de género y asilo 59
Nuria Saura Freixes

La paridad de género en el proceso electoral: el contexto del proceso electoral extraordinario del Poder Judicial en México 69
Fernando Manuel Castro Figueroa y Katia Elizabeth Torres Sánchez

La evolución jurídica de la igualdad en el bloque de constitucionalidad centroamericano 85
José Mario Achoy Sánchez

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

Pensar la "nueva" Igualdad 97
Marco León Felipe Barboza Tello

La igualdad en el derecho argentino: de la norma al valor y su reconstrucción como principio 117
Rubén Martínez

Derechos humanos y migración en el Perú: un análisis constitucional sobre la igualdad y los desafíos de integración 129
Albert Vásquez Pérez

TEMÁTICA LIBRE

Protección y bienestar de los animales en el Derecho español: claves de las leyes 3 y 7/2023, de 28 de marzo 143
Carmen Requejo Conde

El régimen de responsabilidad del Estado frente a los estándares fijados por la sentencia Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile. Un análisis de la situación chilena 165
Gustavo Farfán Saldaña

Derecho del menor a ser escuchado: estudio normativo y jurisprudencial en Ecuador 183
Gennyth Patricia Tulcanaza Chávez y Johanna Elizabeth Jiménez Torres

El *certiorari* y las sentencias interlocutorias en el Perú 201
Dalgir Katherine Mundaca Rodríguez

RESEÑA

Ferrajoli, L. (2024). *¿Por qué una Constitución de la Tierra? Fundamentos y proyecto de Constitución.* Palestra Europa 217
César Gianfranco Ruiz Álvarez

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Vol. 3 Núm. 1, enero – junio, 2025
La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales

PRESENTACIÓN

Nos complace presentar el **Vol. 3, Núm. 1 (enero - junio 2025)** de *Chornancap Revista Jurídica*, una publicación que reafirma nuestro compromiso con el pensamiento crítico, el rigor académico y la vocación internacional en el ámbito jurídico. Esta edición, centrada en el tema **"La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales"**, constituye un espacio de análisis y debate en torno a uno de los principios más fundamentales - y al mismo tiempo más disputados - de las democracias constitucionales contemporáneas.

La elección de este eje temático responde al propósito editorial de abordar asuntos que no solo sean relevantes en el plano jurídico, sino que también atraviesen las tensiones éticas, sociales e institucionales de nuestro tiempo. La igualdad, más allá de su formulación normativa, exige una constante revisión de sus contenidos y mecanismos de garantía. Y es precisamente en esa revisión crítica donde se inscribe el aporte de este número.

El dossier temático ha sido curado con especial atención a la diversidad conceptual, metodológica y geográfica de las contribuciones. Reunimos aquí un conjunto de textos que reflexionan sobre la igualdad desde el derecho constitucional, la filosofía jurídica, el derecho comparado, los estudios de género y el análisis de políticas públicas. Sin detallar cada artículo, podemos señalar que sus autores - provenientes de reconocidas universidades de Europa, Asia y América Latina - proponen lecturas que oscilan entre enfoques estructurales, críticos, normativos y prácticos, lo que otorga al dossier una riqueza interpretativa que invita a repensar la igualdad como principio jurídico vivo y en permanente transformación.

Se trata de voces que dialogan desde distintas tradiciones jurídicas y contextos sociales, y que convergen en una preocupación común: cómo garantizar la igualdad en escenarios marcados por la persistencia de desigualdades estructurales, la creciente complejidad institucional y las nuevas formas de exclusión. En este sentido, el número busca no solo consolidar un aporte teórico, sino también provocar reflexión sobre la acción jurídica, judicial y legislativa en torno a este principio.

A la sección temática se suman valiosos aportes en la sección de artículos de temática libre, donde se abordan problemas actuales del derecho que dialogan con los debates contemporáneos: derechos de los animales, responsabilidad internacional del Estado, infancia y participación, justicia constitucional, entre otros. Asimismo, se ha incluido una entrevista académica de interés general y una reseña bibliográfica sobre una obra que interpela directamente los marcos constitucionales desde una perspectiva filosófica, ampliando la noción misma de los derechos fundamentales.

Todos los artículos publicados en este número han sido sometidos a un proceso riguroso de revisión por pares bajo la modalidad de doble ciego, lo que garantiza que la selección y publicación de textos responda a criterios objetivos de calidad, relevancia y aporte al campo. Este esfuerzo sostenido por mantener altos estándares editoriales es parte del compromiso que asumimos desde el inicio del proyecto.

En este proceso editorial ha sido fundamental el trabajo de muchas personas e instituciones. Expresamos nuestro reconocimiento a las y los autores que confiaron sus investigaciones a nuestra revista, a los revisores que ofrecieron sus juicios con profesionalismo, y de manera muy especial, al editor responsable del presente número, Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán, por su impecable labor de coordinación académica, que ha permitido dar coherencia y solidez a este volumen.

Desde la dirección de *Chornancap Revista Jurídica* reafirmamos que nuestra revista no es solo un canal de difusión académica, sino también un proyecto editorial en crecimiento, con vocación de consolidarse como referente en su campo. Estamos trabajando activamente en la mejora continua de nuestros procesos, el fortalecimiento del equipo editorial y el cumplimiento de los estándares de calidad requeridos por los principales sistemas de indización internacionales.

Con este nuevo número no solo pretendemos generar una publicación más, sino construir puentes con nuevas comunidades académicas internacionales que permita alimentar el análisis y la crítica para la solución de problemas socio jurídicos de nuestro país. En esa línea, estamos orientando nuestros esfuerzos hacia nuevas convocatorias temáticas, mayor presencia internacional, colaboración con redes académicas y consolidación de alianzas que permitan ampliar el impacto de cada edición.

Invitamos a nuestras lectoras y lectores a recorrer los textos aquí presentados con atención reflexiva, y a hacer de esta publicación un punto de partida para nuevas preguntas, investigaciones y debates. El pensamiento académico, cuando se toma en serio, no busca conclusiones definitivas, sino caminos de interrogación colectiva. Esta edición es parte de ese camino. Muchas gracias.

Chiclayo, julio de 2025.

José Rolando Cardenas Gonzales
Director

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Editorial
https://doi.org/10.61542/rjch.153

Palabras del Editor responsable

La dimensión de la Igualdad en los Derechos Fundamentales

La igualdad ha sido un tema recurrente en la discusiones políticas y filosóficas dentro de las democracias constitucionales, particularmente cuando se habla de los derechos fundamentales. Si bien, la igualdad es un derecho recurrente en los primeros catálogos de derechos fundamentales, su contenido y efectividad ha cambiado durante el tiempo. El derecho a la igualdad, como un derecho moral, parte de una idea central referida a que todos los seres humanos son similares en sus aptitudes e importancia, por lo que deben tener las mismos derechos y oportunidades. Este derecho moral de amplísimo carácter se ha materializado en el derecho positivo en una diversidad de disposiciones, en las cuales no pocas veces, se establece una serie de criterios prohibidos que sirvan como razones para distinguir entre las personas. Criterios tales como el sexo, raza, etnia, condición económica, creencia religiosa, origen, etc., son generalmente excluidos como razones para distinguir entre individuos o grupos. Dichas prohibiciones de discriminación pueden encontrarse en casi todos los catálogos de derechos fundamentales nacionales, internacionales y supranacionales. Esto ha ocasionado que el estudio de los derechos a la igualdad se centre generalmente en justificar la presencia o analogía de algunos de estos criterios en el caso concreto. No obstante, el derecho a la igualdad es más complejo de lo que se puede pensar desde un primer vistazo.

El derecho fundamental a la igualdad comprende un contenido ideal que ha ido evolucionado conforme nuevas formas de diferenciación van apareciendo y ciertas formas de discriminación ya superadas resurgen con nuevos rostros o simplemente permanecen incólume. De comenzar teniendo una perspectiva más formalista, en el sentido, la igual aplicación derecho, el derecho a la igualdad ha evolucionado a una visión más material relativa a la igualdad en los resultados de los derechos. Es aquí donde la distinción entre igualdad jurídica e igualdad fáctica constituye uno de los primeros debates acerca del contenido de la igualdad. ¿Se considera satisfecho el derecho a la igualdad simplemente con la aplicación equitativa de las leyes, o es necesario un papel más activo del Estado que se materialice en medidas positivas dirigidas a una igualdad material entre los individuos del Estado? No pocas veces estas dos exigencias fundamentales entran en conflicto, en la medida que el Estado establece medidas para beneficiar a ciertos grupos o minorías, dicha medida conduce generalmente a un trato diferenciado de los miembros de estos grupos frente a los demás –materializado en un beneficio o una excepción–, lo cual implicaría una lesión a la igualdad jurídica (trato igualitario en la aplicación derecho). Aunado a esta compleja situación, tenemos también la posibilidad de que otros derechos o bienes constitucionales puedan colisionar con el derecho a la igualdad. Esto no es poco común, puesto que la igualdad muchas veces se refiere a la aplicación o satisfacción de otros derechos libertad o derechos sociales. Igualdad en la aplicación u omisión de medidas estatales que afecten la libertad o la concesión o no de ciertas medidas estatales positivas que implicarían una discriminación para aquellos que no las reciben. Lo anterior, ocasiona que en los casos relativos

a la igualdad sea necesario el considerar qué otros derechos fundamentales estén involucrados dentro del caso concreto, teniendo como consecuencia un aumento en la complejidad del estudio de los derechos de igualdad.

Si desde la perspectiva de los portadores vemos los intricados problemas derivados de las exigencias presentadas por la igualdad, también desde la perspectiva del Estado (como destinatario y garante) vemos importantes retos, particularmente, de parte del legislador democrático. El legislador se encuentra en una situación complicada puesto que al perseguir igualdad fáctica tiene que realizar distinciones entre individuos o grupos. Por ejemplo, si se considera como fin la igualdad material entre mujeres y hombres, dicha meta puede alcanzarse a partir de discriminaciones positivas, que para ciertos individuos pueden considerarse como una forma de trato diferenciado. Lo anterior, es igualmente aplicable a otros fines estatales como la protección al medio ambiente, la protección de pueblos originarios, medidas para la disminución de la pobreza, etc. Esta situación también juega un papel importante al momento del control de constitucionalidad, ya que el operador jurídico tiene que considerar la libertad configurativa del legislador, pero siempre observando la vinculación de los derechos fundamentales al legislador, los cuales, dependiendo del caso, pueden presentar una superposición con otros derechos, aparte de los de igualdad.

Todos estos ejemplos constituyen simplemente una pequeña mirada a los diversos problemas derivados del reconocimiento y aplicación de los derechos de igualdad. Por esta razón, este número especial de *Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque* tiene como objetivo regresar al debate acerca de la dimensión de la igualdad de los derechos fundamentales. Este número contiene diversos acercamientos relativos a la igualdad escritos por autores de distintos contextos y regiones. En todas las contribuciones queda claro, no obstante, que la discusión acerca de la igualdad prosigue incluso cuando ciertas formas de discriminación se consideraban ya superadas. Quiero agradecer a todos los participantes de este número especial, así como al Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, particularmente al director de su revista, el Mtro. José Rolando Cardenas Gonzales, por la oportunidad de poder construir este número con una discusión tan interesante. Igualmente, a gradezco a todos los lectores de esta obra y espero que las ideas presentadas en este libro sean de gran utilidad para su entendimiento del derecho a la igualdad.

Génova, día 10 de julio de 2025.

Arnulfo Daniel Mateos Durán

Investigador postdoctoral en el Instituto Tarello de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova, Italia.

Doctor por la Universidad de Heidelberg, Alemania.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de revisión
https://doi.org/10.61542/rjch.148

En defensa de un derecho general a la Igualdad

In defense of a general right to equality

Martin Borowski[1]

Autor:
[1]Doctor por la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania.
Profesor de la Cátedra de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg, Alemania.
martin.borowski@jurs.uni-heidelberg.de

Recibido: 30/04/2025
Aprobado: 01/07/2025
Publicación online: 14/07/2025

Traducción:
Arnulfo Daniel Mateos Durán
arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it

Cómo citar/ how to cite:
Borowski, M. (2025). En defensa de un derecho general a la Igualdad. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 19-24. https://doi.org/10.61542/rjch.148

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Martin Borowski
© 2025 Arnulfo Daniel Mateos Durán

RESUMEN

Este artículo examina las diversas formas que adopta el derecho a la igualdad en disposiciones nacionales e internacionales, distinguiendo entre aquellas de naturaleza "accesoria" - que protegen frente a la discriminación solo en relación con ciertos derechos reconocidos - y las de "aplicación general", que abarcan todos los actos estatales. A partir de esta clasificación, se argumenta que tanto los catálogos cerrados de criterios prohibidos como los abiertos presentan limitaciones para garantizar una protección integral. Frente a ello, se plantea la necesidad de un derecho general a la igualdad, cuya existencia se encuentra implícita, por ejemplo, en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). A través del análisis del sistema alemán, en especial el artículo 3 de su Ley Fundamental, se justifica cómo dicho derecho general ofrece un marco más amplio y eficaz para valorar la igualdad y combatir discriminaciones que escapan a los listados tradicionales. Se sostiene que interpretar coherentemente la CADH implica reconocer la dimensión general del derecho a la igualdad, superando así los límites de las prohibiciones accesorias. Esto fortalecería la protección jurídica frente a tratos injustificados, promoviendo una estructura más robusta de derechos humanos en contextos nacionales e internacionales.

Palabras clave: Derechos de igualdad; Derecho general a la igualdad; Prohibiciones de discriminación; Trato igualitario; Trato diferenciado.

ABSTRACT

This article examines the various forms that the right to equality takes in national and international provisions, distinguishing between those of an "ancillary" nature - which protect against discrimination only in relation to certain recognized rights - and those of "general application," which cover all state acts. Based on this classification, it argues that both closed and open lists of prohibited criteria have limitations in guaranteeing comprehensive protection. In response to this, it raises the need for a general right to equality, the existence of which is implicit, for example, in Article 24 of the American Convention on Human Rights (ACHR). Through an analysis of the German system, particularly Article 3 of its Basic Law, it is justified how this general right offers a broader and more effective framework for assessing equality and combating discrimination that falls outside traditional lists. It is argued that a consistent interpretation of the ACHR implies recognizing the general dimension of the right to equality, thus overcoming the limits of accessory prohibitions. This would strengthen legal protection against unjustified treatment, promoting a more robust human rights framework in national and international contexts.

Keywords: Equality rights; General right to equality; Prohibitions on discrimination; Equal treatment; Differential treatment.

Introducción

En el desarrollo histórico de los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos, las primeras disposiciones para la protección de la igualdad que aparecen en las cartas de derechos, constituciones y tratados internacionales de derechos humanos son las prohibiciones de discriminación. Por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] (1969), encontramos el artículo 1, párrafo 1, el cual dispone que los individuos podrán disfrutar los derechos y libertades de la Convención "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Existen contrapartes en el artículo 14 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos [CEDH] (1950), el artículo 1 del 12º Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000) y, la constitución alemana, artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental[1] (1949).

Con miras en tales disposiciones que contienen prohibiciones de discriminación, algunas distinciones deben ser mencionadas. Para comenzar, estas disposiciones de discriminación pueden ser de naturaleza accesoria o de aplicación general. "Accesoria" significa que solamente la discriminación de cierto tipo de derechos está prohibida. Por ejemplo, en el artículo 1, párrafo 1 CADH esto aplica solamente para "derechos y libertades reconocidas en ella". El ámbito de protección en el artículo 14 CEDH es comparable: "derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio" y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] (1966) comprende únicamente a "los derechos reconocidos en el presente Pacto".

En contraste, las prohibiciones de discriminación de aplicación general se extienden a todos los actos de los Estados, actos positivos u omisiones –más importante, también a los derechos dispuestos por la legislación estatal–[2]. Ejemplos de prohibiciones de aplicación general constituyen el artículo 1 del 12º Protocolo del CEDH (2000) –"El goce de los derechos reconocidos por la ley" – y el artículo 26, clausula 2 PIDCP. Las prohibiciones de discriminación accesorias representan el antiguo estrato de disposiciones sobre derechos de igualdad y, por ello, tienen un ámbito de protección limitado, mientras que las prohibiciones de discriminación de aplicación general son disposiciones más modernas de los derechos de igualdad y poseen un ámbito de protección más amplio.

1. Tipos de prohibiciones de discriminación

Un análisis comprehensivo y detallado de todas estas disposiciones revelaría, hasta cierto grado, que los criterios que están prohibidos son de alguna forma diferentes. Mientras que la justificación de los derechos humanos como tales es generalmente universal y externa –a través de la historia de la humanidad fue, es, y seguirá siendo por siempre claro que no debemos tratar a otros humanos como "cosas–, los catálogos de los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos, en el derecho positivo, están formulados bajo condiciones que cambian con el tiempo y el espacio.

[1] El artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental (1949) dispone: "Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

[2] Uno podría bien preguntarse si la aplicación de "derechos establecidos en la ley" es más limitada que una aplicación a todos los actos estatales –actos positivos y omisiones–, por que cubrir solamente "derechos establecidos por la ley" más allá de los derechos de la Convención no es todavía del todo "aplicación general". Por razones de simplificación, dejaré por ahora esta cuestión a un lado.

Solamente para mencionar un ejemplo, la "orientación sexual" no es un criterio contenido en el listado de la Constitución alemana del artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental (1949), el cual tiene su origen a finales de los años cuarenta del siglo pasado. Esto plantea la pregunta del qué hacer ante un criterio prohibido "faltante" desde una perspectiva moderna –lo que puede y debe ser hecho depende de si el listado de criterios de discriminación prohibidos es exhaustivo o no–. En el texto del artículo1, párrafo 1 CADH (1969) uno se puede encontrar la frase "o cualquier otra condición social". Con la misma venia, el listado de criterios de discriminación prohibidos en el artículo 14 CEDH (1950) y el artículo1 del Protocolo 12º de CEDH (2000) cierran con la misma expresión "o cualquier otra situación". Los mismo aplica al artículo 2, párrafo 1 y el artículo 26 PIDCP (1966).

Lo anterior, quiere decir que existen:

i. Prohibiciones de discriminación accesorias con una lista de criterios prohibidos que pueden ser extendidos (artículo 2, párrafo 1 CADH; artículo 14 CEDH; artículo 2, párrafo 1 PIDCP).

ii. Prohibiciones de discriminación de aplicación general con una lista de criterios prohibidos que puede extenderse (artículo 1 del Protocolo 12º del CEDH; artículo 26 PIDCP).

iii. Prohibiciones de discriminación de aplicación general con una lista exhaustiva de criterios prohibidos (artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Con miras en esta última categoría, debe mencionarse que entre los 46 Estados miembros del Consejo de Europa (la organización internacional) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (la convención principal de esta organización), solamente 20 Estados han ratificado el Protocolo 12º, el cual data del año 2000, 17 Estados lo han firmado, pero no ratificado y 9 no lo han firmado (en cuanto se refiere a la fecha del 25 de mayo de 2025). Ya que el Protocolo 12º es vinculante para menos de la mitad de los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, uno podría decir que la antigua disposición, el artículo 14 CEDH, representa el actual "estándar europeo".

2. Igualdad ante la ley y la igual protección del derecho

Todas estas diferentes versiones de las prohibiciones de discriminación tienen, no obstante, una característica en común: Estas prohíben tratos diferenciados "basados en" o "por razones de" ciertos criterios prohibidos. Estos no constituyen una evaluación comprehensiva acerca de la cuestión de la igualdad como un derecho humano. Ya que solamente prohíben ciertos casos extremos de injusticia de cara a la igualdad. En particular, mientras que las prohibiciones de discriminación excluyen completamente el uso de ciertos criterios, sin embargo, estos no dicen explícitamente nada acerca de los criterios permitidos y el requisito de proporcionalidad entre el derecho al trato igualitario y las razones legítimas y judiciales para limitar el trato igualitario.

En el sistema alemán de derechos de igualdad existe un derecho general a la igualdad con un ámbito de protección amplio y con un examen de intensidad variable, dependiente de ciertos criterios para la intensidad del control constitucional (Borowski, 2024, pp. 377-424). Este derecho está dispuesto en el artículo 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Su texto es el siguiente: "Todas las personas son iguales ante la ley". Mientras que el texto parece sugerir que solamente la "igualdad ante la ley" es exigida –igualdad en la aplicación del derecho por el poder ejecutivo y el poder judicial–, existe un acuerdo unánime en la doctrina de que el legislador también está

vinculado a la igualdad, por lo que el derecho general a la igualdad también comprende la "igual protección del derecho"[3].

Lo anterior, se refleja también en los requisitos generales de los derechos constitucionales alemanes dispuestos en el artículo 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental (1949), disposición que declara que los derechos constitucionales vinculan a los tres poderes del Estado: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable". El Estado no debe tratar "diferente los sustancialmente similar" (Borowski, 2018, p. 478).

El derecho general a la igualdad es lesionado "si un grupo de destinatarios de una norma es tratado diferente en comparación con otros destinatarios de esta norma, aunque no existan diferencias entre los dos grupos de tal tipo y peso que podrían justificar el trato diferenciado" (Borowski, 2018, p. 491). La idea de un derecho general a la igualdad con un ámbito de protección amplio corre de manera paralela a lo que es, en la dimensión de la libertad, el derecho general a la libertad en la constitución alemana, artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

3. El derecho general a la igualdad

A primera vista, tales derechos generales de libertad o igualdad pueden parecer utópicos, poniendo mucha carga sobre el legislador democráticamente electo: "Los tratados de derechos humanos normalmente codifican únicamente garantías mínimas –es decir, los derechos y circunstancias más básicas–" (Kälin & Künzli, 2019, p. 117). El ámbito de protección amplio de ambos, el derecho general a la libertad y el derecho general a la igualdad, no han demostrado, sin embargo, ser problemáticos o dañinos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Con miras en lo anterior, si existe un solamente un trato diferenciado que cuenta como una leve interferencia, esto prueba ser proporcional si yacen razones limitantes con el mismo o menor peso. Es más, entre menos severa sea la interferencia, mayor es el respeto a la discrecionalidad del legislador democráticamente electo. Incluso si el ámbito de protección del derecho general a la igualdad es teoréticamente amplio, solamente tratos diferenciados severos pueden realísticamente contar como una lesión a este derecho, lo cual garantiza las acciones de la corte con jurisdicción que deba realizar el control de constitucionalidad.

Uno estaría tentado a pensar que el derecho general a la igualdad debe ser visto como una solución alemana específica al considerar el hecho de que la prohibición a la discriminación en la Constitución alemana, artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, tiene una lista exhaustiva de criterios prohibidos. Es verdad que la mayoría de las otras prohibiciones de discriminación, por ejemplo, el artículo 1, párrafo 1 CADH (1969), tiene una lista de criterios prohibidos que puede extenderse –"o cualquier otra condición social"–. Lo mismo es válido para el artículo 14 CEDH (1950). De acuerdo con el Corte Europea de Derechos Humanos, la "orientación sexual" –no contenida en la lista original del artículo 14 CEDH–, cuenta como "otro estatus" (Grabenwarter & Pabel, 2021, p. 26, sección marginal 31). En contraste, en la constitución alemana, con el listado de criterios prohibidos en el artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, el cual no puede ser extendido, una protección suficiente tuvo que ser provista a través del derecho general a la igualdad (Borowski, 2024, p. 406). Los aspectos no cubiertos por

[3] Para "ser iguales ante la ley" o tener "igualdad protección ante la ley" son dos aspectos sistemáticamente diferentes y el primer aspecto es, en términos de historia jurídica, más viejo que el segundo. Ante este trasfondo, la expresión "en consecuencia" en el artículo 24 de la CADH (1969) me parece algo extraña: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Para estar seguros, el parafraseo expresa que ambos aspectos, igualdad en la administración y aplicación, por un lado, e igualdad en la legislación, por el otro, están contenidos en esta disposición, sin importar la pretendida relación entre los dos.

una prohibición de discriminación con un listado exhaustivo de criterios prohibidos pueden ser protegidos por una prohibición de discriminación con una lista de criterios prohibidos que pueda ser extendida. No obstante, esto no quiere decir que la posibilidad de extender la lista de criterios prohibidos vuelva a las prohibiciones de discriminación en un derecho general a la igualdad. "Otra condición social" o "otro estatus" deben ser comparables con la severidad de la discriminación ante el trasfondo de los criterios prohibidos explícitamente en el mencionado artículo 1, párrafo 1 CADH o el artículo 14 CEDH. Tal extensión puede ser decisiva en ciertos casos, pero solamente puede ser en modesta medida.

Además, la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1, párrafo 1 CADH y el artículo 14 CEDH son de naturaleza accesoria, lo cual es una importante limitación de su ámbito de protección. Éstos no abordan generalmente la discriminación con miras en los derechos garantizados en la legislación nacional o los actos estatales o las omisiones. Aquí, podría volverse importante el potencial del derecho general a la igualdad para colmar la laguna jurídica, el cual puede entenderse contenido en el artículo 24 CADH[4]. El artículo 24 CADH es general en su ámbito de protección en lugar de accesorio. Una coherente interpretación de toda la Convención Americana de Derechos Humanos requeriría el considerar las razones subyacentes del artículo 2, párrafo 1 CADH en la interpretación del artículo 24 CADH. Esto quiere decir que incluso a pesar de que el artículo 24 CADH no menciona criterios "prohibidos" explícitamente, estos contarían como "prohibidos" al evaluar las pretensiones emanadas del artículo 24 CADH –sea esto una absoluta o relativa (pero fuerte) prohibición más allá de los límites de una prohibición de discriminación accesoria–.

Conclusiones

Finalmente, prohibiciones de discriminación tales como el artículo 1, párrafo 1 CADH y el artículo 14 CEDH son derechos de igualdad "especiales" en el sentido de que prohíben trato diferenciado "basado en" o "por razón de" ciertos criterios "prohibidos". Es poco claro y hasta discutido lo que significa "con base en" o "por razón de" ciertos criterios "prohibidos"[5]. Sin embargo, una cosa permanece clara: No puedes evaluar si un trato estuvo "basado en" o "en razón de" un criterio prohibido sin tomar en consideración criterios permitidos para el trato diferenciado. En este sentido, el evaluar las pretensiones emanadas de las prohibiciones de discriminación siempre comprende al derecho general a la igualdad en alguna forma u otra, al menos de manera implícita.

Por lo tanto, interpretar el artículo 24 CADH en el sentido de contener el derecho general a la igualdad es un paso consecuente para alcanzar un sistema más coherente y completo de los derechos de igualdad en la CADH.

Referencias

Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien* [Derechos fundamentales como principios] (3ra. ed.). Nomos.

Borowski, M. (2024). *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. (Arnulfo Daniel Mateos Durán, Trad.; 2da ed.). Tirant lo Blanch.

Consejo de Europa. (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. https://www.coe.int/es/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=005

[4] La redacción del artículo 2, párrafo 1 CADH es muy similar a lo interpretado en el artículo 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, con el entendido de que la segunda disposición contiene el derecho general a la igualdad.

[5] Relativo al artículo 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, véase solamente Von Achenbach (2023), el número marginal 39-41.

Consejo de Europa. (2000). *Protocolo n.º 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=177

Consejo Parlamentario (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland]. Bundesgesetzblatt. https://www.gesetze-im-internet.de/gg/

Grabenwarter, C. & Pabel, K. (2021). *Europäische Menschenrechtskonvention* [Convención Europea de Derechos Humanos] (7ma. ed.). C.H. Beck.

Kälin, W. y Künzli, J. (2019). *The Law of International Human Rights Protection* [El derecho de la protección internacional de los derechos humanos] (2da. ed.). Oxford University Press.

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp

Von Achenbach, J. (2023). Artikel 3 Abs. 3 GG [Artículo 3.3 de la Ley Fundamental]. En Dreier, H. & Brosius-Gersdorf, F. (eds.), *Grundgesetz Kommentar* [Comentarios a la Ley Fundamental](4ta. ed.). Mohr Siebeck.

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.149

Igualdad ponderada
El principio general de la igualdad como una norma doble*

Weighted equality. The general principle of equality as a double standard

Carsten Bäcker[1]

Autor:
[1]Doctor por la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania
Profesor de la Cátedra de Derecho Público, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bayreuth, Alemania.
carsten.baecker@uni-bayreuth.de

Recibido: 18/04/2025
Aprobado: 01/07/2025
Publicación online: 14/07/2025

*Este texto es una traducción parcial del artículo en alemán: Bäcker, C. (2025), Gewogene Gleichheit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Doppelnorm. En C. Bäcker, M. Borowski, & J.R. Sieckmann, *Grundlagen der demokratischen Verfassung. Festschrift für Robert Alexy zum 80°Geburstag*. Mohr Siebeck (en prensa)

Traducción:
Arnulfo Daniel Mateos Durán
arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it

Cómo citar/ how to cite:
Bäcker, C. (2025). Igualdad ponderada. El principio general de la igualdad como una norma doble. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 25–33.
https://doi.org/10.61542/rjch.149

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Carsten Bäcker
© 2025 Arnulfo Daniel Mateos Durán

RESUMEN

Este artículo ofrece un análisis del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Alemania, en diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A diferencia de una visión reducida del principio de igualdad como simple mandato de trato igual, se propone una lectura que lo concibe como una norma dual o doble: una que impone la obligación de tratar de manera igual a quienes se encuentran en situaciones equivalentes, y otra que exige un trato diferenciado cuando las circunstancias lo justifican. Esta concepción permite comprender mejor la estructura del derecho a la igualdad como un principio que no prohíbe toda desigualdad, sino solo aquella que resulta arbitraria o injustificada. En este sentido, el artículo analiza cómo esta doble dimensión del principio de igualdad repercute en la aplicación del test de proporcionalidad, particularmente en la fase de ponderación, donde se deben equilibrar los intereses en juego a la luz del mandato de igualdad sustantiva. Se argumenta que solo reconociendo esta naturaleza compleja del derecho a la igualdad es posible asegurar una protección efectiva frente a la discriminación, así como una adecuada fundamentación de las distinciones normativas en contextos constitucionales.

Palabras clave: Igualdad; Tribunal Constitucional; Norma; Ponderación; Proporcionalidad.

ABSTRACT

This article offers an analysis of the right to equality recognized in Article 3 of the German Basic Law, in dialogue with the jurisprudence of the Federal Constitutional Court. In contrast to a reduced view of the principle of equality as a simple mandate for equal treatment, it proposes a reading that conceives of it as a dual or double rule: one that imposes an obligation to treat equally those in equivalent situations, and another that requires differential treatment when circumstances justify it. This conception allows a better understanding of the structure of the right to equality as a principle that does not prohibit all inequality, but only that which is arbitrary or unjustified. In this sense, the article analyzes how this dual dimension of the principle of equality affects the application of the proportionality test, particularly in the weighing phase, where the interests at stake must be balanced in light of the mandate of substantive equality. It is argued that only by recognizing this complex nature of the right to equality is it possible to ensure effective protection against discrimination, as well as an adequate substantiation of normative distinctions in constitutional contexts.

Keywords: Equality; Constitutional Court; Norm; Weighting; Proportionality.

Introducción

Los derechos de igualdad han adquirido en las últimas décadas, al menos en Alemania, un significado cada vez mayor en la práctica de la jurisprudencia. Bajo la Ley Fundamental se ha convertido el derecho general a la igualdad en un derecho fundamental al establecimiento de la igualdad, más allá del ya reconocido vínculo a la igual aplicación del derecho. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE) ha conceptualizado el derecho general a la igualdad como un parámetro jurídico ambiguo, el cual le ha permitido al legislador tener un margen de discrecionalidad amplio. Así el Tribunal constitucional desarrolló la famosa "fórmula de la arbitrariedad"[1]. Por lo cual no se puede objetar a través de los derechos de igualdad un trato desigual por parte del legislador en tanto el legislador no haya actuado de manera arbitraria. El legislador no actúa de manera arbitraria, cuando puede hacer valer una razón material aclaradora para el trato desigual. Más adelante, el tribunal refinó este parámetro significativamente para moldearlo en una nueva fórmula que puede ser denominada como la "fórmula del peso". Por lo tanto, un trato desigual es entonces justificado, cuando puede ser sustentado a través de razones de tal tipo y peso que puedan compensar el peso del trato desigual[2]. En un posterior desarrollo, el tribunal pasó de una escala móvil entre la fórmula de la arbitrariedad y la fórmula del peso a un total control intensivo sustancial[3]. Recientemente el Tribunal constitucional ha incitado al legislador (entre otros) –en una serie de decisiones durante el cambio de siglo y a partir de tal entendimiento del derecho a la igualdad– a una ampliación de la igualdad de las parejas del mismo género, la cual fue implementada por el legislador por medio de la incorporación en el derecho civil del llamado "matrimonio para todos".

Sin embargo, quedan muchas dudas respecto al derecho a la igualdad desde una perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales. Existen muchos temas objeto de debate, entre estos, la dimensiones de los derechos fundamentales (derechos de defensa, derechos de prestación y derechos de participación), la relación del enunciado de igualdad y el enunciado de desigualdad, la aplicación del principio de proporcionalidad, la reconstrucción de la teoría de principialista, la vinculación de los enunciados particulares de igualdad en la arquitectura del examen de igualdad, la relación entre derechos de igualdad y derechos de libertad, etc. Construcciones dogmáticas comprehensivas y convincentes del derecho de igualdad hacen todavía falta. Una razón se encuentra en que la estructura de los derechos de igualdad es completamente distinta a los derechos de libertad. Los derechos de libertad pueden reconstruirse, a través de la teoría de los principios, como principios constitucionales, los cuales pueden ser llevados a una ponderación con otros principios constitucionales en colisión. El derecho general a la igualdad exige el tratar igual a iguales y de manera desigual a desiguales. Por lo que existen aquí dos principios inherentes en contraposición: el principio del trato igualitario y el principio del trato desigual. El derecho a la igualdad exige que ambos principios (es decir, las razones para el trato igualitario y aquellas para el trato diferenciado) sean llevados a un ajuste. Un trato desigual está entonces permitido, cuando las razones para un trato igualitario no superen aquellas para un trato diferenciado –y viceversa–. El derecho a

[1] Puede consultarse: BVerfGE 1,14 (p. 52): El enunciado de igualdad es lesionado en ambas variantes "cuando no se puede encontrar una razón justificada, derivada de la naturaleza del caso o materialmente aclaradora, para el trato legal diferenciado o trato igualitario"; véase, además, BVerfGE 61, 138 (p. 147); BVerfGE 68, 237 (p. 250); BVerfGE 83, 1 (p. 23); BVerfGE 89, 132 (p. 141).

[2] De hecho, en BVerfGE 55, 72 (pp. 88-89), se ha precisado que, el derecho a la igualdad sería "entonces lesionado, sobre todo, cuando un grupo de destinatarios normativos es tratado diferente en comparación otro grupo de destinatarios, a pesar de que entre ambos grupos no existan diferencias de tal tipo y peso que podrían justificar el trato desigual"; jurisprudencia vigente desde entonces.

[3] Consúltese: BVerfGe 126, 400 (p. 419): "A partir del enunciado general de igualdad se derivan –dependiendo del objeto a regular y rasgos diferenciadores– diferentes límites, los cuales pueden abarcar desde una relajada prohibición de arbitrariedad hasta una fuerte vinculación a los requisitos de proporcionalidad".

la igualdad es desde este punto de vista constituye tanto una razón como una contra-razón. Esta estructura será a analizada a continuación.

1. El análisis estructural: La doble estructura normativa y la ponderación

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán se exige, desde la perspectiva de los derechos de igualdad, que "lo esencialmente igual sea tratado igual y lo esencialmente diferente se tratado de manera diferente" (Bühner, 2023, p. 88)[4]. Esta comúnmente repetida fórmula de la simetría[5] será el motivo para dar un nuevo vistazo a la estructura fundamental del enunciado de igualdad anclado en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental de Alemania. Por lo que primero se considerará la relación entre igualdad y desigualdad antes de que se recomiende una reconstrucción del principio general de igualdad en un modelo de norma doble. Finalmente, se integrarán los importantes enunciados de igualdad del art. 3, párr. 2 y 3 de la Ley Fundamental en esta estructura fundamental.

1.1. La igualdad y la desigualdad

Según Radbruch (1932), "La igualdad es (…) siempre sólo una abstracción de desigualdades existentes bajo un determinado punto de vista" (p. 32).

El legislador debe considerar a continuación la desigualdad existente cuando quiera establecer reglas generales[6]. La alternativa a este trato abstracto creador de igualdad, en el que inevitablemente yace el peligro de una desproporcionalidad para casos particulares, sería el gobierno únicamente de decisiones para casos particulares –situación en donde, sin embargo, se encontraría, volviendo a Radbruch (1932), "no derecho, sino arbitrariedad" (p. 183)–. El no considerar tal derecho basado en el caso concreto corresponde el *proprium* del trato igualitario ante la ley. La igualdad ante la ley está establecida en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental, comprendiendo la igualdad en la aplicación del derecho.

El enunciado general de igualdad, tal como el tribunal constitucional lo expresa en la fórmula de la simetría, presupone que siempre sean consideraras tanto las similitudes, así como las diferencias relevantes de los grupos afectados por las normas en la aplicación del derecho[7]. Un rasgo de igualdad es relevante, en el sentido de la aplicación del derecho, cuando es (o debe ser) significativo para el cumplimiento del supuesto jurídico de la ley o cuando la consecuencia jurídica de la ley es proporcional. Un trato desigual, en relación con un grupo comparativo relevante, no puede ser justificado cuando las razones para un trato igualitario prevalezcan. Del mismo modo, un trato igualitario puede no ser justificado, cuando las razones para un trato desigual

[4] De igual forma puede revisarse en BVerfGE 161, 163 (p. 252, número marginal 239), jurisprudencia vigente; más pruebas sobre la jurisprudencia.

[5] Sobre esta fórmula clásica, Alexy (1985, p. 360, en la nota 14), con referencias a Platón y Aristóteles; hace mención al "pensamiento central de justicia" del derecho a la igualdad mantenido en BVerfGE 3, 58 (p. 135) –respecto a los trasfondos de la idea detrás de esta fórmula en la jurisprudencia. De igual forma lo indica Bühner (2023, p. 36)

[6] Así lo concibe Bumke y Voßkuhle (2020, número marginal 452), al indicar que: "Tratar de manera igual a todas aquellas personas, las cuáles no se distingan conforme al parámetro"; en concordancia con BVerfGE 71, 255 (p. 27): "La comparación de situaciones de vida (…), las cuáles no concuerdan nunca en todo, pero solamente en algunos elementos".

[7] Del mismo modo, Pöschl (2008) señala: "Debido a que cada trato igualitario y desigual debe satisfacer las exigencias del mandato de igualdad, por ello, cada norma constituye un caso de aplicación del enunciado de igualdad, y hay casos en los que se deben contrastar" (p. 426).

prevalezcan[8]. El peso gravoso de un trato igualitario se desprende de las razones de peso para un trato diferenciado, y el peso gravoso de un trato desigual, por su parte, de las razones de peso para un trato igualitario[9].

1.2. La estructura fundamental del enunciado general de la igualdad

El enunciado de igualdad es, por consiguiente, determinado a través del mandato del reajuste de dos metas normativas contrarias: El trato igualitario de iguales, por un lado, y el trato diferenciado de desiguales, por el otro. El enunciado general de la igualdad contiene así no sólo una, sino dos normas[10]: Por un lado, el mandato del trato jurídico igualitario de circunstancias similares ("prohibición de diferenciación") conforme a su igualdad, y, por el otro, el mandato trato jurídico diferenciado de circunstancias distintas conforme a su diferencia ("mandato de diferenciación")[11]. Debido a que entonces estas dos normas deben contraponerse en la aplicación de un caso o un grupo comparativo, cuando existen razones relevantes a favor o en contra de la diferenciación con miras en el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de la ley, y siempre pueden darse fundamentalmente razones relevantes en favor o en contra de una diferenciación –de manera segura, cuando se agregan más grupos comparativos– despliegan ambas normas primero mandatos tentativos de aplicación en el caso concreto, los cuales además son de manera necesaria estructuralmente contrarios al referirse a grupos comparativos[12].

La particularidad central del enunciado general de igualdad frente a otros grupos de casos de derechos fundamentales –en los cuales los derechos de libertad u otros bienes jurídicos de rango constitucional deben ponderarse– se encuentra en que el examen de los derechos de igualdad resulta de un necesario reajuste del mandato de igualdad y el mandato de trato diferenciado. Una práctica concordancia[13] de mandatos concurrentes constitucionales se busca siempre dentro de la disposición misma que contiene el enunciado de igualdad[14]. De

---

[8] Revísese, BVerfGE 161, 163 (p. 253), donde se precisa que:

> En las disposiciones formales de trato igualitario, es aplicable el enunciado general de igualdad en su modalidad como mandato diferenciador, cuando a través de éste se ordena normativamente una diferenciación gravosa. Al contrario, el art. 3, párr. 1 de le Ley Fundamental es implementado en su modalidad de mandato diferenciador, cuando la diferenciación gravosa descansa en diferencias fácticas de las situaciones de vida a regular. (número marginal 241).

[9] Criterio que puede leerse en BVerfGE 9, 201, indicándose:

> Como ya lo ha mencionado el tribunal constitucional federal alemán en variadas ocasiones, el enunciado general de igualdad, contenido en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental, es afectado, cuando el legislador falla en observar igualdades o desigualdades fácticas de las situaciones de vida a regular, las cuales son importantes, ya que éstas deben ser observados desde una perspectiva orientada a la idea de justicia. (p. 206)

Con las mismas palabras, pero más desarrollado, lo encontramos en BVerfGE 23, 12 (p. 25). Por consiguiente, las igualdades y desigualdades siempre pueden tener un importante significado.

[10] Impreciso en este aspecto, BVerfGE 161, 163 (p. 252, número marginal 239), cuando se trata solamente de "mandato" (singular) en el sentido de la jurisprudencia: "el tratar igual lo esencialmente similar y diferente lo esencialmente distinto". Un mandato puede exigir tanto un trato igualitario como un trato diferenciador; cuál de las dos variantes es exigida concretamente, es determinada a través de la ponderación, a la luz de la observación de los principios tanto del trato igualitario como del trato diferenciador.

[11] Relativo a las dos caracterizaciones puede verse BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 241).

[12] Estos mandatos tentativos y contrarios del enunciado de igualdad pueden ser entendidos como mandatos de optimización en el sentido de la teoría de los principios de los derechos fundamentales. Relativo a los derechos fundamentales como principios y los principios como mandatos de optimización, véase fundamentalmente, Alexy (1985, p. 71). En tanto los principios, conforme a su esencia, se encuentran vinculados al principio de proporcionalidad, según Alexy (2011, p. 3), se debe llevar a cabo en toda aplicación del enunciado de igualdad una ponderación de estos dos principios conforme a los parámetros del test de proporcionalidad (en sentido amplio). Una excepción de esto, algo en el marco de un control de arbitrariedad reducido, no sería justificada esta estructura fundamental de los derechos de igualdad; por lo tanto, ésta es solamente aceptable como una reducción.

[13] Por ejemplo, Hesse (1995, número marginal 318) señala: "La tarea de la práctica concordancia exige la 'proporcional' asignación de derechos y bienes jurídicos limitadores de derechos; se trata de llevar "a ambos a una efectividad optima".

[14] Puede verse BVerfGE 161, 163 (p. 253), donde se precisa:

manera estructural, cada examen de igualdad exige por ello el reajuste de dos mandatos contrarios en sí[15]. Respecto a la estructura fundamental del examen de los derechos de igualdad se puede decir entonces: Las razones para un trato igualitario y un trato diferenciado deben ponderarse entre sí; independientemente de si un trato igualitario o un trato diferenciador se encuentra en discusión[16].

Cuando dos razones deben ser ponderadas, entonces sus pesos (relativos) debe ser determinados[17]. El colocar los pesos en la balanza de la igualdad presupone así el responder dos preguntas previas[18]:

(1) Ponderación: ¿Cuáles factores son relevantes para la ponderación de la igualdad?
(2) Peso: ¿Cuál peso les deviene a los factores materiales relevantes in el contexto dado?

Estas dos preguntas, acerca de la ponderación y del peso, no delinean ninguna especificidad de la dogmática de los derechos de igualdad; en cambio, plantean preguntas generales como aquéllas que se presentan en otros derechos fundamentales[19]. Respuestas a estas preguntas deben ser ofrecidas en primera instancia por el legislador. No obstante, el Tribunal constitucional tiene que analizar, cuando le es pedido, estas respuestas conforme al parámetro constitucional. El mandato de la aplicación igualitaria de la ley cuenta como parte de este parámetro.

1.3. Particularidades del enunciado de la igualdad del art. 3 de le Ley Fundamental como una regla de la ponderación

El examen constitucional en la aplicación del derecho no está limitado al enunciado general de la igualdad. En cambio, puede y debe orientarse en los parámetros específicos contenidos en la Constitución. Por tal motivo hay que dar una mirada a los enunciados particulares del art. 3, párr. 2 y 3 de la Ley Fundamental, en los cuales se encuentran prominentes parámetros. A estos les corresponde un significado importante tanto para la ponderación como pare el peso, estos contienen lineamentos constitucionales que deben ser observados para la ponderación interna de los derechos de igualdad.

El art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental regula la igualdad entre mujeres y hombres[20]. Por ello, debe quedar claro dentro del examen de igualdad que un trato legal desigual entre las mujeres y hombres

---

Como mandado diferenciador, el enunciado general de igualdad no es por ello lesionado, cuando el legislador no lleva cabo diferenciaciones, las cuales tiene permitido realizar. No obstante, éste lesiona el derecho fundamental de igualdad, cuando falla en observar desigualdades fácticas de situaciones de vida a regular, las cuales son tan importantes, que debe considerarlas. (número marginal 241)

[15] Por lo que en nada cambia, cuando no hay razones relevantes para un trato igualitario o diferenciado de dos grupos con miras en el fin de la regulación. Sin embargo, en este aspecto no habría razones en contra a colocar en la ponderación –lo cual facilita la ponderación, o, mejor dicho, hace superflua en los hechos la ponderación en su totalidad para el análisis del mandato de igualdad concreto–.

[16] Así se indica en BVerfGE 161, 163 (p. 265, número marginal 280): "En el punto de partido de estos mismos criterios".

[17] Con la fórmula del peso de Alexy (2003, p.783), pueden precisarse los factores a colocar en la ponderación: Se trata del peso abstracto y el peso concreto, así de la cuestión de la certidumbre empírica y normativa. El peso abstracto del mandato del trato igualitario y diferenciado se debe observar fundamentalmente de manera idéntica. Sin embargo, es reconocido de vez en cuando una prioridad del principio del trato igualitario; por ejemplo, Alexy (1985, p. 372), cuando éste permita de manera suficiente la permisión de un trato igualitario, no obstante, exija un mandato para el trato desigual. Esta prioridad se refleja en un peso abstracto más alto. El peso concreto se mide a partir de los factores relevantes para el trato igualitario o desigual, así como su ponderación ("intensidad"). La certidumbre se refiere a la cuestión de con cuánta certeza son precisas las consideraciones normativa y empíricas de la intensidad.

[18] Véase, BVerfGE 103, 242 (p. 258): "Forma y medida".

[19] Relativo a la estructura de la aplicación del derecho en la forma de la ponderación, a diferencia de la subsunción, así como más respecto al concepto de ponderación. (Bäcker, 2019, p. 321).

[20] A diferencia del art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental (género), el tribunal constitucional adjudica (BVerfGE 85, 191 [p. 206]); véase también, BVerfGE 108, 64 (p.90) a esta norma una dirección hacia futuro (la cual desde 1994 se muestra claramente en el art. 3, párr.

no puede ser sencillamente justificado, ya que las mujeres y los hombres en ciertos aspectos son en los hechos desiguales. Aquí se encuentra una restricción de la ponderación permitida de derechos igualdad: Art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental se refiere a una elección negativa de las razones relevantes para la justificación de tratos desiguales[21]. La desigualdad fáctica entre mujeres y hombre es, por ello, descartada jurídicamente como una razón justificada, que le asigne o prive derechos a uno u otros grupos. De manera breve: La justificación de un trato desigual entre mujeres y hombres está constitucionalmente prohibido debido a su desigualdad fáctica.

Sin embargo, el Tribunal constitucional no identifica en esta prohibición un efecto estricto. En cambio, el tribunal recurrentemente ha fijado como "permitido o llanamente necesario" el aceptar diferencias jurídicas vinculadas a "una diferencia biológica" entre mujeres y hombres –por ejemplo, la protección a la madre––.[22] La restricción a la ponderación, formulada de manera absoluta en el texto de la Ley Fundamental, se debilita en una restricción fundamental o tentativa[23]. Aquí se refleja la necesidad ponderar los parámetros de los derechos de igualdad.

El art. 3, párr. 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental contiene una excepción constitucional directa a la prohibición tentativa de justificar un trato desigual debido a las características de ser mujer u hombre. Cuando un trato legal desigual funge como una eliminación de una desventaja existente, puede y debe ser justificado el trato desigual entre mujer y hombre con esta diferencia fáctica. No obstante, el requisito es que la diferenciación y el trato desigual ordenado se encuentren en una relación contextual (contraria), el trato diferenciado exigido debe servir para la eliminación o disminución del trato desigual existente. Así, es reconocida la "implementación fáctica de la igualdad" como factor relevante para el trato diferenciado, el cual se contrapone al mandato de trato igualitario constitucional. La restricción a la ponderación, –formulada como regla, pero del mismo modo tentativa– del art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental cede ante el caso especial del enunciado 2: Un trato diferenciado existente da constitucionalmente a un futuro trato diferenciado de jurídicamente iguales –motivado en la eliminación de aquel trato diferenciado– un mayor peso frente al mandato general de trato igualitario de jurídicamente iguales[24].

2, enunciado 2 de la Ley Fundamental): "El enunciado 'los hombres y las mujeres son iguales' no solamente busca erradicar normas jurídicas vinculadas a ventajas y desventajas de los rasgos de género, sino se aplicada hacia el futuro de la igualdad de los géneros".

[21] De manera distinta, por ejemplo, Jarras y Pieroth (2024, Art. 3 número marginal 4) señalan: "Sin embargo, sobre todo la categorización de los derechos especiales de igualdad, particularmente el trato igualitario de mujeres y hombres, no ha sido justificado su significado independiente como una mera justificante de restricción del enunciado general de la igualdad".

[22] Véase ahora, BVerfGE 3, 225 (p. 242): "No requiere mayor indicio, que en el ámbito del derecho de familia están permitidas o son necesarias regulaciones específicas con miras en las diferencias biológicas objetivas (por ejemplo, todas las disposiciones para la protección de la mujer como madre)". Esto es también válido en el derecho laboral con base en las "particularidades biológicas de la mujer" (BVerfGE 92, 91 [p. 98]; BVerfGE 84, 9 [p. 17]; BVerfGE 74, 163 [p. 179]; BVerfGE 71, 224 [p. 229])

[23] Desde una perspectiva de la teoría de los principios esto puede formularse de la siguiente manera: A partir las restricciones formales a las ponderaciones del art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental se desprende, en la interpretación del tribunal constitucional, una extensión del peso; a partir de la meta-regla de la ponderación de derechos de igualdad se desprende una adición para el trato igualitario del correspondiente principio de igualdad. Lo anterior, formulado de otra manera: Son necesarias razones de peso importante para justificar excepcionalmente un trato diferenciado vinculado a una diferencia biológica entre mujeres y hombres como tal.

[24] Con el modelo de norma doble puede decirse, sin embargo, que esta posibilidad de justificación permanece de todos modos, por lo que el art. 3, párr. 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental (1949) puede verse como meramente declaratorio. Un contenido normativo independiente del art. 3, párr. 2, enunciado 2 le corresponde solamente en la medida que se pueda observar una orden de trato igualitario para el Estado, dirigido a que adopte un trato diferenciado para ajustar una diferencia existente –para el Estado existe una carga argumentativa, cuando éste no ataque regulativamente diferencias existentes–.

El art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental contiene una serie de restricciones a ponderaciones generalmente formuladas como reglas. Estas excluyen ciertos rasgos que pueden ser empleados como justificación para el trato diferenciado[25]. También estas prohibiciones constitucionales directas se pueden reconstruir como meras tentativas: Su restricción, al igual que en el caso de las libertades sin reservas de ley, es considerada como justificada para la protección de derecho constitucional en colisión[26]. Las restricciones a la ponderación del art. 3, párr. 2 de la Ley Fundamental deben ser consideradas de tal modo, en tanto no excluyan constitucionalmente la relevancia del rasgo para el trato diferenciado, como una extensión del peso a favor del trato igualitario dentro de la ponderación de los derechos de igualdad.

Conclusiones

El enunciado general de igualdad se caracteriza por una estructura doble de parámetros contradictorios, por un lado, el mandato de trato igualitario y, por el otro, el mandato de trato diferenciado. Siempre se exigirá lo contrario:[27] El trato igual de grupos comparativos, en la medida que sean relevantemente similares, y el trato diferenciado de estos grupos, en tanto sean relevantemente diferentes.[28] Este dualismo de la igualdad es una peculiaridad en la dogmática de los derechos fundamentales. Los derechos de libertad no poseen ninguna dualidad de metas normativas contradictorias que se le parezca, ya que estos pueden ser ponderados sin más en las colisiones con otros bienes y derechos. Esta peculiaridad poco abordada,[29] que acertadamente puede ser descrita como una "cabeza de Jano" del enunciado de igualdad,[30] podría ser una consecuencia fundamental de las dificultades dogmáticas al manejo de los derechos de igualdad.[31]

El modelo aquí presentado de los derechos de igualdad toma en cuenta esta estructura doble. El trato igualitario y el mandato del trato diferenciado pueden ser entendidos como la normalización de metas

[25] Una diferencia fundamental entre los enunciados particulares de igualdad del art. 3 de la Ley Fundamental podría existir, ante el trasfondo del modelo normativo doble, en que al art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental le corresponda solamente relevancia para las razones en contra del mandato de trato igualitario ("Nadie puede ser discriminado o favorecido"), en cambio, el art. 3, párr. 2 de la Ley Fundamental también es aplicable para el mandato de trato desigual ("Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley; por lo tanto, estos pueden tratados diferentemente, en la medida que no sean iguales en los hechos").

[26] De la misma forma, Bumke & Voßkuhle (2020, número marginal 504).

[27] El estatus normativo-lógico de ambos mandatos contradictorios puede aclararse de manera formal: Ambos mandatos (Op) pueden transformarse en permisos (Pp) y prohibiciones (Fp). El mandato de un trato igualitario (Op) es correspondiente a la prohibición de tratar desigual (F¬p) así como el no permitir el no tratar de manera igual (¬P¬p). El mandato de un trato diferenciado (O¬p) es así entendido de manera diferente, como lo muestra la observación de las formulaciones equivalentes: La prohibición de tratar igual (Fp) y la no-permisión de tratar igual (¬Pp). La permisión de un trato diferenciado (P¬p) es respectiva normativo-lógicamente a ¬F¬p y ¬Op. Primero, (¬Op) se comporta contradictoriamente al mandato de trato igualitario (Op), mientras que el mandato de trato diferenciado es meramente contrario a este mandato (O¬p).

[28] En esta dirección en BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 241) se afirma: "Éste [conforme al legislador] lesiona, sin embargo, el derecho a la igualdad, cuando falla en observar desigualdades fácticas de situaciones de vida a regular, las cuales son tan importantes, que debe considerarlas".

[29] Como afirma Pöschl (1997, p. 426): "El trato igualitario y el trato diferenciado son al mismo tiempo garantizados y restringidos. A diferencia de la libertad y la intervención, estos tratos no se encuentran en una relación de regla y excepción, en cambio, entran como polos opuestos de misma importancia. Por lo que no surge una relación de tensión en el enunciado de igualdad, cuando el interés constitucionalmente protegido es confrontado con otro interés fuera del derecho a la igualdad; ya que el enunciado de la igualdad garantiza al mismo tiempo la garantía de dos 'intereses' contrarios, dicho de otra manera, posee una relación de tensión en su núcleo". En la dirección de un modelo dual de mandato de optimización, se encuentra Borowski (2018), quien subraya la posibilidad de una "colisión interna" (p. 483); en contrario, Bühner (2023, p. 231) rechaza el modelo normativo doble, aquí denominado como "modelo simétrico".

[30] Tal como lo indicara en su momento Pöschl (1997, p. 426).

[31] Relativo a una recopilación de las diferentes construcciones dogmática, puede verse los escritos de Kempry y Reimer (2017), particularmente, también el ilustrativo resumen de la discusión a través de los editores (p. 169).

contradictorias, que pueden y deben ser ponderadas, porque estos siempre pueden ser satisfechos, es decir, como mandatos principialistas estructuralmente en colisión. La colisión del mandato del trato igualitario y el mandato del trato diferenciado[32] es resuelta a través de una ponderación entre las razones para el trato igualitario y aquellas para el trato diferenciado.[33] Cuando las razones para el trato igualitario superan a aquellas del trato diferenciado, entonces, se da prioridad al trato igualitario. En cambio, cuando las razones para el trato diferenciado superen a las del trato igualitario, se da entonces prioridad al trato diferenciado.

Referencias

Alexy, R. (1985). *Theorie der Grundrechte* [Teoría de los derechos fundamentales]. Nomos.

Alexy, R. (2003). Gewichtsformel [Formas de peso]. En J. Joachim et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* [Obra conmemorativa de Jürgen Sonnenschein]. De Gruyter Brill.

Alexy, R. (2011). Grundrechte und Verhältnismäßigkeit [Derechos fundamentales y proporcionalidad]. En S., Utz; E., Christian, E., & S., Sönke (eds.), *Festschrift für Edzard Schmidt-Jorzig* [Libro conmemorativo dedicado a Edzard Schmidt-Jorzig]. C.F. Müller.

Bäcker, C. (2019). Juristisches Begründungen. Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Mehtodenlehre [Fundamentos jurídicos. La subsunción y la ponderación como formas básicas de la metodología jurídica], *Juristische Schulung,* 59(4), 321-327.

Bühner, T. (2023). *Das allgemeine Ungleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG*. [El mandato general del trato desigualdad consagrado en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental]. Verlag Dr. Kovac.

Bumke, C., & Voßkuhle, A. (2020). *Casebook Verfassungsrecht* [Libro de Casos de Derecho Constitucional](8va. ed.). Morh Siebeck.

Hesse, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* [Fundamentos del Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania](20ª. ed.). C.F. Müller.

Jarass, H., & Pieroth, B. (2024). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: GG](18va. ed.). C.H. Beck.

Kempy, S., & Reimer, P. (eds.) (2017). *Gleichheitssatzdogmatik heute* [Dogmática del principio de igualdad en la actualidad]. Mohr Siebeck.

Pöschl, M. (1997). Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit [Sobre igualdad y proporcionalidad]. *JBL*, 119(7), 413- 434.

Pöschl, M. (2008). *Gleichheit vor dem Gesetz* [Igualdad ante la ley]. Springer.

Radbruch, G. (1932). Rechtsphilosophie [Filosofía del derecho](3ra. ed.). Quelle und Meyer.

Spitzlei, T. (2015). Die Gesetzgebungstechnik der Pauschalierung und ihre verfassungsrechtliche Bewertung [La técnica legislativa de la fijación de tarifas fijas y su valoración constitucional]. Nomos.

Voesch, G. (2023). Gleichheit und Verhältnismäßigkeit [Igualdad y proporcionalidad]. Nomos.

[32] Relativo a la discusión sobre la existencia y uso del mandato diferenciador o de trato diferenciado, véase, Bühner (1997, p. 123), que agrupa en tres tesis las objeciones dogmáticas contra un mandato general de trato diferenciado: la "tesis de la singularidad", la "tesis de la superfluidad" y la "tesis de la redundancia", a los que contrapone su "tesis de la suplementariedad" (p. 220). Puede verse, además, Spitzlei (2015, pp. 274-391; 324-346); desde la perspectiva de la teoría principialista, véase, Voesch (2023, pp. 298-302).

[33] En ese mismo sentido, BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 239), para el mandato de trato igualitario: "Las diferencias requieren siempre de una justificación a través de razones materiales que sean proporcionales a la meta y medida del trato diferenciado".

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.151

Los derechos de igualdad como mandatos de optimización jurídicos y fácticos: problemas de discernimiento y acumulación debido a los principios formales

Equality rights as legal and factual optimization requirements: problems of knowledge and accumulation due to formal principles

Wei Feng[1]

Autor:
[1]Doctor por la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de China, Beijing. Profesor adjunto en la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de China, Beijing.
cu212015@cupl.edu.cn
https://orcid.org/0000-0001-8030-0967

Recibido: 06/04/2025
Aprobado: 02/07/2025
Publicación online: 14/07/2025

Traducción:
Arnulfo Daniel Mateos Durán
arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it

Cómo citar/ how to cite:
Feng, W. (2025). Los derechos de igualdad como mandatos de optimización jurídicos y fácticos: problemas de discernimiento y acumulación debido a los principios formales. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 35-52. https://doi.org/10.61542/rjch.151

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Wei Feng
© 2025 Arnulfo Daniel Mateos Durán

RESUMEN

La cuestión teorético-estructural de la dogmática constitucional se refiere a la relación entre los derechos de igualdad y los derechos subjetivos tanto de las disposiciones constitucionales de derecho de igualdad así como de la dimensión de la igualdad de otros derechos. Existe un paralelo de la igualdad referida a los actos (como derechos *prima facie* de igualdad abstractos y negativos) y las libertades jurídicas negativas, mientras que la igualdad "fáctica" relativa a las consecuencias (derechos *prima facie* de igualdad abstractos y positivos) refleja la dimensión de la igualdad de los derechos prestación. Existen tres modelos posibles del examen: la prohibición de arbitrariedad (como modelo de reglas), el test de proporcionalidad con o sin del esquema Ámbito de protección-Intervención-Restricción (ambos como *modelos de principios*). Una fórmula del peso concretizada de los derechos igualdad debe ser observada en la ponderación de la acumulación de la igualdad jurídicas y "fáctica" con otros derechos fundamentales.

Palabras clave: Igualdad jurídica relativa a los actos; Igualdad fáctica relativa a los resultados; Derechos fundamentales; Seguridad de discernimiento empírico y normativo; Principios formales.

ABSTRACT

The theoretical-structural question of constitutional dogma refers to the relationship between equality rights and subjective rights, both in terms of constitutional provisions on equality rights and the dimension of equality of other rights. There is a parallel between equality in relation to acts (as prima facie abstract and negative equality rights) and negative legal freedoms, while "factual" equality in relation to consequences (prima facie abstract and positive equality rights) reflects the dimension of equality of rights of provision. There are three possible models for examination: the prohibition of arbitrariness (as a model of rules), the proportionality test with or without the scope of protection-intervention-restriction scheme (both as models of principles). A formula for the concrete weighting of equality rights must be observed in the balancing of the accumulation of legal and "factual" equality with other fundamental rights.

Keywords: Legal equality in relation to actions; Factual equality in relation to results; Fundamental rights; Security of empirical and normative knowledge; Formal principles.

Introducción

Una investigación acerca de la igualdad está generalmente vinculada con aquella relativa a la justicia. Respecto a la dimensión de la igualdad, dentro de la discusión sobre la igualdad, se pueden mencionar aquí tres puntos: Primero, la igualdad constituye el núcleo de la idea de la justicia (en parte o proporcionalmente) de Gustav Radbruch (1932, pp. 245, 258)[1] e incluso es sobresaliente en la famosa fórmula de Radbruch (1946, p.107)[2]. Segundo, el principio de igualdad posee prioridad en la conocida *orden léxico* según la teoría proceduralista de John Rawls (1971). Por último, Amartya Sen (2019, pp. 1-45), distingue entre la igualdad utilitaria, la igualdad de Rawls y la igualdad del bien común, a las cuales se les incorpora la igualdad de capacidades básicas.

No obstante, en este trabajo no me enfoco en esta cuestión jurídico-filosóficas, sino en la pregunta de la igualdad como derecho subjetivo y, dado el caso, como principio (objetivo) (Alexy, 1985a, pp. 357-93; Borowski, 2018, pp. 471-532; Voesch, 2023). En este sentido, la idea de justicia juega de manera inversa un papel importante en la discusión dogmática acerca de los derechos de igualdad. Las concepciones de justicias[3] o la "naturaleza de la cosa"[4] funcionan como criterios centrales, pero poco claros; por ejemplo, en el examen conforme a la "antigua" prohibición de arbitrariedad en Alemania.

Sin embargo, conforme a la "nueva fórmula", vinculada con el test de proporcionalidad[5], la relación entre igualdad y justicia es más compleja, a lo cual se dedica este trabajo, en otras palabras, al análisis diferenciador de tanto la igualdad jurídica como la fáctica a través de la teoría de los principios desarrollada por Robert Alexy. Asimismo, se encontrarán también reflexiones filosóficas sobre la igualdad en el sentido de la teoría del discurso de Habermas y Alexy (1978, pp. 155-161, 165-174, 238-242, 418; 1995, pp. 127-164)[6]. Ante este trasfondo, se compararán las prácticas entre Alemania y China.

1. La igualdad como derecho subjetivo, principio objetivo y la dimensión de los otros derechos

La cuestión teórico-estructural de la dogmática constitucional se refiere primero a la relación entre igualdad y los derechos subjetivos, la cual en las primeras discusiones también se refería a los principios "objetivos". Aquí deben ser aclarados dos puntos, a saber, la disposición constitucional de la igualdad, así como la dimensión de la igualdad de los otros derechos fundamentales.

1.1. La igualdad en las disposiciones de la Constitución

En la mayoría de las Constituciones se encuentran no solamente disposiciones del derecho general a la igualdad y derechos de igualdad especiales, sino también diferentes principios de igualdad.

---

[1] Según Radbruch (1932, pp. 363-364), el concepto de igualdad individual de la persona juega también un importante papel dentro de la idea de adecuación respecto a los fines.

[2] Sobre todo, a través de la "formulación de la negación" como segunda parte de la fórmula (Radbruch, 1946, p.107).

[3] Pueden revisarse: BVerfGE 1, 208 (p. 248); BVerfGE 2, 1 (p.18); BVerfGE 3, 58 (pp. 118, 135, 146, 157); BVerfGE 4, 7 (p.17); BVerfGE 6, 55 (pp. 59, 70, 78, 83); BVerfGE 8, 51 (pp. 56-57, 67-68.); BVerfGE 9, 124 (pp. 130, 136); BVerfGE 9, 338 (p. 349); BVerfGE 10, 234 (pp. 246-247); BVerfGE 25, 167 (p.179); BVerfGE 33, 303 (pp. 345, 349); BVerfGE 42, 64 (pp.65, 72-73, 78-80, 83-84); BVerfGE 51, 1 (pp.13, 27).

[4] Léanse: BVerfGE 1, 14 (pp.15, 35, 50-51); BVerfGE 1, 208 (pp. 247-248); BVerfGE 3, 58 (p.134); BVerfGE 6, 55 (pp. 58, 60, 79); BVerfGE 6, 84 (pp. 91-92); BVerfGE 10, 234 (pp. 246, 247-248, 250); BVerfGE 39, 334 (pp. 368-369, 390); BVerfGE 51, 1 (p. 22).

[5] Borowski (2018, p.493), por ejemplo, considera a la "nueva fórmula" como "un gran desarrollo" e incluso un "giro coperniquiano". Pueden leerse: BVerfGE 55, 72 (p.89); BVerfGE 88, 87 (p.96); BVerfGE 129, 49 (p. 69).

[6] Relativo a una notable reflexión político-filosófica en la diferenciación de igualdad jurídica y fáctica con base en la investigación de Alexy, debe leerse a Habermas (1998, pp. 481-486, 499-501).

a. El principio general de igualdad

Está contenido en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental de 1949, señalando: "Todas las personas son iguales ante la ley". En comparación, el capítulo II (arts. 33 – 56) de la Constitución de la República de China (CRPC) reconoce desde 1982 el catálogo de "Derechos Fundamentales y deberes de los ciudadanos". En el primer puesto de este catálogo de derechos fundamentales se encuentra el art. 33, párr. 2, que dispone: "Todos los ciudadanos de la República Popular China son iguales ante la ley" Sin embargo, en la reforma constitucional del 14 de marzo de 2004 se agregó al art. 33 la cláusula de derechos fundamentales: El Estado respeta y preserva los derechos humanos". Por lo que el art. 33, párr. 2 debe interpretarse de manera sistemática en el sentido de que todas las *personas* son iguales ante la ley. en este sentido, el art. 33, párr. 2 constituye el principio general de igualdad de China.

b. Derechos de igualdad especiales

Junto al principio general de igualdad, la Ley Fundamental de Alemania prescribe también una serie de diferentes derechos de igualdad especiales, por ejemplo, la igualdad de género (art. 3, párr. 2 Ley Fundamental),[7] los criterios de diferenciación prohibidos y la prohibición de discriminación (art. 3, párr. 3 Ley Fundamental),[8] la igualdad de los hijos extramatrimoniales (art. 6, párr. 6 Ley Fundamental), la igual de protección de los derechos fundamentales en Europa (art. 23 Ley Fundamental), la igualdad del voto (art. 28 y 38 Ley Fundamental), la igualdad de los ciudadanos alemanes en casa Estado federal (art. 33, párr. 1 Ley Fundamental) así como el igualdad de los alemanes para el acceso al servicio público (art. 33, párr. 2 Ley Fundamental). El examen de los derechos de igualdad especiales tiene prioridad frente a los derechos generales a la igualdad.

De manera comparativa, se pueden mencionar tres derechos de igualdad especiales en la Constitución de China desde 1982, en otras palabras, la igualdad del derecho al voto, la igualdad del credo y la consciencia, así como la igualdad de género. La igualdad del derecho al voto se encuentra como el segundo artículo del catálogo de derechos fundamentales (art. 34, enunciado 1 CRPC). No obstante, es discutido el si se considera como un derecho de igualdad especial. La disposición del art. 34, enunciado 1 CRPC contiene de manera textual criterios de diferenciación que deben ser prohibidos como puntos de relación para un trato desigual, a saber: independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, ocupación, procedencia familiar, creencia religiosa, grado de instrucción, situación económica y tiempo de residencia". Junto a ésta se encuentra la cláusula de reserva (art. 34, enunciado 2 CRPC): "…se exceptúan aquellas personas que por ley hayan sido privadas de sus derechos políticos". Sin embargo, el contenido normativo de los "derechos políticos" es discutido (Wang, 2017). Además, la libertad de creencia y consciencia se encuentra conectada con una "prohibición de discriminación" (art. 36, párr. 2 CRPC). Finalmente, la igualdad de género (art. 48 CRPC) contiene también de manera textual criterios de diferenciación, primordialmente desde una perspectiva fáctica.

c. Los principios "objetivos" de igualdad

En la Ley Fundamental alemana solamente se denomina principio de igualdad "objetivo" únicamente la igualdad de los Estados miembros en Europa (Preámbulo de la Ley Fundamental).

[7] Puede leerse: BVerfGE 6, 55; BVerfGE 48, 327; BVerfGE 52, 369; BVerfGE 84, 9; BVerfGE 87, 1.
[8] Véase: BVerfGE 85, 191 (pp. 207-208); BVerfGE 39, 334 (p.368).

No obstante, en la Constitución de China se encuentra dos principios de igualdad desde 1982. Junto al preámbulo, el capítulo I (arts. 1 - 32 CRPC) de la Constitución de China dispone los "principios generales" desde 1982. El primero es el principio de igualdad de todos los grupos étnicos con la "prohibición de discriminación" relativa a las minorías nacionales, el cual dispone: "Queda prohibida toda discriminación u opresión contra cualquier minoría nacional, así como todo acto que quebrante la unidad entre las minorías nacionales o instigue la secesión" (art. 4, párr. 1 CRPC; pero también el preámbulo, párrafo 22 y el art. 89, núm. 11 CRPC). Por otra parte, la igualdad de todos los grupos étnicos se encuentra vinculada con la mencionada "prohibición de discriminación" relativa a la libertad de creencia y de conciencia. Además, todas las personas de los grupos étnicos disfrutan de derechos procesales en los procesos, como el que los tribunales utilicen palabras y escritos en su lenguaje durante el proceso y, dado el caso, la traducción a su idioma (art. 139 CRPC). Finalmente, existe un segundo principio de igualdad estatal en la política exterior (preámbulo, párrafo 12)[9].

1.2. La dimensión de la igualdad de los otros derechos fundamentales

Adicionalmente, otros derechos fundamentales pueden presentar una dimensión de la igualdad. Esto configurado a través de la interpretación o concretización de los correspondientes derechos fundamentales, ya sean derechos de libertad o derechos de prestación. Aquí serán aclarados estos derechos con base tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, así como los variados casos –particularmente, aquellos examinados desde 2017, a través proceso de presentación y examen– en la Constitución de China (Feng, 2021, pp. 49, 54-55).

La dimensión de la igualdad de los derechos de libertad se refleja, por ejemplo, en la libertad de opinión y los derechos de comunicación[10], el derecho a la vida y la salud[11], a la reproducción[12], al trabajo[13] (sobre todo, de las mujeres[14], portadores de Hepatitis B o VIH[15], así como de los criminales y sus familiares[16]), a la orientación

[9] Relativo a una discusión comparable en Europa, léase a Habermas (2014, pp. 167-192).

[10] Al respecto: BVerfGE 33, 1; BVerfGE 124, 300.

[11] Puede revisarse: BVerfGE 89, 69; BVerfGE 90, 145; BVerfGE 160, 79. Véase también el caso del diferenciado pago compensatorio por discapacidad o muerte entre los habitantes de la ciudad y el campo de 2019. Conforme al informe anual del proceso de admisión y examen en China 2019, las correspondientes normas son "abiertamente desiguales o injustas" y, por ello, lesionan el principio general de igualdad (Liang, 2019, pp. 14-15; Zheng & Zhu, 2023, p. 74).

[12] Para mayor referencia, léase: BVerfGE 39, 1; BVerfGE 109, 64; BVerfGE 117, 316. Véase también el caso de los derechos de reproducción de las mujeres con pena de muerte de 2002 (Han, 2005, pp. 76-89). El caso del trabajo de los padres que tienen más niños que el plan de reproducción estatal (Zheng & Zhao, 2019, pp. 80, 85; Hu, 2020, pp. 92-112; Zheng & Wang, 2021, p.172; Liang, 2021, p.176). El caso de la prohibición de embarazo del empleador (Hu, 2020, pp. 175-191).

[13] Pronunciamientos vinculados: BVerfGE 3, 58; BVerfGE 9, 338; BVerfGE 33, 303; BVerfGE 39, 334; BVerfGE 82, 126; BVerfGE 92, 365; BVerfGE 104, 337; BVerfGE 105, 252. Véase el caso de los grandes requisitos para la contratación de 2002 (Han, 2005, pp. 34-40). El caso de las mujeres con operaciones plásticas en las competencias de belleza en 2004 (Han, 2005, pp.40-47). El caso del límite de edad en la contratación de 2005 (Han, 2008, pp. 20-37). El caso de las personas de la provincia de Henan (Han, 2008, pp. 61-68). El caso de prohibición vitalicia en particulares trabajos (He & Jiang, 2022, pp. 29-65).

[14] Al respecto: BVerfGE 85, 191. Véase también los casos del derecho al trabajo de los estudiantes (Han, 2005, pp. 70-72; Hu, 2016, pp.113-125). El caso de la edad para jubilarse de las mujeres (Han, 2005, pp.37-61).

[15] El caso del derecho al trabajo de los portadores de Hepatitis B de 2003 (Han, 2005, pp.52-69). El caso del derecho al trabajo de los portadores de VIH (Hu, 2011, pp.179-200).

[16] El caso de la responsabilidad compartida en el ámbito laboral de los criminales y familiares (Zhang, 2024, p.153).

sexual[17], la propiedad[18] (sobre todo de mujeres), a la empresa[19], a los derechos digitales, etc. Asimismo, la mencionada prohibición de discriminación con miras en la libertad de creencia y de credo podría ser entendida en el sentido de la dimensión de la igualdad de la libertad de creencia y de conciencia[20]. Además, se encuentra una dimensión de la igualdad incluso en la dignidad humana (Dreier, 2013, Art. 1 Rn. 61), la cual se presenta en un "caso extremo" (Funke, 2025, pp. 13-14, 17)[21].

La dimensión de la igualdad de los derechos de prestación (particularmente, los derechos sociales) se refleja en el derecho a la nacionalidad o a la pertenencia a la ciudad ("Hukou")[22], a la educación[23] (sobre todo, de las mujeres y las minorías nacionales[24]), al cuidado médico, al idioma de la minorías étnicas[25], de los campesinos (particularmente, las mujeres), a la familia, a los que perdieron su hijo único[26], de las personas en situación de calle, de las prostitutas[27], y de otros grupos especiales[28]. Igualmente, la mencionada igualdad al derecho al voto con sus criterios diferenciadores podría ser entendido en el sentido de la dimensión de la igualdad en los derechos de participación[29]. Además, también se encuentra la dimensión de la igualdad en los derechos a organización y procedimiento[30].

2. Diferenciaciones de los derechos de igualdad

Para el desarrollo de la discusión teórico-estructural de la dogmática constitucional acerca de los derechos de igualdad son importantes los siguientes puntos, a saber, dos diferenciaciones de los derechos de igualdad: los derechos de igualdad como principios (o mandatos de optimización) y el análisis de tres posibles modelos del test de proporcionalidad en los derechos de igualdad.

[17] Véase: BVerfGE 25, 167; BVerfGE 88, 87; BVerfGE 105, 313; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 133, 377. El caso de la estigmatización de los homosexuales en el libro de texto universitario (Hu, 2017, pp.18-35). El caso de los derechos a matrimonio de los homosexuales (Hu, 2018, pp.143-66).

[18] Léase: BVerfGE 99, 341.

[19] Puede leerse: BVerfGE 105, 252.

[20] Revísese pronunciamientos como: BVerfGE 93, 1; BVerfGE 104, 337; BVerfGE 108, 282. Véase también el caso del divorcio debido al cambio de religión (Han 2005, pp. 191-197)

[21] Para profundizar léase: BVerfGE 5, 85 (p.205); 144, 20 (p.208); y, sobre la dignidad humana leer a Feng (2021).

[22] El caso de los derechos al trabajo de los provenientes del campo de 2002 (Han, 2005, pp-73-75). El caso del examen de admisión de la escuela superior en otras provincias (Hu, 2013, pp. 95-114). El caso de los estudiantes provenientes de la ciudad en Shanghai (Hu, 2019, pp.170-193). El caso del trabajo como conductor de taxi con pertenencia a la ciudad (Liang, 2021, p.176; Zheng & Zhu, 2023, p.172). De manera comparativa a BVerfGE 37, 217; BVerfGE 51, 1.

[23] Léase: BVerfGE 75, 40; BVerfGE 93, 1; BVerfGE 96, 288; BVerfGE 108, 282; BVerfGE 129, 49. Véase también el caso de negativa a la escuela superior para los fumadores de 1996 (Han, 2005, pp.148-153). El caso de las calificaciones mínimas para el examen de admisión en la provincia de Shandong de 2001 (Han, 2005, pp.170-185). El caso de los diferentes uniformes escolares en 2003 (Han, 2005, pp.47-52). Los casos de los exámenes de admisión en otras provincias de 2005 (Han, 2008, pp.68-79). El caso del examen de admisión para el doctorado de 2005 (Han, 2008, pp.89-101). El caso de los puntos extra en el examen de admisión de la secundaria para los hijos de empresarios privados de 2006 (Han, 2008, pp. 79-89).

[24] El caso del examen de admisión de la escuela superior para las minorías nacionales (Hu, 2010, pp. 37-61).

[25] El caso de la clase en las escuelas de las minorías nacionales en su propio idioma (Zheng & Wang, 2021, p.171).

[26] El caso de las familias que han perdido al hijo único (Hu, 2016, pp.126-145). El caso de la fertilización en vitro con embriones conservados criogénicamente (Feng, 2016, pp. 146-171).

[27] El caso de la inquietud y educación de las prostitutas (Hu, 2016, pp. 46-59). El caso de la abolición del reglamento de la inquietud y educación (Zheng & Zhao, 2019, pp. 66, 77-79; Zheng & Wang, 2021, p.174; Zheng & Zhu, 2023, p.74).

[28] Relativo a la discusión comparable en Alemania (Zacher, 1968, pp. 341-383). También léase: BVerfGE 82, 60; BVerfGE 102, 41.

[29] Puede leerse: BVerfGE 1, 208; BVerfGE 6, 84; BVerfGE 8, 51; BVerfGE 85, 264; BVerfGE 111, 382; BVerfGE 120, 82; BVerfGE 129, 300.

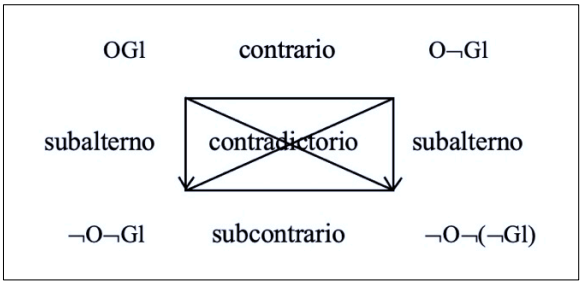
[30] De manera comparativa, la Constitución de China protege desde 1982 también los derechos procesales de los grupos étnicos (art. 139), véase la sección 1.1.3). De igual forma, léase: BVerfGE 18, 85; BVerfGE 42, 64; BVerfGE 55, 72.

2.1. Los derechos de igualdad y la prohibición de discriminación

La primera diferenciación consiste en la distinción entre derechos de igualdad y la prohibición de discriminación. Algunos intentan el limitar los derechos de igualdad a la prohibición de discriminación o de plano equipararla. Sin embargo, esto es en parte correcto. No obstante, entre la prohibición de un trato diferenciado no justificado (prohibición de discriminación) (representado como "¬O¬Gl") y el mandato de trato igualitario ("OGl") existen amplios márgenes de discrecionalidad para la permisión de tratos diferenciados justificados ("¬O¬(¬Gl)") e, incluso, el mandato plausible del trato diferenciado justificado (mandato de diferenciación) ("O¬Gl") (Alexy, 1985a, pp. 374-375; Stern, 1990, pp. 207-219; Rüfner, 1997, pp. 271-279; Bumke & Voßkuhle, 2023, p.121). La relación entre las cuatro posiciones mencionadas podría ser descrita como el "cuadrado de la igualdad".

Figura 1

Cuadrado de la igualdad



La pregunta de si el correspondiente trato diferenciado puede ser justificado depende, no obstante, de la fundamentación jurídico racional (Alexy, 1985a, p.376). Por consiguiente, debemos observar el esquema del examen y el correspondiente nivel de control.

2.2. La igualdad jurídica relativa a los actos y la igualdad "fáctica" relativa a los resultados

La segunda diferenciación entre la igualdad jurídica, relativa a los actos, y la igualdad "fáctica" relativa" a los resultados no parece ser nueva[31], pero puede ser elaborado un completo análisis teórico-estructural de los derechos de igualdad (Alexy, 1985a, pp. 377-389) y, además, una reflexión discursiva-teórica (Alexy, 1978, pp.155-161, 165-174, 238-242, 418; 1995, pp.127-164; Habermas, 1998, pp. 481-486, 499-501). Así, se podría desentrañar la recurrente "dicotomía" entre libertad e igualdad.

Por un lado, se puede fijar un paralelo de la *igualdad jurídica* y la *libertad jurídica negativa* (Alexy, 1985a, pp.379-380)[32]. Un ejemplo lo ofrece la disposición de la libertad de creencia y conciencia (art. 36, párr. 2 CRPC), que señala: "Ningún organismo del Estado, organización social o individuo puede obligar a un ciudadano a profesor o dejar de practicar cualquier religión, ni tampoco puede discriminar a los ciudadanos que profesan o que no profesan alguna creencia religiosa"[33]. La igualdad jurídica constituye el postulado fundamental de la racionalidad práctica y es sencillo y seguro de reconocer (Alexy, 1985a, p.380). La igualdad en general podría además ser considerada como un "ideal" o "regla racional" en el discurso práctico, que solamente "podrían ser

[31] No obstante, la crítica a la igualdad "fáctica" (Ipsen, 2021, pp. 226-227). Asimismo, BVerfGE 8, 51 (p. 64).
[32] Véase: BVerfGE 3, 58 (p.158); BVerfGE 5, 85 (p. 206).
[33] Por el contrario, el concepto "ciudadano" debe interpretarse en la Constitución de China como "humano" conforme a la enmienda constitucional del 14 de marzo de 2004. Véase, la sección 1.1.a.

satisfechos de manera aproximada en cierta medida optima dentro de la situación a decidir" (Alexy, 1978, pp.157, 165, 238-42, 418).

Por el otro lado, la igualdad "fáctica" refleja la dimensión de la igualdad de los derechos fundamentales de prestación (particularmente, los derechos sociales). Alexy (1985a, pp.389, 392-393) al menos intento el considerar la igualdad "fáctica" como un principio en colisión contra la libertad negativa o la libertad jurídica. Por ejemplo, el art. 48, párr. 1 CRPC, prescribe la igualdad de género con otros criterios de diferenciación: La mujer "goza de iguales derechos que el hombre *en la vida política, económica, cultural, social y familiar*". Y así el art. 48, párr. 2 CRPC: "El Estado protege los derechos e intereses de las mujeres, pone en práctica el principio de igual salario por igual trabajo entre hombres y mujeres y prepara y promueve cuadros de entre las mujeres".

Según Alexy (1985a, p.380), la igualdad jurídica es más segura y sencilla de reconocer, mientras que la igualdad fáctica es difícilmente reconocible[34].

Además, Martin Borowski (2018, pp.302-304) distingue los derechos de igualdad en el ámbito de defensa como derechos de defensa *derivativos* y los derechos de igualdad en los derechos de prestación como derechos prestación y participación derivativos. Él entiende de manera específica a los derechos fundamentales sociales también en conexión con la distinción entre igualdad jurídica y fáctica (p.419). Por el contrario, Bumke & Voßkuhle (2023, pp.120-121) diferencian entre igualdad jurídica civil y equitativa y el trato igualitario proporcional, la última no debe confundirse con el trato igualitario fáctico[35].

3. Derechos de igualdad como principios (mandatos de optimización) en el marco del examen de proporcionalidad[36]

3.1. Desde lo absoluto de la prohibición a la arbitrariedad hasta la nueva fórmula – más allá de la concepción "fuerte" y "débil" del enunciado de igualdad

En la jurisprudencia y la literatura se encuentran al menos tres concepciones distintas de los derechos de igualdad. Conforme a la concepción "fuerte", el enunciado de igualdad respalda la igualdad en cuanto a su valor (igualdad esencial)- relativa a la igualdad fáctica parcial, determinados tratos o criterios valorativos- en sentido ideal y, por ello, no permite ningún margen de discrecionalidad para el legislador (Alexy, 1985a, p.369). De acuerdo con la concepción "débil", se acepta en sentido restringido el enunciado de igualdad en cuanto a su valor (igualdad esencial) y, por esta razón, reconoce, no obstante, restricciones amplias a la libertad de configuración del legislador a través de la *arbitrariedad* (Alexy, 1985a, p.369)[37]. En consecuencia, un trato diferenciado es arbitrario cuando no se puede encontrar una razón material clara a su favor. Finalmente, según la "nueva" fórmula[38] existe, sin embargo, una escala móvil de la intensidad del control del test de proporcionalidad.

Así, lo señaló el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

[34] Respecto al problema del discernimiento, véase también la sección 4.2.
[35] Apreciaciones críticas podemos encontrar en Sachs (2017, p.299); Bumke & Voßkuhle (2023, p.121); Kingreen & Poscher (2024, pp.155-156, 160-161).
[36] Puede profundizars en Alexy (1985a, pp. 378-393); Huster (1994, pp. 541-549); Borowski (2018, pp. 471-532); Michael (2001, pp.148-155; 2007, pp.123-149). Relativo a la discusión en el ámbito anglosajón léase a Jowell (1994, pp. 1-18).
[37] De necesaria lectura: BVerfGE 1, 14 (p.52); BVerfGE 3, 58 (p.135); BVerfGE 9, 124 (p.129); BVerfGE 21, 292; BVerfGE 42, 64 (pp.72, 74, 79).
[38] Donde se hace referencia a: "Un trato diferenciado de los destinatarios de la norma solamente está permitido cuando existen entre los grupos diferencias de tal tipo y peso que justifican un trato diferenciado" (BVerfGE 55, 72 [p.89])

A partir del principio general de la igualdad se desprenden, según el tipo de objeto a regular y los distintos criterios diferenciadores, limitantes para el legislador, las cuales pueden alcanzar de una fase sin límites hasta fases fijas, de los requisitos limitados de la prohibición de la arbitrariedad hasta las fuertes exigencias del test de proporcionalidad (BVerfGE 129, 49 [p.69])[39].

3.2. La teoría de los principios de la estructura normativa

Con el fin de contrastar las tres concepciones del enunciado de igualdad antes mencionadas, primero debe observarse la estructura de las normas de derechos fundamentales- sobre todo, las normas de los derechos de igualdad-.

Según el estricto criterio de Alexy (1979, pp.78-82; 1985a, pp.87-90; 1985b, pp.15-18), los principios jurídicos se distinguen de las reglas jurídicas, a saber, en un sentido cualitativo, solamente por los diferentes caracteres *prima facie* en las situaciones colisiones con otros principios o reglas. Los principios, por definición, "son normas que exigen que algo sea realizado en cierto grado bajo la observancia las posibilidades jurídicas y fácticas", mientras que las reglas son normas "que contienen determinaciones" en el ámbito de las posibilidades fácticas y jurídicas; los primeros son mandatos de optimización, mientras que los segundos son mandatos definitivos (Alexy, 1985a, p.88). Dicho de manera más precisa, los principios son objetos o metas de optimización, o, como más adelante lo expresó Alexy (2000, pp.38-39), "mandatos de optimización". Cuando dos principios colisionan entre sí, es aplicable la famosa "ley de la ponderación", la cual señala: "Entre mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 1985a, p.146). Esto es correspondiente con la proporcionalidad en sentido estricto. La ponderación de los principios conduce entonces a uno o más mandatos definitivos, en otras palabras, reglas jurídicas: Su requisito es la circunstancia que un principio tenga prioridad respecto a otro, mientras que su consecuencia jurídica es la misma que aquella del principio con prelación. Esto es denominado por Alexy como la "ley de colisión" (Alexy, 1985a, p.83).

3.3. Los derechos de igualdad como principios

Desde una perspectiva estructural, se pueden distinguir entre tres tipos de normas de los derechos de igualdad: (i) derechos de igualdad abstracto-definitivos, es decir, ya sea el mandato de trato igualitario o diferenciado, (ii) derechos de igualdad concreto-definitivos, que por su parte pueden ser negativos, positivos o activos, y (iii) derechos de igualdad abstracto-*prima facie*, en otras palabras, principios (o mandatos de optimización), que por su parte pueden ser tanto negativos como positivos (Alexy, 1985a, pp.389-390). Mientras que los derechos de igualdad abstractos abstracto-*prima facie* negativos (en el ámbito de la igualdad) pueden entenderse como principios de la igualdad, los derechos de igualdad abstracto-*prima facie* positivos pueden considerarse como principios de igualdad fáctica. Solamente estos dos derechos de igualdad abstracto-prima facie son ponderables y deben ser concretizados en derechos de igualdad definitivos a través de la ponderación y ser incorporados como normas con rango constitucional (Alexy, 1985a, pp.57-63, 84-87).

[39] Véase también: BVerfGE 88, 87 (p.96).

a. Los derechos de igualdad *prima facie* (en el ámbito de la libertad) como principios de igualdad jurídica.

Conforme al análisis de Alexy, para el principio de la igualdad jurídica es aplicable una *norma de trato igualitario*: "Cuando no exista ninguna razón suficiente para la permisión de un trato diferenciado [aquí ejemplificado "¬(¬O¬(¬GI))"], entonces, se exige un trato igualitario [es decir, "OGI"] (Alexy, 1985a, pp.370, 390)[40].

En este sentido, se encuentre una carga argumentativa para un trato diferenciado o favor de un trato igualitario (Alexy, 1985a, pp. 371, 373; 1995, pp.155-63), la cual puede ser caracterizado de la siguiente forma:

$$\neg(\neg O\neg(\neg GI)) \leftrightarrow OGI$$

Así, existe un derecho de igualdad *prima facie* negativo (Alexy, 1985a, pp.373, 383), y, a saber, en el ámbito de la libertad. El problema resultante es, sin embargo, una acumulación de principios de la igualdad jurídica y de los derechos de libertad[41].

b. Los derechos de igualdad *prima facie* positivos (en el ámbito de prestación) como principios de igualdad fáctica.

Al contrato, en el principio de la igualdad "fáctica" es aplicable la *norma del trato diferenciado o norma diferenciadora*: "Cuando exista una razón suficiente para la exigencia de un trato diferenciado [aquí bosquejado como "O(¬GI)"], entonces es exigido un trato diferenciado ["O¬GI"]" (Alexy, 1985a, pp.372, 390). No obstante, aquí no se encuentra ninguna carga argumentativa a favor de la igualdad fáctica (Alexy, 1985a, p.373). En este sentido, existe un derecho de igualdad *prima facie* positivo (Alexy, 1985a, pp.383, 390), a saber, en el ámbito de prestación.

Además, Borowski (2018, pp.529-530), favorece al principio de la igualdad jurídica como el contenido del derecho general a la igualdad. No obstante, el considera al principio de la igualdad "fáctica" también como un mandato *prima facie* del *trato diferenciado y viceversa*[42].

Conectado con la regla de argumentación de Alexy acerca de los derechos de igualdad, Jürgen Habermas (1998, p.500) también sostiene que las razones "son buenas o importantes, cuando éstas 'cuenten' bajo los requisitos del discurso y, finalmente, son racionalmente aceptables para el público de los ciudadanos, como autores del ordenamiento jurídico". Según Habermas (1998), el derecho legítimo cierra el "círculo entre, por un lado, la autonomía privada de sus destinatarios- los cuales son tratados de manera igualitaria– y, por el otro, la autonomía pública del ciudadano- los cuales deben ser tratados equitativamente como autores del ordenamiento jurídico bajo los criterios el trato igualitario- (p.500). En este sentido, Habermas (1998, p.501) habla de una "compensación" o "dialéctica" entre la igualdad jurídica y fáctica.

[40] Relativo a la caracterización lógica, véase la sección 2.1.
[41] Véase, sección 4.3.
[42] Puede leerse también a Bumke & Voßkuhle (2023, p.121): "Nunca en el sentido de un principio general, sino solamente de forma precisa en un mandato material limitado".

Lo que todavía queda en duda sería el problema de la acumulación de los principios de la igualdad "fáctica" y de los derechos de prestación u otros bienes constitucionales[43].

c. Los principios formales y el margen de discrecionalidad del legislador

En el marco de la *asimetría* de la mencionada carga argumentativa, los llamados "principios formales" juegan un rol importante, a saber, en conexión con el correspondiente derecho de igualad frente a otro principio de igualdad. En otras palabras: el principio de la igualdad fáctica no debe considerar solamente el principio de la igualdad jurídica y el principio de libertad negativa, sino también los principios formales[44]. Un ejemplo de los principios formales lo encontramos en el "principio de la libertad configurativa del legislador democrático para la configuración social", el cual sería la competencia del legislador para la configuración del orden social o el margen de discrecionalidad financiero del legislador, sobre todo, cuando exista "una amplia base de incertidumbre" (Alexy, 1985a, pp. 384-385).

3.4. Resultado provisional: Tres modelos posibles para el test de proporcionalidad de los derechos de igualdad [45]

Como resultado provisional podríamos entonces bosquejar tres modelos posibles del test de proporcionalidad de los derechos de igualdad: La prohibición de arbitrariedad constituye un *modelo de reglas*, mientras que los otros dos test de proporcionalidad pueden ser explicados de mejor manera a través del *modelo de los principios*. Primero, la "envejecida" prohibición de arbitrariedad podría ser considerada y, por ello, reducida a un modelo de reglas[46] o un examen de idoneidad recortado[47]. Segundo, el test de proporcionalidad de los derechos de igualdad podría ser llevado a través del modelo de los principios, pero con ayuda el esquema Intervención-Restricción (Huster, 1994, pp.547-549; Alexy, 1985a, pp.390-391, nota 91). Tercero, los derechos de igualdad pueden ser revisados alternativamente a través de la proporcionalidad, como modelo de los principios, pero son esquema de Intervención-Restricción. Este tercer modelo refleja en la uniformidad como un modelo paralelo junto a la prohibición de la medida excesiva o la prohibición de la medida mínima. (Michael, 2007, p.143). Según mi punto de vista, el tercer solamente es válido como una variante del segundo modelo.

4. Fórmula del peso de los derechos de igualdad y el problema del discernimiento y la acumulación

4.1. Fórmula del peso de los derechos de igualdad

Ahora se presentará una "fórmula del peso de los derechos de igualdad" con base en la fórmula del peso de Alexy (2003)[48]:

[43] Véase la sección 4.3.
[44] En ese sentido puede leerse: BVerfGE 12, 354 (p.367); Asimismo, Alexy (1985a, pp. 383-389; 1995, pp.163-164).
[45] Distinciones comparables, véase, el resumen de las "cuatro tesis" en Martin Borowski (2018, pp.484-485).
[46] Comentarios críticos, pueden verse en Borowski (2018, p. 493); Michael (2007, pp.131-135, 147-148).
[47] Comentarios críticos, se leen en Michael (2007, p.141).
[48] Alexy desarrolló desde 2001 una fórmula del peso que se ha vuelto famosa, cuya versión refinada es la siguiente (Alexy, 2014, p.514; 2001, p. 77; 2002, p. 408; 2003, pp. 771-782):

$$PR_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i^e \cdot F_i^n}{I_j \cdot P_j \cdot F_j^e \cdot F_j^n}$$

$$PR_{rg,fg} = \frac{I_{rg} \cdot P_{rg} \cdot F^e_{rg} \cdot F^n_{rg}}{I_{fg} \cdot P_{fg} \cdot F^e_{fg} \cdot F^n_{fg}}$$

Aquí, P_{rg} representa un derecho de igualdad *prima facie* negativo (en el ámbito de la libertad) como el principio de igualdad jurídica, mientras que P_{fg} es un derecho de igualdad prima facie positivo (en el ámbito de la prestación) como principio de igualdad "fáctica". El resultado de la fórmula del peso $PR_{rg,fg}$ se refiere fundamentalmente al peso relativo de P_{rg}. Por lo que G_{rg} y G_{fg} representan los principios correspondientes, mientras que P_{rg} y P_{fg} su peso abstracto. I_{rg} e I_{fg} reflejan su correspondiente intensidad de intervención o el grado de importancia. Para ello, Alexy (2001, pp. 76-78; 2002, pp. 407-409; 2003, pp. 785-791) recomienda la idea de una escala triádica, la cual normalmente solamente distingue entre tres niveles –"leve", "moderado", y "grave"– y es correspondiente a la escala de los números "2^0", "2^1" y "2^2". Finalmente, F^e caracteriza en ambos lados la fiabilidad de las premisas empíricas, mientras que F^n la fiabilidad de las premisas normativas en ambos lados. Para estos es aplicable la escala triádica de "2^0", "2^{-1}" bis "2^{-2}".

4.2. La certidumbre del reconocimiento y la escala de intensidad del control – Interpretación de los "dos criterios" de la nueva fórmula

De acuerdo con la nueva fórmula son válidos dos criterios, es decir, por un lado, el peligro de discriminación de la persona o el acto y, por el otro, la afectación a la libertad[49]. Los dos pueden ser representados a través de la correspondiente fórmula parcial, para poder con ayuda aclarar la certidumbre del reconocimiento y la escala de la intensidad del control.

a. El peligro de discriminación de personas y actos

En su segunda decisión acerca de los transexuales en 1993, el Tribunal Constitucional Federal Alemán subrayó:

> El vínculo [del legislador en el trato diferenciado] es más estrecho, entre más se acerque a los rasgos relativos a la persona mencionados en el art. 3, párr. 2 Ley Fundamental y mayor sea, por lo tanto, el peligro de que un trato diferenciado vinculado a estos conduzca a la discriminación de una minoría [...] En la diferenciación relativa al acto, el grado de vinculación depende de en qué medida el afectado está en la posibilidad de influenciar con su conducta el cumplimiento de los rasgos con los cuales se distingue. (BVerfGE 88, 87 [p.99])

Además, el Tribunal señaló en su decisión relativa Ley Federal de Apoyo a la Enseñanza (BAföG) (2011):

> Se considera una fuerte vinculación al legislador cuando la diferenciación está conectada a un rasgo de la personalidad, por lo que los requisitos constitucionales se intensifican entre menos

[49] Así, en la BVerfGE 88, 87 (p.50) se señala: El diferente alcance del margen de configuración legislativa es correspondiente al escalonado nivel de intensidad de control del examen de constitucionalidad. Si el parámetro es la prohibición de la arbitrariedad, entonces se puede determinar una lesión del art. 3, párr. 1 Ley Fundamental cuando la falta de objetividad de la diferenciación es *evidente*. Al contrario, el tribunal constitucional examina las regulaciones que tratan diferente a grupos de personas o provocan una desventaja desde la percepción de los derechos fundamentales, en lo individual, si tales razones diferenciadoras constan de tal tipo y peso, que puedan justificar las diferentes consecuencias jurídicas.

> estén disponibles estos rasgos para el individuo o más se acerquen a aquellos del art. 3, párr. 3 Ley Fundamental […] Por lo demás, el grado de vinculación depende sobre todo de qué tanto el afectado está en la posibilidad de influenciar con su conducta el cumplimiento de los criterios con los que se diferencia. (BVerfGE 129, 49 [p.70])[50]

Todo esto pueden ser caracterizados a partir de la siguiente fórmula parcial:

"Entre mayor es el peligro de discriminación, más intenso es el control". Aquí, la certidumbre empírica de la intervención del mandato de trato igualitario juega un papel, es decir, la certidumbre del reconocimiento es "moderado" ($F_{rg}^{e} = 2^{-1}$) o más bien "grave" ($F_{rg}^{e} = 2^{0}$)[51].

Respecto a la conexión de dignidad humana e "igualdad jurídica, Funke (2025, pp.14, 17-18) toma un "enfoque relativo al trato", según el cual "siempre está prohibido solamente el caso extremo del art. 1, párr. 1 Ley Fundamental [cláusula de dignidad humana]: principalmente, el trato diferenciado de determinadas personas. Por lo que no se trata del grado de desigualdad, es decir, su gravedad, sino su significado. Sin embargo, aquí se podría formular una construcción equivalente de que la certidumbre debe ser extremadamente alta ($F_{rg}^{e} = 2^{0}$).

b. La intervención en la libertad

Según la mencionada segunda decisión sobre transexuales, "el margen de discrecionalidad del legislador es más estrecho, entre mayor más efectivos negativas pueda tener el trato diferenciado de personas o casos en el ejercicio de las libertades constitucionales protegidas" (BVerfGE 88, 87 [p.99]).

Esto puede aclarado a partir de la siguiente fórmula parcial:

"Entre mayor sea la afectación a la libertad, mayor es la intensidad del control". Aquí, funciona la certidumbre normativa del discernimiento sobre la vinculación causal entre grado de afectación de los derechos de libertad y el trato igualitario o no diferenciado, es decir, la certidumbre de discernimiento es "moderada":

$$(F_{rg}^{n} = 2^{-1}) \text{ o grave } (F_{rg}^{n} = 2^{0}).$$

En tanto uno de los dos criterios aparezca, se aplica el examen intenso, por los demás, se aplica el examen de la arbitrariedad, es decir, la certidumbre empírica o normativa es baja:

$$(F_{rg}^{e} = 2^{-2} \text{ o } F_{rg}^{n} = 2^{-2}).$$

Las dos fórmulas mencionadas son también significativas para el problema de acumulación, que a continuación se explicará.

---

[50] Comparativamente se pueden mencionar los siguientes casos en la Constitución de China: El caso de la compensación financiera por discapacidad y muerte entre los habitantes de la ciudad y el campo de 2019 (Liang, 2019, p.14-15; Zheng & Zhu, 2023, p.74). El caso de la abolición del reglamento de inquietud y educación (Zheng & Zhao, 2019, 66, pp. 77-79).

[51] A diferencia del entendimiento de Borowski (2018, pp.516-517) del margen de discrecionalidad en la ponderación respecto a los derechos de igualdad.

c. El modelo de justificación epistémica de los principios formales en relación con los derechos de igualdad

Borowski (2018, pp. 529-531) propone un "modelo de tres ámbitos" en lugar de un "modelo de dos ámbitos" para el enunciado general de igualdad, que contiene tanto la igualdad jurídica como la fáctica, así como también el margen de discrecionalidad del legislador gracias a los principios formales. Sin embargo, la pregunta es: ¿cuál modelo de los principios formales es adecuado, sobre todo, para los derechos de igualdad?

Alexy (1985a) apunta primero en su libro *La Teoría de los Derechos Fundamentales* hacia un modelo combinado de los principios formales en relación con los derechos de igualdad, cuando éste señala: "El principio formal de la configuración legislativa [...] como tal no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. *Para el principio formal* [...] debe siempre aparecer una razón en la cual un principio material se pueda sustentar" (pp. 390-391, nota 91). Además, Borowski (2018), es de la misma opinión: "El colocar en la ponderación únicamente la libertad configurativa [...] no es posible. Los márgenes de discrecionalidad legislativos no pueden por sí solos constituir una razón suficiente para una diferenciación" (p.527). De manera más clara se encuentra el ejemplo: "Si no supera ni el principio de igualdad jurídica ni la igualdad fáctica el otro derecho - *en conexión con los principios formales* -, entonces, el Estado puede configurar libremente tanto el trato igualitario jurídico como el trato diferenciado jurídico" (Borowski, 2018, pp. 529, 574-575).

Al contrario, aquí se debe preferir el modelo de argumentación epistémico, a saber, tanto a partir del posterior desarrollo de Alexy, así como de la interpretación antes mencionada de los "dos criterios" de la nueva fórmula. En consecuencia, los principios formales influyen en la ponderación y la intensidad de control a través de la certidumbre empírica y normativa ($F_{rg}^{e} \cdot F_{rg}^{n}$ o $F_{fg}^{e} \cdot F_{fg}^{n}$).

4.3. Acumulación de igualdad y otros principios: Construcciones parcialmente equivalentes

El problema de acumulación se encuentra ya desde el ámbito individual de los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho general a la igualdad del art. 2, párr. 1 vinculado al art. 1 Ley Fundamental (Augsberg & Augsberg, 2007, pp. 539-581; Breckwoldt, 2015; Sandner, 2019). Aquí solamente es de sumo interés el problema de acumulación entre el derecho a la igualdad y otros derechos fundamentales.

Para evitar primero el problema de la acumulación del lado del principio de la igualdad "fáctica" pueden interpretarse o trasplantarse determinados derechos de prestación (P_l) u otros bienes constitucionales en el principio de igualdad "fáctica". Si empleamos la terminología de Breckwoldt (2015), aquí el valor de la "substracción de heterogeneidad" ($H_{fg,l}$) tiende ir en contra de la igualdad "fáctica" (P_{fg}), es decir:

$$P_{fg} + P_l - H_{fg,l} \approx P_l$$

En cambio, permanece abierto el posible problema de acumulación del lado del principio de igualdad jurídica y de la libertad jurídica (P_{rf}). Por esta razón, debe justificarse la conexión causal de la intervención entre la libertad y la afectación a la igualdad, la cual depende, entre otras cosas, de la certidumbre de discernimiento normativo y de los principios formales. Si utilizamos de nuevo la terminología de Breckwoldt (2015), aquí el valor de la "substracción de heterogeneidad" ($H_{fg,l}$) tiende en contra 0, es decir:

$$P_{rg} + P_{rf} - H_{rg,rf} \approx P_{rg} + P_{rf}$$

A diferencia de la acumulación de los principios de igualdad jurídica con la libertad jurídica, existe una acumulación con el principio de dignidad humana, solamente en casos extremos, si se reconstruye de tal forma que, el valor de la "substracción de heterogeneidad" de la igualdad jurídica y la dignidad humana ($H_{rg,mw}$) tiende ir en contra de la dignidad humana (P_{mw}), es decir[52]:

$$P_{rg} + P_{mw} - H_{rg,mw} \approx P_{mw}$$

En este sentido, existe una construcción parcial equivalente de la acumulación de igualdad y de los otros principios. En ambos casos, la certidumbre de discernimiento juega nuevamente un papel importante.

Conclusiones: Una fórmula del peso concretizada de los derechos de igualdad

Como conclusión debe ofrecerse una fórmula de peso concretizada de los derechos de igualdad. En consecuencia, dentro de la ponderación la igualdad jurídica y "fáctica" deben observarse además la correspondiente acumulación con otros derechos fundamentales en el sentido de la "substracción de heterogeneidad". Como resultado de la construcción parcialmente equivalente es el peso relativo de los principios de la igualdad jurídica frente a la igualdad "fáctica" ($G_{rg,fg}$), el cociente del principio de la igualdad jurídica vinculada con libertad jurídica, por un lado, y el principio de los derechos de prestación, por el otro.

$$G_{rg,fg} = \frac{P_{rg} + P_{rf} - H_{rg,rf}}{P_{fg} + P_l - H_{fg,l}} \approx \frac{P_{rg} + P_{rf}}{P_l}$$

Una completa formulación de la fórmula del peso concretizada de los derechos de igualdad es entonces la siguiente:

$$G_{rg,fg} \approx \frac{I_{rg} \cdot G_{rg} \cdot R^e_{rg} \cdot R^n_{rg} + I_{rf} \cdot G_{rf} \cdot R^e_{rf} \cdot R^n_{rf}}{I_l \cdot G_l \cdot R^e_l \cdot R^n_l}$$

Finalmente, el problema del discernimiento relativo a los derechos de igualdad puede ser hecho explícito a través tanto de la certidumbre empírica de la persona o situación en peligro de ser discriminada (F^e_{rg}), así como la certidumbre de discernimiento normativo de la intervención en la libertad (F^n_{rf}).

[52] Si el principio de dignidad humana o la igualdad jurídica parecen ser "redundantes", es cuestión debatible (Romanus, 2008, p.141; Hong, 2019, p.667; Funke, 2025, pp.15-16).

Referencias

Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation* [Teoría de la argumentación jurídica]. Suhrkamp.

Alexy, R. (1979). Zum Begriff des Rechtsprinzips [El concepto de principio jurídico]. *Rechtstheorie*, 10(3), 59-87.

Alexy, R. (1985a). *Theorie der Grundrechte* [Teoría de los derechos fundamentales]. Nomos.

Alexy, R. (1985b). Rechtsregeln und Rechtsprinzipien [Normas y principios jurídicos]. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Beiheft Neue Folge,* (25), 13–29.

Alexy, R. (1995). Diskurstheorie und Menschenrecht [Teoría del Discurso y Derechos Humanos]. En R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (pp. 127-164). Suhrkamp.

Alexy, R. (2000). Zur Struktur der Rechtsprinzipien [La estructura de los principios jurídicos]. En B. Schilcher, P. Koller, & B.C. Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (pp. 31-52). Verlag Österreich.

Alexy, R. (2001). Die Abwägung in der Rechtsanwendung [El equilibrio en la aplicación de la ley]. *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio,* (17), 69-83.

Alexy, R. (2002). Postscript [Posdata]. En R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, trans., pp. 113-125). Oxford University Press.

Alexy, R. (2003). Die Gewichtsformel [La fórmula del peso]. En J. Jickeli, P. Kreutz, & D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (pp. 771-792). De Gruvter Recht.

Alexy, R. (2014). Formal Principles: Some Replies to Critics [Principios formales: algunas respuestas a las críticas]. *I·CON – International Journal of Constitutional Law*, *12*(2), 511–524.

Augsberg, I., & Augsberg, S. (2007). Kombinationsgrundrechte: Die Verkoppelung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik [Derechos Fundamentales Combinados: El Acoplamiento de los Derechos Fundamentales como un Reto para la Doctrina de los Derechos Fundamentales]. *Archiv des öffentlichen Rechts*, (132), 539-581.

Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien* [Los derechos fundamentales como principios] (3rd ed.). Nomos.

Breckwoldt, M. (2015). *Grundrechtskombinationen* [Combinación de derechos fundamentales]. Mohr Siebeck.

Bumke, C., & Voßkuhle, A. (2023). *Casebook Verfassungsrecht* [Libro de Casos Derecho Constitucional] (9na ed.). Mohr Siebeck.

Dreier, H. (2013). Art. 1 GG [Art. 1 de la Ley Fundamental]. En H. Dreier (ed.) *Grundgesetz Kommentar* (Bd. I, 3rd ed.). Mohr Siebeck.

Feng, W. (2016). Anmerkung zum Urteil *In-vitro*-Fertilisation mit kryokonservierten Embryonen in Wuxi, China (auf vereinfachtes Chinesisch) [Comentario sobre la sentencia de fertilización in vitro con embriones criopreservados en Wuxi, China]. En J.G. Hu (ed.), *10 Fälle zum Verfassungsrecht in China aus dem Jahr 2014* (pp. 146-171). China Law Press.

Feng, W. (2021). Dignidad humana, personalidad y control de constitucionalidad: ¿normatividad fuerte sin metafísica?. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (37), 2-50. https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6570

Funke, A. (2025). *Menschenwürde Zwischen Gleichheit und Differenzierung. Zur Rolle von Handlungsbeschreibungen im Verfassungsrecht (forthcoming)* [Dignidad humana: entre igualdad y diferenciación. Sobre el papel de las descripciones de acción en el derecho constitucional (de próxima publicación)]

Habermas, J. (1998). *Faktizität und Geltung* [Facticidad y validez] (7th ed.). Suhrkamp.

Habermas, J. (2014). Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit [Sobre la competencia de principios entre ciudadanos iguales y la igualdad de los Estados]. *Der Staat*, (53),167-192.

Han, D.Y. (ed.) (2005). *Forschungen über Fälle zum Verfassungsrecht in China* [Investigación sobre casos de derecho constitucional en China] (*Verfassungsfälle in China*) (Bd. 1) [Vol.1] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Han, D.Y. (ed.) (2008). *Verfassungsfälle in China* [Casos Constitucionales en China](Bd. 2) [Vol.2] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

He, R.X., & Jiang, H.Z. (2022). Verfassungsmäßigkeitskontrolle des „lebenslangen Verbots in den besonderen Berufen“ [Revisión de la constitucionalidad de la "prohibición de por vida en las profesiones especiales"] (auf vereinfachtes Chinesisch). *Journal of Regulations Filing and Review,* (3), 29-65.

Hong, Y. (2019). Human dignity and constitutional adjudication [La dignidad humana y la sentencia constitucional]. *International Journal of Constitutional Law*, *17*(3), 645–675. https://doi.org/10.1093/icon/moz045

Hu, J.G. (ed.) (2016). *10 Verfassungsfälle in China 2014* [10 casos constitucionales en China 2014] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed.) (2017). *10 Verfassungsfälle in China 2015* [10 casos constitucionales en China 2015](auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed.) (2018). *10 Verfassungsfälle in China 2016* [10 casos constitucionales en China 2016] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed.) (2019). *10 Verfassungsfälle in China 2018* [10 casos constitucionales en China 2018](auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed.) (2020). *10 Verfassungsfälle in China 2019* [10 casos constitucionales en China 2019] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed) (2010). *10 Fälle zum Verfassungsrecht in China aus dem Jahr 2009* [10 casos de derecho constitucional en China de 2009] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press, Beijing

Hu, J.G. (ed) (2011). *10 Verfassungsfälle in China 2010* [10 casos constitucionales en China 2010] (auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Hu, J.G. (ed) (2013). *10 Verfassungsfälle in China 2012* [10 casos constitucionales en China 2012](auf vereinfachtes Chinesisch). China Law Press.

Huster, S. (1994). Gleichheit und Verhältnismäßigkeit [Igualdad y proporcionalidad]. *Juristenzeitung,* (49), 541-549.

Ipsen, J. (2021). *Staatsrecht II. Grundrechte* [Derecho Constitucional II. Derechos Fundamentales] (24th ed.). Franz Vahlen.

Jowell, J. (1994). Is Equality a Constitutional Principle? [¿Es la igualdad un principio constitucional?]. *Current Legal Problems,* (47), 1-18.

Kingreen, T., & Poscher, R. (2024). *Grundrechte* [Derechos civiles] (45. ed.). C.H. Beck.

Liang, Y. (2019). Several Issues regarding the Filing Review System [Varios problemas relacionados con el sistema de revisión de presentaciones]. *Local Legislation Journal*, (6), 1-20.

Liang, Y. (2021). Bemerkungen an der Einreichung- und Prüfungsarbeit im Jahr 2020 [Comentarios sobre la presentación y el examen en 2020] (auf vereinfachtes Chinesisch). *China Law Review,* (2), 171-178.

Michael, L. (2001). Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze [Las tres estructuras de argumentación del principio de proporcionalidad. Sobre la dogmática de la prohibición de las medidas excesivas e inframedidas y los principios de igualdad]. *Juristische Schulung,* (41), 148-155.

Michael, L. (2007). Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien [El derecho a la igualdad como principio fundamental]. En J-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys* (pp. 123-149). Nomos.

Radbruch, G. (1932), *Rechtsphilosophie* [Filosofía del derecho] (3ra ed.). Quelle & Meyer.

Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht [Injusticia estatutaria y derecho supraestatutario]. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (1),105-108.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* [Teoria de la Justicia]. Harvard University Press.

Romanus, E. (2008). *Soziale Gerechtigkeit, Verantwortung und Würde* [Justicia social, responsabilidad y dignidad]. Karl Alber.

Rüfner, W. (1997). Der allgemeine Gleichheitssatz als Differenzierungsgebot [El principio general de igualdad como requisito de diferenciación]. En B. Ziemske, T. Langheid, H. Wilms, & G. Haverkate (eds.), *Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag* (pp. 271-279). C.H. Beck.

Sachs. M. (2017). *Verfassungsrecht II. Grundrechte* [Derecho Constitucional II. Derechos Fundamentales] (3ra ed.). Springer.

Sandner, J. (2019). *Verstärkungswirkungen unter Grundrechten* [Efectos de fortalecimiento en virtud de los derechos fundamentales]. Duncker & Humblot.

Sen, A. (2019). *Gleichheit? Welche Gleichheit?* [¿Igualdad? ¿Qué igualdad?] (2nd ed.). Reclam.

Stern, K. (1990). Das Gebot zur Ungleichbehandlung [Sobre el principio de desigualdad de trato]. En H. Maurer (ed.) *Festschrift für Günter Dürig zum 70* (pp. 207-219). *Geburtstag*. C.H. Beck.

Voesch, G. (2023). *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Eine prinzipientheoretische Analyse des allgemeinen Gleichheitssatzes* [Igualdad y proporcionalidad. Un análisis teórico-principista del principio general de igualdad]. Nomos.

Wang, K. (2017). Zum Verhältnis von Gesetzesvorbehalt und Grundrechtsschranken. Aberkennung der politischen Rechte gemäß § 54 Strafgesetz der VR China als Beispiel (auf vereinfachtes Chinesisch) [Sobre la relación entre la reserva de ley y las restricciones de los derechos fundamentales. Privación de los derechos políticos según el artículo 54° del Código Penal de la República Popular China]. *East China Normal University Law Review,* 2, 72-99.

Zacher, H.F. (1968). Soziale Gleichheit [Igualdad social]. *AöR,* (93), 341-383.

Zhang, X. (2024). Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Nebenfolgen von Straftaten [Control de constitucionalidad de las consecuencias accesorias de las infracciones penales] (auf vereinfachtes Chinesisch). *China Criminal Law Journal,* (2),143-161.

Zheng, L., & Wang, X. (2021). Bemerkungen an der Einreichung- und Prüfungsarbeit im Jahr 2020 [Comentarios sobre la presentación y el examen en 2020] (auf vereinfachtes Chinesisch). *China Law Review*, (4), 161-177.

Zheng, L., & Zhao, J.Y. (2019). Bemerkungen an der Einreichung- und Kontrollprozedur im Jahr 2018 [Observaciones sobre el procedimiento de presentación y control en 2018] (auf vereinfachtes Chinesisch). *China Law Review*, (4), 76-89.

Zheng, L., & Zhu, J.W. (2023). Bemerkungen an der Einreichung- und Prüfungsarbeit im Jahr 2022 [Comentarios sobre la presentación y el examen en 2022]. *Journal of Regulations Filing and Review*, (3), 60-96.

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

Agradecimientos
El autor expresa su agradecimiento a la clase del Prof. Robert Alexy sobre Derecho Constitucional II (Derechos Fundamentales) en el semestre de verano de 2013 en la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, Alemania, donde impartió el tema "nueva fórmula – examen estricto", especialmente en relación con la sección 4.2.1) y 2). Asimismo, agradece la invitación de Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque para conversar sobre "La dimensión de la igualdad en los derechos fundamentales" junto al Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán, el 17 de enero de 2025.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de revisión
https://doi.org/10.61542/rjch.147

¿Qué es la igualdad?

What is equality?

Hidehiko Adachi[1]

Autor:
[1]Doctor por la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania.
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kanazawa, Japón.
hadachi@staff.kanazawa-u.ac.jp

Recibido: 25/04/2025
Aprobado: 01/07/2025
Publicación online: 14/07/2025

Traducción:
Arnulfo Daniel Mateos Durán
arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it

Cómo citar/ how to cite:
Adachi, H. (2025). ¿Qué es la Igualdad? *Chornancap Revista Jurídica*, 3(1), 53–57. https://doi.org/10.61542/rjch.147

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Hidehiko Adachi
© 2025 Arnulfo Daniel Mateos Durán

RESUMEN

Este artículo analiza críticamente el concepto de igualdad, abordando sus múltiples interpretaciones y distinciones clave dentro del pensamiento occidental. Se propone una clarificación conceptual que permita superar malentendidos comunes, facilitando un debate más constructivo en torno a la justicia social. Se destacan dos formas fundamentales: la igualdad simple, entendida como trato idéntico sin considerar diferencias individuales, y la igualdad proporcional, basada en la distribución según atributos relevantes como esfuerzo, necesidad o habilidad. A partir del pensamiento de Aristóteles y desarrollos contemporáneos, se examina cómo ambas nociones coexisten e interactúan, especialmente en contextos de justicia distributiva. También se analizan principios normativos utilizados para justificar distribuciones sociales: contribución, necesidad, beneficio y capacidad. El texto concluye que clarificar estas ideas puede facilitar consensos parciales sobre la igualdad, esenciales para el diseño de políticas públicas más equitativas. La propuesta combina profundidad filosófica con aplicabilidad práctica, y ofrece un marco útil para abordar los desafíos actuales en torno a la equidad y la justicia.

Palabras clave: Igualdad social; Justicia distributiva; Filosofía Política; Derechos humanos; Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article offers a critical analysis of the concept of equality, exploring its multiple interpretations and key distinctions within Western thought. It seeks to clarify conceptual ambiguities that often hinder constructive debate on social justice. Two main forms of equality are discussed: *simple equality*, which assumes identical treatment regardless of differences, and *proportional equality*, which allocates resources based on relevant attributes such as effort, need, or ability. Drawing on Aristotle's philosophy and modern developments, we examine how both notions coexist and interact, especially in contexts of distributive justice. The paper also explores normative principles used to justify social distributions: contribution, need, benefit, and capacity. It argues that clarifying these categories enables partial consensus on fairness, crucial for designing equitable public policies. The article combines philosophical depth with practical relevance, offering a useful framework for navigating contemporary challenges related to equity and justice.

Keywords: Social equality; Distributive justice; Political philosophy; Human rights; Public policy.

Introducción

En este trabajo abordaré la cuestión de: ¿qué es la igualdad? El concepto de igualdad es altamente controversial, en gran medida debido a que es extremamente abstracto. Un concepto abstracto puede comprender un sinnúmero de significados. Aquellos que emplean tal concepto muy menudo asumen –sin realizarlo– que otros comparten su entendimiento sobre lo que significa la igualdad. Sin embargo, esta suposición es una ilusión. En muchos casos, el entendimiento sobre la igualdad de una persona difiere del de otra. Cuando surgen tales diferencias, las discusiones pueden recaer en argumentos basados en pretensiones unilaterales, dejando a cada lado sin la posibilidad de entender el por qué otro no ve su punto de vista. Como resultado, ambas partes pueden rendirse en intentar persuadir al otro.

Para evitar tal resultado y facilitar discusiones constructivas, los participantes deben primero aclarar su propio entendimiento sobre igualdad, el identificar explícitamente los puntos de desacuerdo y el perseguir la articulación de estas diferencias. Solamente a través de tales esfuerzos pueden alcanzarse desacuerdos genuinos.

El concepto de igualdad ha sido explorado por los pensadores occidentales desde la antigua Grecia. Sin embargo, esto no significa que la igualdad sea importante solamente en el occidente. El budismo, introducido a Japón por China y Corea, entre los siglos V y VIII después de Cristo, ha influenciado enormemente a la sociedad japonesa. Originado en India alrededor del siglo VI antes de Cristo, el budismo surgió en parte como una crítica al rígido sistema de castas de esta época –un sistema que todavía hoy en día persiste en alguna forma–. Desde su incepción, el budismo tenía la creencia de que todas las personas debían ser iguales, independientemente de su nacimiento. La expansión del budismo, particularmente en el este de Asia, incluido Japón, subraya el poder de resistencia del concepto de igualdad.

No obstante, cuando se trata del análisis de la igualdad, el pensamiento occidental ha producido resultados más comprehensivos que su contraparte oriental. Por esta razón, mi discusión aquí se basa enteramente en el análisis de la igualdad dentro del tradición del pensamiento occidental.

1. La igualdad simple y la igualdad proporcional

El clasificar un concepto puede conducir a un profundo entendimiento de éste. A continuación, realizaré una introducción de algunas clasificaciones clave de la igualdad. Primero, explicaré la distinción entre igualdad simple e igualdad proporcional (Niimura & Tagami, 2021).

1.1. Igualdad simple (en el sentido estricto de igualdad)

La igualdad simple se refiere a la idea de que cada persona o grupo de personas posee la misma cantidad o calidad de algo. Este "algo" podría incluir salario, ganancias, salud, felicidad, utilidad, bienestar, capacidad, derechos, libertad, oportunidad, seguridad, vida o dignidad. La igualdad en este sentido es también llamada igualdad absoluta o igualdad aritmética. Por ejemplo, si dos trabajadores tienen diferentes horas laborales o niveles de contribución, pero se les paga la misma cantidad de dinero, entonces, son tratados igualmente en el sentido de igualdad simple. Sin embargo, tal trato puede colisionar con la igualdad proporcional, lo cual discutiré en breve.

Aristóteles (1984) se refería a la igualdad simple como igualdad aritmética en su "Ética Nicomáquea". Él describía el proceso para restaurar un estado de igualdad aritmética, en donde ésta se ha perdido –es decir, corregir la inequidad–, como justicia correctiva.

Además, Aristóteles (1984) dividía la justicia en dos tipos, dependiendo de si la transacción en cuestión fue voluntaria o involuntaria. Las transacciones voluntarias incluyen a la venta, la compra, el préstamo y la renta. Las transacciones involuntarias incluyen el robo, el envenenamiento, el secuestro de esclavos y el asesinato realizado en secreto, así como los actos de asalto, el confinamiento, el homicidio y el robo realizado de manera abierta.

La justicia correctiva de Aristóteles puede ser interpretada como el exigir que los beneficios o desventajas intercambiadas entre las dos partes sean iguales. Por esta razón, algunos se han referido a ésta como "justicia conmutativa", un término que parece datar de los comentarios Tomás de Aquino sobre Aristóteles. Sin embargo, considero que el enfoque principal de Aristóteles no era el intercambio en sí mismo, sino el restaurar de una situación inequitativa a una situación equitativa (en el sentido de igualdad simple). Por esta razón, encuentro el término aristotélico de justicia correctiva como el más adecuado. Por ejemplo, si la desigualdad surge entre dos individuos debido a que uno gana una ventaja, mientras el otro sufre una pérdida, entonces, la persona con un más debería restaurar la igualdad al transferir la mitad de la diferencia a la persona con menos.

1.2. La igualdad proporcional

El opuesto de la igualdad simple es la igualdad proporcional. La igualdad proporcional significa que la cantidad de uno es proporcional a la del otro, y ésta también es llamada "igualdad relativa". A saber, si dos trabajadores (a y b) trabajan por un diferente número de horas (las horas de a y b, respectivamente) y son pagados con diferentes sueldos (en dólares para A y B, respectivamente), su pago es proporcionalmente igual si la proporción de horas trabajadas respecto al sueldo ganado son el mismo (a:b = A:B).

Si los dos trabajadores reciben la misma cantidad a pesar de diferentes horas trabajadas, esto constituye igualdad simple, pero no igualdad proporcional. De manera conversa, si su pago es proporcional a sus horas trabajadas, esto constituye una igualdad proporcional, pero no igualdad simple.

Las dos, la igualdad simple y la igualdad proporcional son subcategorías de igualdad. Para resumir la anterior, podemos señalar lo siguiente:

La igualdad (en sentido amplio) = Igualdad simple + Igualdad proporcional[1].

Para mayor claridad, puede resultar útil el usar términos distintos:

- "Justicia" para la igualdad en sentido amplio
- "Igualdad" para igualdad simple, y
- "Equidad" para la igualdad proporcional

1.3. La relación entre igualdad simple e igualdad proporcional

La igualdad proporcional implica el tratar a las personas en proporción a atributos específicos que posean (por ejemplo, horas trabajadas). Esto implica que, los individuos que son iguales con respecto a un atributo dado deberían ser tratadas equitativamente. Por ejemplo, si los salarios son determinados por las horas trabajadas, los dos trabajadores con el mismo número de horas deberían recibir el mismo pago. En tales casos, el salario refleja ambas, igualdad proporcional e igualdad simple.

[1] El "+" denota la unión de igualdad simple e igualdad proporcional.

En otras palabras, la igualdad simple es un caso especial de igualdad proporcional (Radbruch, 1950; Gosepath, 2015), esto significa que la igualdad proporcional implica la igualdad simple. Sin embargo, debido a que la igualdad simple permanece como un principio importante (por ejemplo, la justicia correctiva de Aristóteles), la distinción entre la dos debería ser preservada. En consecuencia, podemos redefinir la ecuación de la siguiente manera:

> La igualdad en sentido amplio = Igualdad proporcional (excluyendo a la igualdad simple) + igualdad simple.

En la discusión a continuación, el término de igualdad proporcionalidad excluirá a la igualdad simple.

2. ¿En cuáles atributos debemos enfocarnos?

Las personas difieren en varios atributos, no obstante, son iguales en otros. La igualdad proporcional se enfoca en los atributos individuales y busca tratar a las personas en proporción a la cantidad o calidad de estos atributos. Sin embargo, no específica cuáles atributos debería ser utilizados como el estándar. La elección del estándar depende de lo que es distribuido y que ha sido considerado tradicionalmente como una cuestión de justicia distributiva en lugar de igualdad en sí.

Históricamente, la igualdad proporcional era enfatizada al distribuir derechos y libertades durante los tiempos antiguos y medievales. No obstante, desde la era moderna, la igualdad simple ha sido el principio dominante, basada en la idea de que todas las personas son fundamentalmente iguales. En el contexto económico, la igualdad proporcional es a menudo exigida –por ejemplo, en el ingreso, la seguridad social, los impuestos y las contribuciones de seguridad social–. Sin embargo, los argumentos que hacen énfasis en la importancia de asegurar que todos tengan las mismas capacidades básicas, tales como es el enfoque de capacidad de Amartya Sen, a menudo invocan la igualdad simple.

Existen cuatro principios comúnmente empleados para clasificar los atributos que guían la distribución, según Niimura & Tagami (2021), serían:

1. El principio de contribución (beneficios proporcionales a las contribuciones)
2. El principio de necesidad (beneficios proporcionales a las necesidades)
3. El principio de beneficio (cargas proporcionales a los beneficios recibidos)
4. El principio de habilidad (cargas proporcionales a la habilidad de pagar)

Ejemplos del principio de contribución incluyen los sueldos proporcionales al trabajo realizado, ganancias proporcionales al capital invertido y los beneficios de seguridad social proporcionales a las contribuciones pagadas. El principio de necesidad aplica a los beneficios del bienestar, tales como prestaciones familiares, gastos de transporte, asistencia pública y prestaciones infantiles. El principio de beneficio y el principio de habilidad son frecuentemente aplicados a las tributaciones y seguridad social.

Estos principios pueden categorizarse de dos formas:

a. **Principios de beneficios vs. Principios de cargas.** Los principios (1) y (2) conciernen a beneficios, mientras que (3) y (4) se refieren a cargas. En la práctica, un sistema sostenible debe comprender ambos, beneficios y cargas.

b. **Principios de mercado vs. Principios de no-mercado.** Los principios (1) y (3) están basados en el mercado (o basados en el intercambio), reflejando una relación de "dar y recibir". Los principios (2) y (4), por su parte, son principios no basados en el mercado y enraizados en la asistencia mutua dentro la comunidad. Estos podrían ser llamados principios de asistencia. (Niimura & Tagami, 2021, p.20)

Un sistema de distribución basado solamente en los principios de mercado tiende a ampliar las desigualdades entre las personas. Por esta razón, las personas con menores ingresos deberían recibir un apoyo para combatir deficiencias en el ingreso (principio de necesidad), mientras que los que ganan más, quienes son más capaces, deberían contribuir más (principio de habilidad).

En las sociedades modernas, los intercambios del mercado coexisten con estructuras de no-mercado, tales como las familiar, comunidades, gobiernos y organizaciones internacionales. Por ello, cualquier sistema de distribución práctico debe combinar ambos, el principio de mercado y principio de asistencia.

El diseñar un sistema de distribución justo y efectivo es una tarea compleja que requiere el ponderar estos principios. Los defensores de una reforma deben claramente identificar cuál principio apuntala sus propuestas y cómo el alinearlas con las metas del sistema.

Conclusión

Mientras que alcanzar un completo acuerdo sobre una sociedad justa puede ser un reto, el clarificar el concepto de igualdad puede revelar un piso común. Incluso el consenso parcial puede pavimentar el camino para el progreso, ofreciendo esperanza para un futuro más equitativo. Este trabajo ha delineado la importancia de distinguir entre igualdad simple e igualdad proporcional, al demostrar como estos conceptos interactúan y difieren. También ha hecho énfasis en la necesidad de identificar atributos relevantes y principios –tales como contribución, necesidad, beneficio y habilidad– que guían las distribuciones igualitarias en la sociedad. Al entender estas clasificaciones y sus implicaciones, podemos navegar mejor en las complejidades de la igualdad en ambos contextos, teoréticos y prácticos. Incluso consensos parciales sobre estas fundamentales ideas pueden pavimentar el camino para el progreso, ofreciendo esperanza para un futuro más justo.

Referencias

Aristoteles (1984). *Nicomachean ethics* (I. Bywater, Ed.). Oxford University Press. (Original work published ca. 350 B.C.E.)

Gosepath, S. (2015). The Principles and the Presumption of Equality. En C. Fourie, F. Schuppert, I. Wallimann-Helmer (eds.), *Social equality: on what it means to be equals* (pp. 167-185). Oxford University Press.

Niimura, S. & Tagami, K. (eds.) (2021). *An Introduction to the Philosophy of Equality*. Shakai Hyouron Co.

Radbruch, G. (1950). Legal Philosphy. En Wilk, Kurt (Ed. Y Trad.), *The Legal Philosophies of Lask*. Harvard University Press.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.146

Igualdad de género: últimas perspectivas en el ámbito de la conciliación, violencia de género y asilo

Gender equality: latest perspectives in the field of reconciliation, gender violence and asylum

Nuria Saura Freixes[1]

Autora:

[1]Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja, España.
nuria.saura@unir.net
https://orcid.org/0000-0001-9591-1461

Recibido: 14/03/2025
Aprobado: 30/06/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:

Saura Freixes, N. (2025). Igualdad de género: últimas perspectivas en el ámbito de la conciliación, violencia de género y asilo. *Chornancap Revista Jurídica*, 3(1), 59–67. https://doi.org/10.61542/rjch.146

Licencia:

Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Nuria Saura Freixes

RESUMEN

La perspectiva de género considerada de forma transversal es considerada en este estudio en torno a tres aspectos cruciales: La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; la violencia doméstica, de género y contra las mujeres y el asilo por razón de género. De tal forma que se analizan las últimas novedades y controversias desde un análisis de los recientes cambios introducidos en el ámbito europeo considerando las medidas de cuidado, la construcción de los delitos en la nueva Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, así como la necesidad de una introducción de la persecución por razón de género en el nuevo Reglamento 2024/1347 para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Palabras clave: Igualdad de Género; Conciliación vida familiar; Violencia de género; Derecho de asilo; Persecución de género.

ABSTRACT

The gender perspective considered transversally is considered in this study around three crucial aspects: the reconciliation of family life and professional life of parents and caregivers; domestic violence, gender-based violence and violence against women and gender-based asylum. In such a way that the latest developments and controversies are analyzed from an analysis of the recent changes introduced at the European level considering the care measures, the construction of the offenses in the new Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on combating violence against women and domestic violence, as well as the need for an introduction of gender-based persecution in the new Regulation 2024/1347 for the recognition of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, to a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and to the content of the protection granted, and amending Council Directive 2003/109/EC and repealing Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council.

Keywords: Gender equality; Reconciliation of family life; Gender violence; Right of asylum; Gender-based persecution.

Introducción

La introducción de la perspectiva de género es transversal a la configuración del ordenamiento jurídico desde la plataforma de Beijing (Naciones Unidas [ONU] Mujeres, 1995). La problemática de género conlleva también una controversia en torno al sujeto de los derechos desde una garantía de los mismos a "todos los seres humanos", construida a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que viene a constituir el eje sobre el cual se construyen los derechos. De este modo, la dignidad humana, como principio axiológico, garantizada también en la Constitución de Bonn en el artículo 1, conlleva que la titularidad de los derechos humanos no admita discriminación alguna y la igualdad de género sea también una problemática de derechos humanos.

La discriminación histórica de la mujer ha venido a dar lugar a la necesidad de articular un sistema multinivel donde confluyen tratados internacionales, siendo paradigmática la CEDAW de 1979, junto con una institución de garantía, como un Comité ante el que pueden presentarse casos, si se ha ratificado el Protocolo Facultativo, y, ante el cual los Estados Parte han de informar sobre las medidas que adopten para el cumplimiento del Convenio (OHCHR). Dicha Convención irradia en los estados que la han suscrito mediante obligaciones internacionales que deben cumplirse no solo a través de una igualdad formal, sino mediante la búsqueda de una igualdad efectiva.

La igualdad se construye en torno al género, pero este es definido, por primera vez, en un instrumento internacional vinculante como el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (ONU, 2018) mediante la siguiente definición: "por "género" se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres". Dicha construcción social conlleva, incluso, la especificidad de una violencia contra la mujer y de género. En la actualidad, si bien existen distintas definiciones, hay una construcción jurídica en torno al concepto de género, que refleja la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto a la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará: "La violencia en contra de las personas fundamentada en la identidad o expresión de género, y específicamente en contra de las mujeres trans, también se encuentra basada en el género, en cuanto construcción social de las identidades, funciones y atributos asignados socialmente a la mujer y al hombre" (*Caso Vicky Hernández y otras c. Honduras*, Corte IDH, 2021, párr. 128). Respecto a las personas trans se ha considerado que, como ha afirmado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es una forma de violencia para "aquellos que desafían las normas de género", así como en el caso de violencia de género Vicky Hernández c. Honduras donde se violaron los artículos 7(a) y 7(b) de la Convención Belem do Pará (Yahyaoui-Krivenko, 2024). Existe una extensa terminología para la prevención y castigo de la violencia de género que, sin embargo, da cuenta de una violencia que gira en torno a la construcción social del género. Por lo que, en nuestra opinión, dicha construcción jurídica no debe interpretarse de forma restrictiva sino evolutiva, para dar lugar a la máxima protección posible contra las diversas manifestaciones de la violencia de género.

El derecho, como ya indicó Austin (2018), constituye una forma performativa del lenguaje mediante la cual una construcción normativa incide en una construcción social y, por ello, no puede concebirse una normativización jurídica pretendidamente neutra cuando existe una construcción social históricamente desigual basada en el género. De esta forma, la CEDAW (ONU, 1979) introduce, en su artículo 4, la necesidad de adoptar medidas especiales de carácter temporal para poder alcanzar no solo una igualdad formal, sino sustantiva y de

facto, mediante la erradicación de discriminaciones históricas a través de la adopción de medidas especiales de carácter temporal o, también, como las denominan algunos estados de discriminación o acción positiva, así como clarifica el Comité CEDAW (2004), en su Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

Dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, encontramos un objetivo específico N.º 5 y una transversalidad del mismo respecto al resto de los 17 objetivos (ONU Mujeres, 2025). Pero el género es una construcción social. Por ello, va a resultar clave, como remarca la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, la adopción de indicadores de género que nos permitan contrastar no solo los indicadores estructurales, tales como la ratificación de tratados, o de proceso, respecto al marco normativo, sino también obtener indicadores de resultado sobre el pleno ejercicio de los derechos (Ertürk, 2008, par. 22-28). Uno de los aspectos cruciales, a menudo obviado, es la independencia económica de la mujer. Schmitz y Gabel (2023) recuerdan que históricamente ha habido una incorporación de la mujer como fuerza de trabajo, pero persiste un lastre con una diferencia salarial, que la OIT estimaba en un 20%. El trabajo a tiempo parcial es mayoritariamente llevado a cabo por mujeres, así como el trabajo no remunerado doméstico, con una todavía persistente división laboral por sectores profesionales que refleja, incluso en países del ámbito UE como España, la persistencia de roles de género con un predominio de mujeres en sectores como la educación o el cuidado, y, una menor presencia, por ejemplo, como empresarias con un porcentaje solo del 35,54% (Mujeres en cifras 1983-2023). Ello conlleva un modelo estructural social de segregación en el empleo debido a una desigual distribución entre el hombre y la mujer (Carranza et al., 2023), así como la persistencia de normas paternalistas, como aquellas que pretenden una jubilación a una edad diferente para el hombre o la mujer, en el caso *Pajak and Others v. Poland* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2023) donde se considera discriminatoria, sin remedio efectivo y con vulneración de los artículos 6 y 14 del CEDH la aplicación obligatoria de la ley que imponía una jubilación forzosa de la mujer a los 60 años, en detrimento de una jubilación de los hombres a los 65 años. Según el informe Global sobre la Brecha de Género de 2023, incluso en Europa, siendo la región con una mayor paridad de género, al ritmo de progreso actual distan 67 años para alcanzarla (Foro Económico Mundial, 2023, p. 6).

En el ámbito de la Unión Europea encontramos todo un acervo de género. El artículo 8 del TFUE indica que, en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. A su vez, la UE se constituye como una sociedad caracterizada por la igualdad entre mujeres y hombres, en base al art. 2 TUE. También existe el derecho a la no discriminación en el artículo 21 y a la igualdad entre mujeres y hombres en el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Por ello, en el ámbito UE encontramos un *gender mainstreaming*, desde 1996, con una perspectiva dual junto con la adopción de medidas específicas para "eliminar, prevenir o remediar la desigualdad de género" (European Institute for Gender Equality [EIGE], 2025). Las medidas de acción positiva son admisibles, pero, en base al sexo menos representado (art. 157 TFUE) y, cuando inciden en el resultado no de forma automática, como ha sentado la jurisprudencia del TJUE, sino en base a una proporcionalidad entre fines y objetivos (Carmona y Macias, 2023).

La igualdad no es fruto solo de un cambio normativo sino de una historia de transformación social y de una lucha inacabada por alcanzar dicha igualdad, desde la inicial consecución del voto, hasta las medidas de paridad en la toma de decisiones. De esta forma, la conformación del poder normativo no puede ser solo construida mediante una toma de decisiones masculina, que va a abarcar, no solo las altas instancias de poder

político, sino, también, en la actualidad, la toma de decisiones en las altas esferas económicas, como la nueva Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas con medidas conexas, como la representación de un 40% en los puestos ejecutivos de los Consejos de Administración de sociedades cotizadas.

La tradicional dicotomía entre un espacio público masculino y un espacio privado femenino debe ser cuestionada, y, ha sido puesta en jaque con la evolución que supone considerar la violencia doméstica un problema público o la conciliación familiar como una igualdad de responsabilidades donde no se puede solo considerar que la falta de tiempo para la vida privada, laboral y familiar de la mujer concierna solo a una problemática individual sino social. A continuación, vamos a analizar algunos de los últimos cambios legislativos en el ámbito UE y su repercusión para poner de relieve cuestiones candentes en cuanto a la igualdad de género que merecen ser objeto de reflexión en tres ámbitos en particular: La conciliación, la violencia doméstica y contra la mujer y el derecho de asilo por razón de género.

1. La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores

Se ha planteado a nivel teórico una distinción entre la ética de los derechos y la ética del cuidado, invisible durante generaciones y asociada a las mujeres, como recuerda el trabajo de Gilligan, una teórica clásica del feminismo. Sin embargo, otras aportaciones teóricas afirmaron, como indica Baier (1985), que puede haber un puente entre estas dos concepciones éticas, como también considera Kroeger-Mappes (1994). Dejar, sin embargo, solo a la mujer una ética del cuidado puede ser fruto también de una desigualdad de género o de una segregación en el empleo. Hay medidas, por ejemplo, como la excedencia por cuidado de hijos que recae en un 88% de los casos sobre las mujeres (Ministerio de Igualdad, 2025).

Por ello, las nuevas medidas de conciliación buscan una responsabilidad que no puede dejarse a la libre elección del hombre como en el caso del permiso de paternidad obligatorio de un mínimo de 14 semanas para ambos progenitores o las nuevas medidas introducidas por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, con una extensión de la cobertura del estado a la conciliación familiar mediante la introducción de un permiso de paternidad, junto con un permiso parental de cuatro meses hasta que el hijo alcance los ocho años de edad (De la Corte-Rodríguez, 2022). La novedad radica en un permiso de cinco días retribuidos para cuidadores que no distingue a nivel jurídico entre el hombre y la mujer, cuya definición se produce en base a la persona necesitada, de apoyo o por casos. Sin embargo, la transposición de la Directiva, en numerosos estados bastante tardía, debe acompañarse de una garantía laboral, para evitar la discriminación de aquella persona que solicite dicho permiso para cuidadores, considerando el despido nulo y no solo improcedente. Si atendemos a indicadores no solo de resultado, sino de ejercicio de los derechos, en cuanto a otras medidas de cuidado, como la excedencia por cuidado de familiares, muestran que estas medidas, en algunos países como España, las han solicitado mayoritariamente mujeres y ello puede llegar a ser una sobrecarga para la mujer. Habitualmente, es ella quien asume el rol de cuidado, al no existir todavía una corresponsabilidad real y un cambio en los roles estructurales de género con una paridad e igualdad absoluta. Por lo tanto, es necesario también contrastar indicadores de resultado para incidir en la erradicación de roles de género en el cuidado, no solo, aunque sea necesario, mediante cambios normativos.

2. La violencia doméstica, la violencia de género y contra las mujeres

Inicialmente, la CEDAW no incluía de forma explícita la violencia de género. Pero, desde la Recomendación N.º 19 del Comité CEDAW (1992) forma parte del ámbito de aplicación del Convenio. Se ha considerado una forma de discriminación también presente en los casos ante el Comité CEDAW, como en los cuatro casos contra España, tres recientes por violencia obstétrica, en los cuales no se ha apreciado trascendencia constitucional (Salazar-Benítez, 2021), a pesar de la gravedad de los hechos, por parte del Tribunal Constitucional Español. El caso González Carreño, es paradigmático debido a la falta de adopción de medidas efectivas para impedir la muerte de una menor, así como la falta de reparación al respecto, que llevó a un Dictamen del Comité CEDAW. Finalmente, pese a no tener la misma efectividad jurisprudencial que una sentencia, se admitió dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la concesión de una reparación efectiva (STS. 1263/2018).

LA UE se adhirió en 2017 al Convenio de Estambul, que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2023, vinculando a la Unión Europea, con incidencia en las instituciones, la administración, cooperación judicial, asuntos penales, asilo y no devolución, siendo esta última una problemática particular que abordaremos en un último apartado.

La adopción de la nueva Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica constituye un hito histórico. A partir de la iniciativa de la Comisión en 2022, estuvo marcada por una discusión en el Consejo sobre la inclusión de la violación, que generó posiciones dispares entre el Consejo, por un lado, y la Comisión, por otro, con una visión afirmativa en sentido contrario (Zamfir, 2024). Finalmente, el delito de violación no ha sido harmonizado, como indica Arangüena Fanego (2024), porque no se incluyó en la versión definitiva del texto, "ante la oposición de varios Estados (Alemania, Francia y Hungría) esgrimiendo precisamente la falta de base jurídica" (p. 14).

Los aspectos clave de la nueva Directiva parten de una normativa para prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con definiciones específicas que pivotan en torno a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con una referencia explícita al género en la violencia contra las mujeres como "todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas" en el art. 2.a de la Directiva UE 2024/1385, aunque en el concepto de víctima se amplía "a toda persona, independientemente de su género, que haya sufrido algún daño directamente causado por violencia contra las mujeres o violencia doméstica, e incluye a los menores que hayan sufrido algún daño porque hayan sido testigos de violencia doméstica". Dentro de los considerandos, pese a no tener carácter vinculante, también se remarca la vinculación entre la violencia contra las mujeres y la discriminación estructural de la mujer en la sociedad.

La violencia contra las mujeres es una manifestación persistente de una discriminación estructural resultado de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Es una forma de violencia de género infligida principalmente a mujeres y niñas por hombres o contra personas que desafían los roles de género. Hunde sus raíces en los roles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad determinada considera adecuados para las mujeres y para los hombres, pero puede variar también entre sociedades. Por lo tanto, se debe tener en cuenta una perspectiva que tome en consideración el género, al aplicar la presente Directiva.

3. El asilo por razón de género

El derecho de asilo parte de una definición de refugiado establecida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, 1951, según la cual hay una serie de motivos para poder considerar que existe persecución dentro de los cuales, debido al momento histórico de su adopción, no aparece el género, sino motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La persecución por razón de género, como hemos visto, no es un motivo explícito dentro del marco de la Convención, pero se ha incorporado la perspectiva de género en su ámbito de aplicación, considerando también la persecución por actores no estatales.

La nueva regulación que realiza el Reglamento 1347/2024 (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2024), a raíz del Pacto Europeo de Migración y Asilo, si bien no comporta la inclusión de la persecución por razón de género dentro de los motivos establecidos en la definición del art. 3.5 lo resuelve mediante su regulación en el Capítulo III, al configurar los requisitos para ser refugiado en los artículos 9 y 10, dentro de los actos de persecución y motivos de persecución.

Existen otros sistemas nacionales, como el español, donde sí se incluye la pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual y, dentro de los actos de persecución, los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual.

Consideramos que existe una paradoja porque, si bien hubiera sido una oportunidad histórica incluir la persecución por razón de género dentro de la definición de refugiado establecida en el nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo, el derecho de asilo, con respeto al acervo de Ginebra, se basa en un derecho que pivota sobre el individuo y el género es una construcción social. Ello conlleva problemáticas si se concede solo en términos de pertenencia a un grupo social, como se ha llevado a cabo hasta la fecha, y, que, la nueva normativa UE pretende paliar, pero es necesario conocer la problemática de género en base a indicadores de resultado y género y conocer la problemática de género real en el estado de origen, a la hora de realizar la concesión del asilo, caso por caso. Al implementar el nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo puede haber disparidad con algunas legislaciones como la española que si contempla el género dentro de la definición para la concesión del asilo y el marco europeo dentro de los criterios y actos de persecución.

La necesidad de adoptar una nueva normativa de transposición puede generar, paradójicamente, una menor o mayor protección en casos de asilo por persecución de género, porque se puede considerar la normativa nacional un umbral más elevado o menor de protección de los derechos fundamentales al contemplar o no contemplar el género dentro de la definición para la concesión del asilo. Pero, el derecho de asilo se contempla en el ámbito UE como un derecho individual y no atribuible solo de forma grupal, salvo en casos de afluencia masiva de refugiados, siendo esta última circunstancia solo aplicada respecto a Ucrania. Es complejo también poder respetar las causas de exclusión que podía tener una normativa nacional al adaptarlas al nuevo marco europeo, si solo se contempla el asilo en términos grupales, al no tratarse no solo de una persecución por razón de género en términos binarios hombre y mujer, sino vinculada a los motivos históricos del marco de Ginebra y al desafío a los roles de género, por parte de la mujer o persona solicitante de asilo. También existen consideraciones de exclusión del asilo por comisión de crímenes graves tipificados en el Estado UE de acogida, como indica la normativa española, por ejemplo, que comportan una complejidad respecto del asilo solo en términos grupales o binarios y, por ello, la consideración dentro de los criterios y actos de persecución podría ser, o no, acertada.

Conclusiones

La problemática de género está vinculada a la problemática derivada de la titularidad de los derechos y el libre ejercicio de los mismos. Si bien alcanzada la titularidad universal desde la DUDH, la disparidad radica en el ejercicio de dichos derechos, lo que proviene de una desigualdad estructural social que comporta una falta de oportunidades desde la perspectiva de género, a pesar de la igualdad en la titularidad individual.

Por ello, la violencia de género o contra las mujeres está vinculada a los roles de género, como construcción social y puede variar incluso entre los distintos estados miembros (EMs) de la UE y respecto a terceros estados. Es necesario adoptar indicadores de género no solo a nivel normativo o de adopción de tratados, como ha señalado la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra mujeres y niñas, sino de resultado, a la hora de abordar la adopción e implementación de la nueva normativa UE.

En este sentido, resulta crucial también considerar la independencia económica de la mujer y aspectos como la desigual distribución del trabajo a tiempo parcial, no remunerado y cargas familiares que todavía persisten debido a la tradicional división histórica entre hombre y mujer en el ámbito público y privado. Es paradigmática la persistencia, en algunos EMs, de una mayor presencia de la mujer en el sector educativo y de cuidado así como la falta, por ejemplo, de mujeres empresarias, lo que puede comportar reconsiderar la ética del cuidado, cuando oculta una discriminación indirecta resultado de la aplicación de la normativa UE si es la mujer quien asume de forma mayoritaria la excedencia por cuidado de hijos o puede asumir el permiso para cuidadores o familiares, lo que proviene de la tradicional dicotomía hombre/mujer, espacio público y privado.

La violencia de género es una forma de discriminación contra la mujer y también una forma de punición contra quien transgrede roles de género. La nueva normativa UE no ha incluido la violación, con una dispar posición entre Comisión y Consejo, debido a la postura de determinados estados respecto a la base jurídica para la tipicidad, pero sí existe una referencia respecto al género que incluye a toda persona.

Hay históricamente en la UE una desigualdad entre la toma de decisiones económicas y políticas que se pretende paliar pero que, recordemos, varía entre los EMs y, por ello, a la hora de la transposición de una Directiva, puede generar efectos indirectos al ser una harmonización que incide en aspectos sociales, que no son uniformes en todos los estados del ámbito UE.

Sin embargo, respecto a la adopción de medidas especiales de carácter temporal se ha de recordar que las decisiones de los estados han de respetar también al género menos representado y ello no siempre incide en la mujer, debido a la tradicional atribución de roles de género que favorecen una mayor presencia femenina o masculina en determinados sectores profesionales. También recordar que no es automática, cuando se incide en el resultado y, en algunos casos, existen también disposiciones constitucionales que consideran aspectos como el mérito y la capacidad, para evitar también discriminaciones indirectas a toda persona.

La paradoja respecto al derecho de asilo por persecución de género proviene, como señalábamos, al inicio de estas conclusiones, de un derecho de asilo que se construye bajo un paradigma individual, tras la Segunda Guerra Mundial, y una problemática de género que se desarrolla de forma tardía, a nivel jurídico y teórico, de forma posterior al paradigma de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la Plataforma de Beijing, y que proviene de una desigualdad social histórica, que puede variar entre los EMs, entre EMs y terceros estados, así como entre el Estado y el individuo. El derecho de asilo es un derecho que no es un derecho de ciudadanía, sino que parte, por el contrario, de la falta de protección del estado, como en el caso de los apátridas: el derecho de asilo, en el ámbito UE, pivota sobre una persecución individual en el estado de origen que legitima la protección internacional,

conforme al acervo de Ginebra, que es necesario conservar o de una afluencia masiva de refugiados, que requiere no solo el desarrollo de una normativa, sino la adopción de una política multilateral de paz y desarrollo donde la UE sea un actor clave a la hora de evitar conflictos y riesgos, como el cambio climático o la pobreza, que inciden de forma particular en la problemática y persecución de género.

Referencias

Arangüena Fanego, C. (2024). Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas. la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica. *Revista De Estudios Europeos*, (85), 1–44. https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.1-44.

Austin, J. (2018). *How to do things with Words.* J.O. Urmson.

Baier, A. C. (1985). What do Women Want in a Moral Theory? *Nous* 19 (1), 53- 63.

Carmona, E., & Garrido, M. I. (2023). Igualdad de mujeres y hombres y Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea. En E. Carmona & M. I. Garrido (Eds.), *Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Manual interdisciplinar* (pp. 101-115). Tirant lo Blanch.

Carranza, E., Das, S., & Aphichoke K. (2023). Gender-based employment segregation: Understanding causes and policy interventions (Jobs Working Paper n.°26). World Bank Group. https://hdl.handle.net/10986/31510

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. (1992). *Recomendación General Nº 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11º periodo de sesiones)*. Naciones Unidas. https://bit.ly/44ozdDT

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. (2004). *Recomendación general Nº 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.* Naciones Unidas. https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2004/es/87588

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf

De la Corte-Rodríguez, M. A. (2022). *The transposition of the Work-Life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead.* European Commission. https://data.europa.eu/doi/10.2838/096508

Ertürk, Y. (2008). *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, Yakin Ertürk: indicators on violence against women and State response* (A/HRC/7/6). Naciones Unidas. https://digitallibrary.un.org/record/619912?ln=en&v=pdf

European Institute for Gender Equality. (2025). *What is gender mainstreaming*. https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming

Foro Económico Mundial. (2023). *Informe Global sobre la Brecha de Género*. https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/

Kroeger-Mappes, J. (1994) The Ethic of Care vis-â-vis the Ethic of Rights: A Problem for Contemporary Moral Theory. *Hypatia*, 9(3),108-131. https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1994.tb00452.x

Ministerio de Igualdad de España (2025). Informe 8M: Más derechos, más feminismo, más democracia: un año de avances en igualdad. https://bit.ly/40tvUtL

Naciones Unidas Mujeres. (1995). *La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Naciones Unidas. https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf

Naciones Unidas Mujeres. (2025). *ODS 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas*. https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-and-the-sdgs/sdg-5-gender-equality

Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, el 18 de diciembre de 1979. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

Naciones Unidas. (2018). *Promoting Gender Equality and the Empowerment of Women in ECA: Advocating for the Ratification and Implementation of the Istanbul Convention.* United Nations Development Group.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024). *Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establecen normas para la cualificación de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, por el que se establece un estatuto uniforme para los refugiados o las personas susceptibles de recibir protección subsidiaria, y por el que se deroga la Directiva 2011/95/UE*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1347, 22.5.2024. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1347/oj

Salazar-Benítez, O. (2021). La (in)trascendencia constitucional de la perspectiva de género: Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España. *Revista de Derecho Político*, (111), 77–108. https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31054

Schmitz, C.L., Gabel, S.G. (2023). Women, Human Rights, and Gender Equality. *Journal of Human Rights and Social Work,* (8), 359–360. https://doi.org/10.1007/s41134-023-00288-7

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2023). *Pajak and Others v. Poland*. Sentencia de 24 de octubre de 2023. https://bit.ly/4kjud9o

Tribunal Supremo, Sala tercera. (17 de julio de 2018). *STS 1263/2018*. https://vlex.es/vid/735629461

Yahyaoui-Krivenko, E. (2024). Sex and Gender in International Human Rights Law through the Prism of the "Women" Category in Recent Case Law. *Human Rights Law Review*, 24(2), ngae012. https://doi.org/10.1093/hrlr/ngae012

Zamfir, I. (2024). *Normas de la UE para combatir la violencia contra las mujeres*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_ATA(2024)760440

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
La autora del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
La autora realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.140

La paridad de género en el proceso electoral: el contexto del proceso electoral extraordinario del Poder Judicial en México

Gender equity in the electoral process: the context of the electoral process of the Judiciary in Mexico

Fernando Manuel Castro Figueroa[1]
Katia Elizabeth Torres Sánchez[2]

Autores:

[1]Doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Profesor de la Universidad Autónoma de Baja California, México.
castro.fernando@uabc.edu.mx
https://orcid.org/0000-0002-2180-3721

[2]Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California, México.
Profesora de la Universidad Autónoma de Baja California, México
k30612@uabc.edu.mx
https://orcid.org/0000-0002-6556-8487

Recibido: 01/03/2025
Aprobado: 18/05/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Castro Figueroa, F. M. y Torres Sánchez, K. E. (2025). La paridad de género en el proceso electoral: el contexto del proceso electoral extraordinario del Poder Judicial en México. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 69-83. https://doi.org/10.61542/rjch.140

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Fernando Manuel Castro Figueroa
© 2025 Katia Elizabeth Torres Sánchez

RESUMEN

El presente artículo analiza la paridad de género en el contexto del proceso electoral del Poder Judicial en México. Se examina la problemática de la representación de las mujeres en espacios de poder y decisión, así como los desafíos estructurales que persisten en su plena inclusión dentro del sistema judicial. El objetivo del estudio es evaluar los impactos de las recientes reformas estructurales en la equidad de género dentro del ámbito judicial. La metodología empleada se basa en un análisis documental y normativo, en el que se revisan reformas legales, estudios académicos, informes institucionales y estadísticas oficiales. Entre los principales hallazgos, se identifican avances significativos en la participación femenina, pero también barreras estructurales que continúan limitando la equidad de género en los procesos de selección y nombramiento judicial. Finalmente, se resalta la importancia de garantizar la paridad de género como un mecanismo esencial para fortalecer la democracia y asegurar un acceso igualitario a los órganos de representación judicial.

Palabras clave: Equidad de género; Poder Judicial; Proceso electoral; Representación política; Inclusión.

ABSTRACT

This article analyzes gender equity in the context of the electoral process within the Mexican judiciary. The study examines the problem of women's representation in positions of power and decision-making, as well as the structural challenges that persist in achieving full inclusion of women in the judicial system. The objective is to assess the impact of recent structural reforms on gender equality within the judiciary. The methodology used is based on a documentary and regulatory analysis, reviewing legal reforms, academic studies, institutional reports, and official statistics. The main findings highlight significant progress in female participation but also reveal structural barriers that continue to limit gender equity in judicial selection and appointment processes. Finally, the article underscores the importance of ensuring gender parity as a fundamental mechanism to strengthen democracy and guarantee equal access to judicial representation bodies.

Keywords: Gender equity; Judiciary; Electoral process; Political representation; Inclusion.

Introducción

En los últimos años, la equidad de género ha cobrado relevancia en el debate político y jurídico en México. Las reformas constitucionales y legales han establecido mecanismos para garantizar la participación igualitaria de las mujeres en los diferentes niveles de representación política, incluyendo el ámbito judicial. No obstante, persisten retos significativos que deben abordarse para consolidar una verdadera equidad.

Este artículo contextualiza la problemática de la paridad de género en el Poder Judicial, analizando las interrogantes centrales sobre su implementación en el proceso electoral de jueces y magistrados. Se plantean las preguntas de investigación: ¿cómo han influido las recientes reformas en la representación femenina dentro del sistema judicial? ¿cuáles son los principales obstáculos que enfrentan las mujeres en los procesos de selección y designación judicial?

Los objetivos del estudio incluyen la identificación de los avances normativos más relevantes, el análisis de las barreras estructurales que aún prevalecen y la propuesta de estrategias para fortalecer la equidad de género en el ámbito judicial. Para ello, se emplea una metodología basada en la revisión documental y normativa, que permite obtener una visión integral del fenómeno y sus implicaciones en el acceso de las mujeres a posiciones de poder y decisión dentro del Poder Judicial.

1. Contexto histórico y normativo de la equidad de género en México

La lucha por la equidad de género en México ha sido un camino largo y complejo, marcado tanto por avances legislativos como por movimientos sociales. Históricamente, las mujeres han enfrentado distintos tipos de discriminación y violencia que han limitado su participación en la vida pública del país. Como menciona Llañes Elizondo (2022) “las mujeres vivieron exclusión en espacios públicos y privados, sin poder ejercer los derechos político-electorales, sin libertad de expresión, denigrándolas por supuestas faltas de capacidades en muchas ocasiones” (p. 167). Esta exclusión ha sido una barrera que, aunque se ha debilitado con el tiempo, sigue presente en muchos sectores.

En las últimas tres décadas, el país ha logrado reformas significativas que buscan garantizar una representación equitativa en los espacios de poder y toma de decisiones. Un ejemplo clave fue la reforma constitucional del año 2014 en materia de paridad de género, en la cual obligó a los partidos políticos a postular el 50% de candidaturas femeninas para cargos de elección popular.

Más adelante, en el año 2019, se aprobó la reforma constitucional conocida como “Paridad en todo”, en ésta se estableció que la mitad de los cargos de decisión en los tres niveles de gobierno debían ser ocupados por mujeres. Esta medida buscó garantizar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en el ejercicio del poder público. Sin embargo, a pesar de estos avances, la realidad muestra que aún persisten prácticas discriminatorias y, sobre todo, violencia política de género, lo que ha llevado a la creación de nuevos lineamientos para asegurar la paridad en todos los ámbitos.

Como destaca Canales Murillo & Vivas Mantilla (2021), “la perspectiva de género es precisamente una herramienta indispensable para obtener la llamada igualdad sustantiva” (p. 260), argumento que refuerza la necesidad de adoptar enfoques integrales que permitan superar las brechas estructurales dentro del sistema judicial.

Hoy en día, las mujeres aún no han logrado ocupar suficientes espacios para desarrollar plenamente su vida pública. Además de enfrentarse a estructuras dominadas históricamente por hombres, han tenido que crear sus propios espacios dentro de organizaciones civiles, religiosas y políticas para abrirse camino en escenarios donde tradicionalmente no eran consideradas para ocupar alguno. Como señala Lagarde y de los Ríos (2023) "la política, antes vedada por género a las mujeres y ubicada en una esfera externa a la cotidianidad, se ha convertido en un ámbito de interés de las mujeres y además un espacio simbólico y práctico necesario, imprescindible" (pp. 220-221).

A nivel comparado, la participación de las mujeres en cargos públicos dentro de los poderes Ejecutivo y Legislativo ha sido objeto de múltiples estudios que permiten identificar avances, resistencias y mecanismos eficaces para garantizar la paridad. En el caso mexicano, se han documentado experiencias en las que la implementación de cuotas y reformas como la "paridad en todo" han tenido impactos significativos en la integración de los congresos locales y federales (Freidenberg & Gilas, 2023) Estos antecedentes resultan relevantes para comprender los retos que implica ahora trasladar este principio al Poder Judicial, donde la dinámica de selección y los mecanismos institucionales han sido tradicionalmente más cerrados.

Como señalan Gilas (2024) y Freidenberg (2024), las reformas judiciales con enfoque de género requieren no solo un marco normativo robusto, sino también acciones institucionales concretas para asegurar que la participación femenina se traduzca en representación efectiva.

Esta mayor participación femenina en la vida pública es un paso clave hacia la igualdad sustantiva. No se trata solo de ocupar cargos, sino de generar condiciones reales de equidad en los espacios de poder y toma de decisiones. El reto es garantizar que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres para acceder a estos puestos y ejercer su labor sin obstáculos.

En el ámbito judicial, la paridad —que inicialmente se enfocaba en la política— ha comenzado a aplicarse también en la designación de juezas y magistradas. Sin embargo, su implementación ha sido más lenta y enfrenta resistencias institucionales. Aunque las reformas recientes buscan eliminar las brechas de género y garantizar una representación equitativa, los cambios estructurales en el Poder Judicial no han avanzado al mismo ritmo que en otros sectores.

El impulso de estas reformas ha sido posible gracias a políticas públicas enfocadas en garantizar el acceso igualitario de las mujeres a puestos de toma de decisiones. Un ejemplo es la reforma constitucional de 2019 anteriormente mencionada, que estableció la paridad de género en todos los niveles de gobierno, incluido el Poder Judicial. Gracias a esto, más mujeres han sido consideradas para ocupar cargos de poder como lo es ser juezas y/o magistradas, aunque su presencia sigue siendo limitada y enfrenta diversos desafíos.

A pesar de estos avances, la realidad es que la representación femenina en las altas esferas del Poder Judicial sigue siendo insuficiente. En la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), las mujeres continúan siendo minoría y, en los Tribunales Colegiados y de Circuito, la proporción de juezas y magistradas es aún menor. Entre los factores que han dificultado su acceso a estas posiciones se encuentran los estereotipos de género, la falta de redes de mentoría y la prevalencia de estructuras masculinizadas dentro del sistema judicial.

Para contrarrestar estas desigualdades, se han implementado mecanismos como cuotas de género en los procesos de selección, lineamientos con perspectiva de género para evaluar la trayectoria profesional de las candidatas y programas de capacitación para sensibilizar a los órganos de decisión sobre la importancia de la paridad. Organismos internacionales como ONU Mujeres y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han

emitido recomendaciones para que los Estados fortalezcan sus esfuerzos en la promoción de la equidad dentro del sistema de justicia.

Sin embargo, alcanzar la paridad en el Poder Judicial requiere más que reformas legislativas: es necesario un compromiso constante de las instituciones y un cambio cultural que reconozca el liderazgo femenino como un pilar fundamental para la impartición de justicia con enfoque de igualdad y derechos humanos. Incluir a más mujeres en este ámbito no solo refuerza la legitimidad del sistema judicial, sino que también contribuye a consolidar un Estado de derecho más equitativo y representativo para toda la sociedad.

Como plantea Olmeda-García (2015) "el derecho es un instrumento para la realización de fines sociales y no un simple ordenamiento formal" (p. 67). Esta afirmación es clave para repensar la labor de quienes imparten justicia no solo como técnicos aplicadores de normas, sino como agentes transformadores capaces de impulsar una paridad efectiva y una justicia sensible al contexto.

2. La situación actual en el proceso electoral del Poder Judicial

A diferencia de los procesos electorales políticos, la selección y designación en el Poder Judicial sigue un camino distinto, basado en la meritocracia, la evaluación de capacidades, la idoneidad y la intervención de órganos colegiados. Sin embargo, estos principios no han sido suficientes para garantizar la equidad. Históricamente, los puestos de mayor poder en el ámbito judicial han estado ocupados mayoritariamente por hombres, reflejando una estructura de poder que ha dificultado el acceso de las mujeres a estos espacios.

Si nos enfocamos en el Proceso Electoral Extraordinario 2024-2025, que abarca la elección de personas juzgadoras del Poder Judicial de la Federación, podemos notar que el Consejo General del Instituto Nacional Electoral ([INE], 2025) ha emitido diversos lineamientos para su implementación. Como parte de este proceso, se ha conformado una Comisión Temporal del Proceso Electoral Extraordinario, además de comités de evaluación en los tres poderes para la selección de cargos dentro del Poder Judicial de la Federación 2024-2025 (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024). A nivel estatal, se han seguido procedimientos similares para el proceso electoral local extraordinario de 2025.

Este proceso ha sido complejo y sigue enfrentando retos. Uno de los principales objetivos ha sido garantizar que todas las actividades se realicen en tiempo y forma, asegurando plazos adecuados entre cada etapa del proceso.

Dentro de este contexto, es clave mencionar el decreto de reforma del Poder Judicial del 15 de septiembre de 2024, el cual modificó y adicionó diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en los artículos 94, 96, 97 y 99. Esta reforma establece que la elección de jueces y magistrados para los órganos jurisdiccionales se realizará mediante concursos abiertos, con la novedad de que los ganadores serán elegidos por votación libre, directa y secreta de la ciudadanía. Además, el proceso deberá cumplir con el principio de paridad de género (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024).

Según el artículo 3, numeral 1, inciso d) bis de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), la paridad de género se entiende como la "igualdad política entre mujeres y hombres, garantizada con la asignación del 50% de mujeres y 50% de hombres en candidaturas a cargos de elección popular y en nombramientos de cargos por designación" (INE, 2025).

Desde una perspectiva de género, este sistema electoral presenta tanto oportunidades como desafíos. Por un lado, exigir paridad en las candidaturas busca corregir la subrepresentación histórica de las mujeres en la judicatura. Sin embargo, esto no garantiza automáticamente que sean electas, ya que persisten obstáculos como el acceso desigual a redes de apoyo político, menor visibilidad mediática y la persistencia de estereotipos de género que pueden limitar sus posibilidades de éxito.

Este punto ha generado debate sobre si imponer mecanismos de paridad en cargos jurisdiccionales infringe o no el principio democrático de igualdad. Algunos autores como Cortés (2018) argumentan que la paridad debe entenderse como una condición de posibilidad para garantizar la igualdad sustantiva, y no como una excepción al mérito o al pluralismo democrático.

Este cambio en la selección de personas juzgadoras (juezas, jueces, magistradas y magistrados) representa un punto de inflexión en la organización del Poder Judicial en México. Transferir la elección de estos cargos a la ciudadanía significa una transformación profunda en un sistema que, hasta ahora, había estado basado en designaciones con criterios técnicos y de experiencia profesional. No obstante, este modelo inédito en la historia judicial del país ha generado intensos debates sobre su viabilidad, la independencia judicial y el impacto que podría tener en la imparcialidad de las resoluciones.

Uno de los aspectos más preocupantes es la posible politización del Poder Judicial. Permitir que la elección de personas juzgadoras sea por voto popular los expone a dinámicas partidistas y a la necesidad de financiamiento de campañas, lo que podría comprometer la autonomía del sistema judicial. Experiencias en otros países han mostrado que este tipo de elecciones tiende a influenciar las decisiones de los jueces en función de la opinión pública y las presiones políticas, debilitando su independencia y afectando la imparcialidad en la aplicación de la justicia.

Por otro lado, la reforma establece que los concursos abiertos deberán garantizar la transparencia y la evaluación de méritos, lo que representa una oportunidad para democratizar el acceso a la carrera judicial y eliminar procesos opacos o discrecionales que históricamente han favorecido la reproducción de estructuras de poder masculinizadas. Sin embargo, aún hay muchas interrogantes sobre cómo se implementará este nuevo sistema y qué medidas se tomarán para evitar distorsiones en el proceso.

Dado este panorama, es crucial dar seguimiento al desarrollo del Proceso Electoral Extraordinario 2024-2025 y su impacto en la equidad de género dentro del Poder Judicial. La forma en que se lleve a cabo esta reforma sentará un precedente fundamental para próximas elecciones de las personas juzgadoras en México. Esto además será determinante para saber si realmente estamos avanzando hacia un sistema de justicia más inclusivo, equitativo y representativo.

En los transitorios del decreto de reforma, el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2024), establece que la elección de personas juzgadoras del Poder Judicial deberá garantizar la paridad de género en todo momento. Para ello, se implementará un sistema en la boleta electoral que permita asegurar esta distribución equitativa entre mujeres y hombres. La boleta garantizará que las y los votantes asienten la candidatura de su elección conforme a lo siguiente:

a) Para ministras y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán elegir hasta cinco mujeres y hasta cuatro hombres;
b) Para Magistradas y Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial podrán elegir hasta tres mujeres y hasta dos hombres;

c) Para Magistradas y Magistrados de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación podrán elegir hasta dos mujeres y hasta dos hombres;
d) Para Magistradas y Magistrados de salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación podrán elegir hasta dos mujeres y un hombre por cada sala;
e) Para Magistradas y Magistrados de Circuito y Juezas y Jueces de Distrito podrán elegir hasta cinco mujeres y hasta cinco hombres.

Podemos ver que, a lo largo de este Proceso Extraordinario, se ha puesto un énfasis constante en garantizar la paridad de género. La inclusión de estas y otras disposiciones dentro del proceso electoral para la elección de personas juzgadoras no solo busca equilibrar la representación, sino también romper con los patrones culturales que han relegado históricamente a las mujeres fuera de la vida pública. En particular, estas medidas buscan abrir más espacios en cargos de dirección y toma de decisiones, desafiando la idea de que ciertos roles de poder están reservados exclusivamente para los hombres (en específico los del orden público).

Estadísticas recientes muestran que, aunque el número de Juezas y Magistradas que se encuentran en funciones actualmente ha incrementado, su representación en los niveles más altos del Poder Judicial, como las presidencias de tribunales o las salas especializadas, sigue siendo limitada y ocupada principalmente por hombres. De acuerdo a cifras presentadas por el Instituto Nacional de las Mujeres ([INMUJER], 2022) en lo que respecta al nivel federal:

> En los Plenos del Poder Judicial las mujeres ocupan el 28% de los espacios de las y los ministros, magistrados y consejeros. En cuanto a todo el personal que labora (50,999), las mujeres representan el 49.6%. En el nivel estatal, las mujeres titulares son el 29.7%. Pero respecto al personal (70,294), cuatro de cada diez son mujeres, principalmente ubicadas en las áreas administrativas y no de impartición de justicia. (p.133)

En los datos mencionados, se puede observar que las mujeres dentro del Poder Judicial tanto a nivel federal como estatal, se encuentran situadas en puestos de trabajo que no son necesariamente puestos directivos o de poder. Por lo cual, el incluir dentro de la elección la perspectiva de género, y en específico la paridad permiten que las mujeres puedan acceder cada vez más a una plena participación pública.

3. Obstáculos estructurales y culturales

Uno de los principales desafíos para la paridad de género en el Poder Judicial es la existencia de obstáculos estructurales y culturales profundamente arraigados. Como hemos mencionado, en las últimas décadas han existido diversas reformas político-electorales que buscan promover la participación de las mujeres en igualdad de condiciones con respecto a los hombres. Sin embargo, uno de los puntos que debe importantes que no permite alcanzar equitativamente un lugar público es la violencia política hacia las mujeres.

Los obstáculos estructurales se refieren a las barreras institucionales, legales y organizacionales que limitan el acceso de las mujeres a cargos de decisión, como los sistemas jerárquicos cerrados, procesos de promoción poco transparentes o incompatibles con la maternidad, y la escasez de políticas de conciliación. Por otro lado, los obstáculos culturales se vinculan con las normas sociales, estereotipos y prejuicios que asocian los roles de liderazgo con lo masculino, y que generan resistencias a reconocer el liderazgo femenino en el ámbito judicial.

Como lo explica Aránguez Sánchez (2021), retomando a Gerda Lerner:

> La historia de las ideas ha presentado al varón como la norma y a la mujer como la desviación; el varón como un ser completo y poderoso, la mujer como un ser mutilado y débil (...) Esta idea transformará la conciencia de forma tan decisiva como el descubrimiento de Copérnico de que la Tierra no es el centro del universo (p. 25)

En este contexto, la violencia política contra las mujeres y los estereotipos que las perciben como menos racionales son obstáculos de carácter cultural, mientras que la doble jornada laboral, la ausencia de licencias parentales equitativas, o las redes de poder masculinas corresponden a obstáculos estructurales. Esta clasificación permite entender con mayor claridad la raíz de las desigualdades persistentes.

Lo anterior, a razón de que la vida pública y sobre todo la esfera política ha sido construida desde una lógica patriarcal, con normas sociales y culturales asimétricas, favoreciendo al hombre y subordinando a las mujeres. Por lo que, "la creciente presencia de las mujeres en espacios públicos y de toma de decisiones visibiliza, en mayor medida, la violencia que se padece también en los espacios privados y laborales (…)" (Sáenz Vela & Vera López, 2023, p. 321). Persistiendo dentro de este ámbito los diversos tipos de violencia que se suscitan en los hogares o en el ámbito privado.

A pesar de los esfuerzos por lograr la paridad de género, se encuentran obstáculos estructurales y culturales dentro de los que destacan tres grandes grupos:

- **Discriminación y sesgos de género:** Cuando se habla de las actividades que puede realizar las mujeres, estos normalmente se encuentran limitados a aquellos que son del orden privado. Por lo cual, se enfrentan a diversos estereotipos que las perciben como menos capaces de ocupar posiciones de liderazgo por ser consideradas como volubles y menos razonables que los hombres.
- **Falta de políticas de conciliación laboral y familiar:** A pesar de que las mujeres se encuentran cada vez en un mayor número de puestos de poder, la realidad es que las mujeres se siguen enfrentando a la doble carga de trabajo (laboral y doméstica), dentro del cual realiza tareas como: administración, mantenimiento y limpieza del hogar, cuidado de menores y adultos mayores (De la Fuente Rivera et al., 2021, p. 61), además de sus respectivas labores dentro del lugar de trabajo. Lo cual, limita las posibilidades de desarrollo profesional de las mujeres.
- **Redes de poder masculinas:** Las estructuras de poder tradicionalmente dominadas por hombres dificultan la inclusión de mujeres en espacios clave de decisión. A pesar de que estas redes son hasta cierto punto informales, lo cierto es que están construidas a lo largo de mucho tiempo fomentando la homogeneidad del género masculino en los diversos cargos de poder.

Según Hernández Herrera (2024), las mujeres perciben que hay menos líderes femeninas que masculinos debido a que su trabajo rara vez recibe el reconocimiento que merece, y las organizaciones tienden a ofrecer más oportunidades laborales a los hombres. Además, persiste la creencia de que las mujeres son menos capaces de liderar, lo que demuestra que los prejuicios en su contra siguen vigentes, ya que se cuestiona su capacidad debido a la percepción de que actúan con base en sus emociones.

Bajo esto, persiste además en una parte de la sociedad la idea tradicional de los roles de género, propiciándose la violencia (en sus diversos tipos y modalidades) hacia aquellas mujeres que buscan salir de estos roles asignados a las mujeres, en donde la distribución del poder público es ejercida por los hombres. Sin duda,

"la violencia contra la mujer inhibe gravemente su capacidad para disfrutar de los derechos y las libertades en un plano de igualdad con los hombres" (INMUJER, 2020).

Además, que dentro de los diversos obstáculos que existen para que las mujeres participen plenamente en el ámbito público tiene que ver con la vida laboral. Las mujeres son despedidas de su trabajo injustamente por cuestiones relativas a la maternidad, e inclusive esto limita el acceso a un crecimiento profesional. "Las mujeres son menos preferidas a la hora de un ascenso, un aumento o una promoción por la persistencia de estigmas y prejuicios" (García, 2021, p. 123). De este modo, las diversas cargas domésticas y de cuidado a las que se encuentran sometidas las mujeres, propician diversas limitantes para participar en la vida pública, en específico en la laboral.

Asimismo, de acuerdo con el informe de la Organización Internacional del Trabajo (2019), "Un paso decisivo hacia la igualdad de género: en pos de un mejor futuro del trabajo para todos", un futuro laboral más equitativo para las mujeres solo será posible eliminando la discriminación y las desventajas, así como superando los estereotipos profundamente arraigados sobre las mujeres en la sociedad, el valor de su trabajo y su posición en el mercado laboral.

Es una realidad que dentro de la esfera pública los derechos de las mujeres han evolucionado en menor medida que la de los hombres. Buscando la representación o inclusive participación dentro del poder público por medio de diversas y constantes luchas por el reconocimiento de sus derechos.

El reconocimiento de los derechos de las mujeres, tanto en orden público como en el privado, constituye una labor que debe ser realizada tanto por hombres y como por mujeres. Sin duda es fundamental promover la participación activa de toda la sociedad para logar eliminar los diversos obstáculos que históricamente han impedido que las mujeres ocupen cargos de relevancia pública.

En particular, cuando mencionamos al Poder Judicial, se requiere la presencia de cambios estructurales y sobre todo una transformación ideológica para buscar alcanzar una verdadera equidad o paridad de género que garantice la representación de las mujeres dentro de cargos públicos y el acceso igualitario para estas en posiciones de decisión judicial.

4. Avances recientes y buenas prácticas

A pesar de los desafíos que se resisten al cambio, también es importante reconocer los diversos avances existentes. Dentro de los últimos treinta años se han observado avances significativos como las diversas reformas a la legislación en materia de paridad, como apunta Fernández Poncela (2023, p. 87):

1. En 1997, se aprobó la reforma al artículo 1 del Código Feder al de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), donde se recomendó a las candidaturas del Senado y Cámara de diputados que no excedieran del 70% para cada sexo.
2. En 2002, se aprobaron reformas al COFIPE en donde se obligó a la inscripción de por lo menos el 30% de candidatas mujeres en lo que respecta a las listas de elección popular.
3. En el 2008, se elevó el porcentaje de las cuotas de género al 40%.
4. En 2012, el 2% del gasto de los partidos debía ser implementado para capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres.
5. En 2014, con la reforma constitucional, se busca la paridad de hombres y mujeres en candidaturas federales y estatales.

6. En el 2019, se da la reforma constitucional con la denominada “Paridad en todo”.

Si bien, estos avances se han realizado en materia de paridad en México, tienen una relevancia significativa en el proceso extraordinario de personas juzgadoras, permitiendo una participación activa de las mujeres en la vida pública del país.

Además, existen ejemplos alentadores de avances hacia la equidad de género en el Poder Judicial mexicano. Entre estos se destacan:

- La creación de comités de igualdad y género, estos fueron creados en diversas instituciones judiciales ha permitido la creación e implementación de políticas públicas más inclusivas. Si hablamos del nivel federal, se encuentra el Comité Interinstitucional de Igualdad de Género del PJF, el cual es el “responsable de unificar los criterios generales de planeación, seguimiento y evaluación de los esfuerzos para institucionalizar y transversalizar la perspectiva de género en las tres instancias del PJF” (SCJN, s.f.).
- Capacitación en perspectiva de género: Se han desarrollado programas de formación obligatoria para las personas juzgadoras que trabajan en el Poder Judicial sobre la perspectiva de género, lo que ha contribuido a un cambio gradual en la cultura institucional. Mediante este proceso lo que se busca es el proporcionar las diversas herramientas, conocimientos, técnicas y otros procesos que sirvan para desarrollar cambios de actitud y comportamiento (Naciones Unidas Mujeres, s.f.) en todas las personas trabajadoras dentro del PJF.
- Reformas para garantizar procesos de selección más transparentes y equitativos, reduciendo el margen de discrecionalidad en las designaciones. Estas reformas buscan reducir la discrecionalidad en las designaciones y asegurar que los criterios de selección sean objetivos, promoviendo la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito judicial. (SCJN, 2015).

5. La equidad de género como pilar de la democracia y la justicia

La equidad de género no es solo una cuestión de justicia social, sino también un requisito fundamental para el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia. Un Poder Judicial verdaderamente representativo debe reflejar la diversidad de la sociedad a la que sirve. La inclusión de mujeres en todas las instancias judiciales en condiciones de igualdad a los hombres contribuye a generar mayor legitimidad y confianza pública en las instituciones.

Además, estudios internacionales han demostrado que la presencia de mujeres en los tribunales mejora la calidad de la justicia, especialmente en temas relacionados con los derechos humanos, la violencia de género y la justicia familiar.

Según la "Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres", elaborada por el Grupo Interagencial de Género de Naciones Unidas, el Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial y la Fiscalía General de la Nación de Uruguay, "la identificación temprana y la prevención de los estereotipos nocivos de género, así como la aplicación de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres en la práctica judicial, son esenciales para mejorar la calidad de la justicia" (Grupo Interagencial de Género de Naciones Unidas et al., 2020, p. 5)

A partir de datos recientes, se observa que la participación de las mujeres en el Poder Judicial de la Federación ha mostrado avances en los últimos años. Sin embargo, persisten desafíos para alcanzar una representación equitativa en todos los niveles jerárquicos

Tabla 1

Participación de mujeres en el Poder Judicial de México en 2023

Nivel Judicial	Porcentaje de Mujeres (%)	Porcentaje de Hombres (%)
Personal total del Poder Judicial	49.5%	50.5%
Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013)	36.6%	63.4%
Tribunales Colegiados de Circuito	20.7%	79.3%
Tribunales Unitarios de Circuito	28%	72%
Juzgados de Distrito	30.5%	69.5%

Nota. Datos obtenidos del Instituto Nacional de las Mujeres (2020a).

Los datos presentados en la Tabla 1 reflejan que, aunque las mujeres constituyen casi la mitad del personal total en el Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, como se puede observar su representación disminuye en los niveles más altos de toma de decisiones dentro de este sector. Por ejemplo, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las mujeres representan el 36.6% de los ministros, mientras que, en los Tribunales Colegiados de Circuito, su participación solamente es del 20.7%, es decir más de dos terceras partes de los puestos de toma de decisiones se encuentran ocupadas por hombres. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2024; Instituto Nacional de las Mujeres, 2020b)

Estos hallazgos son consistentes con estudios previos que señalan la existencia de barreras estructurales y culturales que limitan el acceso de las mujeres a posiciones de mayor jerarquía en el ámbito judicial. Entre los factores identificados se encuentran:

- Sesgos de género en los procesos de selección y promoción: Las mujeres enfrentan estereotipos que cuestionan su capacidad para desempeñar roles de liderazgo en el sector judicial. Se debe entender que, los sesgos de género son tendencias cognitivas y sociales que pueden influir en la forma en que las personas perciben, evalúan y se comportan hacia individuos de diferentes géneros. Se basan en la percepción de que las mujeres no son iguales a los hombres en derechos y/o dignidad. (Martínez-Álvaro, 2024)
- Responsabilidades domésticas y de cuidado: La carga desproporcionada de tareas domésticas y de cuidado que recae sobre las mujeres puede limitar su disponibilidad para asumir cargos que demandan mayor tiempo y compromiso. El artículo "Barreras estructurales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género" destaca que "las mujeres dedican al menos el doble del tiempo que los hombres en trabajos domésticos no remunerados", lo que restringe sus oportunidades profesionales. (De Giuli, 2024)

- Falta de redes de apoyo profesional: Las mujeres suelen tener menos acceso a redes de mentoría y patrocinio que faciliten su ascenso en la carrera judicial en comparación a la que pueden tener los hombres. Lo anterior, derivado de que históricamente los grupos de apoyo para este tipo de gestión eran normalmente desarrollados entre hombres, en los cuales se daba mayor oportunidad de acceder a cargos e inclusive de información privilegiada. La escasez de mujeres en los puestos altos de cargo o dirección también limita las redes de apoyo profesional entre estas. Debido que al no existir o ser pocas las referentes que se encuentren en puestos de poder, reduce la posibilidad de transferir conocimiento o información entre mujeres, que les permita conocer los retos, experiencias y estrategias.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha señalado que la falta de paridad en los órganos jurisdiccionales puede afectar la independencia judicial y la legitimidad democrática del sistema. En su informe "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia", advierte que los Estados deben adoptar acciones afirmativas para promover la participación sustantiva de mujeres en el ámbito judicial.

Para abordar estas desigualdades, es fundamental implementar políticas que promuevan la equidad de género, tales como:

- Programas de mentoría y capacitación en liderazgo para mujeres: este tipo de programas contribuye a que las mujeres fortalezcan sus habilidades y confianza para asumir cargos con mayor responsabilidad a través de observar y aprender directamente de otras mujeres que son líderes en ciertos sectores. Además, contribuyen a que desarrollen una visión distinta la cual puede incluir: la perspectiva de género, comunicación asertiva y la toma de decisiones estratégicas, ampliando visiblemente la forma en la que se puedan desarrollar a lo largo de su vida laboral.

- Reformas en los procesos de selección y promoción: estas son fundamentales para eliminar los posibles sesgos que puedan afectar el acceso a mejores niveles o roles dentro de su vida laboral. Por lo cual, el asegurar la transparencia dentro de estos procesos en donde se puedan observar los criterios que se utilizan, así como las métricas específicas utilizadas para evaluar las candidaturas o concursos a diversos puestos, contribuirá efectivamente a reducir significativamente los sesgos de género.

- Políticas de conciliación laboral y familiar: como horarios flexibles y licencias parentales equitativas, que permitan a las mujeres equilibrar sus responsabilidades profesionales y personales. Por ejemplo, el Real Decreto-ley 6/2019 en España (Jefatura del Estado, 2019) destaca la importancia de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, subrayando la necesidad de políticas que faciliten la conciliación de la vida personal y laboral.

Además, estudios señalan que satisfacer las necesidades de cuidado de manera intencional y efectiva, tanto para mujeres como para hombres, es esencial para promover la equidad de género en el entorno laboral

Según el Grupo de Alto Nivel sobre Justicia para las Mujeres (2019), la participación profesional de las mujeres en el sector de la justicia es tanto un derecho humano como un componente crucial de la buena gobernanza. Las mujeres han sufrido históricamente discriminación y exclusión de la vida pública y los altos cargos, incluido el sistema legal.

En base a lo anterior, el abordaje de estos obstáculos requiere realizar cambios normativos e institucionales. Elaborar un plan de carrera con perspectiva de género, modificar la normativa en los concursos para atenuar los criterios subjetivos en la designación, impulsar la autolimitación del Poder Ejecutivo a fin de

asegurar la paridad como criterio en los nombramientos y realizar campañas de difusión para eliminar sesgos y prejuicios en materia de género y diversidad, son algunas de las medidas a implementar (Lucarella, 2022). Por lo cual, es importante poder establecer diversos programas y políticas que contribuyan al pleno desarrollo laboral de las mujeres.

En este sentido, los protocolos de actuación con enfoque de derechos humanos, como el elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para casos que involucran a niñas, niños y adolescentes, muestran cómo los instrumentos orientadores pueden fortalecer la función judicial. Como señalan Venegas Contreras & Vicente Rodríguez (2019):

> El Protocolo de actuación no es sólo una obligación de cara al derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, sino también un medio necesario para coadyuvar en la labor del impartidor judicial, al aportar mayores elementos para considerar en la toma de su decisión. (p. 25)

Conclusiones

Los hallazgos obtenidos confirman lo anticipado en la Introducción: si bien las reformas legales y los esfuerzos institucionales han propiciado avances en la representación de las mujeres dentro del Poder Judicial, lo cierto es que aún persisten obstáculos estructurales y culturales que frenan una equidad plena y una participación activa de las mujeres dentro de puestos de poder.

En lo que respecta al desarrollo del presente trabajo, se evidenció que, aunque la proporción de mujeres en el conjunto del personal del Poder Judicial es cercana al 50%, su presencia decrece significativamente en los niveles más altos de toma de decisiones de poder. Esta tendencia se discutió dentro de la sección en donde pudimos observar la presencia de diversos factores como la discriminación y el sesgo de género, así como la falta de políticas de conciliación de la vida laboral-familiar y la ausencia de redes de mentoría que apoyen la promoción de las mujeres, como factores importantes que permean la falta de verdaderas oportunidades para las mujeres dentro de la vida pública.

Cabe señalar que las diversas reformas que se han realizado y que son tendientes a la existencia de paridad en todos los niveles, tampoco disminuye el tipo de violencia que pueden sufrir las mujeres al figurar en el espacio público y político. Donde sus decisiones serán siempre cuestionadas y objetadas por el simple hecho de ser mujeres.

El Proceso Extraordinario 2024-2025 se encuentra en marcha, las diversas limitantes, obstáculos, avances, mejorías o retos al respecto de la paridad dentro del Poder Judicial y sobretodo la mejoría que traería consigo el que las mujeres tengan mayores puestos de poder se encuentra todavía en proceso de darnos una respuesta.

No obstante, es importante señalar algunas limitaciones del presente estudio. En primer lugar, la información utilizada proviene de estadísticas oficiales y análisis documentales que podrían no reflejar las realidades específicas de cada contexto local o de tribunales de menor jerarquía. Asimismo, la metodología basada principalmente en revisión normativa y documental no incluyó entrevistas o encuestas directas con magistradas, juezas o funcionarios judiciales, lo cual hubiera enriquecido la comprensión de las barreras y experiencias de género. Estas limitaciones pueden influir en la interpretación de los resultados, ya que se parte de fuentes secundarias que ofrecen una visión global, pero no necesariamente matizada a distintos niveles y regiones.

Finalmente, la evidencia presentada abre la puerta a futuras líneas de investigación. Por ejemplo, se podrían realizar estudios comparativos entre distintos poderes judiciales estatales para identificar buenas prácticas y retos locales. También sería valioso profundizar en metodologías cualitativas (entrevistas a profundidad o grupos focales) que exploren las trayectorias profesionales de las mujeres en la judicatura, así como el impacto de políticas de conciliación familiar en la permanencia y ascenso de las mujeres en posiciones de liderazgo. Estas investigaciones contribuirían a diseñar estrategias más efectivas para impulsar la paridad de género y, con ello, fortalecer la legitimidad y la calidad de la justicia en México.

Referencias

Aránguez Sánchez, T. (2021). Indagación sobre las causas del androcentrismo en el saber. En E. B. Goldáraz (Ed.), *Estudios de género en tiempos de amenaza* (pp. 21–33). Dykinson.

Jefatura del Estado español. (7 de marzo de 2019). Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Boletín Oficial del Estado*, n.°57. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244

Canales Murillo, A. E., & Vivas Mantilla, C. K. (2021). Inclusión de la perspectiva de género en los programas de derecho. En E. B. Goldáraz (Ed.), *Estudios de género en tiempos de amenaza* (pp. 253–269). Dykinson.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*. https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf

Cortés, C. (2018). Paridad de género en México: ¿infracción al principio democrático de igualdad? *Revista de Acceso a La Justicia y Derecho*, *18*. https://doi.org/10.17561/rae.v0i18.3557

De Giuli, A. (2024). Barreras estructurales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género. *Milan Law Review*, *5*(1), 11–12. https://riviste.unimi.it/index.php/milanlawreview/article/view/24193

De la Fuente Rivera, S., Hernández, J. S., & Arango Morales, X. A. (2021). Las Barreras a la participación política de las mujeres con doble jornada laboral en Nuevo León, México. *Ciencia y Sociedad*, *46*(3), 59–75. https://doi.org/10.22206/cys.2021.v46i3.pp59-75

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (15 de setiembre de 2024). *DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial*. Diario Oficial de la Federación. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0

Fernández Poncela, A. M. (2023). Limitaciones y posibilidades: reflexión, mujeres y política. En M. E. Perez Domínguez, P. Godínez Mejía, & M. A. Ramírez Zaragoza (Eds.), *Los feminismos en México. Reflexiones analíticas sobre su potencia histórica y política* (pp. 85-100). Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Freidenberg, F. (2024). *La violencia política en razón de género como causal de nulidad de las elecciones*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Freidenberg, F., & Gilas, K. (2023). ¡Leyes Contra la Violencia Política! Actores Críticos, Armonización Legislativa Multinivel y Derechos Políticos-Electorales de las Mujeres en México. *Dados*, *66*(3), e20200349. https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.3.296

García, A. K. (8 de marzo de 2021). *#8M2021: sobrecarga en el hogar, techos de cristal y pisos pegajosos*. El Economista. https://www.eleconomista.com.mx/politica/8M2021-sobrecarga-en-el-hogar-techos-de-cristal-y-pisos-pegajosos-20210308-0030.html

Gilas, K. (2024). La paridad y la representación sustantiva de las mujeres en México. *Estudios Sociológicos De El Colegio De México*, *42*, 1–22. https://doi.org/10.24201/es.2024v42.e2548

Grupo de Alto Nivel sobre Justicia para las Mujeres. (2019). *Justicia para las mujeres: Informe del Grupo de Alto Nivel*. ONU Mujeres, IDLO, Banco Mundial y Grupo de Trabajo sobre Justicia. https://www.idlo.int/sites/default/files/pdfs/publications/Justice-for-Women_Full-Report-Spanish.pdf

Grupo Interagencial de Género de Naciones Unidas, Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial, & Fiscalía General de la Nación. (2020). *Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. ONU Mujeres. https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/03/guia-poder-judicial-estereotipos-derechos-de-las-mujeres-uruguay

Hernández Herrera, C. A. (2024). Las mujeres y el acceso al liderazgo. *Revista Iberoamericana Para La Investigación y El Desarrollo Educativo*, *15*(29), e749. https://doi.org/10.23913/ride.v15i29.2120

Instituto Nacional de las Mujeres. (2020a). *Banco de datos sobre violencia contra las mujeres*. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA6N11.pdf

Instituto Nacional de las Mujeres. (2020b). *Las mujeres y la violencia en el espacio público. Desigualdad en Cifras*. Boletín n.°4. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA6N04_VoBo_250620_Final.pdf

Instituto Nacional de las Mujeres. (2022). *Las mujeres rumbo a la paridad total. Desigualdad en Cifras* (Boletín No. 2). http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA8N02.pdf

Instituto Nacional Electoral. (2025). *Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se determinan los criterios para garantizar el principio constitucional de paridad de género en el Proceso Electoral Extraordinario del Poder Judicial de la Federación 2024-2025 (INE/CG65/2025)*. https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/handle/123456789/179152

Lagarde y de los Ríos, M. (2023). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Siglo Veintiuno Editores.

Llañes Elizondo, A. M. (2022). *La paridad de género en México. Una nueva perspectiva de justa igualdad entre mujeres y hombres*. Tirant lo Blanch.

Lucarella, C. (2022). *¿Qué barreras dificultan el acceso de mujeres a cargos judiciales?* Justa. Plataforma por una justicia transparente y abierta. https://justa.acij.org.ar/articulos/que-barreras-dificultan-el-acceso-de-mujeres-a-cargos-judiciales

Martínez-Álvaro, L. (2024). *Construir entornos laborales inclusivos y libres de sesgos de género: Guía informativa de sesgos de género y lenguaje inclusivo en el ámbito laboral*. Secretaría General Iberoamericana (SEGIB). https://www.segib.org/wp-content/uploads/Guia_informativa_sesgos_de_genero_Esp_.pdf

Olmeda-García, M. del P. (2015). Formación jurídica: valores, conocimientos y competencias. *Prospectiva Jurídica*, *6*(12), 55–81. https://prospectivajuridica.uaemex.mx/article/view/4490

Naciones Unidas Mujeres. (s.f.). *Formación y desarrollo de capacidades en igualdad de género y empoderamiento de las mujeres*. https://www.unwomen.org/es/how-we-work/capacity-development-and-training#:~:text=La%20capacitaci%C3%B3n%20para%20la%20igualdad,cambios%20de%20actitudes%20y%20comportamientos

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Un paso decisivo hacia la igualdad de género: en pos de un mejor futuro del trabajo para todos*.

https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_725969.pdf

Sáenz Vela, H. M., & Vera López, J. I. (2023). Violencia política contra las mujeres en razón de género, obstáculo persistente en México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, *69*(250), 309-325. https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2024.250.84691

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s.f.). *Sobre el Comité*. https://www.scjn.gob.mx/comite-igualdad-genero/sobre-comite

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género: Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf

Venegas Contreras, J. P., & Vicente Rodríguez, A. (2019). De la naturaleza jurídica del Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en caso de niñas, niños y adolescentes. *Revista de Investigación Académica Sin Frontera: División de Ciencias Económicas y Sociales*, *31*(12), 1-42. https://doi.org/10.46589/rdiasf.v0i31.253

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
Los autores del trabajo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
- Fernando Manuel Castro Figueroa: Conceptualización, Metodología, Redacción (borrador original).
- Katia Elizabeth Torres Sánchez: Curación de datos, Análisis formal de datos, Investigación, Redacción (revisión y edición).

Autor de correspondencia
Katia Elizabeth Torres Sánchez (k30612@uabc.edu.mx)

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.142

La evolución jurídica de la igualdad en el bloque de constitucionalidad centroamericano

The legal evolution of equality in the Central American constitutional bloc

José Mario Achoy Sánchez[1]

Autor:
[1]Doctorando en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesor de la Universidad de Costa Rica.
jachoy@ucm.es
https://orcid.org/0000-0003-0942-6318

Recibido: 28/02/2025
Aprobado: 16/06/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Achoy Sánchez, J. M. (2025). La evolución jurídica de la igualdad en el bloque de constitucionalidad centroamericano. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 85-96. https://doi.org/10.61542/rjch.142

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 José Mario Achoy Sánchez

RESUMEN

Es cierto que el derecho fundamental a la igualdad se trata de una garantía prevista en disposiciones normativas supranacionales. Desde la gestación de importantes coyunturas críticas en el derecho internacional público, la igualdad representa el punto de partida en la transformación de las sociedades que hoy se han erguido en sistemas políticos republicanos. Sin embargo, también es una realidad que, desde el punto de vista jurídico, los efectos de prestación y garantía que resguarda el derecho fundamental a la igual presentan diferenciaciones territoriales. En un primer momento, esta contribución académica presenta los diseños constitucionales centroamericanos en cuanto a la previsión normativa del derecho a la igualdad; para, en un segundo momento, problematizar acerca de las implicaciones diferenciadas de tutela, garantía y prestación que enfrenta la ciudadanía en dicha región. Este análisis busca posicionar que, aún y cuando los ordenamientos jurídicos han constitucionalizado a la igualdad como derecho, persisten desigualdades a las que el derecho les ha resultado ser insuficiente.

Palabras clave: Principio de igualdad; Constitución Política; Centroamérica; Justicia constitucional; sistema político.

ABSTRACT

It is true that the fundamental right to equality is a guarantee provided for in supranational regulatory provisions. Since the emergence of important critical junctures in public international law, equality has represented the starting point for the transformation of societies that have now established themselves as republican political systems. However, it is also true that, from a legal point of view, the effects of the provision and guarantee of the fundamental right to equality vary from one territory to another. This academic contribution first presents the constitutional designs of Central America in terms of the normative provision of the right to equality; then, it problematizes the differentiated implications of protection, guarantee, and provision that citizens face in that region. This analysis seeks to argue that, even though legal systems have constitutionalized equality as a right, inequalities persist that the law has proven insufficient to address.

Keywords: Principle of equality; Political Constitution; Central America; Constitutional justice; Political system.

Introducción

En un reciente texto, Gargarella (2022) explica los problemas que hoy se tienen para comprender a la igualdad desde un punto de vista histórico, así como las implicaciones sociales y constitucionales que esa confusión está ocasionando. La interrogante es sencilla: ¿cómo resultaría posible acceder a la versión y conceptualización de la igualdad según la forma en la que fue concebida inicialmente por la literatura fundadora o el poder constituyente? Eso es problematizado porque, lejos de la creencia que tradicionalmente se tiene, los sistemas republicanos actuales se levantaron a partir de criterios y ejercicios de poder cuyas bases no eran igualitarias. La igualdad reivindicada era una distinta a la que hoy se formula.

Esto es sencillo de observar si se toma en cuenta que el acceso a las diputaciones del ejercicio constituyente originario estaba limitado a una clase social y política. Deja entrever, además, que las ideas de igualdad se configuraron normativamente desde planos distintos a la noción actual de ese valor y principio jurídico. Por el contrario, todo apunta a que la igualdad a la que hacían referencia el poder primigenio, estaba asociada a un tratamiento en las mismas condiciones *inter pares*; y, no necesariamente, a una visión de igualitarismo sin distinción de las clases sociales, los grupos de poder o las escalas económicas.

Esa reflexión es interesante y abona a comprender por qué, hoy en día, ha resultado cada vez más difícil encontrar respuestas a un problema individual y social para la aplicación de este principio jurídico en disyuntivas socialmente controversiales. En múltiples ocasiones se piensa que el Derecho está diseñado para ser aplicado por igual a todas las personas, indistintamente de su condición. La fórmula constitucional de más generaliza incursión es aquella en la que se refiere que *todas las personas son iguales ante la ley* (igualdad formal). En otras realidades, por su parte, se justifican categorías sociales para dar un tratamiento diferenciado, pero idéntico, entre iguales (igualdad material) que aspire a un balance de las condiciones estructurales que afectan la situación del sujeto. En una línea similar están aquellas respuestas que se han encontrado para justificar discriminaciones positivas, otorgando un enfoque jurídico que permite equilibrar situaciones que, en el fondo, son prácticas de desigualdad.

En resumen, los conflictos asociados al valor jurídico de la igualdad no deberían enfocarse en descifrar si representa lo uno o lo otro; sino, en comprender que su evolución ha llegado a un punto que no fue necesariamente pensado por quienes, en su momento, así la constitucionalizaron. La pregunta no debería ser ¿cómo pensaron la igualdad? sino, ¿qué se representa hoy como igualdad?

A partir de ello, en esta contribución académica se buscará visibilizar el proceso de consolidación de la igualdad en los bloques constitucionales de países de Centro América. Un poco para diagnosticar el estado constitucional de este principio en los ordenamientos jurídicos de la región desde su plano constitucional; pero, también, para visibilizar esas diferenciaciones que históricamente ha dejado la trayectoria jurídica como producto de la evolución de los conflictos sociales.

Esta es una región con identidades y similitudes en múltiples ámbitos, pero grandes diferenciaciones en otros. Sus procesos de consolidación Estatal y constitucional tienen variaciones que se han marcado cada vez más con el transcurso del tiempo; pero, no puede dejarse a un lado, que su proceso de génesis independentista y de surgimiento constitucional y republicano siempre ha tenido rasgos en común.

También es necesario recurrir a la interpretación constitucional como una fuente de trascendencia en delinear esos alcances, dado el carácter rígido que presentan algunos de los textos políticos de esta región. Incluso si todas las constituciones en estos ordenamientos hubiesen plasmado el mismo ideal de igualdad

(normatividad), su puesta en marcha (realidad) podría ocasionar que un mismo derecho sea diferenciadamente materializado en cuanto a las causas y efectos de su justiciabilidad. La divergencia de problemas sociales conlleva, entonces, una formulación asimétrica en cuanto a qué se recurre ante la jurisdicción y las respuestas que judicialmente se brindan a esos fenómenos.

A causa de la interpretación constitucional y el tratamiento jurisdiccional, la respuesta de los operadores jurídicos también conllevaría a caminos distintos de igualdad, aunque aquella se hubiese plasmado en idénticas condiciones normativas sobre las respectivas constituciones.

> En el Derecho constitucional contemporáneo, la discusión acerca de la igualdad ante la ley parece girar, en una primera observación, en torno a una categoría tradicional: la racionalidad. Reconocida la verdad obvia de que carece de sentido hablar de «igualdad absoluta» (identidad, en rigor) entre los potenciales destinatarios de una norma y sobre la base de que la igualdad —y la desigualdad— sólo aparecen, con relevancia jurídica, a partir de ciertos elementos o rasgos adoptados por una disposición, como criterios para la diferenciación normativa, el problema se concretaría en determinar cuál sea el fundamento —la ratio— para la delimitación por el legislador del ámbito personal de aplicación de sus disposiciones y cuál también, según algunos, la «proporcionalidad» entre aquella ratio y las consecuencias jurídicas imputadas (Jiménez-Campo, 1983).

La relevancia de estudiar y problematizar esto a profundidad se enfoca en cómo es posible visibilizar esas trayectorias diferenciadas, si es que las hay. En una región como la centroamericana, incluso es necesario introducir en la ecuación los efectos que podría haber tenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre los dimensionamientos de la igualdad como valor y como principio jurídico. Esos rumbos están marcados por tal enfoque de racionalidad al que hace alusión el autor. Encontrar un criterio asociado a la razón para justificar la desigualdad es una cuestión que puede transformar las realidades ciudadanas en cada uno de esos ordenamientos.

1. ¿Una construcción centroamericana de igualdad?

Las concepciones de igualdad en el contexto del debate político en Centroamérica durante el siglo XIX, diferenciando entre la igualdad formal, legal y la igualdad de condiciones. Los liberales promovían una igualdad formal que buscaba extender derechos civiles y políticos a la mayor parte de la población, confiando en que la participación activa en las instituciones republi-canas sería el camino para transformar a los ciudadanos en responsables y conscientes. Sin embargo, esta concepción fue criticada por su aplicación incorrecta, porque el acceso al ejercicio de los derechos políticos se mantuvo condicionado a ciertos criterios de “racionalidad” y, por su parte, marginalizó poblaciones menos instruidas, especialmente las indígenas, quienes no estaban preparadas para ejercer derechos políticos sin una previa alfabetización y civilización, la cual debía lograrse mediante un proceso de protección legal y civilizador (Alda-Mejías, 2000). Basta con observar que, en la mayoría de los casos, el texto constitucional supeditó en estos países el ejercicio del sufragio a condiciones de recurso económico o a capacidades como saber leer y escribir. De ahí que la aspiración de igualdad plasmada en cada Carta Política se correspondía con un tratamiento de iguales solo a quienes se encontraban en ciertas posiciones sociales.

La igualdad de condiciones buscaba, en cambio, reconocer las desigualdades naturales y sociales existentes y adaptar las políticas a esas particularidades, con el fin de ofrecer una protección más efectiva y

promover un proceso de civilización gradual y diferenciado, que incluyera aspectos culturales y sociales además de los derechos jurídicos.

Una visión igualitaria de la vida en sociedad no se alcanzó en Centroamérica sino hasta los movimientos constitucionales de mediados del siglo XX. En ese momento, la corriente por universalizar el ejercicio de una mayor parte de derechos fue lo que permitió que, en la práctica, existieran condiciones que pusieran en marcha aquella previsión constitucional de igualdad.

¿Hay una visión centroamericana de igualdad? Lo que se podría afirmar es que, de manera casi simultánea, los países de esta región levantaron sistemas republicanos con un enfoque más o menos común desde el punto de vista constitucional. Las principales distancias y variaciones se asocian al tratamiento de la pluriculturalidad, así como a las estructuras militares que acogerían esos regímenes. Sí se podría señalar que la característica en común fue la influencia liberal en todos esos procesos; y, con ello, la inserción de una idea de igualdad permeada por tales corrientes de pensamiento.

> Al aproximarse el año de 1870, se notó en Centroamérica, la acción de hombres de más vigor. Estos personajes, comprendieron la realidad e influidos por el espíritu positivista del momento, basaron sus actos en ese marco circunstancial. Buscaron el poder, por el poder mismo y por la oportunidad que se les presentaba para formar gobiernos estables y fomentar "el progreso". Son esos los Neoliberales que, con el afán del progreso económico, trataron de centralizar y afianzar el poder, para obtener plenitud de garantías en aprovechamiento de los recursos de la nación. Al igual que los déspotas ilustrados europeos del siglo XVIII, estos liberales de Centro América; formaron gobiernos fuertes y benévolos. Dispersaron favores a los empresarios, tanto nacionales como extranjeros. Para realizar estas pretensiones, fue necesario quitar algunas instituciones y tradiciones que retrasaban el desarrollo. Para llevar a cabo estas inquietudes, dichos gobernantes hicieron a un lado los medios democráticos. Esto parece estar en pugna con el liberalismo, pero fue así como lo hicieron (Martínez-Arias, 1984).

A partir de este recorrido, se evidencia que la igualdad en los países centroamericanos no ha sido un concepto estático ni homogéneo, sino una noción en permanente construcción que responde tanto a influencias ideológicas externas como a tensiones internas vinculadas a sus realidades sociopolíticas. La visión de igualdad en las ideas predominantes fue plasmada inexcusablemente en la construcción constitucional del Estado-Nación de estos países. El tránsito desde una igualdad formal, limitada y excluyente, hacia formas más complejas como la igualdad material o sustantiva, ha sido mediado por factores como la lucha por la inclusión política, el reconocimiento de los pueblos originarios y el papel que ha desempeñado la justicia constitucional para ampliar el alcance de los derechos fundamentales.

Además, resulta crucial reconocer que la interpretación y aplicación judicial de los principios de igualdad ha sido determinante en su evolución, dadas las características de rigidez -como se ha dicho antes- de sus textos constitucionales. Como se verá más adelante, la labor de los tribunales constitucionales, junto con la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha resignificado el alcance del valor jurídico de la igualdad de cara a las exigencias sociales y las disputas justiciables que se han puesto en su conocimiento. Esto ha incluido el desarrollo de criterios de razonabilidad, proporcionalidad y enfoque diferenciado. Esto ha implicado no solo la superación de criterios restrictivos históricos, sino también una apertura hacia lecturas más integradoras de las diferencias estructurales que aún persisten en las sociedades centroamericanas.

La respuesta acerca de lo que representa la igualdad en Centroamérica solo se puede explicar desde su carácter dinámico y contextual. La igualdad no puede comprenderse solo como un mandato constitucional formal, sino como un principio en disputa, que exige vigilancia constante, interpretación crítica y compromiso institucional para garantizar su materialización efectiva. Esa disputa, empujada por las exigencias de una visión más benefactora del Estado, fue lo que permitió el tránsito antes señalado. En el fondo, lo que se encuentra en juego es la posibilidad de construir órdenes democráticos más justos e inclusivos, donde la igualdad deje de ser una promesa abstracta para convertirse en una realidad concreta y transformadora. Sin embargo, las realidades sociales y políticas, así como las trayectorias institucionales de inestabilidad institucional, también han impedido que el principio de igualdad se materialice en los mismos términos para las realidades ciudadanas de toda la región.

2. El tratamiento normativo y jurisprudencial del valor jurídico de la igualdad en Centroamérica

Los países de Centroamérica son desiguales, así ha quedado demostrado a través de diversos estudios (Programa Estado de la Nación [PEN], 2025) que problematizan las necesidades divergentes que aquejan a cada una de estas naciones. En este análisis se hará una delimitación extrayendo, únicamente, la dimensión jurídica de la igualdad como principio en los ordenamientos centroamericanos. Es cierto que no es posible separar ese componente respecto de lo social; sin embargo, el objeto de análisis será por ahora una revisión estrictamente constitucional del referido valor.

Al iniciar esa reflexión, es posible adentrarse en la Constitución Política de Costa Rica (1949), que consagra explícitamente la igualdad como principio fundamental, disponiendo en su artículo 33 dispone que "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". Hace, además, una mención especial tratándose de las relaciones de trabajo y brinda de forma explícita en su artículo 68 una prohibición a cualquier tipo de discriminación salarial o de condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros.

Para lo cual refleja que, a igual trabajo, igual remuneración; así como una tajante idea de que, en igualdad de condiciones, el ordenamiento jurídico deberá darle preferencia al trabajador costarricense. En general, las normas constitucionales costarricenses reconocen la igualdad formal ante la ley y garantizan la no discriminación por cualquier motivo. Cabe destacar que en esta norma constitucional se refleja, a diferencia de otras de la región, un especial énfasis en cuanto a la aplicación de la igualdad sobre la producción y las relaciones del trabajo.

Con respecto a la interpretación jurisprudencial y los alcances de este principio, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2024), ha incursionado recientemente en nuevos alcances pragmáticos de dicho valor, en su Sentencia n.°1728-2024, declaró inconstitucional una norma patriarcal del Código Civil sobre orden de apellidos, al considerarla contraria al "derecho de igualdad y no discriminación en perjuicio de la mujer y al derecho a la igualdad entre los cónyuges" (citando directamente los artículos 33 y 52 de la Constitución). En esta sentencia la Sala sostuvo que la igualdad integra el núcleo de los derechos humanos (junto con la libertad y la dignidad) y prohíbe todo trato discriminatorio arbitrario, de modo que transforma una realidad histórica (de corte predominantemente patriarcal) para posicionar en un plano de igualdad al hombre y a la mujer como sujetos que transfieren un elemento tan particular como el apellido.

También por la vía jurisprudencial la Sala interpretó que, en toda aquella alusión que textualmente indique la Constitución Política a un hombre o a una mujer, deberá entenderse que se refiere al término de "persona".

(Sala Constitucional, Sentencia n.°3435-92). Esto último, con el propósito de evitar cualquier aplicación desigual en perjuicio de los derechos fundamentales. En sentido general, la jurisprudencia costarricense reitera que el principio de igualdad exige trato igual a quienes están en situaciones comparables (formal), pero admite tratamientos diferenciados cuando existen razones objetivas y proporcionales para ello (enfoque de igualdad sustantiva).

La Constitución de Honduras (1982) también proclama la igualdad, estableciendo en su artículo 60 que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos (…) Todos los hondureños son iguales ante la Ley. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana". Por su parte, el artículo 61 garantiza igualmente el derecho a la "igualdad ante la ley" tanto a hondureños como a extranjeros. Estos preceptos prohíben clases privilegiadas y establecen que existirá una pena cuando, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se llegará a aplicar algún trato o acto discriminatorio. De este modo la Constitución hondureña consagra la igualdad formal y tiene una mención especial, a diferencia de la costarricense, en relación con el tratamiento sancionatorio que jurídicamente se le brinda a la discriminación por cualquier motivo (género, raza, condición social u otras características).

La Corte Suprema de Justicia de Honduras (incluyendo su Sala Constitucional) ha reiterado que el principio constitucional de igualdad impone tratar igual a los iguales y permite trato diferenciado justificado sólo por motivos razonables. Aquí se reitera aquello señalado por Jiménez-Campo (1983): la constante búsqueda de una racionalidad para excusar la aplicación directa de criterios de igualdad. En el caso del ordenamiento jurídico hondureño, su línea jurisprudencial interpreta a este valor y principio como una garantía fundamental que forma parte del núcleo esencial de los derechos humanos, con lo cual se homologa al estándar interamericano. También por la vía jurisprudencial, se ha establecido que, en casos de desigualdad de trato injustificada, la administración de justicia queda habilitada para aplicar el test de razonabilidad para invalidar normas discriminatorias.

En otro de los ordenamientos bajo análisis, la Constitución Política de Guatemala (1985, reformada en 1993) la igualdad ocupa un lugar central, establece que:

> En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. (art. 4)

No cabe duda de que, a efectos de comparación, uno de los rasgos más característicos en este caso es que reconoce la igualdad de responsabilidades. Ello no solo es omiso en las otras normas constitucionales analizadas hasta ahora; sino, además, puede tener repercusiones jurídicas de trascendencia, como es el caso de la responsabilidad a efectos de los vínculos por filiación y la tutela de menores de edad.

Esta disposición normativa concibe la igualdad tanto en términos formales (ante la ley) como en la dignidad intrínseca de la persona, e incluye la prohibición de situaciones de servidumbre o trato humillante. Otras disposiciones constitucionales, como ocurre con el artículo 50 del mismo texto, garantizan la igualdad de derechos entre hijos e hijas, lo que refuerza este principio y su énfasis en cuanto a la problematización asociada con procesos de familia.

Véase que, tras un recorrido por las diversas normas constitucionales, cada uno de los ordenamientos fue plasmando una respuesta jurídica de igualdad a procesos sociales particulares. La Constitución guatemalteca no enumera exhaustivamente los motivos de discriminación prohibidos, pero el espíritu de igualdad informa el

resto del capítulo de derechos. Destaca, al igual que la costarricense y en comparación con la hondureña, que es omisa en cuanto al tratamiento sancionatorio por incurrir en prácticas de desigualdad.

A nivel jurisprudencial, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1996) ha interpretado el artículo 4 como parte esencial e intrínseca del orden constitucional en su ordenamiento. Este Tribunal, en el Exp. N.°682-96, de fecha 21 de junio de 1996, ha diferenciado entre igualdad formal (trato idéntico ante la ley) e igualdad sustantiva (medidas positivas para grupos históricamente marginados). Por ejemplo, ha avalado acciones afirmativas limitadas (como cuotas electorales para mujeres) como compatibles con el artículo 4 cuando lo que se pretende es derribar aquellos obstáculos estructurales (como el motivo de sexo) que impiden la garantía de una igualdad real (Noguera, 2009).

También se han declarado inconstitucionales normas discriminatorias de género y, particularmente, disposiciones con carácter de desigualdad de trato por motivos étnicos. Todo ello, en aplicación del citado artículo. En suma, la igualdad en Guatemala es entendida como un derecho constitucional fundamental que exige, por una parte, la prohibición de discriminación injustificada; y, por otra, la responsabilidad de establecer acciones correctivas y de equilibrio estructural en beneficio y tutela de grupos vulnerables.

La Constitución de la República de El Salvador (1983) establece en su artículo 3 que, "Todas las personas son iguales ante la ley", añadiendo la imposibilidad de establecer restricciones ni diferenciaciones cuya base lo sean motivos de nacionalidad, raza, sexo, entre otras. En el caso de este ordenamiento jurídico, prevalece una particularidad que llama la atención con respecto las demás constituciones estudiadas hasta ahora: hace una referencia explícita a prohibir la empleos o privilegios de carácter hereditario.

En un similar sentido al caso del texto constitucional guatemalteco, El Salvador presenta en su Carta Política (1983) que "Toda persona es libre en la República" y que nadie puede ser sometido a servidumbre ni a condición que menoscabe la dignidad. Estos preceptos garantizan la igualdad formal y la no discriminación por motivo de sexo u otros, vinculándole estrechamente con un enfoque de libertad individual. De ahí, además, podría resaltarse la presencia de las ideas liberales mencionadas al inicio de este artículo. En conjunto la Carta Magna salvadoreña considera la igualdad como valor supremo, fundamento de la dignidad humana y base de los derechos civiles.

Claramente el alcance de lo que representa dicha igualdad ha tenido una evolución desde la justicia constitucional. En este caso, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema ha enfatizado que "la base de la prohibición de discriminación es el principio de igualdad (art.3 Cn.)" y que este principio forma parte del núcleo de los derechos fundamentales (junto con libertad y dignidad). En sentencias recientes como la 33-2016 y 195-2016; y, en un similar sentido al de Costa Rica, se declararon inconstitucionales normas del Código Civil que limitaban el orden de apellidos por género, argumentando que violaban los derechos a un tratamiento igualitario desde el enfoque de filiación entre hombres y mujeres. En dichos fallos se aplicó un escrutinio estricto: la Sala sostuvo que la igualdad exige al Estado dar "trato equivalente" a personas en condiciones similares, permitiendo únicamente diferencias objetivas y proporcionadas.

Asimismo, la jurisprudencia define la igualdad señalando que no toda diferencia en el trato es inconstitucional, pero rechaza las diferencias arbitrarias que excluyan injustificadamente a personas de beneficios o derechos. En casos de discriminación por género o preferencia sexual, el Tribunal salvadoreño aplica el test de igualdad para evaluar razonabilidad (Solano, 2008).

Por su parte, la Constitución de Nicaragua (1987, reformada) reconoce igualmente la igualdad jurídica de todos los nicaragüenses. Si bien el texto constitucional no detalla explícitamente los artículos, se entiende como valor central que "todos los nicaragüenses son iguales ante la ley" y se prohíben privilegios arbitrarios. En la práctica, este mandato constitucional se complementa con legislación secundaria: por ejemplo, la Ley 648 (2008) de Igualdad de Oportunidades promueve la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Aunque la jurisprudencia nicaragüense ha sido cuestionada por falta de independencia reciente, la norma constitucional admite que el Estado implemente políticas y programas para lograr igualdad real (enfoque sustantivo) sin dejar de sancionar la discriminación injusta. En el caso de este país, la inestabilidad política e institucional ensancha en mayor medida la normatividad constitucional con la realidad verdaderamente igualitaria a la que pueden acceder sus ciudadanos. Tales condiciones también impiden una aproximación más profunda sobre los alcances del principio.

Por último, la Constitución Política de Panamá (1972) establece explícitamente la igualdad y prohíbe la discriminación, en su artículo 19, se dispone lo siguiente: "No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas". El artículo 20 garantiza que "los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley", pero efectúa salvedades como el caso costarricense, pues presenta que ello tiene excepciones especiales y justificadas, principalmente relacionadas con temas de seguridad nacional. De esta forma se reconoce que todos, nacionales o no, reciben la misma protección jurídica básica, y se prohíbe discriminación por los motivos señalados.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, especialmente la Sala Tercera de lo Civil y lo Penal, ha reiterado en su corriente jurisprudencial la igualdad exige tratar del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones y que el sistema constitucional panameño rechaza tratamientos diferenciados injustificados. Si bien no existe un Tribunal Constitucional separado (Panamá carece de tribunal especializado, pues remite estos asuntos al Pleno de la Corte Suprema de Justicia), los tribunales ordinarios aplican estos preceptos constitucionales al resolver controversias de derechos. Por ejemplo, al evaluar políticas públicas o actos administrativos, los tribunales panameños exigen que toda desigualdad de trato tenga una justificación objetiva adecuada.

En resumen, todos los países consultados consagran en su Constitución la igualdad ante la ley como valor jurídico supremo y prohíben la discriminación arbitraria. Hay divergencias textuales que, a su vez, reflejan pautas sociales que en su momento problematizaron las principales quejas de la ciudadanía durante la fase constituyente. También se podría apuntar que, en el caso de los Tribunales Constitucionales de la región, su responsabilidad ha sido la de evolucionar a la igualdad como valor y como principio de cara a las nuevas disputas sociales, políticas e institucionales. Estos órganos son los que han implementado, por medio de su jurisprudencia, las diferenciaciones clásicas entre igualdad formal y material, así como la validación de prácticas positivas en beneficio de poblaciones históricamente vulneradas. En todos los casos, la dignidad humana se presenta como fundamento último de la igualdad constitucional.

3. La igualdad como principio interamericano

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha desarrollado una doctrina robusta sobre la igualdad y la no discriminación, enmarcada principalmente en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El artículo 1.1 impone a los Estados la obligación de

respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Por su parte, el artículo 24 establece la igualdad ante la ley. Ambos artículos han sido interpretados de forma amplia y progresiva por la Corte IDH, que considera que el principio de igualdad tiene una dimensión sustantiva que exige acciones positivas por parte del Estado para corregir desigualdades estructurales.

Uno de los hitos jurisprudenciales más importantes es la Opinión Consultiva OC-24/17, en la que la Corte IDH (2017) afirmó que el derecho a la identidad de género y la orientación sexual están protegidos por la Convención, lo que obliga a los Estados a garantizar el reconocimiento legal de la identidad de género a través de procedimientos accesibles, expeditos y gratuitos. Asimismo, ha señalado que la discriminación estructural puede constituir una violación de derechos humanos cuando el Estado omite adoptar medidas para prevenirla o remediarla. Además, en sentencias como González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (2009) y Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), la Corte IDH ha subrayado la necesidad de adoptar medidas de reparación que aborden las causas estructurales de la desigualdad y ha reiterado que la igualdad no se alcanza únicamente con normas generales, sino con la transformación de contextos discriminatorios mediante acciones concretas.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido documentos normativos y temáticos que complementan la jurisprudencia de la Corte. En su Compendio sobre igualdad y no discriminación, la CIDH resalta que los Estados tienen el deber de adoptar políticas públicas con enfoque interseccional para combatir las múltiples formas de exclusión que afectan a poblaciones históricamente marginadas, como mujeres, pueblos indígenas, personas LGBTI, afrodescendientes y personas con discapacidad (SIDH, 2011). En este sentido, el SIDH ha contribuido a la consolidación de una concepción de la igualdad como principio dinámico y transversal del derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo los parámetros de exigibilidad de las condiciones de igualdad; y, a su vez, orientando los criterios constitucionales conformes bajo conformidad convencional que justifican la formalización de tratamientos diferenciados.

Aunque existe una noción generalizada de bajo cumplimiento de las sentencias interamericanas, la atención debe prestarse en la influencia que sus criterios han tenido sobre los alcances de criterios provenientes de las Cortes Constitucionales de cada uno de estos países.

No es posible, hasta ahora, señalar que la noción de igualdad sea idéntica en términos de convencionalidad con los parámetros constitucionales centroamericanos. Particularmente, por las cuestiones diferenciadoras a nivel social. Es decir, las disposiciones interamericanas sí que son dinámicas, pero insuficientes para dejar a un lado las desigualdades estructurales asociadas a otros factores (como el económico) sobre los que el Derecho muy poco ha podido hacer (Clérico & Aldao, 2014). La jurisprudencia constitucional centroamericana parece haber desarrollado una adaptación propia en ese contexto, pero no necesariamente demuestra tener una génesis desde el enfoque interamericano. Ello no implica una posición divergente y mucho menos excluyente; sin embargo, demuestra que las posibilidades de una mayor o menos compatibilidad del bloque de convencionalidad, en el caso de este principio jurídico, han quedado condicionadas a la evolución de tal jurisprudencia.

Conclusiones

La evolución jurídica del principio de igualdad en Centroamérica refleja una compleja interacción entre los ideales constitucionales primigenios en la fundación republicana, la canalización de las ideologías políticas

predominantes, la transformación de las realidades sociales en conflicto constitucional y la influencia interamericana sobre esas corrientes de jurisprudencia. A lo largo de la historia, los países centroamericanos han incorporado en sus Constituciones el derecho a la igualdad como un valor fundamental y poco a poco se denota un margen más amplio desde su dimensión de principio constitucional. No obstante, lo cierto es que su aplicación efectiva también refleja condicionamientos asociados factores históricos, culturales, políticos y estructurales que han limitado su alcance real (Góngora, 2014). Esta tensión entre la norma y la práctica ha sido una constante que no es exclusiva de la región, pero sí que ha ocasionado un ensanchamiento de las brechas de desigualdad sociales a las que el Derecho no logra disminuir.

Desde sus orígenes republicanos, las Constituciones centroamericanas han estado marcadas por una visión liberal de la igualdad, centrada en la igualdad formal ante la ley. Eso deja como conclusión la necesidad de reconocer que se ha producido una transformación social; y, para efectos de interpretación constitucional, no es posible remitirse únicamente a la visión primigenia que predominó para ese entonces. La salida por la que han recurrido estos ordenamientos es la aquella vinculada con *racionalizar* los criterios justificantes para el balance de desigualdades estructurales.

La concepción inicial fue excluyente y su limitación en cuanto al acceso a derechos políticos y civiles a ciertos sectores sociales, es una muestra clara de cómo se institucionalizó un estado de capas de la población, especialmente a los pueblos indígenas, mujeres y personas en situación de pobreza o vulnerabilidad. La igualdad, en sus primeras formulaciones, se entendía como un trato igual entre iguales, sin considerar las profundas desigualdades estructurales que caracterizaban a las sociedades centroamericanas. Hoy esas desigualdades persisten y las respuestas de la normatividad y la jurisprudencia constitucional han sido robustas pero insuficientes para alcanzar la igualdad real entre las personas.

Con el paso del tiempo, y especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha producido una evolución hacia concepciones más amplias y sustantivas de la igualdad, en muchos ámbitos de la sociedad. Este cambio ha sido impulsado tanto por movimientos sociales internos como por la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su influencia en los criterios de la jurisprudencia constitucional, con tintes cada vez más progresistas del principio de igualdad.

Las cortes constitucionales de países como Costa Rica, Guatemala y El Salvador han emitido sentencias que amplían el alcance del principio de igualdad, reconociendo la necesidad de acciones afirmativas y de un enfoque diferenciado que tenga en cuenta las condiciones particulares de los grupos históricamente marginados. Estas decisiones han contribuido a resignificar la igualdad como un principio dinámico, que exige una interpretación contextualizada y comprometida con la justicia social. La igualdad no puede comprenderse solo como un mandato constitucional formal, sino como un principio en disputa, que exige vigilancia constante, interpretación crítica y compromiso institucional para garantizar su materialización efectiva".

Las desigualdades estructurales siguen siendo una realidad en la región, y la existencia de normas constitucionales que proclaman la igualdad no ha sido suficiente para garantizar su cumplimiento efectivo. La brecha entre la norma y la realidad se mantiene, en parte, por la debilidad institucional, así como por patrones culturales discriminatorios. Además, en algunos países, se ha comprometido la independencia del Poder Judicial y la eficacia de los mecanismos de protección de derechos fundamentales, lo que limita la capacidad del sistema jurídico para garantizar esa aspiración de una igualdad real a la ciudadanía (Schleyer, 2023).

Como advierte Astaburuaga (2022), "el solo aseguramiento jurídico mediante una igualdad de todas las personas no implica por sí misma modificación de las prácticas sociales donde se aloja la desigualdad". No parece que la respuesta se encuentre en la normatividad constitucional, sino en la eficacia y los alcances reales que la justiciabilidad de la igualdad podría tener en el contexto centroamericano.

Referencias

Alda-Mejías, S. (2000). El debate entre liberales y conservadores en Centroamérica: Distintos medios para un objetivo connún, la construcción de una república de ciudadanos (1821-1900). *Espacio Tiempo y Forma. Serie V, Historia Contemporánea*, *13*, 271-311. https://doi.org/10.5944/etfv.13.2000.3034

Astaburuaga, P. (2022, agosto 9). ¿Qué significa la «igualdad sustantiva» en la propuesta de Nueva Constitución? Exconvencionales Atria, Cretton y Pustilnick explican. *The Clinic*. https://www.theclinic.cl/2022/08/09/igualdad-sustantiva-atria-cretton-pustilnick-explican-nuevo-concepto/

Clérico, L., & Aldao, M. (2014). De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano. En H. Fix Fierro, A. von Bogdandy, & M. Morales Antoniazzi (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 219-262). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM & Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/16.pdf

Constitución de la República de El Salvador (1983). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_republica_del_salvador_1983.pdf

Constitución de la República de Honduras (1982). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf

Constitución Política de la República de Costa Rica (19 noviembre 1949; reformada el 20 enero de 1999). Imprenta Nacional. http://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos_juridicos/constitucion_politica_digital_edincr.pdf

Constitución Política de la República de Guatemala (1985, reformada 1993). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Guatemala.pdf

Constitución Política de la República de Nicaragua (1987, reformada 2024). Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf

Constitución Política de la República de Panamá (1972). Justia Panamá. https://panama.justia.com

Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1996). *Opinión Consultiva Exp. N.°682-96. Gaceta Jurisprudencial n.°40*. Guatemala, 21 de junio de 1996. http://138.94.255.164/Sentencias/799465.682-96.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (1992). *Sentencia n.°3435-92. Exp. 91-002695-0007-CO.* San José, 11 de Noviembre del 1992. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-89799

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (2024). *Sentencia n.°1728-2024. Exp. 23-004634-0007-CO y Exp. 23-004634-0007-CO.* Bogotá, 24 de enero de 2024. https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=8147

Gargarella, R. (2022). *El derecho como una conversación entre iguales*. Marcial Pons.

Góngora, M. E. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. En H. Fix Fierro, A. von Bogdandy, & M. Morales Antoniazzi (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 301-327). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM & Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/16.pdf

Jiménez-Campo, J. (1983). La igualdad jurídica como límite frente al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *3*(9), 71-116. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24666redc009071.pdf

Ley N.º 648 (12 de marzo de 2008). *Ley de igualdad de derechos y oportunidades*. La Gaceta, Diario Oficial N.°51. https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC086073/

Martínez-Arias, E. (1984). Desunión, dictadura y reformismo liberal centroamericanos, 1870-1910. *Revista Estudios*, *5*, 25-36. https://archivo.revistas.ucr.ac.cr//index.php/estudios/article/view/30747

Noguera, A. L. (2009). Cuotas de participación y mecanismos para la igualdad real en Guatemala. *Revista Regional de Derechos Humanos*, *1*(1), 3-16. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/60929

Programa Estado de la Nación. (2025). *Séptimo informe Estado de la Región 2024: Implicaciones de vivir en democracia. Regímenes y cultura política en Centroamérica y República Dominicana* (No. II). Consejo Nacional de Rectores. https://estadonacion.or.cr/capitulo/?doc=ERCA2025_DCP

Schleyer, T. (2023). La igualdad sustantiva en la discusión constitucional. *Libertad y Desarrollo (LYD)*, *73*. https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/10/SIL-73-La-igualdad-sustantiva-en-la-discusion-constitucional-sep23.pdf

Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (2011). *Compendio sobre igualdad y no discriminación*. Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/compendio-igualdadnodiscriminacion.pdf

Solano, M. (2008). La Justicia Constitucional en El Salvador. Las sentencias definitivas en el proceso constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, *395-424*. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44705

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.143

Pensar la "nueva" Igualdad

Thinking about the "new" Equality

Marco León Felipe Barboza Tello[1]

Autor:
[1]Maestro en Género, Sexualidad y Políticas Públicas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.
Coordinador del Diplomado de Masculinidades y Violencia de Género de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, Perú.
marco.barboza@upch.pe
https://orcid.org/0000-0002-5983-3205

Recibido: 25/02/2025
Aprobado: 19/06/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Barboza Tello, M. L. F. (2025). Pensar la "nueva" Igualdad. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 97-115. https://doi.org/10.61542/rjch.143

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Marco León Felipe Barboza Tello

RESUMEN

En este artículo se hace un recuento explicativo e histórico de la Igualdad considerando sus bases constitutivas desde hace cincuenta años, para luego aportar elementos de una actualización diagnóstica y casuística, en la cual se explicitan sus actuales complicaciones y dificultades a escala global, así como también, se describen las distorsiones el sistema de justicia cuando se desarrollan mecanismos de influencia económica indebida que corrompen el orden institucional. Asimismo, se desarrolla una prospectiva básica de la Igualdad a partir de recientes desarrollos de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, en específico, los Informes de los Relatores Especiales de Naciones Unidas. Finalmente se apuntan elementos de la relación entre el 'nuevo mundo' de derechos y las emociones. Concluyendose que, entre la revalorización de la condición humana y el marketing de la digitalizada perfección, hay un espacio para respirar, recargar energías y no sucumbir a la trepidancia del tiempo digita(celera)lizado tan característico de las urbes, y eso requiere ser reconocido, por su precedencia y dignidad inherente; y, en un futuro no muy lejano, consolidar "El derecho a ser suficiente".

Palabras clave: Igualdad; Dignidad; Libertad; Tecnología; Vasallaje.

ABSTRACT

This article provides an explanatory and historical account of Equality, considering its constitutive bases fifty years ago, and then provides elements of a diagnostic and casuistic update, in which its current complications and difficulties on a global scale are made explicit, as well as describing the distortions in the justice system when mechanisms of undue economic influence are developed that corrupt the institutional order. It also develops a basic prospective of equality based on recent developments in international human rights jurisprudence, specifically the reports of the UN Special Rapporteurs. Finally, elements of the relationship between the "new world" of rights and emotions are noted. Concluding that, between the revaluation of the human condition and the marketing of digitized perfection, there is space to breathe, recharge our batteries, and not succumb to the frenetic pace of digitalized time so characteristic of cities, and that this needs to be recognized for its precedence and inherent dignity; and, in the not-too-distant future, to consolidate "The right to be sufficient."

Keywords: Equality; Dignity; Freedom; Technology; Vassalage.

Introducción

Lea Ypi es una brillante filósofa de origen albanés y profesora de la *London School of Economics* (LSE), que experimentó en la década de 1990, en carne propia, la caída del régimen comunista albanés y la llegada de la democracia a ese país. En una de sus más recientes publicaciones, Ypi (2022) comentaba: "Mi familia equiparaba el socialismo con la negación [del] derecho a cometer errores y aprender de ellos, a explorar el mundo en sus propios términos. Yo equiparaba el liberalismo con promesas incumplidas [o] el derecho a heredar privilegios" (p. 309). En cierta forma esa es una herencia irresuelta del siglo XX. Frente a los dilemas de la libertad 'para' (positiva)[1] o de la libertad 'de'(negativa)[2], que acertadamente planteaba Isaiah Berlin en el siglo XX, hoy se ha venido configurando una experiencia de derechos 'en' solitario, una especie de versión *contactless* prohijada por la cultura de masas y del consumo cuyo 'boom' que se produjo de mediados del siglo XX en adelante. Esta libertad 'en' solitario, se nutre además de la era post heroica, y de la espiritualidad remota o conectividad aislante[3], así como, de la arquitectura de la ciudad en el eje suburbio restaurador vs. trabajo exhaustivo. Podría ser denominada también como la típica libertad de las multitudes solitarias de fines del siglo XX. Una concepción de los derechos de ese tipo tiene relación con las "democracias inmunitarias" a las que hace referencia Donatella Di Cesare en el sentido de apelar al "Noli me tangere" - *No me toques* - (Neumann, 2023), y en ella prevalece la inmunidad, mengua la comunidad, la seguridad importa cada vez más y la participación escasea. Sin embargo, en tiempos mucho más recientes se ha verificado un nuevo e imprevisible giro, por el cual la ciudadanía, los derechos y las libertades se conciben más bien como un complejo que se estructura y cobra sentido desde un vocativo en particular, el de una libertad 'como' protección - lo que comprende desde el ejercicio cotidiano hasta la

[1] Desde el punto de vista de I. Berlin, la libertad positiva tiene que ver con la pregunta ¿quién está al frente? Y la respuesta correcta debería ser que mando yo: la libertad 'para'. Berlin quería que los hombres fueran los autores de sus propias vidas. Pero hay quienes consideran que esa libertad positiva podría obligar a ajustarse a la voluntad del Estado, y que al final sería una forma de esclavitud. Berlin era muy crítico con Hegel, que consideraba que toda persona racional querría hacer lo correcto, lo que se ajusta al Estado, pero esto no es más que retorcer la lógica de las cosas y por eso estaba radicalmente en contra del comunismo y el fascismo (Henry Hardy cit. por Rojo, 2017)

[2] "Según I. Berlin, la libertad negativa, o la "libertad de" se refiere a la ausencia de impedimentos, interferencias y control por parte de los demás. Es el área de libertad personal que se debe preservar a toda costa, libre de invasiones. [E]s la idea de libertad de pensadores como John Stuart Mill y Benjamin Constant, que defendían que ha de haber el menor número de prohibiciones posible: hemos de poder expresar nuestras ideas, reunirnos con quien queramos y leer los libros que nos apetezca. Esto es un bien en sí mismo, pero también por las consecuencias que trae: una sociedad abierta y libre estimula el conocimiento y el progreso" (Rubio Hancock, 2023).

[3] "Mucho *software* y *hardware* ha sido arrojado a los cementerios de computadoras desde que el inolvidable Peter Sellers (en *Being there*, filme de Hal Ashby de 1979) intentara en vano desactivar una pandilla de monjas con la ayuda de un control remoto de televisión. En nuestros días no habría tenido problemas en borrarlas del cuadro, del cuadro que *él* veía, de *su* cuadro, de la suma total de circunstancias en el mundo a su alcance. La otra cara de la moneda de la *proximidad virtual* es la *distancia virtual*: suspensión, incluso quizás cancelación, de todo aquello que hacía a la cercanía topográfica. La proximidad ya no implica cercanía física; pero la cercanía física ya no determina la proximidad [.] Cuál de las dos caras de la moneda ayudó más a que la red electrónica y sus dispositivos de entrada y salida se convirtieran en un medio de interacción humana tan popular y ávidamente utilizado sigue siendo una incógnita. ¿Fue la nueva facilidad para conectarse o la nueva facilidad para cortar la conexión? No son pocas las ocasiones en que lo segundo resulta más urgente y relevante que lo primero [.] El advenimiento o proximidad virtual hace de las conexiones humanas algo a la vez más habitual y superficial, más intenso y más breve. Las conexiones suelen ser demasiado superficiales y breves como para llegar a ser un vínculo. A diferencia de las relaciones humanas, ostensiblemente difusas y voraces, las conexiones se ocupan solo del asunto que las genera y dejan a los involucrados a salvo de desbordes y protegiéndolos de todo compromiso más allá del momento y tema del mensaje enviado o leído. Las conexiones demandan menos tiempo y esfuerzo para ser realizadas y menos tiempo y esfuerzo para ser cortadas. *La distancia no es obstáculo para conectarse, pero conectarse no es obstáculo para mantener la distancia*. Los espasmos de la proximidad virtual terminan, idealmente, sin dejar sobras ni sedimentos duraderos. La proximidad virtual puede ser interrumpida, literal y metafóricamente a la vez, con solo apretar un botón [.] Pareciera ser que el logro fundamental de la proximidad virtual es havber diferenciado a las comunicaciones de las relaciones. A diferencia de la antigua proximidad topográfica, no requiere lazos preestablecidos ni los genera necesariamente. "Estar conectado es más económico que "estar relacionado", pero también bastante menos provechoso en la construcción de vínculos y su conservación" (Bauman, 2006, pp. 87-88)

arquitectura institucional-. Esta es una versión de estreno, y actualmente está en plena construcción. Implica un sentido de libertad que vuelve en pos de los rituales, con una centralidad de la búsqueda religiosa. Implica además una reconexión del cuerpo y la ciudad a la manera de las culturas antiguas, y tiene como principales protagonistas a hombres que combinan una afinidad por lo sagrado con un tono heroico. Los gimnasios, los templos, el poder, la defensa, la tecnología, los negocios, son espacios privilegiados para una libertad con esas características. Las democracias post seculares son su expresión política.

Concebir la igualdad en un escenario como el descrito en el párrafo precedente es harto complicado. Hace aproximadamente una década, François Dubet señalaba que, desde hace "30 años [los '80s], ya no se trata de reducir las desigualdades sino de lograr que todos tengan las mismas posibilidades de llegar a la cima, subir esa escalera, [e]s un modelo meritocrático que se impuso por completo" (Aruguete, 2016). Una suerte de mito del mérito ("yo me lo merezco", "yo lucho", "yo no le debo nada a nadie", "yo me hice solo, sin ayuda", "mi esfuerzo es lo único que cuenta"), nos gobierna por entero en el marco de nuestras relaciones, reflexiones y deseos, y todo hace indicar que en los años transcurridos desde las reflexiones de Dubet las cosas se han complicado aún más en lo relativo a la Igualdad ciudadana. En el curso del siglo XX al siglo XXI hemos transitado del "[t]odavía oigo a mi abuela decir: tienes que recordar que hay gente que está peor, [u]na especie de sabiduría prepolítica que evitaba que la gente se envenenara"[4] al *lamento de Pérez Colomé* de abril de 2025:

> Ahora son los informáticos, pero antes fueron ilustradores, traductores o escritores. Es gente que lleva años afinando su oficio y ahora ven que una parte de esa construcción se derrumba. Es difícil pensar que alguien se librará de todo. Esta semana se ha sabido que Apple prepara un doctor con IA. Los médicos, como otras autoridades, no pasan por su mejor época: la atención y resultados que puede dar un "doctor IA" puede resolver muchas dolencias menores. [E]l servicio de Apple ofrecerá recomendaciones de salud personalizadas e incluirá funciones como el seguimiento de alimentos y análisis de entrenamientos. Podría llegar en 2026. No es nada increíble, es solo otro ejemplo, otro oficio que añadir a esa melancolía. (Pérez Colomé, 2025)

La actual sociedad global de la perfección emocionante y de la fascinación por la precisión o la velocidad, siempre está apuntando hacia arriba nunca hacia abajo, y el nivel de sufrimiento emocional que ello genera es muy grande. Su impacto en los derechos humanos y la ciudadanía ampliada también lo es. Por ello creo que, respecto de la Igualdad necesitamos nuevos diálogos y afrontes, con perspectivas y fundamentos renovados, que nos permitan no perder lo avanzado desde esa proclama dieciochesca de *Liberté*, *Égalité*, *Fraternité* y a la vez poner los principios y derechos a tono con los desafíos contemporáneos. En esa línea, intentar propedéuticamente hacer un recuento explicativo, una actualización diagnóstica y casuística, así como, sentar las bases de una prospectiva básica, es el cometido de la presente entrega.

Metodología

En el presente artículo, he desarrollado un abordaje de la Igualdad a partir de la revisión temática de publicaciones contemporáneas desde el ámbito prevalente de la Filosofía Política. El diálogo con cuestiones

[4] "ZEIT: ¿Pero de dónde viene el desafío? [.] Sloterdijk: En una época en la que la psicología social era aún más poderosa de lo que es hoy, existía un teorema que hablaba de una ley de utilidad marginal decreciente de las mejoras. En términos psicológicos, esto se puede trasladar directamente a otro teorema: la llamada ley según la cual la insatisfacción crece más rápido que la mejora. Lo que trato de decir es que cuanto mejor está la gente, más probable es que se compare hacia arriba". (Entrevista a Peter Sloterdijk por Neumann, 2024)

comunicacionales es un recurso importante para solventar un análisis propedéutico de los mecanismos digitales contemporáneos de probada repercusión social. Las interacciones entre derechos, imágenes y emociones conjugan el recuento histórico y los balances actuales, siempre de manera general, para favorecer el encuadre de la Igualdad a tenor de los ancorajes temáticos seleccionados que han servido como insumos de la distribución y ordenación de la información a ser analizada y presentada. Estos ancorajes se enumeran como sigue: política y redistribución, transformación disruptiva e Igualdad, mundo imagen y suficiencia. En general se considera que, la posibilidad de abordar con actualidad la Igualdad, plantea la necesidad de afinar diseños metodológicos que sirvan para el efecto. Auscultar las nuevas y antiguas desigualdades requiere indagar, interpretar, reificar, pero sobre todo, buscar permanentemente nuevos marcos de reflexión. En la medida que se efectúa una interpretación de alcance global general, se descarta la posibilidad de singularizar determinados ancorajes en planos regionales, porque ello desborda los alcances del presente trabajo. Sin embargo, se considera importante que futuros trabajos lo realicen, a partir del marco teórico que se aporta y el análisis de la problemática efectuado.

Adicionalmente, ha sido muy importante como unidad de información para el desarrollo de la presenta entrega la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, pues esta representa un potente indicador del estado del arte sobre la Igualdad. Parte importante de esa jurisprudencia la constituye el espacio de los Informes de los Relatores Especiales de Naciones Unidas, el mismo que tiene varias características importantes como son: información actualizada sobre los derechos que se reportan, diálogos entre derechos para explicitar mejor el tópico a ser informado, una interesante interfase entre la Academia y las Políticas, así como, una dispersión temática lo suficientemente amplia para dar cuenta con solvencia del estado del arte de la protección, respeto y cumplimiento del derecho sobre el que se efectúe la indagación respectiva – que comprende desde el tema de los afrodescendientes hasta la violencia contra la mujer, pasando por el derecho a la privacidad, los derechos culturales, el derecho a la salud, los derechos de los campesinos, entre otros.

1. La Igualdad como la conocíamos

Hace cincuenta años, Eric Fromm (2021 [1976], p. 171) enumeraba las características de su tiempo: "el poder de las corporaciones, la apatía e impotencia de la gran masa de la población, la inadecuación de los líderes políticos en casi todos los países, la amenaza de guerra nuclear, los peligros ecológicos", para a continuación preguntarse "¿hay alguna posibilidad razonable de salvación?". Más allá de lo especular que resultan estos asertos para nuestras sociedades hipermodernas, creo que si hay un autor que no ha perdido vigencia respecto de sus postulados acerca de la pasión necropolítica, la dominación, el "marketing character" o la "cybernetic religion" es sin duda Fromm. Los planteamientos de Fromm son también el resultado de una seguidilla de eventos y compromisos que marcan dicha época, a saber: las encíclicas vaticanas *Populorum progressio* y *Humanae vitae*, la Guerra de los Seis Días y la Guerra de Vietnam, mayo del '68, la primera conexión de computadoras conocida como ARPANET (precursora de Internet), la corriente antisiquiátrica de Cooper, la derrota de las epidemias, los métodos modernos de la mamografía, la latente amenaza nuclear, el famoso caso Roe contra Wade (que reconoció el derecho al aborto inducido en Estados Unidos de América), la consolidación de las sociedades post coloniales, la instauración por las Naciones Unidas de la Felicidad como paradigma susceptible de ser medido mundialmente, la crisis mundial del petróleo, el Informe Lalonde sobre Promoción de la Salud, la

aparición del término "sexocidio" de Susan Brownmiller[5], o la toma del poder por los militares en gran parte de América Latina.

Todos las referencias antedichas constituyen rasgos emblemáticos que conformaron la década de 1970, y conjugados ayudan a comprender desde que perspectiva y concepción se sentaron las bases de la Igualdad como mecanismo alineador de las asimetrías de poder en la sociedad de la segunda mitad del siglo XX. Si se consideran las diferencias y estratificaciones en el desarrollo de los proyectos vitales de los individuos situados en clivajes de clase, etnia, género, discapacidad, entre otras posibles condiciones, hace algunas décadas atrás, los desafíos por lograr mejores condiciones de vida y bienestar para grandes capas de la población que activamente se incorporaban a los mercados laborales y al consumo activo de bienes y servicios eran realmente sustantivos y de gran alcance. En dicho contexto el equilibrio reflexivo, como categoría central de la Teoría de la Justicia (1971) de John Rawls "en consonancia con Kant, [dotaba] a los ciudadanos no solo de la capacidad de elección racional, sino también, de un sentido de justicia que limita[ba] el peso de las propias preferencias de cada individuo" (Habermas, 2020, p. 93). Esas fueron las bases de una ciudadanía de la igualdad redistributiva que concebía los derechos acumulativa y progresivamente, estable e interseccionalmente. Ya sea si se tratara de decisiones judiciales sobre el cuerpo sexuado o de políticas de desarrollo antimonopólicas, la fiabilidad de los procesos de ajuste y composición en favor de los menos aventajados, se consolidó cada vez más, no sin debates y puntos de vista críticos. El derecho que se reconocía en sede estatal hubo de convivir con esquemas anteriores de representación o privilegios[6], pero tanto los desarrollos sistémicos como la propia percepción ciudadana consideraban de consuno que la ampliación del ejercicio de la ciudadanía era la regla, no la excepción. Así por ejemplo, si se adquiría la ciudadanía por nacimiento - algo muy conectado con el *american dream* -, no había mecanismo alguno que pudiera retirar dicha condición, o también, si se determinaban derechos en favor de determinados grupos o colectivos, se iniciaba una ruta expansiva de reconocimientos y capacidades, siendo la posibilidad de sustracción de las entidades jurídicas o servicios garantizadas remota, por no decir nula - algo plausible de verse por ejemplo en los regímenes occidentales -. Cualquier manejo contrario a dicha tónica de la igualdad redistributiva era tachado de ser un espacio sociopolítico anacrónico o subdesarrollado.

A medida que concluía el siglo XX e iniciaba el siglo XXI dichas convicciones acerca de la Igualdad y la firmeza de los postulados redistributivos, fueron sucesivamente impugnados a tal punto que en fecha más reciente principios clave de los derechos humanos como la No Regresividad o la Acumulación se han venido complicando y no exhiben más la solidez de solo hace algunos años. Todavía en 2009, la Observación General Nº 20 *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estableció que, todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se consideraría discriminatorio a menos que existiera una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entrañaba de manera concreta la evaluación de si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se tratara eran legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), y si el único fin que se persiguía era promover el bienestar general en una sociedad

[5] El subtítulo del libro es: "Violencia cotidiana que mantiene a todas las mujeres en estado de temor", citado por Vigarello (1999, p. 326).

[6] En una fecha reciente como el año 2022, y "en el marco de una polémica en torno a la postura de la iglesia anglicana sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, la locutora Sandi Toksvig [publicitó] una petición para que se retire de de dicha institución el privilegio de nombrar obispos para la Cámara de los Lores y que se destituya a los que ya están designados, que son aproximadamente ventiséis. Toksvig, también en el marco de dicha petición, comparaba el Reino Unido con Irán, pues consideraba que son los dos únicos lugares en el mundo "donde los líderes religiosos obtienen automáticamente representación en el sistema político"" (Valencia cit. por Barboza Tello, 2024, p. 44)

democrática. También debía existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos. La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no era una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se hubiera esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que disponía para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario (CDESC, 2009, Num. 13).

Poco tiempo después, precisamente en el marco de una investigación acerca de los derechos humanos realizada a partir de un proyecto sobre Masculinidades y Prevención de la Violencia Sexual, pude constatar, entre 2015 y 2016, las grandes complicaciones que iban surgiendo a escala global para preservar las lógicas redistributivas y los espacios de ciudadanía ampliada tan característicos de las políticas y la justicia como igualdad rawlsianas. La cincuentenaria ejecutoria del aliento igualitario todavía se coligaba a una para entonces no lejana afirmación de Thomas Nagel (2003, p. 84), en el sentido que: "medidas excepcionales como la discriminación positiva est[aba]n justificadas si s[ervía]n a largo plazo para rectificar la situación claramente no ideal que esas injusticias [como la esclavitud o la segregación racial] nos han dejado", pero el espíritu de la época ya era otro, la conciencia y perspectiva de derechos estaba transformándose activamente.

Sí, hace exactamente diez años ya se vislumbraba claramente una corriente denominada como fundamentalismo, extremismo o populismo y la frase escogida desde el ámbito de los derechos culturales para dar la alerta era la siguiente: "Asistimos a una lucha mundial en defensa de la libertad intelectual y la racionalidad en que esta se basa" (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2017, Nums. 4, 5, 10). Dicha corriente en clave de derechos humanos expresaba cuestiones inquietantes como la reducción del espacio cívico, la complejización de las diferentes formas de conflictos e incertidumbres o la "depuración cultural" (Asamblea General de Naciones Unidas [AGNU], 2016, Num. 45) como consigna de autenticidad con una amplísima banda de efectos sociales que comprendían desde la cultura pop hasta el espacio de la judicialización de la política o la politización de la justicia, entre otros puntos.

También hace una década, el 23 de noviembre de 2015 la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, instó a los Estados a "establecer un "Observatorio del Feminicidio", y publicar cada 25 de noviembre el número de estos crímenes con los detalles desagregados por edad y sexo de los agresores, así como la relación entre el agresor y la víctima" (Noticias ONU, 2015). De aquella ocasión en adelante, los órganos de las principales Convenciones de Naciones Unidas han puntualizado y reafirmado derechos en distintos y variados campos de acción como es el caso de la Observación General 5 del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 2021, sobre el derecho de los migrantes a la libertad y a no ser detenidos arbitrariamente; la Recomendación General 39 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 2022, sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas; así como también, la Recomendación General 36 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de 2020, relativa a la prevención y la lucha contra la elaboración de perfiles raciales por los agentes del orden.

Tal vez una de las manifestaciones más enfáticas de los cambios y transformaciones con tendencia retrotópica en el primer cuarto del siglo XXI se ha verificado en el campo de los derechos de las mujeres, el feminismo y la perspectiva de género. Fue en la década de 1940 - en cuyo inicio Sartre había publicado *L'Imaginaire* -, una época larvaria del movimiento dramatúrgico conocido como Angry Young Men (Hombres Jóvenes Enojados), precisamente en los años de posguerra cuando Simone De Beauvoir (1990 [1949], p. 419) enfatizaba en "El Segundo Sexo" que, el "privilegio económico que ostentan los hombres, su valor social, el prestigio del matrimonio y la utilidad del apoyo masculino llevan a las mujeres a querer complacer ardientemente

a los hombres, [y] siguen estando en una posición de vasallaje". Y es una preocupación muy similar la que esboza Judith Butler cuando señala en clave contemporánea la escenificación geopolítica de una "especie de fantasía restaurativa en muchos movimientos de derechas en Estados Unidos, [que q]uieren volver a la idea de un país blanco, al principio de la familia patriarcal, [y]o lo llamo furia nostálgica por un pasado imposible" (Seisdedos, 2024). El punto es que entre "El Segundo Sexo" y el último libro de Butler *Who's Afraid of Gender*, han transcurrido casi ochenta años. Y en el interín Kate Millet, Joan W. Scott y Rosi Braidotti han publicado *Sexual Politics* (1970), *Gender: a useful category of historical analysis* (1986) y *Nomadic Subjects* (1994) respectivamente. Asimismo, la Fenomenología Queer de Sara Ahmed (2006, p. 1) ha interpelado la sexualización del espacio y el feminismo especulativo de Dona Haraway (2019, p. 21) ha interpretado dialógicamente la ciencia ficción, la fabulación especulativa, las figuras de cuerdas, los hechos científicos[7], para citar solo algunas de las contribuciones desde el campo de los estudios feministas. En efecto, la sofisticación y agudeza de los abordajes efectuados desde la teoría feminista han ido en paralelo y coexistido más recientemente con el debate entre "las feministas que se autodenominan «críticas de género» y las que insisten en que las alianzas feministas deben incluir a las personas trans y genderqueer, [lo que] se ha convertido en un foco de intenso conflicto público" (Butler, 2024, pp. 134-135). Todo ello se ha verificado en un contexto cada vez más reactivo y hostil a los temas de género:

> En 2018, el gobierno húngaro prohibió el máster en estudios de género. Erzsébet Barát, que escribió para un número especial de *Mundos Bálticos* de 2020, rastrea lo que ella llama el descrédito del género a través de las guerras culturales en defensa del pueblo húngaro, parte de un discurso populista de derechas que se acelera y que tacha al feminismo de discurso alienante. En Estados Unidos, los estudios sobre la mujer y el género y los programas de estudios étnicos, junto con el profesorado de departamentos de humanidades como el de historia, son cada vez más los primeros en ser guillotinados. [Todo ello ahora está] en el punto de mira de activistas decididos no solo a reescribir, sino a recuperar la historia de la mujer y el género para una agenda de extrema derecha. El progreso no es simplemente precario. Es sencillamente inadecuado para la tarea de comprender la labor que la historia de género, con todas sus complejidades y limitaciones, ha realizado y sigue dispuesta a realizar en el mundo. (Burton, 2024, p. 96)

Como es de verse, a tenor de los ejemplos referidos hasta aquí, a pesar de los esfuerzos desplegados por instancias de protección y cumplimiento de los derechos humanos, los abordajes y fundamentación acerca de la Igualdad en la actualidad se han reconfigurado, siendo que, esas nuevas conceptualizaciones serán explicitadas en la secciones siguientes.

2. La Igualdad en 2025: desafíos y nuevas rutas críticas

En nuestro mundo plagado de conflictos, inestabilidades y polarizaciones, la Igualdad se recusa, se torna fantasmagórica, se impugna o simplemente se prohíbe. Y este no es solo un ejercicio retórico, pareciéramos asistir a un ensañamiento global contra los presupuestos igualitarios al tiempo que las desigualdades y las brechas de representación y bienestar se acrecientan de forma exponencial. El ciudadano vigilante hipermoderno a diferencia de lo que acontecía con el paradigma de Alfred Schütz - dicho autor planteaba la categoría del "ciudadano bien informado" ya en 1946 -, pareciera decirse a sí mismo: *No me importa la igualdad, pero sufro intensamente su*

[7] No otra cosa que las palabras e imágenes que se entrecruzan en esa categoría central denominada SF, por las siglas en inglés que caracteriza a todas las frases referidas por Haraway (2019, p. 21, nota 7).

cada vez más notoria ausencia. Los ejemplos actuales acerca de ese estados de cosas bifronte y claramente contraintuitivo abundan, cito a continuación algunos de ellos.

Un aviso de fines de febrero de la embajada de EE.UU. en España señalaba taxativamente, como parte de una política global de la diplomacia norteamericana, lo siguiente: queremos "asegurarnos que nuestros contratos cumplan con todas las leyes federales antidiscriminación y que los proveedores no operen programas que promuevan la diversidad, equidad, e inclusión. [T]odos los proveedores [d]eben certificar que no aplican ningún programa que promueve los DEI"[8] (El País, 2025). Otro caso relevante es el de la anulación de la creación del Ministerio de la Igualdad en Colombia por parte de la Corte Constitucional bajo el fundamento de la omisión congresal[9] del requisito consistente en el "aval fiscal que debe expedir el Ministerio de Hacienda cuando una ley crea nuevos gastos para el Estado" (Lewin & Hernández Bonilla, 2024). A la fecha ha transcurrido un año de la decisión de la referida Corte y resta un año más para que la decisión surta efectos de manera plena, tal y como se refiere en la sentencia que dispuso la anulación de la cartera colombiana de Igualdad. Un ministerio fantasmagorizado parece ser una buena definición de este experimento político colombiano.

Otra cuestión relevante en lo tocante a la Igualdad y su deriva contemporánea es la relación que se ha verificado desde hace algún tiempo con los dispositivos, aplicaciones, plataformas, sites o entornos del mundo digital. Se puede referir en términos generales que mientras los temas de protección inmunitaria, performatividad melodramática, exploración vigilante, orgullo meritocrático casan bien con las pantallas digitales, lo relativo a los diseños redistributivos, la diversidad dialógica, la crítica a la (re)colonialidad, o la reciprocidad comunitaria no corre la misma suerte. Así, a manera de ejemplo, un lema como el de "no dejar a nadie atrás", fundamental cimiento del derecho al desarrollo no aparece como 'cool' o 'fashionable' en la hiperindividualizada experiencia digital.

Aproximadamente hace una década las aplicaciones digitales relacionadas con el "Sí es solo Sí" aparecían como gran novedad con la esperanza de reequilibrar los poderes de las parejas sexuales en torno al consentimiento de la relación, al poco tiempo tuvieron un estrepitoso desenlace - con renuncia ministerial y complicación en la aplicación de criterios jurisdiccionales incluidas - con la Ley del mismo nombre en España. Mucho más recientemente, se reportaba un nuevo fracaso digital de la Igualdad. La aplicación digital *Me Toca* concebida, defendida y anunciada públicamente en septiembre de 2023 para "acabar con la desigualdad a la hora de realizar las tareas del hogar, utilizando un sistema de reparto equitativo entre los diferentes cónyuges de la vivienda [,] ya no está [disponible, n]i siquiera hay intención de mantenerla online" (Sanz, 2025). La disfuncionalidad digital de la Igualdad no aparenta ser solo un problema ideológico o de posturas relativas a los derechos. Un tipo de ciudadanía experimental más proclive a la validación y mejora progresiva como resultado de la interacción digital constante entre el individuo y la máquina, tiene cada vez más dificultades para incorporar en esa prevalente forma identitaria global contenidos de alcance relacional e interdependencia que comprenda protagónicamente la interacción humana. Todo lo que no conjugue la fascinación o la emoción digitalizadas en torno a la perfección, la precisión o la velocidad no parecen ser asuntos relevantes hoy por hoy. Y pareciera que ese es uno de los problemas más agudos que confrontan actualmente los postulados igualitarios a escala global.

En 2022 el Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ([PNUD], 2022) ya señalaba una incendiaria tendencia de la ciudadanía a señalar villanos o culpables de su situación o condición, puesto que,

[8] Programas de Diversidad, Igualdad e Inclusión, por sus siglas en inglés.
[9] El Parlamento tiene como atribución la creación de ministerios.

"[s]i la incertidumbre ensombrece todos los aspectos del desarrollo humano, socava la capacidad de actuar y elegir [, y genera] una falta de confianza en las instituciones [y] un crecimiento del aislamiento, el nacionalismo y la discordia social". Al cabo de tres años, la situación no solo no ha mejorado, pareciera aumentar más y más la percepción de deterioro y precariedad de la igualdad a escala global. Un reciente ejemplo lo constituye el reporte del Barómetro de la Desigualdad de la Universidad de Constanza (Alemania). Los principales señalamientos de dicho reporte pueden resumirse así: la desigualdad alimenta el desencanto político, el sentimiento está estrechamente vinculado a la desigualdad económica. El alto grado de desigualdad percibida se condice con la menor confianza en poder cambiarlo mediante la propia acción política de la ciudadanía. En suma, Marius Busemeyer citado en Fischer (2025), refiere: "quienes están convencidos de que tienen poca influencia en la política apoyan mucho más a los partidos populistas y/o extremistas, [e]l debate democrático sobre buenas soluciones debe volver a anclarse más firmemente en las prácticas cotidianas del mundo real".

A continuación, se abordará en específico las serias repercusiones que implica la desigualdad - en particular, la económica - en el campo de la administración de justicia, teniendo en cuenta la percepción actual respecto de los temas justiciables, en el sentido de una "transición de la justicia como actuación componedora de conflictos a una donde el conflicto es la quintaesencia de su accionar" (Barboza Tello, s.f.).

3. La (Des)igualdad en la Judicatura: un caso con agravantes

En el presente apartado hemos seleccionado el más reciente Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, presentado en el contexto del septuagésimo noveno período de sesiones de la AGNU, que se llevara a cabo a fines del mes de septiembre del 2024. Una de las principales razones de nuestra selección ha sido el que en el Informe en comento se expresa de manera rotunda lo siguiente: "[n]ingún continente es inmune a la desigualdad extrema: sus repercusiones afectan a todas las regiones y a los países tanto del Norte Global como del Sur Global" (AGNU, 2024a, Num. 1).

Cabe precisar en este punto que, el mandato de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, ha sido establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas desde 1994, en atención a la creciente "frecuencia de los ataques contra la independencia de los jueces, abogados y funcionarios judiciales como el vínculo que existe entre el debilitamiento de las salvaguardias para [dichos actores] y la gravedad y frecuencia de las violaciones de derechos humanos"[10] (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], s.f.).

El Informe seleccionado tiene el siguiente título: Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Margaret Satterthwaite. La justicia no se vende: la influencia indebida de los

[10] "De conformidad con su mandato, se pide al Relator Especial que: (a) Que investigue todas las denuncias sustanciales que se le transmitan y presente sus conclusiones y recomendaciones al respecto[;] (b) Identificar y registrar no solo ataques contra la independencia del Poder Judicial, los abogados y los funcionarios de los tribunales, sino también los progresos logrados en la protección y el aumento de su independencia, y formular recomendaciones concretas, incluida la prestación de servicios de asesoramiento o asistencia técnica cuando lo solicite el Estado de que se trate[;] (c) Identificar formas y medios para mejorar el sistema judicial, y hacer recomendaciones concretas al respecto[;] (d) Estudiar, con el fin de formular propuestas, cuestiones de principio importantes y de actualidad con vistas a proteger y reforzar la independencia del poder judicial y de los abogados y funcionarios de los tribunales[;] (e) Aplicar una perspectiva de género en su trabajo[;] f) Seguir cooperando estrechamente, evitando duplicaciones, con los órganos, mandatos y mecanismos pertinente de las Naciones Unidas y con las organizaciones regionales[;] g) Informar periódicamente al Consejo, de conformidad con su programa de trabajo, y anualmente a la Asamblea General" (ACNUDH, s.f.).

actores económicos en el Poder Judicial. Asimismo, la codificación que identifica el Informe para todos los efectos es la siguiente: A/79/362.

De inicio, el Informe es categórico al señalar que hay muchos lugares en donde, en las actuales circunstancias "de creciente desigualdad económica, [l]as empresas y las personas adineradas utilizan su influencia financiera [e] intentan [i]ntervenir en los [n]ombramientos a la magistratura y cabildear a los magistrados en ejercicio para que se muestren más receptivos a sus objetivos" (AGNU, 2024a, p. 2). Así también, se señala enfáticamente: "Vivimos en una era de desigualdad, [d]esde 2020 la fortuna de los cinco hombres más ricos del mundo se ha duplicado con creces, [e]n el mismo período, casi 5.000 millones de personas se han hecho más pobres" (AGNU, 2024a, Num. 1). La Relatora también señala que la "concentración del poder económico puede erosionar la paridad entre quienes viven en democracia; en su forma más extrema, crea una plutocracia en la que las personas adineradas controlan los poderes públicos" (AGNU, 2024a, Num. 2). La definición de la categoría influencia económica indebida en el Informe que estamos reseñando es como sigue:

> La influencia económica indebida se produce cuando: [a]) actores económicos, como empresas, personal ejecutivo y personas extremadamente adineradas, [b]) llevan a cabo, con grandes medios económicos, actividades [c]) que ejercen o se pueden considerar que ejercen influencia indebida en la estructura de los sistemas de justicia o en el desempeño de las funciones judiciales con el propósito aparente de explotar el sistema de justicia para promover sus objetivos específicos [d]) y con el efecto de que los procesos diseñados para funcionar de forma justa y transparente a fin de garantizar la independencia judicial ante la ley se pervierten sistemáticamente para favorecer objetivos impropios. (AGNU, 2024a, Num. 12)

Anteriormente, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados ya había manifestado su preocupación y había puntualizado que el intento de socavar las restricciones que el aparato judicial impone al poder gubernamental pasan por la adopción de medidas contra personas que laboran en el ámbito jurisdiccional, cambios sistémicos que menoscaban las bases judiciales del estado de derecho, o "la apropiación de las cúpulas de los sistemas e instituciones judiciales con el fin de intimidar, acosar y castigar a trabajadores del sector de la justicia que, de lo contrario, podrían contrarrestar su poder" (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas [CDHNU], 2024, Num. 21). Y en esta ocasión continúa precisando ese marco de estrategias de apropiación política indebida conjugadas con la influencia económica indebida, un auténtico "coctel destructivo" que erosiona las bases mismas de los sistemas democráticos. A partir de ello, la Relatora Especial ha catalogado como una auténtica amenaza para los derechos humanos el desarrollo de estas estrategias cooptadoras y mediatizadoras de las acciones y el normal desenvolvimiento de la judicatura, coligiéndose en consecuencia que, se deben realizar todos los esfuerzos por evidenciar y "combatir los intentos encubiertos de los agentes económicos poderosos de alterar las reglas del juego judicial o de abusar intencionalmente del sistema de justicia en su propio beneficio" (AGNU, 2024a, Num. 68).

Finalmente, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, explicita la correlación entre la desigualdad en la riqueza y en los ingresos y los resultados y las necesidades de la justicia, lo que conlleva y genera graves repercusiones debido a que la "desigualdad económica suele traducirse en desigualdad de influencia, en particular en la esfera política" (AGNU, 2024a, Num. 2). Es esa la razón por la que, la defensa del estado de derecho es a la vez la base y condición irrecusable para que se concrete el derecho humano a ser objeto de un trato digno, igualitario y sin discriminación por parte de los sistemas de justicia. Ello ayuda también a concretar la defensa de la Igualdad y la Justicia respecto de eventuales y prototípicas "demandas

estratégicas contra la participación pública supuestamente dirigidas a defender intereses privados, pero que, en realidad, tienen por objeto eliminar las críticas legítimas, la supervisión o la resistencia respecto de sus actividades" (AGNU, 2024a, p. 2), no otra cosa que una prueba tangible y objetiva más, de los efectos oscuros, precarizadores y protervos que emergen de la desatención de los temas igualitarios e inclusivos, tal y como ocurre en la actualidad.

4. El Futuro de la Igualdad

La "añoranza de ese "espacio de experiencia" menguante que ya no encaja en el nuevo horizonte de expectativas" (Boym, 2015 [2001], p. 65), o las fervientes prédicas de los extremistas que "demuestran falta de empatía y desprecio por los derechos de quienes no pertenecen a su propio pueblo, [y que] se representan como víctimas de amenazas"(Schmid, 2014, p. 21), son ambas, muestras de una gran dificultad por establecer códigos compartidos, espacios revalorizados, atributos con voz diversa o rituales de cooperación donde la Igualdad se exprese asertivamente, hoy por hoy. La Igualdad se complica, y al hacerlo sigue la ruta de las dificultades que complican a los roles socioculturales resignificados para ampliar las avenidas de expresión y sentido ciudadano. Si hay algo que caracteriza nuestros tiempos hipermodernos es que, la libertad,

> Como referente principal de la movilización por el cambio de las condiciones de vida ha experimentado una conversión acelerada en las últimas décadas. Tal vez el rasgo más emblemático de dicha conversión ha sido el pasar de ser una lucha constante y esperanzada por nuevos espacios, nuevos derechos y nuevas formas de organización social a ser un experimento con sentidos contradictorios e inciertos que apuntan a una redefinición del propio sentido de lo humano más recientemente.(Barboza Tello, sf)

Al cabo de casi ochenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a despecho de los esfuerzos liberacionistas y decoloniales, ha emergido recientemente una renovada expresión plutocrática que tiene en los potentes reflectores de las plataformas tecnológicas no solo una extremadamente eficaz caja de resonancia, sino su propia y performativa identidad. Esta conjunción de poder económico, político y tecnológico hace de la corporación digital el principal factor que ha transfomado la definición moderna de los 'poderes fácticos' en una polifuncional actividad de 'poderes híbridos u on/offline' que postulan, imaginan, cancatenan y lo columbran todo, desde la abigarrada política global hasta las *trad wives* o las *femcels*. Estas no son buenas noticias para la Igualdad, como tampoco lo son las cada vez más extendidas caracterizaciones de nuestro mundo desigual. Allí tenemos a los Oligarcas Tecnológicos, auténticos "filósofos-reyes de Sillicon Valley [con] carteras de inversión que funcionan como argumentos filosóficos, posiciones de mercado que convierten las convicciones en operaciones, [y con] fondos de inversión que son al mismo tiempo fortalezas ideológicas" (Morozov, 2025). También está el concepto de Tecnofeudalismo que, a diferencia del capital tradicional, opera de la siguiente manera: "Capta nuestra atención. Fabrica nuestros deseos. Nos vende directamente [l]o que nos ha hecho desear. Fomenta el trabajo proletario en los centros de trabajo. Y crea una ingente mano de obra gratuita (los siervos de la nube)" (Varoufakis, 2024). Recientemente un longevo pero muy activo Jürgen Habermas (2025) alertaba sobre la conformación y particularidades de un "nuevo tipo autoritario digital [que] no tiene nada que ver con el fascismo histórico", agregando que, este fenómeno se explica a partir de la existencia de una problemática contemporánea cada vez más compleja por lo que "un régimen de este tipo respondería a la creciente necesidad de una población despolitizada y aliviada de decisiones políticas trascendentales de disponer de un sistema que funcione por sí mismo" (Habermas, 2025).

Frente a un escenario actual tan cuesta arriba, donde la palabra esclavos, siervos o vasallos se reporta, pronuncia o insinúa cada vez más, la defensa del Principio de Igualdad y No Discriminación debería convertirse en un referente ciudadano a escala ampliada y no circunscribirse solo a estudios técnicos o formales. Hacer frente a esta desfiguración de las bases mismas de las sociedades igualitarias requiere una nueva bocanada de aire fresco para reafirmar nuestros compromisos con las libertades y los derechos universales, con nuestra participación en igualdad de condiciones en los asuntos públicos, y con nuestra vocación firme de que cualquier vasallaje del tipo que fuera es cosa del pasado.

No debemos olvidar también que, en las últimas décadas la filosofía de las emociones, la política de los afectos o la historia de las pasiones y los sentimientos, en conjunto, han insurgido como elementos clave para dar cuenta de cuestiones tan desafiantes y actuales como "el equilibrio emocional de la sociedad"[11] o el "vasallaje feliz" (Le Grand Continent, 2025). Las nuevas configuraciones de nuestros vínculos sociales también requieren precisiones y actualizaciones como es el caso de "fenómenos como la digitalización de la vida, la sociedad de la seducción, la insuficiencia contemporánea [y] la 'monarchist fashion' " (Barboza Tello, sf). Con todo ello de base, podemos buscar en el referente de la Dignidad apoyos de fundamentación y revitalización del Principio de Igualdad para hacer frente a los embates conservadores y escépticos que descreen de su importancia y necesidad de primer orden para regular y delimitar las sociedades del siglo XXI. Siguiendo a Gomá (2019):

> [P]odría definirse la dignidad *como lo que estorba*. Estorba a la comisión de iniquidades y vilezas, pero más interesante aún es que a veces estorba también el desarrollo de justas causas, como el progreso material y técnico, la rentabilidad económica y social, o la utilidad pública. Y este efecto molesto, entorpecedor y paralizante que muchas veces acompaña a la dignidad, que obliga a detenerse y pararse a pensar en ella, nos abre los ojos a la *dignitas* precisamente de aquellos que son estorbos porque no sirven, los inútiles, los sobrantes, que se hallan siempre amenazados por la lógica de una historia que avanzaría más rápido sin ellos. (p. 31)

El horizonte de desigualdad ampliándose cada vez más puede generar una sensación de impotencia y creciente malestar, pero también puede generar la posibilidad de establecer nuevos fundamentos de apoyo a las causas igualitarias. Creo que la emergencia de la dignidad en tiempos recientes en debates de filosofía política, en posturas y manifiestos de movimientos sociales, en recurrentes posteos en las plataformas digitales, en renovados desarrollos académicos, o en sermones papales es una clara muestra de su amplia gama de consenso y aceptación, así como, de la necesidad de perfilar un nuevo diseño argumentativo en torno a los límites de la dignidad. Y es que la importancia de la dignidad es tributaria de la amplia gama de cuestiones concernidas o sentidos que se conectan a través de la demarcación limítrofe que ésta opera, a la manera de una recomposición de los vínculos sociales en clave horizontal (ciudadanías igualitarias). Estos sentidos de dignidad podemos comprenderlos asociados a diferentes campos como el tecnológico (reivindicación de la imperfección), el ontológico (operación post subjetiva), o el cultural (reemergencia de los rituales ligados a las emociones), pueden

[11] "Existe un equilibrio emocional en la sociedad. La política tiene que ocuparse de eso. Y lo hace constantemente. Los actores políticos también se guían por el estado de ánimo que se percibe en el país. Podemos ver que el equilibrio emocional de la sociedad está en un estado de cambio. En vista de las crisis, a más tardar desde Corona[virus], los nervios están a flor de piel. Pero la política también controla este equilibrio emocional. Puede dramatizar o desdramatizar, tratar de forma más racional o más afectiva las turbulencias de la sociedad. Lo que sentimos actualmente es que las formas de manejo racional del estado emocional de la sociedad, como las que practica Angela Merkel en Alemania, por ejemplo, ya no son eficaces. Existe la expectativa de que las emociones que bullen socialmente lleguen también a la política y desencadenen una forma más viva de abordar los problemas sociales. Tal vez eso no sería lo peor". (S. Lessenich entrevistado por Nimmervoll, 2023)

ser ilustrativos para el abordaje de los sentidos de convivencia, el desarrollo de las políticas y la apropiación contemporánea de los derechos.

¿Cuáles son las fronteras, dónde poner los límites, para qué sirven las ambigüedades, qué distancia es la adecuada, cómo tornar dialógica la polaridad? Son todas preguntas de vibrante actualidad y aluden a cuestiones tan variadas como la IA y el trabajo humano, el rol cada vez más público de las religiones (Casanova, 1994), la extrema dificultad contemporánea para determinar caso por caso una libertad de expresión prohibida o permitida[12], las derivas de la violencia vicaria, la amenaza inminente o cruda realidad de una nueva forma de experienciar la nacionalidad o una inédita y masificada forma de convertirse en apátrida (DW, 2024; Muñoz-Ledo, 2025), la performatividad y rentabilidad en predios digitales del mito del mérito[13], lo inquietante del 'impuesto cognitivo' a la pobreza (AGNU, 2024c), la reconfiguración de la privacidad moderna o privacidad por diseño (CDHNU, 2018), los desafíos del multilateralismo alimentario (AGNU, 2023), la tortura asociada a los rituales (CDHNU, 2025), y la lista puede continuar, sin duda. Trátase pues de un nuevo escenario donde convergen nuevas desigualdades, nuevas incertidumbres y nuevas vulnerabilidades. Un 'nuevo mundo' de derechos requiere también un 'nuevo acuerdo' para preservar los antiguos principios e imaginar los nuevos contornos de algo a lo que Kant se refería en una frase ya bicentenaria, señalando que todo tiene "un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad" (Kant, 1990, p. 112)

Tal parece que la indignidad es el nuevo tándem, la nueva medida de un mundo compatible con la justicia y la libertad como signo de una humanidad plena y solidaria. Muchas "de las actuales complicaciones del combate a la desigualdad o el descarte de acciones afirmativas [t]ienen [q]ue ver con esta nueva configuración y protagonismo de los límites de la dignidad" (Barboza Tello, sf). Eso es algo que he sostenido ya en anterior oportunidad, y estoy convencido de la necesidad de su discusión y renovada fundamentación, como también lo están en clave muy similar los abordajes de Gomá (2019) para quien la dignidad igualitaria se percibe hoy por hoy:

> *Autofundada*, no dependiente de otra instancia que le preste fundamento (razón, libertad, moralidad); *plena* desde el principio y no necesitada de perfeccionamiento, ni expuesta a pérdida, agotamiento o desgaste por una eventual conducta indigna de su titular; *absoluta* y no relativa a otros, hombres o animales; centrada, por último, o en los deberes que impone a quien la posee, sino en su *derecho a exigir* a los otros, universalmente, que la respeten. (p. 34)

[12] La Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión distingue tres retos diferentes derivados directa e indirectamente del conflicto de Gaza: (1) las agresiones contra los periodistas y los medios de comunicación, (2) la represión de las voces y las opiniones palestinas de forma discriminatoria y desproporcionada, (3) la difuminación de los límites entre la expresión protegida y la prohibida. Ninguno de estos retos es nuevo, pero se han intensificado durante el último año. (AGNU, 2024, Num. 6)

[13] "[N]o suele tenerse en cuenta que la realidad es que existen desigualdades y que es probable que los procesos basados solo en el mérito beneficien en gran medida a quienes no han estado sometidos a los legados de la esclavitud, el colonialismo, el *apartheid* u otras formas de discriminación. Es lo que suele conocerse como el "mito del mérito". La creencia de que el éxito no es más que el resultado del talento, el esfuerzo y el rabajo individuales se basa en la premisa incorrecta de que todo el mundo tiene las mismas oportunidades de triunfar y no toma en consideración las desigualdades sistémicas ni las formas institucionalizadas de exlcusión basadas en la raza y la etnia, la ascendencia y otras identidades análogas. Otro aspecto del mito del mérito consiste en no reconocer que la discriminación existe o defender la convicción errónea de que la discriminación racial y otras formas conexas de discriminación pertenecen al pasado. El mito del mérito también quita importancia a las ventajas que pueden recibir de su entorno social y hereditario los miembros de grupos privilegiados, como la riqueza generacional, los contactos sociales y el acceso a una educación, una vivienda y una atención de la salud de alta calidad" (AGNU, 2024b, Num. 53)

Notas conclusivas: "Nuevo mundo" de derechos y emociones

Este "nuevo mundo" de derechos que ahora mismo estamos configurando con una mezcla de zozobra, tremor y trepidancia es cada vez más consciente que, los "sentimientos y los afectos son [l]os que impulsan y motivan los procesos de cooperación y dan espacio para lograr objetivos comunes" (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2023, p. 80). Ello se condice con una advertencia que hacía Eva Illouz (2010) en 2008, acerca de lo que para entonces ya constituía un encargo urgente para "la sociología del género y la emoción [cual era, el] de explorar la posición diferencial de hombres y mujeres frente a los bienes que producen *eudaimonía* de modo de desentrañar las nuevas formas de desigualdad" (p. 297). En la misma línea argumentativa, harto conocido es el asco populista y extremista por lo extraño, lo ajeno o lo diferente. Pues bien, una misión de reconstruir las bases de la igualdad, debería también operar en clave de una ética de las pasiones – una suerte de conjugación spinoziana y pascaliana[14]- y oponer decididamente a esa emoción proterva, llena de inseguridad y temor por lo desconocido otro y constructivo "asco ante la indignidad [ya que ello] indica a la humanidad el camino de su progreso moral" (Gomá, 2019, p. 39). Así también, esa conjugación de emociones y demarcación limítrofe para el ejercicio de los derechos ciudadanos se relaciona y se vincula con elementos de desigualdad particularmente inquietantes. Si tomamos como referencia en este punto la conexión entre dominación y ansiedad, podemos acreditar en primer lugar que esta conexión no le era ajena a John Rawls. De hecho en sus *Lectures on the History of Political Philosophy*, Rawls (2007) hizo un recuento de las sucesivas dominaciones desde Hobbes hasta Marx, ya sea que se vincularan con la guerra, las desigualdades o la explotación capitalista (pp. 51, 226, 324). En segundo lugar, esa dominación emocionalizada aporta luces para confrontar lo que aparenta ser una novísima ansiedad de ser dominados que sacude nuestro mundo desigual y es la del ser insuficiente[15], el "no da r la talla" frente al inexorable avance de la esfera digital, algo que complejiza aún más los ya complicados entornos que vivenciamos a escala global en medio de conflictos, inestabilidades e inseguridades que insurgen por doquier.

No obstante lo expuesto, la época victoriana en Inglaterra ya experimentó las urgencias emocionales y nuevas condiciones vitales del desarrollo industrial y el reemplazo de la agencia humana de artesanos por el imperioso uso de aparatos. Autores como John Ruskin encabezaron un movimiento de reivindicación de lo natural, lo grotesco o de apelación a la cultura gótica como respuesta al descarte del trabajo artesanal en favor de la industriosa perfección de las máquinas. En el aristocrático Oxford de las décadas de 1850 y 1860 Ruskin puso "en práctica la orden de 'conectar con el cuerpo', [l]ideró tropas de jóvenes deslumbrados a los suburbios para trabajar en la construcción de carreteras; su dolor, sus manos callosas eran signos virtuosos de conexión con la Vida Real"[16] (Sennett, 2008, p. 109). Un espíritu similar de alerta y respuesta es el que encarna actualmente Eric Sadin (2020) quien a lo largo de sucesivas entregas nos impulsa a descreer y confrontar esa nueva uniformidad global de la cultura digital caracterizada por "una vida asistida en toda circunstancia, que ofrece un confort apaciguador y que lleva a hacer de la captura del menor de nuestros gestos la oportunidad de generar beneficios"

[14] Nada reducirá la pasión consumista, salvo la competencia de otras pasiones. Cómo no recordar aquí la proposición VII del libro cuarto de la *Ética* de Spinoza: "Un afecto no puede ser reprimido ni suprimido sino por medio de otro afecto contrario y más fuerte que el que hay que reprimir". [Así también, t]enemos, más que nada, que desarrollar una política inseparable de una ética de las pasiones, que parta de la idea que el hombre está hecho de contradicciones, como decía Pascal (Lipovetsky, 2008, pp. 123-124).

[15] Mientras que las obligaciones morales se han atenuado, las psíquicas han invadido la escena social: la emancipación y la acción extienden desmesuradamente la responsabilidad individual, agudizando la conciencia de ser solo uno mismo [.] Esa es la razón por la cual la insuficiencia es a la persona contemporánea lo que el conflicto representaba para la de la primera mitad del siglo XX (Ehrenberg cit. por Le Breton, 2016, p. 12)

[16] Énfasis del original.

(p. 298), y al hacerlo confirma un énfasis contemporáneo del eje central de nuestras vidas más a tono con el *fit-healthy* espiritual que con la centralidad del trabajo.

Una igualdad cada vez más discursiva[17], conjugando la expresividad emocional en busca de equilibrio con el retorno a la ritualidad comunitaria como aspiración, tiene como nota dominante el escenario digital para interiorizar y desplegar las nuevas estratificaciones sociales, diferenciaciones imaginísticas y performatividades asertivas de las subjetividades. Trátase de una imagen comunicativa que dimana sus pautas y estilos globalmente, y al hacerlo columbra las nuevas tres preguntas clave: ¿Qué puedo sentir?, ¿Qué debo ejercitar?, ¿Qué me cabe experimentar? Asistimos en todo el mundo a una fábrica incesante de periferias de los excluidos, los marginados, los extranjeros, los apátridas, los migrantes, los refugiados, con lo que se instaura la experiencia de una dignidad hipermoderna que reclama el trato justo, conectivo y compasivo, para sentar las bases de una ciudadanía que recusa cualquier vasallaje, en esos nuevos santuarios de reconocimiento igualitarios. En el corazón de dichos escenarios surgen inquietudes y reclamos por el consumo de energía - planetaria y mental -, preocupaciones y denuedos por la sensación de cansancio - inmunitario y neuronal -, malestares y reacciones por el despliegue de entusiasmo - religioso y experimental - (Rosa y Vandenberghe, 2025; Agouborde, 2025; Han, 2010; Barboza Tello, 2023, 2024). Y lo humano que somos frente a tamaños desafíos y retos, promulga sus reservas, comparte sus temores, testea sus capacidades en un mundo que ya ni siquiera es ancho y ajeno, ahora es más bien extremadamente definido (XD), pautado, estrecho, compacto y portable, esos son los recursos convencionales de las socializaciones digitales al uso en pleno siglo XXI y es en esa condición prevalente en la que cada vez más las incesantes mejoras de sí, nos extenúan, nos desorientan, nos desequilibran. La antigua suficiencia era prevalentemente legisladora, de alcance individual y aunada a una visión de progreso, la nueva suficiencia es más una larga jornada de resistencia por tratar de ser uno mismo al tiempo de lo que se quiere llegar a ser en un mundo cada vez más distópico, sin que la mediación digital nos descarte en el camino. Entre la revalorización de la condición humana y el marketing de la digitalizada perfección, hay un espacio para respirar, recargar energías y no sucumbir a la trepidancia del tiempo digita(celera)lizado tan característico de las urbes, y eso requiere ser reconocido, por su precedencia y dignidad inherente. Tal vez en un futuro no muy lejano las Nuevas Declaraciones de Derechos e Igualdades Universales inicien con un derecho básico: "El derecho a ser suficiente".

Referencias

Agouborde, M. V. (10 de febrero de 2025). *Harmut Rosa, sociólogo: "Hoy a los jóvenes les falta el deseo de vivir y tener confianza en la vida.* El País. https://elpais.com/chile/2025-02-10/hartmut-rosa-sociologo-hoy-a-los-jovenes-les-falta-el-deseo-de-vivir-y-tener-confianza-en-la-vida.html

Ahmed, S. (2006). *Queer Phenomenology: Orientations, Objects, Others*. Duke University Press.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017). *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. A/HRC/34/56.* 34º período de sesiones del 16 de enero. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/007/43/pdf/g1700743.pdf

Aruguete, N. (11 de enero de 2016). *La nueva "igualdad" social*. Página 12. https://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-290011-2016-01-11.html

[17] Lo discursivo se entiende como formas de expresión (discursos orales y publicaciones en cualquiera de sus formas, incluyendo el uso de medios electrónicos y su difusión y almacenamiento). El discurso puede tomar forma oral o escrita o cualquier otra forma como pinturas, señales, símbolos, dibujos, música, obras de teatro o videos. También abarca el uso de conductas específicas como gestos para comunicar una idea, mensaje u opinión. Ver más en la Recomendación General Nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intoleran (2016).

Asamblea General de Naciones Unidas. (2016). *A/71/317: Report on the intentional destruction of cultural heritage as a violation of human rights*. 71º período de sesiones del 09 de agosto. https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a71317-report-intentional-destruction-cultural-heritage-violation-human

Asamblea General de Naciones Unidas. (2023). *A/78/202: Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Michael Fakhri.* 78º período de sesiones del 18 de julio. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a78202-interim-report-special-rapporteur-right-food

Asamblea General de Naciones Unidas. (2024). *A/79/319: Amenazas globales a la libertad de expresión derivadas del conflicto en Gaza - Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Irene Khan.* 79º período de sesiones del 23 de agosto. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a79319-global-threats-freedom-expression-arising-conflict-gaza-report

Asamblea General de Naciones Unidas. (2024a). *A/79/362: Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Margaret Satterthwaite - La justicia no se vende: la influencia indebida de los actores económicos en el poder judicial*. 79º período de sesiones del 20 de septiembre. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a79362-report-special-rapporteur-independence-judges-and-lawyers

Asamblea General de Naciones Unidas. (2024b). *A/79/316: Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Ashwini K. P.* 79º período de sesiones del 22 de agosto. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a79316-special-measures-report-special-rapporteur-contemporary-forms

Asamblea General de Naciones Unidas. (2024c). *A/79/162: Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Olivier De Schutter - La economía del agotamiento: pobreza y salud mental*. 71º período de sesiones del 16 de julio. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a79162-burnout-economy-poverty-and-mental-health-report-special

Barboza Tello, M. (2024). *Ciudadanía experimental*. Carlos Ramos ed.

Barboza Tello, M. L. F. (2023). La ciudad heroica: Apuntes sobre Política, Religión y Ciudad en tiempos hipermodernos. En Polo Santillán, M. A. & Mora Zavala, C. A. (eds.) *Poder, Religión y Secularidad* (pp. 155-164). Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de Huanta. https://fondoeditorial.unah.edu.pe/index.php/fonedi/catalog/book/42

Barboza Tello, M. L. F. (s.f.). *La Dignidad Demarcatoria: en torno a la justicia en tiempos de 'monarchist fashion'*. [Publicación en curso].

Bauman, Z. (2006). *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos* (3.ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.

Boym, S. (2015 [2001]). *El futuro de la nostalgia*. Antonio Machado Libros.

Burton, A. (2024). *Gender History: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.

Butler, J. (2024). *Who's Afraid of Gender?* Allen Lane.

Casanova, J. (1994). *Public Religions in the Modern World*. The University of Chicago Press.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2023). *Prospectiva para el desarrollo: aportes para una gobernanza territorial con mirada de futuro*. https://www.cepal.org/pt-br/node/60658

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. (2016). *Recomendación General Nº 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio. Adoptada el 8 de diciembre de 2015*. Consejo de Europa. https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (2009). *Observación General Nº 20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20. 42º período de sesiones del 4 a 22 de mayo.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2018). *A/HRC/39/29: The right to privacy in the digital age - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. 39º período de sesiones del 3 de agosto. https://www.ohchr.org/es/documents/reports/right-privacy-digital-age-report-united-nations-high-commissioner-human-rights

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2024). *A/HRC/56/62: Salvaguardar la independencia de los sistemas judiciales frente a los desafíos contemporáneos a la democracia - Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Margaret Satterthwaite*. 56º período de sesiones del 20 de octubre. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc5662-safeguarding-independence-judicial-systems-face-contemporary

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2025). *A/HRC/58/49: Libertad de religión o de creencias y prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Nazila Ghanea*. 58º período de sesiones del 09 de enero. https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc5849-freedom-religion-or-belief-and-prohibition-torture-and-other

De Beauvoir, S. (1990 [1949]). *Le Deuxième Sexe I: Les faits et les mythes. Preface de Benoîte Groult*. Édition du Club France Loisirs.

DW. (22 de febrero de 2024). *Daniel Ortega justifica despojo de nacionalidad a opositores*. https://www.dw.com/es/daniel-ortega-justifica-despojo-de-nacionalidad-nicarag%C3%BCense-a-opositores/a-68333484

El País. (20 de febrero de 2025). *EE.UU. pide a los proveedores de todas sus embajadas que certifiquen que no cumplen con políticas de diversidad e igualdad*. https://elpais.com/economia/2025-02-20/ee-uu-pide-a-los-proveedores-de-todas-sus-embajadas-que-certifiquen-que-no-cumplen-con-politicas-de-diversidad-e-igualdad.html

Fischer, L. (08 de abril de 2025). *Ungleichheit schürt Politikverdrossenheit*. [La desigualdad alimenta el desencanto con la política]. Die Zeit. https://www.zeit.de/politik/deutschland/2025-04/ungleichheitsbarometer-universitaet-konstanz-einkommen-wahrnehmung

Fromm, E. (2021 [1976]). *To Have or To Be?* Bloomsbury.

Gomá, J. (2019). *Dignidad*. Galaxia Gutenberg.

Habermas, J. (2020). *Auch eine Geschichte der Philosophie. Band I: Die okzidentale Konstellation von Glaube und Wissen* [También una historia de la filosofía. Volumen I: La constelación occidental de la fe y el conocimiento]. Suhrkamp.

Habermas, J. (30 de marzo de 2025). *Llamamiento a Europa: por una fuerza militar disuasoria común.* El País. https://elpais.com/ideas/2025-03-30/llamamiento-a-europa-por-una-fuerza-militar-disuasoria comun.html

Han, B. Ch. (2010). *Müdigkeitsgesellschaft*. [La sociedad del cansancio]. Matthes & Seitz Berlin.

Haraway, D. J. (2019). *Seguir con el problema: Generar parentesco en el Chthuluceno*. Ed. Consonni.

Illouz, E. (2010 [2008]). *La salvación del alma moderna: Terapia, emociones y la cultura de la autoayuda*. Katz.

Kant, I. (1990). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (L. Martínez de Velasco, Ed.). Espasa Calpe.

Le Breton, D. (2016). *Desaparecer de sí: una tentación contemporánea*. Siruela.

Le Grand Continent. (18 de enero de 2025). *La vassalisation heureuse*. La Lettre du dimanche.

Lewin, J. E., & Hernández Bonilla. (09 de mayo de 2024). La Corte Constitucional anula la creación del Ministerio de la Igualdad. El País. https://elpais.com/america-colombia/2024-05-09/la-corte-constitucional-anula-la-creacion-del-ministerio-de-la-igualdad.html

Lipovetsky, G. (2008). *La sociedad de la decepción: Entrevista con Bertrand Richard*. Anagrama.

Morozov, E. (20 de abril de 2025). *Los oligarcas tecnológicos imponen su profecía*. El País. https://elpais.com/ideas/2025-04-20/los-oligarcas-tecnologicos-imponen-su-profecia.html

Muñoz-Ledo, R. (15 de mayo de 2025). *El número de bebés nacidos en EE.UU. que no obtendría la ciudadanía si Trump elimina el derecho*. CNN. https://cnnespanol.cnn.com/2025/05/15/eeuu/bebes-ciudadania-nacimiento-madres-extranjeras-orix

Nagel, T. (2003). John Rawls and Affirmative Action. *The Journal of Blacks in Higher Education*, *39*, 82–84. https://doi.org/10.2307/3134387.

Neumann, P. (10 de agosto de 2023). Welche Würde? Entrevista a Donatella Di Cesare y Omri Boehm. *Die Zeit*, N.°34. https://www.zeit.de/2023/34/menschenrechte-philosophie-omri-boehm-donatella-di cesare

Neumann, P. (20 de junio de 2024). Erklären Sie´s uns, Herr Sloterdijk: Ist der Traum von Europa ausgeträumt? Ein Gespräch mit dem Philosophen Peter Sloterdijk in Paris. [Explícanos, señor Sloterdijk: ¿Se ha acabado el sueño de Europa? Conversación con el filósofo Peter Sloterdijk en París] *Die Zeit*, n.°27, 48-49.

Nimmervoll, L. (16 de enero de 2023). *Soziologe Lessenich: "Spätestens seit Corona liegen die Nerven blank".* [Sociólogo Lessenich: "Desde el coronavirus a más tardar, los nervios han estado a flor de piel"]. Der Standard.

Noticias ONU. (23 de noviembre de 2015). *Experta insta a Estados a establecer un Observatorio de Feminicidios*. https://news.un.org/es/story/2015/11/1345341

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s.f.) *Acerca del mandato. Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados.* https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-independence-of-judges-and-lawyers/about-mandate-special-rapporteur-independence-judges-and-lawyers

Pérez Colomé, J. (07 de abril de 2025). *La melancolía es inevitable*. Diario El País. Linkedin. https://www.linkedin.com/pulse/la-melancol%C3%ADa-es-inevitable-el-pais-juyyf/

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2022). *Informe sobre desarrollo humano 2021/2022: Tiempos inciertos, vidas inestables: Configurar nuestro futuro en un mundo en transformación*. https://hdr.undp.org/informe-sobre-desarrollo-humano-2021-22

Rawls, J. (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*. The Belknap Press of Harvard University Press.

Rojo, J. A. (22 de febrero de 2017). *Isaiah Berlin, 11 claves para entender su obra.* El País. https://elpais.com/cultura/2017/02/22/actualidad/1487761693_489429.html

Rosa, H., Vandenberghe, F. (2025). *Time and World*. John Wiley and Sons.

Rubio Hancock, J. (11 de abril de 2023). *Libertad: una palabra y 200 significados*. El País. https://elpais.com/ideas/2024-11-10/libertad-una-palabra-y-200-significados.html

Sadin, E. (2020). *La inteligencia artificial o el desafío del siglo: Anatomía de un antihumanismo radical*. Caja Negra.

Sanz, Q. (10 de enero de 2025). *El Ministerio de Igualdad se gastó 211.000 euros en la app 'Me Toca' hace un año, ya ni siquiera se puede descargar*. Hipertextual. https://hipertextual.com/2025/01/el-ministerio-de-igualdad-se-gasto-211-000-euros-en-la-app-metoca-hace-un-ano-ya-ni-siquiera-se-puede-descargar

Schmid, A. P. (2014). *Violent and non-violent extremism: two sides of the same coin?* The International Centre for Counter-Terrorism (ICCT)- The Hague. https://icct.nl/sites/default/files/2023-01/ICCT-Schmid-Violent-Non-Violent-Extremism-May-2014.pdf

Seisdedos, I. (07 de diciembre de 2024). *Judith Butler, filósofa: "Si sacrificas a una minoría como las personas trans, operas dentro de una lógica fascista".* El País. https://elpais.com/ideas/2024-12-07/judith-butler-filosofa-si-sacrificas-a-una-minoria-como-las-personas-trans-operas-dentro-de-una-logica-fascista.html

Sennett, R. (2008). *The Craftsman*. Yale University Press.

Varoufakis, Y. (11 de febrero de 2024). *Somos humildes siervos de los señores de la nube: bienvenidos al tecnofeudalismo.* El País. https://elpais.com/ideas/2024-02-11/somos-humildes-siervos-de-los-senores-de-la-nube-bienvenidos-al-tecnofeudalismo.html

Vigarello, G. (1999). *Historia de la Violación: Siglos XVI- XX*. Ed. Cátedra de la Universidad de Valencia.

Ypi, L. (2022). *Free: Coming of Age at the End of History*. Penguin

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de revisión
https://doi.org/10.61542/rjch.125

La igualdad en el derecho argentino: de la norma al valor y su reconstrucción como principio

Equality in Argentine law: from norm to value and its reconstruction as a principle

Rubén Martínez[1]

Autor:
[1]Abogado y docente de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
Coordinador del grupo de investigación "Sociología y antropología jurídicas" del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos "Prof. Dr. Juan Carlos Gardella"
rmartinez@fder.unr.edu.ar
https://orcid.org/0000-0001-5313-7500

Recibido: 30/01/2025
Aprobado: 01/06/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Martínez, R. (2025). La igualdad en el derecho argentino: de la norma al valor y su reconstrucción como principio. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 117-127. https://doi.org/10.61542/rjch.125

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Rubén Martínez

RESUMEN

La igualdad en el derecho se configura como un pilar fundamental de los ordenamientos jurídicos modernos, aunque su contenido, alcance y eficacia siguen siendo objeto de debate. Tanto la dogmática como la jurisprudencia de cada sistema jurídico - condicionadas por sus contextos históricos, políticos y normativos - han establecido los contornos de este derecho, dando lugar a enfoques que oscilan entre una concepción formal y otra sustantiva de la igualdad. En este sentido, el presente artículo propone dar cuenta, a partir del estudio del sistema constitucional argentino y sus reformas, las dos concepciones predominantes en la doctrina y jurisprudencia nacional: la igualdad como "norma" y la igualdad como "valor". Sobre esa base, se presenta una tercera propuesta conceptual: la igualdad como "principio", en el marco de la teoría de los derechos fundamentales elaborada por el jurista alemán Robert Alexy, que brinda una nueva perspectiva a la comprensión del tema. Por último, se reseña un caso jurisprudencial argentino en el cual se confrontan estas concepciones, explorando las implicancias prácticas de su aplicación en el contexto del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad.

Palabras clave: Igualdad; Derecho; Doctrina; Jurisprudencia; Examen de proporcionalidad.

ABSTRACT

Equality in law stands as a fundamental pillar of modern legal systems, although its content, scope, and effectiveness remain subject to ongoing debate. Both legal doctrine and jurisprudence - shaped by historical, political, and normative contexts - have delineated the contours of this law, giving rise to approaches that range from a formal conception to a substantive one. In this regard, the present article seeks to examine, through the study of the Argentine constitutional system and its reforms, the two predominant conceptions found in national legal doctrine and case law: equality as a "norm" and equality as a "value." Building on this foundation, a third conceptual proposal is introduced: equality as a "principle," framed within the theory of fundamental rights developed by German jurist Robert Alexy, which offers a renewed perspective for understanding the issue. Finally, an Argentine judicial decision is analyzed in which these conceptions are confronted, exploring the practical implications of their application in the context of judicial review of constitutionality and conventionality.

Keywords: Equality; Law; Doctrine; Jurisprudence; Proportionality test.

Introducción

El derecho a la igualdad constituye junto con la libertad, uno de los pilares fundamentales en la génesis y desarrollo de los derechos humanos, además de instaurarse como una regla estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos. No obstante, pasada la primera cuarta parte del siglo XXI, siguiendo la distinción propuesta por Jürgen Habermas (2005), se puede observar que, en torno a la Igualdad, aún persisten debates tanto en torno a sus fundamentos filosófico-jurídicos (teoría del derecho) como a sus alcances normativos y aplicativos (dogmática jurídica).

En lo que respecta a sus fundamentos, la idea de igualdad tiene raíces antiguas- puede rastrearse ya en el pensamiento filosófico de Aristóteles[1]-, ha sido objeto de múltiples construcciones desde marcos teóricos divergentes, en ocasiones, opuestos. Frecuentemente se la vincula con la noción de justicia, ya sea como sinónimo o como uno de sus elementos constitutivos. Sin embargo, la concepción moderna de igualdad se relaciona con una exigencia histórica concreta: la necesidad de tolerancia en el contexto de las guerras de religión europeas del siglo XVI. Como lo explica el jurista argentino Gardella et al. (1988), se trataba de imponer la permisión de formas de pensamiento distintas a las establecidas, esto es, las impuestas por el poder estatal:

> En ese primer momento de la historia de la idea de tolerancia, el poder aparece permitiendo modos de pensar distintos a los de él mismo. Luego, la exigencia amplía su alcance: no sólo la libertad de pensar o creer. sino también la garantía de que la pertenencia a un grupo que piensa de determinada manera no impida el goce de los demás derechos (civiles. políticos. etc.). Un tercer momento -bien claro ya desde la codificación de los derechos humanos después de 1945- amplía la tolerancia en su significado mismo, entendiéndola no como "permisión" sino como "derecho a" combinado con el postulado de la igualdad (por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art .2). En este momento, con el postulado de la igualdad, el sentido histórico original de la palabra 'tolerancia' se ha transformado completamente (es ante todo "derecho a (…) de alguien" más que "permisión de, por parte de alguien que permite"). (p. 102)

En la actualidad, la igualdad es reconocida como un derecho básico de todo ser humano, consagrado desde 1945 en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Este derecho no se limita únicamente a una exigencia negativa- la prohibición de actos discriminatorios por motivos de religión, raza, género, entre otros-, sino que también implica una obligación positiva: el deber estatal de garantizar un trato equitativo y justo a todas las personas. Así, la igualdad se configura como un derecho general exigible por la ciudadanía frente al Estado.

En cuanto a los alcances normativos y aplicativos de este principio universal, varía en función de las doctrinas, interpretaciones jurisprudenciales y marcos constitucionales propios de cada ordenamiento jurídico.

A continuación, se abordará su configuración en el caso argentino.

1. La igualdad en el sistema jurídico argentino

Desde su sanción en 1853, la Constitución de la Nación Argentina (CN) reconoce la igualdad como uno de sus derechos esenciales, en los siguientes términos:

[1] Por ejemplo, en *Ética nicomáquea - Ética eudemia* (Aristóteles, 1985); y, *Politeia* (Aristóteles,1989).

> La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas (Art.16).

Este artículo - fuertemente inspirado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 - establece la igualdad formal ante la ley, o *de iure*, como parte de los cimientos rectores del orden jurídico argentino.

La otra dimensión de la igualdad se expresa en la noción de "no discriminación". Como lo sostiene el constitucionalista Daniel Sabsay (2022), en sus inicios este principio se limitaba a dar cumplimiento al mandato del artículo 16, prohibiendo distinciones basadas en la sangre o el nacimiento, y declarando la inexistencia de fueros personales y títulos nobiliarios. Este principio encuentra coherencia con otros artículos constitucionales, como el artículo 15, que prohíbe la esclavitud, y el artículo 19, que consagra el principio de reserva legal respecto a los actos privados de los habitantes, sin distinción alguna.

Por otra parte, siendo un Estado federal, la igualdad también se encuentra reconocida por las constituciones de las veinticuatro provincias o estados subnacionales que conforman y preceden históricamente al Estado nacional argentino.

No obstante, el alcance de este canon clásico fue ampliándose a lo largo del siglo XX. Con la reforma de 1957, se incorporó el artículo 14 bis a la CN, el cual reconoció derechos sociales, laborales y de seguridad social en base a la igualdad. Entre ellos, se incluye la protección frente al despido arbitrario o discriminatorio y el derecho a una retribución equitativa.[2]

La reforma constitucional de 1994 significó un punto de inflexión, al incorporar el artículo 75, inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos.[3] Esta incorporación amplía los estándares de igualdad y no discriminación, y compromete al Estado argentino a prevenir tanto discriminaciones normativas como desigualdades estructurales. Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece que "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" (Art. 2); o la Convención Americana sobre Derechos Humanos ([CADH], 1966), que establece que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". (Art. 24)

De este modo, se configura un nuevo paradigma en materia de igualdad: no solo se exige la prohibición de discriminaciones, sino también la adopción de medidas activas tendientes a revertir situaciones específicas de

[2] La incorporación del art. 14 bis es consecuencia de la derogación de la CN de 1949, propia del Constitucionalismo Social (al estilo de la constitución mexicana de 1917 o la de la república de Weimar de 1919), por parte del tercer gobierno de facto en Argentina, que reestableció la constitución de 1953. Ante el temor por las protestas sociales y gremiales, se incorpora el art. 14 bis como un "reconocimiento" de derechos sociales reconocidos en la derogada constitución de 1949.

[3] Por el art. 75, inc. 22 de la CN, se otorga rango constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. También se mencionan y poseen el mismo rango: la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Otros tratados sobre derechos humanos podrán adquirir dicho rango, con la aprobación de los dos tercios del Congreso de la Nación.

desigualdad estructural. Este enfoque convencional, posibilita una nueva perspectiva del derecho a la igualdad en sistema judicial argentino.

2. Repercusiones en la interpretación judicial

Originalmente, el alcance del derecho a la igualdad y a la no discriminación fue abordado por la doctrina y jurisprudencia argentinas desde la óptica del principio de legalidad, propio de los Estados modernos del siglo XIX. Este principio está consagrado en el artículo 19 de la CN (1853), que establece que "nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Como indica el constitucionalista Bidart Campos (1998), el objetivo de este principio de legalidad es garantizar la seguridad individual de los gobernados:

> La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta la previsibilidad. (p.514).

Sin embargo, y particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994, en gran parte de la jurisprudencia y doctrina argentinas comenzó a adquirir mayor relevancia el principio de razonabilidad, consagrado en el artículo 28 de la CN (1853/1994), según el cual "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Este principio permite consolidar una interpretación de la igualdad no solo como derecho formal, sino también como valor directriz del ordenamiento constitucional.

En este sentido, afirma Bidart Campos (1998):

> No basta la formalidad de la ley: es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Por eso es menester dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o principio de razonabilidad. Con este relleno, el principio de legalidad rezaría de la siguiente manera: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley 'justa' (o razonable) no manda, ni privado de lo que la ley 'justa' (o razonable) no prohíbe (p.515).

Así, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria transitan, paulatinamente desde la concepción de la igualdad como un derecho individual exigible, hacia su comprensión como un valor estructurante del ordenamiento jurídico, aunque este camino se transita no sin dificultades. Un ejemplo de este conflicto lo constituyen casos de abuso de la regla "*iura novit curia*", es decir, la facultad de los jueces para suplir el derecho erróneamente invocado por las partes; que deriva en algunos excesos jurisdiccionales, como la consideración de defensas no planteadas o el dictado de sentencias fuera del marco de las pretensiones deducidas. Tales prácticas judiciales entran en colisión con el "principio de congruencia", el cual exige estricta correspondencia entre lo peticionado por las partes y lo decidido por el juez, vulnerándose garantías fundamentales del debido proceso[4].

[4] Desde una perspectiva socio-jurídica, parte de estas prácticas pueden explicarse por la persistencia de una formación judicial tradicional, en la cual muchos magistrados tienden a identificar "valor" con su acepción teológica o metafísica. Ello se refleja en pronunciamientos que, en algunos casos, resultan incompatibles con los principios de legalidad y laicidad propios de un Estado constitucional de derecho. Desde la perspectiva ius-filosófico, esta problemática ha sido abordada por autores de diversas corrientes-

Surge, entonces, un nuevo interrogante: ¿puede la igualdad ser también concebida y reconstruida como un "principio" jurídico en sentido técnico-racional? Para ello, resulta necesario introducirse en una nueva interpretación: la propuesta por la teoría de los derechos fundamentales.

3. Del derecho a la igualdad como derecho fundamental

Dentro del movimiento neoconstitucionalista de postguerra europeo, que se enfoca en la centralidad de la Constitución como fuente cardinal de derecho de todo ordenamiento jurídico, se erige como una de sus principales vertientes la llamada Teoría de los Derechos Fundamentales, surgida en Alemania en torno a reflexiones sobre la Ley Fundamental Alemana de 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland),y que parte de la tesis de una doble naturaleza del derecho: jurídica y moral, es decir: que en el derecho existen, junto a las normas, una serie de preceptos que están asimilados con los valores en tanto su contenido es moral y su forma jurídica[5].

Uno de sus representantes más destacados es Robert Alexy, reconocido jurista alemán que, a lo largo de su carrera, ha elaborado una filosofía del derecho sistemática, reconocida a nivel internacional, la cual aborda, entre otros temas, la cuestión de los derechos llamados "fundamentales" en un ordenamiento jurídico.

Influido por Ronald Dworkin, Alexy (2007) sostiene que las normas jurídicas se clasifican, según su estructura, en reglas y principios. Las reglas son normas aplicables de forma binaria (todo o nada), mientras que los principios son mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas del caso concreto.

Ante un conflicto entre reglas, el método de solución es la subsunción o la aplicación de cláusulas de excepción. En cambio, ante una colisión entre principios, se requiere ponderación, guiada por el principio de proporcionalidad.

Considerando que la Igualdad es un principio constitucional- como la Libertad- , Alexy distingue entre el Derecho General a la igualdad, consagrado en el artículo 3, párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana, y los derechos de igualdad especiales establecidos en otras disposiciones de esta, como la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, religión, entre otras.

En este marco, Alexy formula una distinción analítica entre dos formas de igualdad:

a. **Igualdad o desigualdad referida a actos**: se centra en el acto estatal en sí mismo, cuya validez debe juzgarse. Corresponde al principio de igualdad *de iure* (o, igualdad jurídica).
b. **Igualdad o desigualdad referida a consecuencias**: se enfoca en los efectos prácticos del acto estatal. Corresponde al principio de igualdad fáctica (o, de hecho).

Si se sostiene que el art. 3, párrafo 1 de la Ley fundamental abarca tanto un principio de igualdad de iure como un principio de igualdad fáctica, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad,

no siempre coincidentes entre sí- en el marco de un análisis crítico de la función judicial (Cárcova,1994; Guibourg, 2024; Sánchez Fernández, 2010; La Torre, 2013; Ruiz Ruiz, 2014).

[5] La idea del carácter dual del derecho también se encuentra en la teoría del jurista argentino Carlos Santiago Nino (1985, 1989, 2001, 2019), quien, en el marco de su "constructivismo ético", sostiene que el discurso jurídico es un discurso que está totalmente controlado por un cierto principio moral que convalida el consentimiento.

genera lo que Alexy denomina la "paradoja de la igualdad": los principios de igualdad de iure e igualdad fáctica pueden entrar en colisión *prima facie*.

Para resolver esta tensión, Alexy opta por priorizar el principio de igualdad de iure. Esta opción, además de contar con respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, se basa en su carácter universal y aplicabilidad segura, dado que se refiere exclusivamente al acto de trato y no a sus múltiples consecuencias e interpretaciones posibles.

No obstante, Alexy no excluye totalmente la igualdad fáctica. La incorpora como una posible "razón suficiente" que puede justificar un trato desigual de iure, siempre que ese trato busque generar una igualdad fáctica real. En este sentido, la desigualdad formal puede ser legítima si tiene por finalidad compensar desigualdades materiales estructurales (aun así, Alexy reconoce una excepción relevante: el derecho a la igualdad fáctica es indiscutible cuando está en juego el acceso a un mínimo vital).

En definitiva, Alexy concluye proponiendo un modelo que permite una concepción amplia del Derecho Fundamental a la Igualdad, integrando tanto su dimensión formal como material.

Ahora bien, frente a un conflicto concreto entre igualdad jurídica e igualdad fáctica, ¿qué método interpretativo permite resolver dicha tensión? Para resolver esta cuestión, resulta indispensable abordar el llamado "examen de proporcionalidad", propuesto por Alexy.

4. Del examen de proporcionalidad

Ya se ha indicado que Alexy considera que un sistema normativo se compone de reglas (normas que se cumplen categóricamente) y principios (mandatos de optimización). Esta diferencia estructural se manifiesta claramente en el momento en que se produce una pugna entre normas:

- Ante un conflicto entre reglas, la solución se encuentra en la introducción de cláusulas de excepción que declaren la no vigencia de una de las reglas (o declarar que una de las reglas en conflicto ya no es vigente por medio de máximas tales como "ley posterior deroga la anterior")
- Ante una colisión de principios, la solución radica en la aplicación del principio o test de proporcionalidad.

Si bien este concepto ya se encontraba delimitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Alexy los retoma y refina en el marco de su teoría de los derechos fundamentales. Si un principio no es más que un mandato a optimizar, en cuanto exige que algo debe realizarse de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, la proporcionalidad debe estructurarse con relación a esas posibilidades. De allí que la proporcionalidad esté compuesta por tres subprincipios escalonados: los dos primeros subprincipios vinculados con la optimización relativa a las posibilidades fácticas y luego el tercero vinculado a las posibilidades jurídicas. Ellos son:

- **Principio de idoneidad** (o adecuación o conexión racional), donde se verifica que la medida sea efectiva o idónea para alcanzar la finalidad legítima (o sea constitucional).
- **Principio de necesidad** (o mandato del medio más benigno), donde se evalúa si no existe una medida alternativa que sea igual o más idónea para alcanzar la finalidad, pero que sea menos restrictiva para el derecho afectado, y

- **Principio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto**, donde se debe hacer un análisis entre los costos derivados de la afectación al derecho y los beneficios que genera la medida en términos de la finalidad perseguida.

A su vez, este último subprincipio, vinculado a las posibilidades jurídicas de optimizar un mandato, es el más complejo y distintivo de la teoría de Alexy. La ponderación consiste en establecer cuál de los principios en conflicto tiene mayor peso en el caso concreto. Y se rige por dos leyes:

a. 1era Ley de la ponderación o "ley material"

Originalmente, cuando publica en 1986 su teoría sobre los derechos fundamentales en Alemania, Robert Alexy (1993) formuló la llamada la 1ar. Ley de la ponderación o "ley material" en los siguientes términos:

> Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Para ser operativo este proceso, Alexy elabora la "fórmula del peso", que originalmente se expresaba:

$$GPi,j = \frac{(Ii \times Pi \times Si)}{(Ij \times Pj \times Sj)}$$

Donde:

GPi,j: Peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj

Ii, Ij: Intensidad de la interferencia con cada principio

Pi, Pj: Peso abstracto de cada principio

Si, Sj: Seguridad de las apreciaciones empíricas sobre la afectación

No obstante, con el paso del tiempo, Alexy fue introduciendo cambios significativos a esta ley. Inicialmente propuso valorar la intensidad de la interferencia en una escala triádica:

Leve (l); Medio (m); Grave (g)

Posteriormente, y al fin de amplió esta escala para incluir valores intermedios, permitiendo una evaluación más matizada, en una escala tríadica doble con nueve grados:

1° “ll” - Levemente leve

2° “ml” - Moderadamente leve

3° “sl” - Severamente leve

4° “ml” - Ligeramente moderado

5° “mm” - Medianamente moderado

6° “ms” - Severamente moderado

7° “sl” - Ligeramente severo

8° “ms” - Medianamente severo

9° “ss" - Severamente severo

Al incluirse esta escala en la estructura de las ponderaciones, las hace más inteligibles, así como la valoración que puede asignársele a determinados derechos. Sin embargo, faltaba determinar cómo pueden diferenciarse los empates en la ponderación originados a partir de la estructura normativa de los derechos fundamentales. Por ello, Alexy planteará una 2da Ley.

b. 2da Ley de la ponderación (ley epistémica)

En su "Epílogo", Alexy (2002)[6] elabora una segunda ley, referida a las cualidades epistémicas de la interferencia en los siguientes términos:

> Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

Esta nueva ley refleja la preocupación de Alexy por la carga de la argumentación y reconoce que la certeza epistémica juega un papel crucial en la justificación de restricciones a derechos fundamentales.

En conclusión, frente a un conflicto entre principios (como sucede, por ejemplo, en la paradoja de la igualdad) Alexy desarrolla y perfecciona un modelo de ponderación que se estructura en tres etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta última fase implica una ponderación racional guiada por dos leyes: la ley de la ponderación (según la cual, "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacer el principio contrario") y la ley del peso (los principios poseen un peso que se valora contextualmente). Mediante este procedimiento, se procura alcanzar una solución justificada que armonice los principios involucrados, conforme a su carácter de mandatos de optimización (Alexy, 2007)[7].

5. Un caso jurisprudencial: el fallo Institutos Médicos Antártida

El caso Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F), resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)[8] en 2019, constituye un precedente relevante para la doctrina y jurisprudencia constitucional argentina, al marcar un punto de inflexión interpretativo en materia de igualdad.

Los hechos se remontan a 1990, cuando B.M.F. nace en el Instituto Médicos Antártida y, debido a una mala praxis durante el parto, sufre una asfixia perinatal que le causa parálisis cerebral irreversible. Sus padres iniciaron una demanda civil que culmina en una condena en 1998. Sin embargo, el instituto se declaró en quiebra en 2003, y la sentencia se vuelve de difícil ejecución.

Según la Ley de Concursos y Quiebras - Ley 24.522, los acreedores se satisfacen en igualdad de condiciones, salvo que posean privilegios legales expresamente reconocidos (por ejemplo, hipotecas). Por ello, la víctima del hecho (el menor con discapacidad) era considerada un acreedor común o quirografario, en pie de igualdad con otros reclamantes sin privilegios.

---

[6] Posteriormente fue incorporado en la *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 2007).

[7] La teoría de los derechos fundamentales sigue evolucionando actualmente a través de los estudios del jurista Martín Borowski (2003, 2022), quien ha profundizado sus investigaciones especialmente en lo relativo a la estructura de los principios y el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Asimismo, puede leerse el Prólogo de *El efecto horizontal de los derechos fundamentales* (Mateos Durán, A. D. (Coord.), 2022).

[8] En la República Argentina no existe un "Tribunal Constitucional" al estilo de muchos países europeos y latinoamericanos. La CSJN se erige como la última instancia dentro del ordenamiento jurídico estatal, por lo que sus fallos cierran discusiones de las más variadas ramas del derecho.

No obstante, cuando en 2019 el caso llega a la CSJN esta, en base al control de constitucionalidad y convencionalidad, rompe con la interpretación rígida del orden de prelación legal, otorgando al menor un privilegio especial por sobre los demás acreedores. La Corte fundamento su decisión tanto en preceptos constitucionales (derecho a la vida, a la salud) como de instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos del Niño).

Entre los principales argumentos, el Tribunal Supremo (2019) dijo que:

a. Que, frente al particular contexto fáctico…cabe ponderar si las normas internacionales invocadas por los recurrentes, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alcanzan a la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra B.M.F., como titular de un crédito en el marco de un proceso universal y, en su caso, si alteran la preferencia de cobro establecida en la Ley de Concursos y Quiebras. Es decir, si el crédito de B.M.F. debe ser verificado con rango de quirografario o privilegiado y, en este último caso, qué orden de preferencia en el cobro tiene frente a otros privilegios. (p. 6)
b. Que dadas las particularidades que presenta el caso, resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado. (p. 11)
c. Que son los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de B.M.F. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, los que llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a B.M.F. -en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad. (p. 12)

Este caso jurisprudencial puede reconstruirse a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, ya que expone una colisión de principios, en particular el planteado por Alexy como "paradoja de la igualdad": por un lado, se encuentra la igualdad formal entre acreedores prevista por la ley concursal; por otro, la igualdad material que impone una obligación reforzada de protección hacia grupos especialmente vulnerables, como los niños con discapacidad. La Corte opta por esta segunda interpretación, aunque -como se expuso- sin emplear explícitamente la estructura tripartita del examen de proporcionalidad planteado por Alexy.

Conclusiones

La igualdad como concepto jurídico ha sido objeto de reflexión desde la Antigüedad —con Aristóteles como uno de sus primeros teóricos— hasta su consagración como derecho fundamental en las constituciones modernas y en los tratados de derechos humanos. Su desarrollo histórico revela una tensión persistente entre la igualdad formal, centrada en el trato idéntico ante la ley, y la igualdad material, que exige atender las diferencias reales para alcanzar una justicia sustantiva.

En el derecho argentino, esta evolución se observa claramente. Desde su consagración originaria en la Constitución Nacional de 1853 (art. 16), la igualdad fue interpretada bajo el principio de legalidad, asegurando previsibilidad y seguridad jurídica. Sin embargo, con la reforma constitucional de 1994 - y especialmente con la

incorporación de los principales tratados internacionales de derechos humanos mediante el artículo 75, inciso 22- se fortalece una nueva perspectiva de la igualdad, guiada por los controles de constitucionalidad y convencionalidad.

El análisis del caso Institutos Médicos Antártida confirma esta tendencia: la CSJN deja de lado una tradicional interpretación formalista del principio de igualdad para adoptar una lectura moderna y dinámica, alineada con los estándares internacionales de derechos humanos.

Esta transformación puede ser reconstruida desde la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, quien expresa que el derecho a la igualdad debe contemplar tanto su dimensión de iure como de facto. La "paradoja de la igualdad", según Alexy, exige un marco normativo de resolución basado en la ponderación estructurada, regida por el principio de proporcionalidad. Si bien la Corte argentina en muchos casos no recurre expresamente a dicho modelo, su decisión revela que la protección efectiva de los derechos fundamentales —en especial cuando se trata de sectores vulnerables— ha tenido un avance jurisprudencial, aunque aún requiere de fuertes herramientas argumentativas que permitan balancear principios en conflicto con criterios de razonabilidad, tal como lo propone el examen de proporcionalidad

Referencias

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* (E. G. Valdéz, Trad.) Centro de estudios constitucionales.

Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista española de derecho constitucional, 66*(22), 13-64. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25632redc066011.pdf

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales.* (C. Bernal Pulido, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aristóteles. (1985). *Ética nicomáquea - ética eudemia.* Gredos.

Aristóteles. (1989). *Politeia (La política).* Instituto Caro y Cuervo.

Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la constitución reformada* (Tomo I). EDIAR.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales.* (C. Bernal Pulido, Trad.). Universidad Externado de Colombia.

Borowski, M. (2022). *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales.* (A. D. Mateos Durán, Trad.). Tirant lo Blanch.

Cárcova, C. M. (1994). *Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. Jueces para la democracia*, (24), 32-37. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552673

Constitución de la Nación Argentina. (1853, reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019). Sentencia Institutos médicos Antartida s/quiebra s/inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.), n° 344/2011. Buenos Aires, 26 de marzo de 2019. https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-institutos-medicos-antartida-quiebras-inc-verificacion-raf-lrh-fa19000045-2019-03-26/123456789-540-0009-1ots-eupmocsollaf

Gardella, J. C., Díaz Molano, L., & Vázquez, H. (1988). *Introducción a la epistemología del derecho.* UNR.

Guibourg, R. (2024). Las tablas de la ley. En *Reflexiones sobre la ley* (pp. 173-174). Ed. La ley.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* (M. J. Redondo, Trad.). Ed. Trotta.

La Torre, M. (2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: "excluyente" versus "incluyente". *Revista derecho del Estado, (30),* 7–30. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3517

Mateos Durán, A. D. (Coord.). (2022). *El efecto horizontal de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia.

Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho.* Ed. Astrea.

Nino, C. S. (1989). *El costructivismo ético.* Centro de estudios constitucionales.

Nino, C. S. (2001). *Introducción al análisis del derecho.* Ed. Ariel.

Nino, C. S. (2019). *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho.* Siglo XXI Editores.

Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/cadh.asp

Ruiz Ruiz, R. (2014). *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad.* Universidad Autónoma de Occidente.

Sabsay, D. (2022). *Manual de derecho constitucional*. Ed. La ley.

Sánchez Fernández, L. M. (2010). Iusnaturalismo, positivismo y necesidades básicas: una lectura de la obra del profesor Ernesto Garzón Valdés. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33*, 679-701. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32625/1/Doxa_33_36.pdf

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.131

Derechos humanos y migración en el Perú: un análisis constitucional sobre la igualdad y los desafíos de integración

Human rights and migration in Peru: a constitutional analysis on equality and the challenges of integration

Albert Vásquez Pérez[1]

Autor:
[1]Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
Especialista en derecho procesal y constitucional.
70422032@usat.pe
https://orcid.org/0009-0003-0206-9669

Recibido: 14/02/2025
Aprobado: 07/04/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Vásquez Pérez, A. (2025). Derechos humanos y migración en el Perú: un análisis constitucional sobre la igualdad y los desafíos de integración. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 129-142. https://doi.org/10.61542/rjch.131

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Albert Vásquez Pérez

RESUMEN

La presente investigación analiza la relación entre la dignidad humana, el principio de igualdad y los derechos fundamentales en el contexto de la migración. Su objetivo principal es examinar cómo el reconocimiento jurídico de la igualdad impacta en el acceso a derechos fundamentales por parte de la población migrante, identificando barreras normativas y estructurales que limitan su ejercicio. Se empleó un enfoque cualitativo de tipo básico, con un diseño no experimental basado en la observación y el análisis crítico de fuentes especializadas. La población de estudio incluyó doctrina relevante, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como normativa nacional e internacional sobre igualdad y migración. Los principales hallazgos evidencian que, aunque el derecho internacional establece la igualdad entre nacionales y extranjeros, en la práctica persisten restricciones que afectan el acceso de los migrantes a ciertos derechos. La investigación concluye que la implementación de políticas migratorias debe equilibrar la soberanía estatal con la protección de la dignidad humana, evitando regulaciones discriminatorias que perpetúen la exclusión.

Palabras clave: Dignidad humana; Igualdad; Derechos fundamentales; Migración; Derecho constitucional.

ABSTRACT

This research analyzes the relationship between human dignity, the principle of equality, and fundamental rights in the context of migration. Its main objective is to examine how the legal recognition of equality impacts access to fundamental rights by the migrant population, identifying normative and structural barriers that limit their exercise. A basic qualitative approach was used, with a non-experimental design based on observation and critical analysis of specialized sources. The study population included relevant doctrine, jurisprudence of the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights, as well as national and international regulations on equality and migration. The main findings show that, although international law establishes equality between nationals and foreigners, in practice restrictions persist that affect migrants' access to certain rights. The research concludes that the implementation of migration policies must balance state sovereignty with the protection of human dignity, avoiding discriminatory regulations that perpetuate exclusion.

Keywords: Human dignity; Equality; Fundamental rights; Migration; Constitutional law.

Introducción

Desde el origen de los tiempos, el hombre ha estado orientado al tránsito y movimiento constante. Incluso con la evolución y la consolidación de las sociedades, el hombre no ha dejado su vocación por trasladarse de forma continua, ya sea por factores negativos como coyunturas bélicas o en busca de un mejor futuro. Este fenómeno ha ido adoptando el nombre de migración, la cual se puede definir como aquel acto de trasladar el lugar de residencia de cualquier persona independientemente de su situación legal o de la naturaleza o el motivo de su desplazamiento, Asimismo, la migración internacional ha aumentado significativamente, pues ha alcanzado los 281 millones de personas en 2020. Si bien muchos migrantes se desplazan por elección, otros huyen de conflictos, persecuciones o crisis ambientales. Aunque la migración contribuye al desarrollo, sigue siendo un desafío garantizar su gestión segura y ordenada (Naciones Unidas, s.f.)

En el contexto peruano, la situación ha cambiado significativamente en las últimas décadas. Históricamente el Perú, desde 2017 se convirtió en el segundo mayor receptor de migrantes venezolanos debido a la crisis en Venezuela. Actualmente, más de 1,3 millones de venezolanos residen en el país, concentrándose principalmente en Lima. Este fenómeno ha generado desafíos en políticas de integración, empleo, salud y educación, ya que la mayoría de esta población enfrenta condiciones precarias, alta informalidad laboral y discriminación. La respuesta gubernamental ha pasado de una apertura inicial a políticas más restrictivas, lo que ha impactado en la situación de los migrantes y su integración en la sociedad peruana (Dedios & Ruiz, 2022, pp. 3–6)

En ese sentido, se entiende que la migración plantea desafíos significativos en la garantía de derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la igualdad. A pesar de los avances normativos y jurisprudenciales, aún hoy en día, existen diferencias en el acceso a derechos entre migrantes y los demás ciudadanos, lo que evidencia una brecha en la protección efectiva de los primeros. Los estudios previos han abordado la migración desde perspectivas económicas y de seguridad, de percepción social, pero han dejado de lado un análisis profundo sobre cómo las legislaciones y políticas migratorias perpetúan desigualdades estructurales, lo que ha generado la implementación de políticas abusivas que desprotegen a los migrantes, incluso si se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

En cuanto a la literatura existente, se ha podido observar a nivel internacional, una investigación de Ortega-Pérez (2024), cuya investigación abordó los derechos humanos en la migración irregular en Ecuador desde un enfoque de igualdad, analizando cómo las políticas públicas buscan garantizar el acceso a justicia y derechos laborales sin discriminación. Sin embargo, persisten barreras que limitan la protección efectiva de los migrantes irregulares (p.5). Aunque es un estudio completo, no profundiza en mecanismos específicos para reducir estas desigualdades y evaluar la efectividad de las políticas actuales en la práctica, lo que permitirá en este estudio, realizar un análisis más completo.

Por su parte, Monteiro Pessoa et al. (2022), ha sostenido que la globalización ha facilitado la movilidad humana, impulsada principalmente por factores socioeconómicos que llevan a las personas a buscar mejores oportunidades laborales para mejorar su bienestar y el de sus familias. Sin embargo, esta migración plantea desafíos en el acceso a los sistemas de seguridad social. Este estudio analiza el caso de Brasil y los obstáculos que enfrenta la población migrante para ejercer este derecho, a través de una investigación exploratoria y descriptiva que combina datos cualitativos y cuantitativos, con el propósito de evaluar cómo la estructura de la seguridad social podría responder a estos desafíos (p.1). Sin embargo, como se muestra, ha recogido un enfoque

relacionado a la seguridad social, más que a la igualdad como derecho fundamental, como se pretende en este artículo.

Finalmente, menciona Fiallos (2022), cuando realiza un estudio donde analiza la igualdad en el derecho al trabajo de los migrantes venezolanos en el cantón La Libertad, evaluando el marco legal y las medidas de integración laboral. A través del caso de Juan de Dios Villamizar, se constató que la igualdad en el acceso y ejercicio de este derecho no se garantiza plenamente, pese a la legislación nacional e internacional. Se concluye que, aunque existen avances normativos, aún persisten barreras que limitan la equidad laboral, evidenciando la necesidad de reforzar la aplicación efectiva de estas normativas para garantizar oportunidades justas para todos (p.9). De esa manera, parecido al estudio anterior, el enfoque va relacionado al componente laboral, que, aunque interesante, no explica la igualdad como fundamento de todo lo demás.

Por lo anterior, el presente estudio propone fortalecer la igualdad en el ejercicio del derecho al trabajo mediante la implementación de mecanismos de fiscalización más efectivos y políticas de inclusión adaptadas a la realidad migratoria. A diferencia de las soluciones actuales, que se centran en regulaciones generales, esta investigación sugiere estrategias específicas para determinar dónde radica la igualdad, en esta situación migratoria, que se ha convertido en la noticia común de estos días. Su valor radica en evidenciar las brechas entre la norma y la práctica, aportando un enfoque innovador que combina análisis jurídico y estudio de caso, lo que puede servir de base para futuras investigaciones y reformas en políticas laborales inclusivas.

Metodología

La presente investigación adoptó un enfoque cualitativo, debido a su naturaleza analítica. En ese sentido han señalado Arispe Alburqueque et al. (2020), que el enfoque cualitativo examina fenómenos a través de la observación y el análisis simultáneo de hechos y estudios previos, para generar teorías relevantes a lo largo del estudio (p. 59). Además, ha sido de tipo básica, pues su principal objetivo ha sido comprender los fenómenos naturales o sociales, descubrir principios generales y establecer teorías (Vizcaíno Zúñiga et al., 2023, p. 9736). Con ello se ha buscado expandir el conocimiento científico a través del análisis crítico y fidedigno. Del mismo modo ha desarrollado un diseño no experimental, debido a que no se han manipulado o alterado las categorías o variables para el estudio, a diferencia de los enfoques experimentales, que "tienen como propósito principal establecer relaciones de causa y efecto entre variables" (Vizcaíno Zúñiga et al., 2023, p. 9730).

Por otro lado, han desarrollado Arias-Gómez et al. (2016), en cuanto a la población, tomándola como aquel "conjunto de casos, definido, limitado y accesible, que ha formado el referente para la elección de la muestra y ha cumplido con una serie de criterios predeterminados" (p.201), ha consistido en aquella teoría especializada, extraída de fuentes confiables, es decir, bases de datos como Scopus, Scielo, etc. Asimismo, jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional (TC), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y normativa referente, como la Constitución peruana, los tratados internacionales, etc. Siempre y cuando tengan relación con las categorías de la igualdad y las migraciones, excluyendo aquellos estudios que no se relacionan con aquellos parámetros. Por ende, se ha utilizado un muestreo intencional, o también llamado por conveniencia, el cual permitió seleccionar los casos accesibles que aceptaron ser incluidos, basándose en la conveniente accesibilidad y proximidad de los sujetos para la investigación (Otzen & Manterola, 2017, p. 230).

Por último, la investigación implementó la técnica de la observación, la cual consistió en adentrarse en la "profundidad a las situaciones y mantener un papel activo y una reflexión permanente" (Piza Burgos et al., 2019,

p. 457). Asimismo, se aplicó la técnica de la triangulación de datos para analizar críticamente las diversas posturas y emitir un juicio concluyente (Piza Burgos et al., 2019, p. 460). Todo ello, bajo el respeto irrestricto de las normas éticas de investigación, regidas por el respeto, la originalidad y la protección de datos sensibles y los derechos de autor.

1. Derechos humanos y derechos fundamentales

Un gran punto de partida, sin duda será el determinar los presupuestos que componen tanto a los derechos humanos cuanto a los derechos fundamentales. Indudablemente, ambos comparten en cierta medida el fundamento último de su origen: La dignidad. De por sí el concepto de derecho humano, debe hacernos contemplar una idea de prerrogativas arraigadas únicamente al ser humano por su condición de tal. Es decir, que, al ser el ser mejor dotado de la creación, y el único que posee discernimiento y voluntad, le asisten de igual medida algunas prerrogativas particulares. Este concepto, sin duda, debe entenderse de forma ilimitada (en cuanto a la cantidad) y universal. Sin embargo, evidentemente, aunque existe, probablemente un número infinito de derechos humanos, no todos, han encontrado protección o desarrollo en las normas del ordenamiento jurídico, para alcanzar el elemento de "Fundamental".

En un sentido conexo, en el ámbito de los derechos humanos, la dignidad se relaciona intrínsecamente, con la igualdad. Un primer acercamiento a dicho concepto se obtiene del iusnaturalismo, específicamente del cristiano, donde el principio de dignidad humana sostiene que la dignidad de la persona es intrínseca y está vinculada a la naturaleza humana como imagen de Dios. Desde esa perspectiva, la vida de cada ser humano es sagrada e inviolable, lo que le otorga un valor absoluto. La igualdad esencial de todos ante Dios implica que no se puede justificar ninguna discriminación en las leyes humanas. Por lo tanto, la persona debe ser protegida contra cualquier intento social que busque negar, suprimir o impedir el ejercicio de sus derechos (Escobar Delgado, 2012, p. 105)

Sin embargo, aunque igualdad y dignidad han sido bien entendidas por los iusnaturalistas en la época, la razón del respeto por esas debe trascender el ámbito meramente religioso. Así, Propuso Kant, en su teoría del deber. Kant señalaba que la dignidad es aquel valor absoluto que poseen los seres humanos en virtud de dicha condición. Dicho calor, lo diferencia de los demás seres de la creación pues, es a todas luces superior, por su capacidad de razonamiento. Sin embargo, aunque todos los seres humanos son acreedores de dignidad, pues está arraigada a aquella condición humana, la del raciocinio, es por esta virtud también que el ser humano la reconoce y respeta en los demás. Es decir, que las personas, moldean su conducta, a manera de un deber ser, para garantizar que el valor que uno mismo posee (dignidad) se respete en otro igual, de manera que, si se pensara en contravenirla, se contravendrá en sí mismo (Valls, 2015, p. 280)

En base al contexto anterior es que los derechos humanos deben entenderse e interpretarse, tal y como lo ha desarrollado la doctrina especializada en derechos humanos. Evidentemente el reconocimiento de estos ha sido producto de una lucha constante a lo largo del tiempo, de manera que fue hasta 1940 que se plasmó en un cuerpo codificado por primera vez un listado de derechos que aunque no cerrado, dan los primeros lineamientos al catálogo de derechos humanos que posee el hombre, "considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Naciones Unidas [ONU], 1940, preámbulo).

En un sentido similar, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ([UNICEF], 2015), los derechos humanos son normas universales e inalienables que protegen la dignidad humana, garantizando la igualdad, la no discriminación y el acceso a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Son interdependientes y requieren que tanto individuos como gobiernos respeten y promuevan su cumplimiento, asegurando participación y rendición de cuentas (pp. 7-11). Por ello, los derechos humanos son prerrogativas inherentes a todos los seres humanos por el valor de su dignidad, que deben ser respetadas y protegidas para garantizar la igualdad y la libertad de cada individuo. Estas normas universales e inalienables buscan salvaguardar la igualdad, es decir que promueven la no discriminación y el acceso equitativo a derechos fundamentales en todas las dimensiones de la vida.

Ahora, qué pasa con los derechos fundamentales, ¿son cuestiones distintas? Realmente no, los derechos fundamentales reflejan una transición a la positivación de los derechos humanos. Es decir que, son derechos fundamentales aquellos derechos humanos que están reconocidos dentro de un cuerpo normativo como la constitución. Es decir que los derechos fundamentales son aquellos reconocidos y protegidos por el sistema jurídico, cuyo fundamento se encuentra en las normas creadas por la autoridad competente. Son derechos subjetivos públicos, garantizados por el Estado, con mecanismos de protección frente a abusos y limitados por las restricciones legales (Huerta, 2010, p. 77)

En el caso peruano, la Constitución de 1993, ha desarrollado los derechos fundamentales en su artículo 3, y ha enfatizado que no son de carácter cerrado, pues la posibilidad de integrar derechos inherentes no reconocidos siempre estará abierta, con el mismo nivel de protección. Por ello, se puede convenir, en palabras sencillas, que tanto derechos humanos y fundamentales, comparten el sustento último: la dignidad, de manea que serán derechos fundamentales aquellos derechos humanos que han pasado los filtros de positivación.

2. La igualdad

Como se diría, “Ya no hay judío ni griego; no hay esclavo ni libre; no hay varón ni mujer; porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús”. (Sociedad Bíblica Iberoamericana, 1960, Gál. 3,28). Y es que la igualdad siempre ha estado presente en la doctrina cristiana, arraigada al concepto del mismo Dios, pues como sus hijos todos somos iguales, debido a que hemos sido creados a imagen y semejanza de él. La igualdad, se fundamenta, como se ha señalado brevemente en los párrafos anteriores, en la dignidad, pues todos, al ser seres superiores en la creación, poseemos el mismo nivel y valor como personas en base a la dignidad.

Sin duda, la igualdad es un concepto extenso y se puede abarcar desde varias perspectivas, por ejemplo, se podría tomar la igualdad social, la igualdad ante la ley, la igualdad como fundamento de no discriminación, la igualdad económica, etc. Sin embargo, lo anterior comparte un aspecto importante, que, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la igualdad supone un componente de justicia para las personas por el valor que intrínsecamente poseen, la dignidad. La igualdad, en su sentido más básico, implica que todos los seres humanos son moralmente iguales y deben ser tratados con el mismo respeto y consideración, independientemente de sus diferencias sociales, políticas o económicas. Este principio subraya la importancia de garantizar la igualdad básica, que se manifiesta en el rechazo a cualquier forma de discriminación, como el racismo o el sexismo, y en la creación de un espacio común para resolver discrepancias sobre cómo aplicar este ideal en diferentes áreas de la vida (Alegre et al., 2015, pp. 1596–1598).

La Constitución política del Perú de 1993, ha señalado que toda persona tiene derecho "a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole" (art. 2 inc.2). Es decir, que la norma constitucional prevé a la igualdad como un derecho el cual garantiza que cada una de las personas sea tratada sin distinción arbitraria, en cualquier acción o participación en relación con el aparato estatal.

La igualdad ante la ley ha sido abordada en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional peruano, el cual ha mencionado que la igualdad es tanto un principio como un derecho subjetivo constitucional. Como principio, es un componente fundamental del ordenamiento jurídico que vincula y se proyecta sobre todo el sistema legal. Como derecho fundamental, garantiza que las personas no sean discriminadas por razones prohibidas por la Constitución, como origen, raza, sexo, religión, entre otras. La igualdad no implica un trato idéntico en todos los casos, sino que exige un trato igual para situaciones iguales y desigual para situaciones desiguales. Por lo tanto, la discriminación ocurre cuando se otorgan tratamientos desiguales a situaciones iguales o un trato igualitario a situaciones desiguales (Exp. N.° 00374-2017-PA/TC).

Esa pequeña frase que aterriza a la igualdad como aquel trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, es la forma más clara de definir a la igualdad ante la ley, pues un trato idéntico para todos sería arbitrario, dado que no todos se encuentran en la misma situación. La igualdad consiste en aplicar reglas similares para quienes comparten una misma situación y reglas distintas para quienes no la comparten. Igualmente, sería injusto otorgar un trato diferente a quienes están en una situación común o un trato igual a quienes se encuentran en contextos diferentes. De este modo, la Ley asegura la igualdad de forma justa y efectiva.

Es en ese contexto, que se debe plantear el análisis del fenómeno migratorio. Aunque las situaciones que han dado pie a migraciones a lo largo del tiempo no es un tema reciente, es importante entender la relación que dicha situación presenta en relación con la igualdad. En este momento es perfectamente lícito preguntarse si un Estado puede establecer requisitos específicos para regular la situación de los migrantes, y si esto no colisiona con el derecho a la igualdad y no discriminación, pues habría un trato diferenciado por razones de nacionalidad. Es decir, podría pensarse, creo yo, de manera errada que, en virtud de la nacionalidad de una persona, se establecen barreras que impidan el tránsito o el desarrollo personal dentro del país al cual el migrante busca ingresar.

En el Perú, la situación migratoria, como se ha señalado anteriormente, parte de la dignidad humana y el deber de proteger la igualdad, conforme a los tratados y la Constitución. En ese sentido, se ha fundamentado el Decreto Legislativo N.° 1350, publicado en 2017 y modificado en 2021. En dicho cuerpo normativo, el Estado peruano, busca regular, como perfectamente debe ser, el ingreso, salida, permanencia y residencia de personas nacionales y extranjeras en el territorio peruano, estableciendo los procedimientos administrativos migratorios y la emisión de documentos de viaje e identidad. Con ello, busca garantizar los derechos de los migrantes, promover su integración a la sociedad peruana y asegurar el cumplimiento de la política migratoria del Estado. Además, establece principios fundamentales como el respeto a los derechos humanos, la no criminalización de la migración irregular y la unidad familiar. La norma también define las competencias de las autoridades migratorias, como la Superintendencia Nacional de Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores, y establece sanciones para quienes incumplan las disposiciones migratorias. Su importancia radica en que busca regular de manera integral y moderna el fenómeno migratorio, protegiendo los derechos de los migrantes y fortaleciendo la seguridad nacional.

Con lo anterior, el Estado busca no desatender un fenómeno de alto impacto en el Perú, el cual se ha incrementado en los últimos años con migrantes venezolanos, ecuatorianos, argentinos, y otros, como se podrá detallar más adelante. Sin embargo, aunque la regulación es perfectamente posible y necesaria, esta no puede suponer una barrera que limite innecesariamente la situación migratoria, pues eso sería una clara vulneración al derecho y principio fundamental de la igualdad. Por ello, de ninguna manera será permisible que un Estado imponga exigencias que no tengan que ver con lo mínimo necesario para mantener un orden social en un contexto de migración.

Esta situación, fue analizada recientemente por el TC, a raíz de la exigencia de pasaporte para aquellos ciudadanos extranjeros, principalmente venezolanos que querían ingresar y hacer vida en nuestro país. El TC (2022) resolvió en la STC N.°00688-2020-PHC/TC, declarando que la exigencia de pasaporte para migrantes venezolanos es inconstitucional en casos de vulnerabilidad y personas en busca de asilo, subrayando que la discriminación por nacionalidad es incompatible con los derechos humanos y la igualdad ante la ley. La sentencia refuerza la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los migrantes sin importar su estatus o nacionalidad, alineándose con estándares internacionales (Ramos, 2022, pp. 3–7)

El TC, ha manifestado que no es inconstitucional regular la situación migratoria de un país, siempre y cuando esto se alinee con los estándares de las normas internacionales protectoras de los derechos humanos. Sin embargo, se debe entender que los derechos humanos deben estar vigentes no por la situación de un Estado, sino en virtud de la dignidad de las personas, por ende, se debe regular la situación migratoria, con una flexibilidad en aquellas personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad o indefensión. Es decir, que, en este último caso, no podría exigirse las mismas condiciones que al resto de inmigrantes porque atentaría contra la dignidad de las personas, al exigir requisitos iguales a personas en una situación desigual, pues se podría dar pie al abuso y la arbitrariedad.

Por lo anterior, en el Exp. N.°00688-2020-PHC/TC, el TC (2022) ha determinado:

a) Cuando regulen el ingreso de ciudadanos de nacionalidad venezolana o de terceros países por razones humanitarias, mínimamente efectúen una especial consideración, al atender solicitudes, de todas aquellas personas que se encuentran comprendidas en las categorías previstas en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, de Migraciones, pudiendo considerar, adicionalmente, otras categorías en las que se encuentren las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.
b) Abstenerse de impedir el ingreso o expulsar a aquella persona cuya vida o libertad peligre al ser entregada a otro territorio con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
c) Diseñar procedimientos adecuados para la determinación de los casos en los que se advierta la existencia de esta clase de peligros, en los que se brinde a la persona involucrada la posibilidad de presentar su caso ante las autoridades competentes. Esto supone la prohibición de las expulsiones colectivas e indiscriminadas.
d) No imponer requisitos o exigencias que hagan que, en la práctica, el acceso a la protección que brindan las calidades migratorias se torne ilusoria (p.1).

Aunado a ello, el sentido de la igualdad conforme se ha analizado precedentemente, encuentra sentido en otras normas de carácter convencional. El Perú, como parte de diversos tratados internacionales, ha asumido compromisos que fundamentan la protección de los derechos de los migrantes y la promoción de la igualdad en

el contexto migratorio. Uno de los pilares fundamentales es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, los cuales reconocen el derecho de las personas a solicitar asilo cuando huyen de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social. Además, establecen el principio de no devolución (non-refoulement), que prohíbe expulsar o devolver a una persona a un país donde su vida o libertad estén en peligro. Es un convenio esencial y necesario para proteger a los migrantes en situaciones de vulnerabilidad y asegurar que no sean discriminados por su condición de refugiados.

Otro texto fundamental, ha sido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que reconoce el derecho a la libertad de circulación y el derecho a no ser expulsado arbitrariamente del territorio de un Estado, fundamental para garantizar que los migrantes no sean sometidos a tratos discriminatorios o arbitrarios por su condición migratoria. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 también ratificado por el Perú, garantiza derechos como el acceso a la salud, la educación y el trabajo, derechos especialmente relevantes para los migrantes, pues aseguran que puedan integrarse plenamente en la sociedad de acogida sin ser discriminados por su origen o condición migratoria.

Además, el Perú es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que protege los derechos de los niños y adolescentes migrantes. Este tratado es importante porque establece que los niños migrantes deben recibir un trato prioritario y especial, garantizando su acceso a la educación, la salud y la protección contra la explotación. La convención también enfatiza el principio de no discriminación, asegurando que los niños migrantes gocen de los mismos derechos que los nacionales. Finalmente, en el ámbito regional, el Perú ha adoptado principios y declaraciones como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que amplía la definición de refugiado para incluir a personas que huyen de situaciones de violencia generalizada o violaciones masivas de derechos humanos. Aunque no es un tratado vinculante, esta declaración ha influido en la política migratoria peruana, pues ha reforzado el compromiso del país con la protección de los migrantes y refugiados en América Latina.

Por lo anterior, debemos comprender que la igualdad no se trata solo de aplicar las mismas reglas a todos, sino de reconocer las realidades diversas de las personas y sus contextos. En el caso del fenómeno migratorio, la igualdad implica ir más allá de la uniformidad, entendiendo que quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como los migrantes, no deben ser tratados con los mismos criterios que quienes gozan de estabilidad. El reto está en no caer en la trampa de la igualdad superficial, que busca equiparar lo que no es equiparable, sino en construir una sociedad que, reconociendo las diferencias, promueva la dignidad humana y la justicia social. La verdadera igualdad debe ser capaz de adaptarse a las necesidades específicas de quienes más lo requieren, sin que la nacionalidad sea un factor discriminatorio que impida el acceso a una vida digna.

3. El contexto de la migración en el marco de la igualdad

El orden social, siempre ha ido cambiando conforme avanza el tiempo, las sociedades, conforme se han ido agrupando y acentuando en el mundo, siempre han tenido el propósito de mejorar su calidad de vida, expandir sus horizontes, buscar comodidad, riqueza, poder, etc. Asimismo, las políticas gubernamentales de los estados han sido mejor ejercidas por unos que por otros, haciendo más prósperos y atractivos algunos países o lugares dentro del país para el interés de las personas, y devaluando las ganas de quedarse en otros. Los modelos económicos, sociológicos, de política fiscal, o penal, y el desarrollo a futuro, han sido factores que siempre han despertado el interés de las personas para alejarse de su lugar de origen, en busca de un futuro más próspero o como escapatoria ante una situación desfavorable.

Gutiérrez Silva et al. (2020) ha definido a la migración como un fenómeno social que modifica la estructura y distribución poblacional de un país, ya que implica el desplazamiento de personas en busca de mejores condiciones de vida. Se distingue entre migrante (quien se traslada), emigrante (quien sale) e inmigrante (quien llega), siendo este proceso motivado principalmente por factores económicos, culturales, sociales o políticos (p. 302). Asimismo, aporta Hernández Sánchez (2015) cuando menciona que, aunque "las migraciones han tenido diversas rutas de salida y destino a lo largo del tiempo, los flujos de población siempre siguen determinadas pautas históricas vinculadas, entre otras razones, a procesos de innovación económica y tecnológica, así como a condiciones políticas y procesos de modernización" (p.7).

Por ende, la migración, más que un fenómeno es más bien una cualidad natural del ser humano. Es decir, que, desde los primeros hombres de la Tierra, y de las características más naturales del hombre es el poder explorar hacia afuera, de forma que lo orilla a desplazarse a raíz de un móvil provechoso para sí o para su comunidad. Sin embargo, aunque dicho desplazamiento puede producirse sin que la situación común sea en sí misma desfavorable, el fenómeno negativo viene arraigado cuando la migración es producto de una crisis social. Así se ha visto por ejemplo de los migrantes afectados por las grandes guerras, que buscaron escapar del contexto bélico para instalarse en distintos países, lo que dio origen a múltiples colonias que se establecieron en otros países y se asentaron en ellos.

Las migraciones, pueden ser provechosas pues aportan a la diversidad cultural de un grupo social, lo cual lo hace más atractivo. Los migrantes, no solo trasportan su presencia, sino que vienen con elementos inmateriales, que podrían ser de provecho para las nuevas sociedades, por ejemplo, culturas, ideales, tecnologías, conocimiento, etc. Sin embargo, como he mencionado anteriormente, cuando la migración es a causa de un ambiente de crisis, el factor puede ser distinto. Por ejemplo, se ha visto últimamente que, en países en vías de desarrollo, donde la educación no es muy buena y la coyuntura es casi siempre inestable, los migrantes suelen causar estragos en los países a donde migran, lo cual si es perjudicial y debería obligar a los países a tomar políticas más severas.

Entre los países donde más se han reportado migrantes, o al menos de los que más se suelen escuchar, han sido Venezuela, Cuba y México, los dos primeros que comparten un régimen autoritario y radicalmente comunista, y el último, debido a las situaciones aterradoras que ha dejado el narcotráfico, además por la cercanía a Estados Unidos que suele ser un país más llamativo. Algunos otros de centro América, han sido Nicaragua, y El Salvador, aunque este último ha reducido debido a la política de severidad del presidente Nayib Bukele. Según la agencia de la ONU para los refugiados (2025), en la actualidad "más de 7,7 millones de personas han salido de Venezuela buscando protección y una vida mejor" (párr. 1). La gran mayoría ha optado por migrar a países de Latinoamérica debido a la flexibilidad que presentan y a los pocos requisitos que solicitan.

Aunque evidentemente sería un error pensar que todos los migrantes han ostentado conductas delictivas o perjudiciales para los países que los albergan, son muchas las noticias que corroboran dicha problemática. Debido a las condiciones infrahumanas que suelen experimentar los migrantes, pues al no ser ciudadanos reconocidos, son propensos a la explotación y a pobreza, lo que los hace más propensos a decidir el camino delictivo. Un estudio realizado en Lima demostró que, en esa ciudad, la percepción de inseguridad frente a la migración venezolana es alta, con un 74% de la población creyendo que está relacionada con la delincuencia, mientras que el 61% considera a los migrantes venezolanos como poco confiables o deshonestos. (Contreras Inche et al., 2023, p. 16)

Sin embargo, aunque es evidente que los migrantes pueden adoptar conductas delictivas, no se puede negar que la delincuencia es algo que siempre ha existido. En tal sentido, aunque pareciera que los migrantes acrecientan enormemente dicha situación, los datos analizados en 2019 por Bahar et al. (2020), indican que los migrantes venezolanos cometen delitos en una proporción menor a su presencia en la población. En Chile, representaron solo el 0.7% de los acusados de crímenes, pese a constituir el 2.4% de la población. En Perú, los extranjeros, incluidos venezolanos, conformaron el 1.3% de los presos, aunque los venezolanos representaban el 2.9% de la población. En Colombia, el 2.3% de los arrestos por delitos violentos involucraron venezolanos, cuando su población alcanzaba el 3.2%. Estos datos sugieren que no hay un vínculo directo entre migración y aumento de la criminalidad (pp. 1-28).

Sin embargo, no solo Venezuela ha sido objeto de migrantes, pues como mencioné anteriormente, varios países de América han salido de su país con el fin de migrar. Uno de los destinos más llamativos ha sido Estados Unidos, donde la migración ha crecido rápidamente desde el 2000, alcanzando casi 4 millones de personas en 2022, lo que representa un 9 % de los inmigrantes en el país. Este flujo ha sido impulsado por crisis políticas y económicas, destacando el éxodo venezolano desde 2015. En 2023, los encuentros fronterizos de migrantes sudamericanos sin autorización aumentaron considerablemente, con 266,000 venezolanos y 160,000 colombianos detectados en la frontera suroeste. EE.UU. ha respondido con programas de libertad condicional, aunque estos solo otorgan residencia temporal. En 2022, la mayoría de los inmigrantes sudamericanos en Estados Unidos procedían de Colombia, Venezuela, Brasil, Ecuador y Perú. La población venezolana fue la que más creció entre 2010 y 2022, con un aumento del 263 %, lo que llevó a Venezuela del sexto al segundo lugar entre los principales países de origen. También se registró un crecimiento significativo en la migración de brasileños (82 %) y colombianos (46 %) (Montalvo & Batalova, 2024)

Por lo anterior, aunque la migración ha sido clave en la historia, impulsada por factores económicos, políticos y sociales, también ha evidenciado profundas desigualdades. Los migrantes suelen enfrentar discriminación, explotación y barreras en el acceso a derechos, lo que amplía la brecha con la población local. Las políticas migratorias, en lugar de mitigar estas desigualdades, muchas veces las refuerzan, como ocurre en Estados Unidos, donde las medidas antimigratorias han generado un fuerte debate sobre seguridad y derechos humanos. Esto se aterriza en la reciente política aplicada por Donald Trump en Estados Unidos.

En base a ello, podría surgir la duda de si es correcto aplicar políticas que regulen la situación migratoria en los países donde dicho fenómeno ha recogido migrantes de manera masiva. Aunque esa situación es correcta, pues no hay mayor injusticia que la que ocurre por falta de regulación o incertidumbre, no podría realizarse de manera abusiva. Como se ha señalado en los párrafos iniciales, compartimos el criterio del Tribunal Constitucional peruano, donde la regulación debe realizarse de forma necesaria donde exista una compatibilidad de protección a los derechos humanos en situaciones de vulnerabilidad, es decir, sin que la regulación suponga meras trabas para impedir el ingreso de migrantes o deportarlos por dicha condición.

El 20 de enero de 2025, el presidente Trump, tomó el cargo como máxima autoridad de Estados Unidos, con ello, ha llamado la atención al firmar políticas que expulsan masivamente a migrantes, declaran emergencia nacional, refuerzan la seguridad fronteriza con México y restablecen el programa "Quédate en México". Además, eliminó la posibilidad de pedir asilo en la frontera, cerró la aplicación CBP One y exige castigos penales para quienes ingresen ilegalmente. También ha presionado a otros países para que acepten deportaciones de personas que ni siquiera son sus ciudadanos. Evidentemente, estas medidas han dejado a miles de migrantes atrapados en México – y otros - sin opciones seguras, expuestos a violencia, abusos y separación familiar. La falta de vías

legales para el asilo obliga a muchos a intentar cruces peligrosos o vivir en la clandestinidad. Además, al presionar a otros países para que cooperen con sus políticas, Estados Unidos ha agravado la crisis migratoria en toda la región (Amnistía Internacional, 2025)

La política migratoria de Trump es desproporcionada y contraria a los derechos humanos, ya que criminaliza indiscriminadamente a los migrantes en lugar de abordar de manera efectiva el problema de la delincuencia. Si bien es cierto que los cárteles mexicanos han generado violencia, atribuirles toda la responsabilidad y justificar medidas extremas como la militarización y la expulsión masiva es un enfoque simplista y discriminatorio. La migración no solo representa un desafío, sino también un aporte significativo a la economía y al desarrollo de Estados Unidos, con millones de latinos que trabajan legalmente y contribuyen al crecimiento del país. Si bien es legítimo sancionar actividades delictivas, la política migratoria no puede basarse en la presunción de culpabilidad de toda una población. Trump, fiel a su discurso de mano dura, ha optado por políticas que ignoran la vulnerabilidad de quienes buscan asilo y violan principios básicos de protección y dignidad humana.

Finalmente, como he podido manifestar, la migración, es un fenómeno natural, arraigado a la propia esencia conductual del hombre. Por ende, no podrá existir política que la elimine, al menos no de una manera coherente con el orden natural. En tal sentido, aunque es sumamente necesario que cada país tenga las reglas claras para controlar estas situaciones, siempre debe haber un mínimo de flexibilidad que asegure la protección efectiva de los derechos humanos que, sin duda, deben ser un pilar en todos los lugares del mundo. En último sentido, la verdadera igualdad no se mide por fronteras ni nacionalidades, sino por la dignidad con la que tratamos a quienes buscan un lugar donde vivir sin miedo, sin hambre y con esperanza.

Conclusiones

Primero, los derechos humanos y los derechos fundamentales comparten un fundamento común en la dignidad humana, pero se diferencian en su reconocimiento jurídico. Mientras que los derechos humanos son inherentes a todas las personas por su sola condición de seres humanos, los derechos fundamentales son aquellos que han sido positivizados en el ordenamiento jurídico de un Estado, garantizados mediante mecanismos legales. Esta transición de lo abstracto a lo normativo permite que los derechos fundamentales sean exigibles ante las autoridades y gocen de mayor protección en el ámbito jurídico.

Segundo, la dignidad humana, como base de los derechos, se encuentra estrechamente vinculada con el principio de igualdad. Desde una perspectiva histórica y filosófica, tanto el iusnaturalismo como el racionalismo kantiano han sustentado la idea de que todos los seres humanos poseen el mismo valor y, por ende, deben ser tratados con igual respeto y consideración. Sin embargo, el reconocimiento de la igualdad no implica un trato idéntico en todos los casos, sino que exige que las diferencias sean consideradas para evitar situaciones de discriminación o privilegio injustificado.

Tercero, en el marco jurídico peruano, la igualdad es reconocida como un derecho y un principio constitucional. Su aplicación no significa uniformidad absoluta, sino que exige un trato equitativo según las circunstancias específicas de cada persona o grupo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la igualdad ante la ley requiere evitar distinciones arbitrarias y garantizar que las diferencias relevantes sean atendidas conforme al ordenamiento jurídico. Esto implica que el derecho a la igualdad no se vulnera cuando se establecen medidas diferenciadas justificadas, pero sí cuando se imponen discriminaciones injustificadas.

Cuarto, la relación entre la migración y el principio de igualdad evidencia los desafíos que enfrentan los Estados en la garantía de los derechos de los migrantes. A pesar de que el derecho internacional reconoce la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en numerosos ámbitos, en la práctica persisten barreras normativas y estructurales que limitan el acceso de la población migrante a ciertos derechos fundamentales. La implementación de políticas migratorias debe equilibrar la soberanía estatal con el deber de respetar la dignidad e igualdad de todas las personas, evitando regulaciones que perpetúen la exclusión y la discriminación de los migrantes.

Referencias

Alegre, M., Montero, J., & Monti, E. (2015). La igualdad. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 2, pp. 1595-1637). Universidad Nacional Autónoma de México. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (mayo de 2025). *Llamamiento de emergencia. Situación de Venezuela.* https://www.acnur.org/emergencias/situacion-de-venezuela

Amnistía Internacional. (29 de enero de 2025). *Estados Unidos: Ningún Estado de las Américas debe participar en las nocivas políticas del presidente Trump contra quienes buscan asilo*. Amnistía Internacional. https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/estados-unidos-ningun-estado-de-las-americas-debe-participar-en-las-nocivas-politicas-del-presidente-trump-contra-quienes-buscan-asilo/

Arias-Gómez, J., Villasís-Keever, M. Á., & Novales, M. G. M. (2016). El protocolo de investigación III: la población de estudio. *Revista Alergia México*, *63*(2), 201–206. https://www.redalyc.org/pdf/4867/486755023011.pdf

Arispe Alburqueque, C. M., Yangali Vicente, J. S., Guerrero Bejarano, M. A., Lozada de Bonilla, O. R., Acuña Gamboa, L. A., & Arellano Sacramento, C. (2020). *La investigación científica. Una aproximación para los estudios de posgrado*. Universidad Internacional del Ecuador (UIDE). https://repositorio.uide.edu.ec/handle/37000/4310

Bahar, D., Dooley, M., & Selee, A. (2020). *Inmigrantes venezolanos, crimen y percepciones falsas: Un análisis de los datos en Colombia, Perú y Chile*. Migration Policy Institute. https://www.migrationpolicy.org/research/immigracion-venezolana-crimen-colombia-peru-chile

Contreras Inche, J. A., Guido Rojas, F. D. R., Romero Aima, K. A., Pérez Rojas, D., & Vásquez Luque, G. J. (2023). Percepción de la sociedad limeña sobre la delincuencia de migrantes venezolanos. *Sapere, 1*(24), 1-20. https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/SP/article/view/2716/3437

Dedios, M. C., & Ruiz, F. (2022). *Migración reciente hacia el Perú: situación, respuestas de política y oportunidades.* PNUD América Latina y el Caribe. Serie de Documentos de Política Pública n.°35. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-10/PNUDLAC-working-paper-35-Peru-ES.pdf

Escobar Delgado, R. A. (2012). La doctrina social de la iglesia: fuentes y principios de los derechos humanos. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, *15*(30), 99–117. https://doi.org/10.18359/prole.2360

Fiallos Zambrano, I. N. (2022). *Igualdad en el ejercicio del derecho al trabajo, caso: migración de ciudadanos venezolanos en el cantón La Libertad, 2018-2019*. [Tesis de maestría, Universidad Estatal Península de Santa Elena]. https://repositorio.upse.edu.ec/handle/46000/6723

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2015). *Introduction to the Human Rights Based Approach*. https://unicef.studio.crasman.fi/pub/public/pdf/HRBA_manuaali_FINAL_pdf_small2.pdf

Gutiérrez Silva, J. M., Romero Borré, J., Arias Montero, S. R., & Briones Mendoza, X. F. (2020). Migración: contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica. *Revista de Ciencias Sociales*, *26*(2), 299–313. https://doi.org/10.31876/rcs.v26i2.32443

Hernández Sánchez, M. S. (2015). La Migración como parte de la existencia humana. *Diplomacia*, *130*, 6–12. http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r35476.pdf

Huerta, C. (2010). Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. *Derechos Humanos México*, *5*(14), 69–86. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/63652

Montalvo, J., & Batalova, J. (2024). *South American immigrants in the United States*. Migration Policy Institute. https://www.migrationpolicy.org/article/south-american-immigrants-united-states

Monteiro Pessoa, R., Aparecido Cardoso, J., & Oliveira Castro, R. A. (2022). Impactos de la migración en la seguridad social brasileña. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *13*(26), 1–26. https://doi.org/10.5354/0719-7551.2022.66155

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Naciones Unidas. (s.f.). *Desafíos globales. Migración internacional.* https://www.un.org/es/global-issues/migration

Ortega-Pérez, M. A. (2024). Derechos humanos y migración irregular: Desafíos y perspectivas de la política pública ecuatoriana. *Iustitia Sociales. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, *9*(17), 4–19. https://doi.org/10.35381/racji.v9i17.3928

Otzen, T., & Manterola, C. (2017). Sampling techniques on population study. *International Journal of Morphology*, *35*(1), 227–232. https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v35n1/art37.pdf

Piza Burgos, N. D., Amaiquema Márquez, F. A., & Beltrán Baquerizo, G. E. (2019). Métodos y técnicas en la investigación cualitativa. Algunas precisiones necesarias. *Conrado*, *15*(70), 455–459. https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/1162

Ramos, G. (27 de setiembre de 2022). *Derechos de las personas migrantes: nuevos avances desde la justicia constitucional en Perú*. https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/derechos-de-las-personas-migrantes-nuevos-avances-desde-la-justicia-constitucional-en-peru-27052

Sociedad Bíblica Iberoamericana. (1960). *La Santa Biblia*. Sociedad Bíblica Iberoamericana. https://www.biblia.es/reina-valera-1960.php

Tribunal Constitucional de Perú (2021). *Pleno. Sentencia 785/2021, Exp. N.°00374-2017-PA/TC*. Lima, 10 de agosto de 2021. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00374-2017-AA.pdf

Tribunal Constitucional de Perú (2022). *Pleno. Sentencia 266/2022, Exp. N.°00688-2020-PHC/TC*. Lima, 12 de julio de 2022. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00688-2020-HC.pdf

Valls, R. (2015). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, (Extra), 278–285. https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14719

Vizcaíno Zúñiga, P. I., Cedeño Cedeño, R. J., & Maldonado Palacios, I. A. (2023). Metodología de la investigación científica: guía práctica. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, *7*(4), 9723–9762. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i4.7658

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.108

Protección y bienestar de los animales en el Derecho español: claves de las leyes 3 y 7/2023, de 28 de marzo*

Protection and welfare of animals in Spanish law: key points of laws 3 and 7/2023, of March 28th

Carmen Requejo Conde[1]

Autora:
[1]Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla, España.
requejo@us.es
https://orcid.org/0000-0003-4222-5526

Recibido: 06/09/2024
Aprobado: 28/02/2025
Publicación online: 14/07/2025

*Artículo realizado en el marco del Proyecto de investigación "Sentir el delito, atender al daño: prevención aplicada a esferas experienciales de relevancia victimal, tecnológica, espacial y normativa".

Cómo citar/ how to cite:
Requejo Conde, C. (2025). Protección y bienestar de los animales en el Derecho español: claves de las leyes 3 y 7/2023, de 28 de marzo. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 143-163. https://doi.org/10.61542/rjch.108

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Carmen Requejo Conde

RESUMEN

A los veinte años de la tipificación por vez primera en España del delito de maltrato animal, la Ley orgánica 3/2023 llevó a cabo una nueva modificación del Código Penal, y ese mismo día, el 28 de marzo de 2023, se promulgó la Ley 7/2023, de protección de los derechos y bienestar animal. La reforma siguió la línea de sus antecesoras (las de 2010, 2015 y 2021), acercar la regulación jurídico-penal de los animales como seres sintientes a la de la persona, integrando a un número cada vez más amplio de ellos (vertebrados), haciendo responsable no ya solo al autor individual sino, en su caso, al centro que albergara al animal, incorporando nuevas agravantes (ya un total de diez incluyendo la muerte del animal) y nuevas penas, algunas como la multa, con no tan buena acogida por algún sector doctrinal. En este artículo se exponen algunas de las principales reformas aportando algunas propuestas de mejora. Se concluye que, a pesar del incremento de la pena de prisión por la muerte del animal maltratado, sigue sin establecerse la pena de inhabilitación para la convivencia con animales y no se regula la adopción de medidas de privación definitiva del animal maltratado.

Palabras clave: Ley orgánica 3/2023; Ley 7/2023; Ley 17/2021; Animal vertebrado; Ser sintiente.

ABSTRACT

Twenty years after the crime of animal abuse was introduced for the first time in Spain, the organic law 3/2023 carried out a new modification of the Penal code, and that same day, March 28, 2023, Law 7/2023, on the protection of animal rights and welfare, is promulgated. The reform continued in the line of its predecessors (those of 2010, 2015 and 2021), bringing the legal-criminal regulation of animals as sentient beings closer to that of the person, integrating an increasingly larger number of them (vertebrates), making responsible not only to the individual perpetrator but also to the center that housed the animal, if it were the case, incorporating new aggravating circumstances (now a total of ten, including the death of the animal) and new penalties, some such as fines, not so well received by some doctrinal sectors. This article outlines some of the main reforms and offers some suggestions for improvement. It concludes that, despite the increase in prison sentences for the death of an abused animal, there is still no provision for disqualification from living with animals, and there are no regulations governing the permanent removal of abused animals.

Keywords: Organic Law 3/2023; Law 7/2023; Law 17/2021; Vertebrate animal; Sentient being.

Introducción

Para entender las razones de la reforma legislativa de 2023 en España en la protección de los animales hay que tomar como referencia la evolución de las normas en las últimas décadas, y, en concreto, tres hitos históricos. El punto de partida de la regulación legal encaminada a proteger penalmente a los animales tuvo lugar con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que tipificó por vez primera en España el delito de maltrato y la falta de abandono, siendo una de las legislaciones europeas que más tarde lo hizo (antes lo hicieron Inglaterra, Alemania, Suiza, Austria, Francia o Italia), circunscribiendo, además, dicha protección penal, al animal doméstico y requiriendo del elemento del ensañamiento como eje central del maltrato[1]. Una segunda etapa vendría de la mano de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que dio nueva redacción a la norma, eliminando el requisito del ensañamiento al demostrarse en esos siete años de vigencia que dificultaba de manera notable su aplicación. Concretó, asimismo, el ámbito de protección al animal doméstico, pero también al amansado, a los que se mencionaba en singular, y no en plural, como hizo su antecesora, y amplió tanto el resultado causado, un menoscabo grave de la salud, no necesariamente físico, como las formas de acción, "por cualquier medio o procedimiento"[2], lo que permitió castigar la comisión por omisión (Requejo Conde, 2010b), y dejó abierta la puerta al daño o sufrimiento psíquicos como resultado.

Cinco años después, y como tercera reforma, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, derogatoria de las faltas penales, amplió el número de animales a proteger penalmente[3], incorporó nuevas agravantes específicas (cercanas a las previstas para la persona), recuperó el ensañamiento como elemento agravatorio pero no necesario en el maltrato animal, previó como novedad la protección de menores presentes en los hechos, separó la lesión de la muerte del animal y contempló por vez primera la explotación sexual. Elevó la cuantía de la pena de prisión y de inhabilitación y el contenido de esta a profesión relacionada con animales y a su tenencia, que hasta la fecha solo pudo imponerse como pena accesoria o si se aplicaba el decomiso[4]. El abandono de animales se erigió en un subtipo atenuado del delito de maltrato, dejando de ser una simple falta. Y la antigua falta de maltrato cruel continuó como delito supletorio del maltrato grave. Ambos, maltrato cruel y abandono del animal,

---

[1] Art. 337 del Código Penal español (redacción vigente con la Ley Orgánica 15/2003, hoy artículo sin contenido):

> Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.

Asimismo, Art. 631.2 del Código Penal español (redacción vigente con la Ley Orgánica 15/2003, hoy artículo sin contenido): "Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de 10 a 30 días".

También estaba en vigor en esos años el art. 632.2:

> Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días.

Un estudio de la evolución histórica del delito en Requejo Conde (2007, 2010a); Olmedo de la Calle (2021a, 2021b); Arregui Montoya (2024); y, sobre la evolución del elemento del ensañamiento en la norma penal en Arregui Montoya (2022).

[2] Art. 337 del Código Penal español (redacción vigente con la Ley Orgánica 5/2010):

> El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.

[3] En una regulación cercana a las personas, siguiendo el Listado de la *Animal Welfare Act* británica de 2006 (Olmedo de la Calle, 2021b).

[4] Si se entienden efectos provenientes del delito, lo que no casa hoy día con su calificación de animales como seres sintientes, aunque sí respecto al medio con que se cometió el hecho, por ejemplo, el decomiso de escopeta, Sentencia de Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Alicante núm. 127/2021, de 10 abril, ECLI:ES:APA:2021:1131, hoy pena de privación de arma prevista como principal en el art. 340 bis del Código Penal español.

serían castigados con penas de multa y con penas de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con animales y con su tenencia[5].

Un paso importante en esta evolución la dio la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, modificativa del código civil, la Ley Hipotecaria (LH) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), pues reconoció oficialmente un régimen jurídico a los animales como "seres vivos dotados de sensibilidad" y no como cosas muebles, cuyo régimen ya solo sería aplicable mientras no comprometa su protección penal y civil.

El presente estudio analiza las reformas llevadas a cabo con la última modificación, la de las Leyes 3 y 7/2023, una de índole penal y otra administrativa, a partir de la concepción de los animales como seres sintientes y de un título propio de regulación en el código penal español.

Metodología

Se emplea un análisis de documentos doctrinales, legales y jurisprudenciales, centrado esencialmente en el estudio de las últimas reformas del código penal español en materia de protección de animales. Se han consultado monografías, capítulos de libros, artículos científicos y estadísticas, con especial interés en los de los últimos años, buena parte de ellos seleccionados del catálogo de fuentes bibliográficas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. De gran utilidad ha sido, además, la búsqueda de resoluciones judiciales extraídas de repertorios o base de datos, como Aranzadi o Centro de Documentación judicial del Consejo General del Poder Judicial español (Cendoj), con su número europeo de identificación (ECLI)[6], así como de normativa específica, para, a partir de ahí, comentar el avance de las normas, así como indicar propuestas de mejora.

El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Sentir el delito, atender al daño: prevención aplicada a esferas experienciales de relevancia victimal, tecnológica, espacial y normativa", del Plan Propio de Investigación y Transferencia en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía (España) 2021-2027[7], así

[5] Arts. 337 y 337 bis del Código Penal español (redacción vigente con la Ley Orgánica 1/2015):

1. El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a: a) un animal doméstico o amansado, b) un animal de los que habitualmente están domesticados, c) un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o d) cualquier animal que no viva en estado salvaje, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud, incluida la explotación sexual, será castigado con la pena de 3 meses y un día a 1 año de prisión e inhabilitación especial de 1 año y un día a 3 años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.
2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal. b) Hubiera mediado ensañamiento. c) Se hubiera causado al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. d) Los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad.
3. Si se hubiera causado la muerte del animal se impondrá una pena de 6 a 18 meses de prisión e inhabilitación especial de 2 a 4 años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.
4. Los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con una pena de multa de 1 a 6 meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.
El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

[6] Identificador europeo de jurisprudencia; en inglés, *European Case Law Identifier*.

[7] Investigadora Principal (IP): Dra. Myriam Herrera Moreno de la Universidad de Sevilla (España).

como del Grupo Andaluz de investigación jurídica SEJ145, una de cuyas líneas fundamentales de investigación ha sido el Derecho ambiental.

La investigación en dicho marco académico cumple con los principios fundamentales de las principales guías y códigos internacionales en las ciencias sociales, aspectos éticos, reconocimiento de autoría, o independencia e imparcialidad en la transmisión del conocimiento.

El objetivo principal es el análisis de las principales novedades (claves) que la Ley Orgánica 3/2023 y la Ley 7/2023 aportaron en España con la intención de mejorar con amplio margen la tipificación de los delitos de violencia contra los animales y adecuarlos a la realidad de las problemáticas que se siguen planteando en la actualidad, así como al nuevo estatus jurídico de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, y a un reforzamiento de penas y medidas en términos de proporcionalidad con el Derecho administrativo sancionador.

1. Algunas claves de las Leyes de 28 de marzo de 2023 (3 y 7/2023)

1.1. En los aspectos nucleares del delito de maltrato a los animales

Cuando se cumplían veinte años de la tipificación como delito del maltrato animal en el código penal español, la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, llevó a cabo una modificación dedicando un título propio, el XVI bis[8] a los "delitos contra los animales", con nuevos artículos, los 340 bis a 340 quinquies. Esta protección se vio reforzada con la promulgación ese mismo día de la Ley 7/2023, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. En consonancia con ello, ya no se hace mención en la rúbrica del capítulo IV del título XVI a los animales domésticos, que se protegían junto a la flora y la fauna[9], sino que es el nuevo título el que trata en general de los animales, en la línea iniciada por el legislador de 2015 de ampliar la tutela a cada vez mayor número de especies y hacerlo de forma más reforzada. Así ocurrió con la expresión "animal vertebrado"[10] y la eliminación de la expresión "cualquier animal que no viva en estado salvaje". Ello no amplía necesariamente la protección de los animales sino solo parcialmente, pues la reconduce a aquellos vertebrados no incluidos en el apartado anterior del art. 340 bis (esto es, el animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano)[11]; estos serían aquellos dotados de esqueleto, columna vertebral, cráneo, desarrollo simétrico dual y un sistema nervioso central constituido por médula espinal y encéfalo, esto es, fauna silvestre que vive en libertad y que cumpla los requisitos de su taxón o grupo familiar[12] cuando pertenezca a la especie de mamíferos, aves, peces, reptiles o anfibios. La norma establece, pues, respecto del maltrato (no así del delito de abandono como modalidad atenuada), dos niveles de protección: uno, el animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, y, por otro lado, cualquier otro vertebrado. Deja así excluidos los no vertebrados, como artrópodos (arácnidos, insectos, crustáceos), anélidos (gusanos, lombrices, sanguijuelas), moluscos (almejas, caracoles) o cefalópodos (pulpos, calamares, sepias), salvo que se entienda que puedan tener cabida en el tipo penal si se tienen como eventuales

[8] Con cierto desacuerdo en algunos sectores doctrinales como Alfageme Toribio (2021, p.346), para quien su ubicación en el mismo título de la fauna era correcta.

[9] Y que en 2022 alcanzaba un total de 783 delitos condenados en España, en una escala ascendente en los últimos diez años, según datos del Instituto Nacional de Estadística. Más de 286.000 perros y gatos encontrados abandonados en 2023 en España (Jiménez, 2023; Pérez, 2023).

[10] Siguiendo la Ley alemana de protección animal de 24 de julio de 1972 (Olmedo de la Calle, 2021b, p.388).

[11] Puede ser originariamente doméstico o haber adquirido pautas de domesticación (por aprendizaje, mutación, parasitación, etc.).

[12] López Berral (2023, p.11), señala, por ejemplo, a los jabalíes, y salvo que concurrieran causas de justificación en el hecho, como sería matar a una rata para evitar plagas.

mascotas en el hogar. Pero desde el momento en que se hace alusión a "un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior", los invertebrados quedarían excluidos[13]. Sin embargo, ni todos los vertebrados pueden ser equiparados a los animales domésticos (de ahí su menor nivel de protección frente al maltrato), pero, a su vez, algunos de los invertebrados sí disponen también de un sistema nervioso evolucionado (cefalópodos) que los asemeja a los vertebrados, y, por tanto, con similar capacidad de sufrimiento.

Con la reforma de 2023, el delito de maltrato se reubicó, pasando del art. 337 del Código Penal español (hoy vacío de contenido) al art. 340 bis[14]; de este modo, no es ya posible la aplicación del art. 339 (que en forma de disposición común a todo el título XVI[15] prevé la adopción de medidas cautelares de protección del bien jurídico), pero sí el novedoso art. 340 quinquies. Este permite que el juez pueda adoptar motivadamente cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal. También permite que cuando la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia recaiga sobre la persona que tuviera asignada la titularidad o cuidado del animal maltratado, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, deba adoptar las medidas pertinentes respecto a dicha titularidad y cuidado. Estas no se supeditarán necesariamente en el tiempo al período de cumplimiento de la pena de inhabilitación, sino que podrían extenderse por un tiempo superior[16]. Pues si la adopción de dichas medidas se contempla en la vía administrativa[17], más aún tendría sentido adoptarlas en la vía penal.

---

[13] Por ejemplo, un gusano de seda o un caracol, como no vertebrados, tendrían en este sentido menor protección que una salamanquesa, una tortuga o un pez. En este mismo sentido, no se entiende que se proteja en la norma penal a una lagartija y no a un ciempiés, indica Olmedo de la Calle (2021b, p.394).

[14] Que, en su párrafo 1 dispone que será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud. Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años.

En defecto de la calificación como delito se prevé la infracción administrativa (arts. 73-75 de la Ley 7/2023): El incumplimiento, por acción y omisión, de las obligaciones y prohibiciones exigidas por esta ley, que implique daño o sufrimiento para el animal, cuando produzca en los animales secuelas permanentes graves, daños o lesiones graves siempre que no sea constitutivo de delito. El incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones exigidas por esta ley cuando se produzca la muerte del animal, siempre que no sea constitutivo de delito, así como el sacrificio de animales no autorizado.

[15] Titulado "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente", comprende cuatro capítulos, sobre ordenación de territorio y urbanismo, patrimonio histórico, recursos naturales y medio ambiente, y flora y fauna.

[16] Lo interpreta de otro modo López Berral (2023, p. 20), en el sentido de entender que el precepto puede hacer coincidir temporalmente inhabilitación y medida de protección. Sobre lo no controversial de creación de *lege ferenda* de una pena *ex novo* de privación definitiva de la posesión o propiedad del animal se pronuncia Prats (2020, RR 5-20).

[17] Art. 68 de la Ley 7/2023:

> 1. La persona responsable de la inspección, en los casos de urgencia improrrogable y de manera motivada y proporcional, podrá adoptar cuantas medidas provisionales estime necesarias si observara indicios de maltrato animal, enfermedad, situación de riesgo o carencias significativas en las instalaciones, incompatibles con criterios racionales de bienestar animal y garantía de sus derechos.
>
> 2. Dichas medidas provisionales, deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el

Otra de las novedades de la Ley Orgánica 3/2023 y del art. 340 bis del código penal español fue indicar que la acción se llevara a cabo "fuera de las actividades legalmente permitidas", lo que la convirtió en una norma penal en blanco con remisión a las leyes que regulan determinadas actividades[18]; no así ya a las posibles causas de justificación, como ocurría antes de dicha reforma cuando el tipo penal hacía alusión a actuar "injustificadamente"[19]. Así sucede con la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, en cuanto a actividades de explotación, transporte, experimentación, sacrificio, así como con la Ley 7/2023, en cuanto a actividades culturales y festivas como los espectáculos taurinos (toros de lidia), actividades deportivas (hípica), profesionales (perros policía) o cinegéticas (perros de caza), que la Ley 7/2023 excluye de su ámbito (art. 1). La realización de estas actividades dentro del marco legal excluye la infracción, entre ellas el delito, pero fuera de dicho marco normativo sí puede ser sancionable o punible si el animal en cuestión fuese objeto de protección por la norma, ya lo sea como delito de caza ilegal (arts. 334-336) o propiamente de maltrato. Este término tampoco se emplea ya en la descripción

acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. Estas medidas provisionales podrán consistir, entre otras, en:

a) La retirada, intervención o retención temporal de los animales implicados en los hechos y cuantos otros puedan encontrarse en situación de riesgo.

b) Medidas de corrección, seguridad o control, que impidan la continuidad en la producción del daño.

c) La suspensión, clausura o cierre cautelar del centro de actividades, establecimiento e instalaciones.

d) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de esta.

e) La retirada de las armas en su caso y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los animales serán trasladados a un establecimiento de protección animal para su custodia integral, siendo a cargo de la persona infractora los gastos que se originen.

A su vez, el art. 71.4 dispone que las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial podrán mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa. Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el órgano administrativo podrá adoptar otras medidas sobrevenidas que sean necesarias para garantizar la vida, integridad y bienestar de los animales implicados en los hechos, dando traslado de dichas medidas a la autoridad judicial o, en su caso, al Ministerio Fiscal.

Una vez impuesta una multa por comisión de la infracción, la multa podrá llevar aparejada alguna sanción accesoria, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción (art. 77):

a) La intervención del animal y su transmisión a un centro de protección animal o al que determine la autoridad competente

b) La retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.

c) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de esta.

d) La suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en esta ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

e) La clausura de los locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en esta ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años o la clausura definitiva del establecimiento por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

f) Inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con animales, y la tenencia con animales, por un periodo máximo de cinco años para las infracciones graves y de cinco a diez años para las muy graves.

g) Retirada o no concesión de subvenciones o ayudas en materia de esta ley por un plazo máximo de cinco años para las infracciones graves y de cinco a diez años para las muy graves.

h) La obligación de realizar cursos de reeducación o formación en bienestar, protección animal y derechos de los animales.

i) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad

[18] Elemento normativo del tipo de carácter jurídico (Muñoz Cuesta, 2023, epígrafe II.1).

[19] Elemento que deja de estar integrado en el tipo penal, lo que supone analizar la antijuridicidad del delito comprobando si en la acción concurre alguna circunstancia genérica de justificación que exonere al autor del hecho (SAP de Álava 247/2017, de 13 de septiembre, ECLI:ES:APVI:2017:626), estado de necesidad en el hecho de lesionar un sujeto a una perra para evitar que siguiera descontrolada en el rebaño de ovejas causando perjuicios a estas y a su patrimonio.

de la conducta típica (salvo en la modalidad de menor gravedad del maltrato del párrafo 4 del art. 340 bis), sino el de causar lesión o muerte del animal por cualquier medio o procedimiento[20].

El art. 340 bis sigue aludiendo, como su antecesor, al animal doméstico[21], amansado, domesticado (ya no se emplea el término habitualmente) o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, junto al novedoso elemento del animal vertebrado (que pueda vivir en estado salvaje o ser fauna silvestre). A su vez, un animal de producción o silvestre en cautividad lo puede ser de compañía (doméstico) si se inscribe en el registro de animales de compañía (arts. 9, 10.6c) o en un listado positivo (arts. 3x, 14b 34 ss.), creados por dicha ley, requisito este de carácter formal que no se precisa para la comisión del delito del art. 340 bis.

Tampoco se contempló hasta la reforma de 2023 una responsabilidad penal de la persona jurídica (perrera, Centro de acogida de animales, criadero, explotación ganadera), que fue una de las grandes novedades de la modificación legislativa: con anterioridad solo existía la opción de hacer uso de las medidas accesorias que hoy se prevén para los entes sin personalidad jurídica. Y no por falta de precedentes, pues de asfixia murieron perros y gatos de la perrera de Puerto Real (Cádiz, España) cuando en octubre de 2007 algunos de sus responsables fueron imputados y condenados por un delito de maltrato animal al sacrificar a más de quinientos mediante un paralizante muscular barato que de forma lenta y agónica les causaba la muerte. Tras la denuncia del SEPRONA[22], por primera vez en España, el 22 de noviembre de 2007, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Puerto Real dictó un auto que ordenaba el cierre cautelar de la perrera y la inhabilitación especial del veterinario, por cuanto de las diligencias practicadas se ponía de relieve "la existencia de indicios suficientes" de delito de maltrato "con ensañamiento y de forma injustificada" de animales[23]. Actualmente el art. 340 quáter del Código Penal español permite exigir esta responsabilidad penal e imponer algunas de las penas del art. 33.7 del mismo cuerpo legal[24], además de la multa[25].

---

[20] En este caso, distintamente a la persona cuando es víctima de maltrato intrafamiliar, ya que se tipifica el maltrato habitual en la familia, por un lado, y la lesión o muerte consecuencia del mismo, por otro, e imputables a través del concurso.

[21] Que según la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, son:

> Aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa. (Art. 3.4)

[22] España, el Servicio de protección de la naturaleza.

[23] Otros casos de presunta responsabilidad penal de la persona jurídica tuvieron lugar en 2009 al abrirse diligencias por presunto delito de maltrato en el Juzgado de Instrucción nº44 de Plaza Castilla (Madrid, España) a raíz de una denuncia de El Refugio contra dos empresas de Metro de Madrid encargadas del adiestramiento de perros donde se indicaba que las necesidades de agua, comida, higiene, atención veterinaria, luz y descanso de los animales no estaban cubiertas, encontrándose muchos de ellos heridos. En concreto quedó constancia de un presunto caso de maltrato animal a través de un informe policial, el caso de Lobo, un perro utilizado para la vigilancia que salvó la vida de milagro al ser rescatado por la Policía Local y por un veterinario de los servicios del Ayuntamiento en las cocheras de la empresa. En dicho informe constaba que el perro tenía "heridas sangrantes, al parecer por collar punzante de castigo" provocadas supuestamente por el uso prolongado de una herramienta del centro de adiestramiento. Otras absoluciones más recientes en SAP de Madrid núm. 82/2023 de 13 de febrero, ECLI:ES: APM:2023:5530 (a las encargadas de una perrera).

[24] Las previstas: Disolución de la persona jurídica, produciendo la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar a cabo cualquier tipo de actividad, incluso lícita. Suspensión de sus actividades por un tiempo de no más de 5 años. Clausura de sus locales y establecimientos por tiempo no superior a 5 años. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, de manera temporal o definitiva. Cuando sea temporalmente, el plazo no superará 15 años. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por tiempo no superior a 15 años. Intervención judicial para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no será superior a 5 años.

[25] Que, según el art. 340 quáter del Código Penal español, será una multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años (24 meses que indica el art. 340 bis 3 en caso de muerte de animal

A pesar de un progresivo acercamiento de la regulación jurídico penal de los animales a la de la persona que comienza en España con la reforma de 2015, la conducta del tipo básico (art. 340 bis), consistente en causar una lesión al animal que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud, no necesita de la objetividad del tratamiento que prevé el Código Penal español en el art. 147 respecto de la persona. Sin embargo, un tratamiento veterinario no necesario debiera hacer atípica la lesión grave y, en su caso, subsumirse en el tipo atenuado (Sentencia del Tribunal Supremo - en adelante STS - 40/2023 de 26 de enero), mientras que la ausencia de un tratamiento que fuese necesario aplicar para la curación sí sería, en cambio, delito (Muñoz Cuesta, 2023, epígrafe II.1). Para ello se valorará:

> La intensidad de la intervención veterinaria requerida; si hubiera exigido o no hospitalización; el riesgo vital generado por la herida o su potencialidad para acelerar significativamente procesos degenerativos; el período de tiempo durante el cual el animal haya estado imposibilitado para el desempeño de la actividad propia de su especie; y las secuelas o padecimientos permanentes. (SAP de Guadalajara 234/2021 de 7 de octubre).

La lesión incluirá no solo la física sino además la psíquica, pero al exigirse ahora tratamiento veterinario puede ser más difícil tratarla como delito grave y más fácil derivarla al tipo atenuado, ya que a diferencia de los arts. 147-148 (lesiones a la persona), no se hace expresa alusión a la lesión psíquica - piénsese, por ejemplo, en las ahogadillas múltiples a un perro o gato sin causarle lesión ni muerte, pero sí sensación de asfixia y ahogo (Gutiérrez Jáimez, 2022)-. En cambio, ante resultados lesivos físicos muy graves, cuando la lesión conllevará la pérdida de un sentido, órgano o miembro principal, se apreciará el subtipo agravado del párrafo 2c del art. 340 bis del Código Penal español[26].

Esta lesión admite múltiples medios comisivos, por acción, omisión (abandono, dejación de funciones) o actos de carácter sexual[27]; no se refiere ya la norma necesariamente a la explotación, como mencionaba la redacción anterior del precepto (el derogado art. 337 del Código Penal español), dándole un significado de acto lucrativo y naturaleza de delito de mera actividad[28], y sí más en consonancia con la expresión que recoge el código penal en las normas relativas a los delitos sexuales contra la persona (art. 181 del Código Penal español)[29].

Esta despenalización de la explotación sexual del animal habría extendido claramente el alcance de la norma, en la medida en que la explotación sexual de animales incorporaba un elemento adicional a los actos de zoofilia y bestialismo, que venía caracterizado por ese aprovechamiento en beneficio propio de una situación de sometimiento y sumisión del animal hacia la persona derivada de una relación desigual y asimétrica, así como el

doméstico, por ejemplo), o multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. No se entiende bien la cuantía temporal de la primera multa, pues el delito de maltrato animal nunca supera los dos años de prisión, salvo aquellos casos en que la pena de prisión tuviese que elevarse un grado, por ejemplo, por reincidencia cualificada (art. 66.1.5ª), o porque se entendiese aplicable la continuidad delictiva (art. 74). También es difícil que puedan concurrir varias agravantes genéricas, sin atenuantes, que no sean las contempladas en el propio art. 340 bis (cuyo marco penal nunca excederá de la mitad superior de la pena), salvo algún caso en que ha podido concurrir la agravante genérica de prevalimiento de cargo público.

[26] En una redacción más restrictiva que la del art. 149 del Código Penal español, para la lesión grave a la persona, pues no incluye, por ejemplo, la grave deformidad o enfermedad somática ni la esterilidad. Esta circunstancia también se ha previsto como infracción administrativa grave cuando no constituya delito (art. 74 e de la Ley 7/2023).

[27] En su mayoría no descubiertos e imposible de probar el consentimiento del animal o resistencia al acto (Monteiro Campos, 2019, epígrafe VI).

[28] Algunos autores contrarios a calificar el delito de explotación sexual del animal como de mera actividad exigían ya antes de la reforma de 2023 el grave menoscabo del animal (Donate Salcedo, 2019). En ocasiones, y como ocurre respecto de la persona, a la violencia sexual puede suceder la muerte del animal por asfixia (Rendón Páez et al., 2024).

[29] Pueden revisarse trabajos como los de Olmedo de la Calle (2021b, p.390) y Boiso Cuenca (2021, p.12).

eventual ánimo de lucro o beneficio o interés crematístico (Cuervo Nieto, 2023, p. 226); esto no se exige ya en la actualidad, al haberse sustituido la expresión "explotación sexual"[30] por "actos de carácter sexual". De hecho, la SAP de Madrid 418/2022, de 26 de julio, había ya comenzado a no exigir el ánimo de lucro en la explotación sexual. Por tanto, no es necesario que exista un sujeto que hace entrega del animal y se lucra económicamente de la explotación, y otro que conociendo tal circunstancia satisface la cantidad dineraria acordada y realiza el acto de bestialismo[31]. Este, sin necesidad de tener una finalidad lucrativa, puede estar presente cuando el animal es utilizado como instrumento con fines sexuales, bien propio[32], bien de humillación a la persona a la que se obliga a mantener el contacto sexual con aquel[33], o bien de humillación y económico con vistas a la grabación y venta de un material con ocasión de un delito de corrupción de menores[34], aunque en estos dos últimos supuestos no se aplicó el delito de maltrato animal en tanto no se constataba el daño a la integridad del animal, sino una parafilia o actos de grabación con fines de pornografía infantil.

En este sentido, los actos de carácter sexual hacen más referencia en la actualidad a una forma de comisión del delito que al alcance de una actividad o resultado, como pueda ser la lesión o muerte del animal, que, por tanto, pueden producirse también mediante actos de carácter sexual, deviniendo quizás esta expresión ya en innecesaria por incluida en la de "por cualquier medio o procedimiento" (García Álvarez, 2024, p.69).

Tanto la lesión como la muerte han de ser dolosas, ya sea dolo directo o dolo eventual[35], castigándose con pena de prisión e inhabilitación, pero en ambos casos se distingue el animal vertebrado del resto de los protegidos en la norma (domésticos, amansados, domesticados, convivientes bajo control humano); en el caso de la muerte de un vertebrado de los no incluidos en el párrafo 1 del art. 340 bis se admite la alternativa de multa, así como, en todo caso, para todos los animales protegidos por la norma si se le producen lesiones graves[36]. La transformación de los animales en seres sintientes tuvo un claro reflejo en las penas previstas, no

[30] En cuanto a la explotación sexual a que se puede someter al animal, según el DRAE, "explotar" significa utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona. Así pues, se castiga el abuso o aprovechamiento con fines sexuales de la indefensión de los animales, haya o no lucro; eso sí, siempre y cuando se produzca maltrato, esto es que el sometimiento a tales prácticas le suponga al animal un sufrimiento injustificado e innecesario. (Delgado Fernández, 2024). Con anterioridad había abogado también por esto Menéndez de Llano Rodríguez (2014).

[31] Así, sujeto que pagara a un pastor para tener contacto sexual con sus ovejas.

[32] Como causar a una yegua de competición heridas en el ano, rostro y patas que "no tenía otra explicación que el mero disfrute del procesado, ya sea de naturaleza sexual o sádica" (SAP de Barcelona 141/2009, de 11 de marzo, ECLI: ES:APB:2009:3155).

[33] Como cuando el autor obligó a su mujer a realizar tocamientos obscenos a su perro, hecho que se condenó como delito contra la integridad moral de la mujer, pero sin hacerse mención a ninguna forma de maltrato animal (SAP Barcelona 1067/ 2009, de 2 de julio, ECLI: ES:APB:2009:14955).

[34] Pueden consultarse las SSTS 12/2015, de 20 de enero (ECLI: ES:TS:2015:2), 340/2010, de 16 de abril (ECLI: ES:TS:2010:2088), SAP de Salamanca 53/2021, de 29 de diciembre (ECLI: ES:APSA:2021:771), en casos de felaciones de niños a animales o animales que lamen órganos sexuales de menores, como víctimas estos de pornografía infantil.

[35] Como cuando se disparó a un perro en la zona derecha de su cuerpo quedando el perdigón alojado en el abdomen y afectando al hígado: la SAP de Almería núm. 9/2018 de 11 enero (ECLI:ES:APAL:2018:481), condenaba a tres meses de prisión e inhabilitación de un año para profesión relacionada con animales y su tenencia; parece aplicar la tentativa del subtipo agravado por muerte del animal, porque esta no llega a producirse (pena a la que se puede llegar también aplicando también el tipo básico consumado). Dice la sentencia que disparar con un arma a un animal en esa zona del cuerpo supone al menos que con dolo eventual se asuma la posibilidad de causarle la muerte, y que "concurren a pesar de lo afirmado por el recurrente los elementos objetivos y subjetivos del tipo previsto y penado en los artículos 337.3 del Código Penal" (hoy art. 340 bis 3). También SAP de Vizcaya, 90045/2020, de 19 de febrero (ECLI:ES:APBI:2020:677), "la opción por el dolo eventual es razonable y explicaría además que el acusado ignorara si el animal había muerto cuando se lo entregó a la policía; esta duda no elimina el dolo, referido al momento anterior en que aplicó violencia apta para provocar la muerte".

[36] En contra López Berral (2023, p.14), por ampliar en exceso la libre discrecionalidad del juzgador pudiendo decantarse por la multa. De otro modo Olmedo de La Calle (2021b, p.390), para quien la prisión no sería adecuada, pues algunos delitos contra la integridad o

solo cuantitativa sino cualitativamente, lo que se tradujo en un incremento de las mismas por la reforma de 2023. No obstante, en aquellos casos en que pueda proceder la suspensión de la pena de prisión, que alcanza un máximo de dos años en caso de muerte de animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo control humano, puede obviarse el ingreso del autor del delito en prisión si se cumplen los requisitos estipulados para ello (art. 80.2. 2ª del Código Penal español)[37]. Por otro lado, las multas, que ya pueden ser cuantiosas si se aplica el Derecho administrativo sancionador[38], en el caso del delito su importe se condiciona a la situación económica del reo (art. 50.5 del Código penal español), y se podrá hacer uso de ellas por la alternatividad prevista en la norma respecto a la pena de prisión en todas las modalidades delictivas, salvo la muerte del animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo control humano, en que solo se contempla la pena de prisión; ello aumenta la discrecionalidad judicial sin nada que lo justifique más que la no elevación del gasto público, que argumentaba el preámbulo de la reforma legislativa[39]. Por último, la pena de inhabilitación no es ya en ningún caso potestativa, como sí ocurría antes de la reforma de 2023 con el maltrato y abandono no graves, lo que llevó en ocasiones a su no imposición por falta de motivación en sentencia a quo (SAP de Álava núm. 383/2018, de 28 diciembre), y, en otras, a su aplicación ante la existencia de un alto riesgo para la vida del animal abandonado (SAP de León núm. 501/2016, de 7 noviembre, recurso de Apelación núm. 909/2016). Pero se sigue, en cambio, sin hacer alusión a la inhabilitación para la convivencia con animales durante el período de cumplimiento de la pena (Requejo Conde, 2015, p.3).

La lesión leve o la ausencia de lesión como resultado del maltrato (grave), del párrafo 4 del art. 340 bis del Código Penal español, debe hacerse también fuera de las actividades legalmente permitida; esta expresión no se recoge en el tipo, como tampoco se exige ya ningún elemento de lugar relacionado con que el hecho se lleve a cabo en espectáculo no autorizado legalmente para la comisión de la infracción leve (como sucedió antes de la reforma de 2023). En este caso no se ha distinguido entre animal vertebrado u otros de los mencionados en la norma, como tampoco se les aplica las agravantes del párrafo 2 del art. 340 bis (y que se exponen más adelante en el apartado 1.2). Algunas serían difíciles de apreciar en las lesiones leves (como el ensañamiento o la mutilación de un órgano o miembro principal), pero otras sí podrían concurrir en el caso concreto, como la presencia de menores, el ánimo de lucro, el evento público, la victimización de la pareja o ser el autor del delito el propietario.

vida las personas no se castigan con pena de prisión o no suponen el ingreso en prisión del autor, estimando desproporcionada la prisión superior a dieciocho meses.

[37] Como sucedió, por ejemplo, en los hechos conocidos por la SAP de Lugo, 97/2023, de 19 de abril (ECLI:ES:APLU:2023:334), suspensión por dos años de la pena de prisión de dieciocho meses por abandonar a un perro en una pequeña terraza causándole graves lesiones; SAP de Tarragona núm. 459/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:APT:2018:1559), suspensión por dos años y medio de una condena de siete meses de prisión por defenestrar a un perro desde una tercera planta de vivienda; SAP de Guadalajara 234/2021, de 7 de octubre, suspensión por dos años de la prisión de seis meses por disparar un perdigón entre ojo y ojo a un perro causándole lesiones.

[38] Pudiendo extenderse desde quinientos a dos cientos mil euros (art. 76 de la Ley 7/2023). Dichas sanciones se graduarán en función de: a) El perjuicio causado al animal. b) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, imprudencia o negligencia. c) La trascendencia social o sanitaria de la infracción cometida o su repercusión sobre el medio natural. d) El ánimo de lucro ilícito y la cuantía del beneficio obtenido o previsto con la comisión de la infracción. e) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o facilitar la información requerida por la Inspección. g) El cese de la actividad infractora previamente o durante la tramitación del expediente sancionador. h) La violencia ejercida contra animales en presencia de personas menores de edad o vulnerables, así como de personas con discapacidad psíquica, o su difusión a través de cualquier medio de comunicación social. (art. 78).

[39] El preámbulo de la Ley Orgánica 3/2023 así lo justificaba: "en términos de proporcionalidad y transparencia, no se generan significativas cargas administrativas, resultando la modificación legal propuesta proporcional al objetivo perseguido, puesto que a la par que se aumenta el número de circunstancias agravantes se contempla la multa como pena alternativa, y eficiente al no conllevar un incremento del gasto público". Manifestándose también en contra de ella, López Berral (2023) y Arregui Montoya (2024, pp.405-406).

Así sucedió en los hechos conocidos por la SAP de Valladolid 56/2020, de 11 de marzo que, condenando por maltrato como tipo atenuado, tiene en cuenta que el hecho se produjo en presencia de menores y que uno de los gallos era incluso propiedad del hijo menor de edad del autor, teniendo los jueces en cuenta dichas circunstancias al individualizar la multa impuesta. Por otro lado, resulta extraño que la norma haga alusión a que se trate de "maltratar gravemente"[40], pero sin que resulte lesión.

La clase de animal no se distingue tampoco en el delito de abandono (art. 340 ter del Código Penal español), cuya norma los agrupa bajo el término amplio de "animal vertebrado", cuando tenga lugar por quien lo tenga bajo su responsabilidad (expresión también novedosa), propietario, cuidador, etc., en consonancia con la nueva agravación del párrafo 2d) del art. 340 bis, de que el maltrato con resultado de lesión grave o muerte se cometa por el "propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal"[41]. La puesta en peligro de la vida o integridad del animal sigue haciendo de él un delito de peligro (potencial), de modo que constatada la lesión o la muerte serán los delitos de resultado los aplicables (esto es, el art. 340 bis); en estos, si es además, autor el propietario, el encargado (a quien se le hubiere "confiado" el cuidado del animal) o su "responsable", se le aplicará este subtipo agravado del párrafo 2d del art. 340 bis, lo que habría incrementado bastante el desvalor de la acción, pasando de antigua falta (abandono físico o funcional incluso con resultado de muerte) a subtipo agravado de delito. Actualmente se observa dicha conducta en forma de encierros, enjaulamientos o hacinamientos, ya en vivienda, recinto o vehículo[42], o incluso cuando el propietario no hace nada para impedir que un tercero golpee al animal (coautoría)[43]. En este sentido, el incumplimiento de la posición de garantía respecto a la prohibición específica del maltrato del animal por su propietario o cuidador experimentó un impulso agravatorio incluso superior al que vemos en la persona (donde se equipara la acción a la comisión por omisión (art. 11 del Código Penal español).

La norma del art. 340 ter recuperó la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que la reforma de 2023 había previsto para la entonces falta de maltrato leve de animal doméstico y triplicó en su límite máximo la pena (obligatoria) de inhabilitación para profesión o tenencia de animales[44].

1.2. En las agravantes específicas del delito

La agravante de uso de armas (párrafo 2ª del art. 340 bis) se asemeja más tras la reforma de 2023 a la de la persona, al incluir no solo la vida sino la salud del animal, si bien la causación dolosa de la muerte, habitualmente utilizando "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas", se castigaría aplicando el párrafo 3 (muerte) con la pena en su mitad superior, y no el párrafo 2 en relación al 1 (lesión). Esta mitad superior

[40] En redacciones anteriores de la norma, "maltrato cruel".

[41] En su defecto, será infracción administrativa grave el abandono de uno o más animales, el no recoger el animal de las residencias u otros establecimientos similares en los que haya sido recogido, y el abandono del animal en condiciones de riesgo, así como mantener de forma permanente perros o gatos en terrazas, balcones, azoteas, trasteros, sótanos, patios y similares o vehículos (art. 74 k y o de la Ley 7/2023).

[42] SAP de Málaga núm. 273/2020, de 25 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2020:3164), perra abandonada por su dueño en una furgoneta cuando presentaba previos problemas de salud, advirtiendo el facultativo de la obligación de aplicar un tratamiento, debiendo ser finalmente sacrificado el animal.

[43] Puede consultarse SAP de A Coruña núm. 196/2019, de 11 de diciembre (ECLI:ES:APC:2019:2674)

[44] Conductas de abandono que se incrementaron significativamente en los últimos años (Cantero Berlanga & Méndez Rocasolano, 2024, p. 24, n. 8).

respecto de la muerte no se preveía en la redacción anterior de la norma, sino solo en la lesión[45]. Eso lo diferencia de los delitos contra la vida de la persona, en que dicha circunstancia se valoraría como agravante genérica de abuso de superioridad, y no específica. Pero no será fácil diferenciar la muerte en sí misma de los casos en que esta pena pueda imponerse en su mitad superior aplicando el subtipo agravado, pues la amplitud de la circunstancia haría que, salvo que se dé muerte golpeando con las manos o pateando al animal, el uso de cualquier otro medio o instrumento (o forma) pudiera encontrar encaje en el subtipo por la peligrosidad que entrañare para la vida del animal. Esta amplitud del subtipo agravado aplicado sobre la lesión o la muerte, admitiendo medios o formas de aptitud peligrosa[46], permitiría incluso el concurso entre el subtipo agravado del párrafo 4 del apartado 3 (muerte) del art. 340 bis en grado de tentativa (probado el ánimo de matar, aun eventual, cuando el animal sobreviva) y el subtipo agravado del apartado 2 (lesión), si bien los jueces no han aplicado, salvo aislada excepción, el delito en grado de tentativa. Tampoco se exige ya en este subtipo agravado la peligrosidad concreta del medio o forma para la vida o salud del animal, sino más bien potencial ("que pudieran resultar peligrosas") (García Álvarez, 2024, p. 71).

En ambos casos se impondrá la privación para la tenencia y porte de armas como pena principal, otra novedad surgida de la reforma de 2023, que puede alcanzar los cinco años.

La agravante de comisión del hecho perpetrado en presencia de menores se vio ampliada acogiendo a las personas especialmente vulnerables (párrafo 2e del art. 340 bis)[47]. Puede tratarse de un menor victimizado haciéndole daño a su mascota[48], y, por tanto, en presencia de este, o bien que se trate de menores que junto a otros adultos presencien los hechos, constituyendo entonces el evento público como circunstancia agravatoria

[45] Como indicaba la sentencia del Juzgado de lo penal, SJP- nº3 de Valladolid 156/2022 de 19 de mayo(ECLI:ES:JP:2022:11), aplicando el precepto 337 en la redacción anterior a la reforma de 2023, al tratarse de "un delito de maltrato animal con resultado muerte del art. 337,3 del CP (…) excluye analizar las circunstancias que alegan las acusaciones del número 2,a, b y d exclusivamente dirigidas a agravar la pena del art. 337.1", en la acción de asfixiar al perro introduciendo un trapo en su tráquea.

[46] Arma de fuego (habitualmente escopeta de perdigones) cuando el perro paseaba con su dueño o eventualmente entraba en la finca del condenado (SAP de Almería núm. 9/2018, de 11 de enero; SAP de Guadalajara 234/2021, de 7 de octubre); y, con pena similar a esta (SJP n.º 2 de Murcia 258/2019, de 24 de junio, ECLI:ES:JP:2019:3132); vehículo de arrastre (SAP de Baleares 465/2023, de 6 de noviembre, ECLI:ES:APIB:2023:2907; SAP de Asturias núm. 35/2017, de 30 de enero, ECLI:ES:APO:2017:289), si bien absolviendo por falta de dolo a pesar de causarle la muerte, en la primera, o castigando por el delito leve, en la segunda.

En relación a la muerte, se observa en la ejecución del hecho el empleo de una guadaña (SJP n.º 2 de Gijón 124/2020, de 25 de septiembre, ECLI:ES:JP:2020:2368), soga de ahorcamiento (SJP n.º 1 de Badajoz, 68/2020, de 31 de marzo, ECLI:ES:JP:2020:712), correa de estrangulamiento (SAP de Vizcaya 90045/2020, de 19 de febrero), trapo para causar asfixia (SJP n.º 3 de Valladolid 156/2022, de 19 de mayo), aplicación de vacunas y otros tratamientos no autorizados por quien no tenía siquiera habilitación profesional (SJP n.º 1 de Don Benito –Badajoz- 131/2018, de 29 de mayo, ECLI:ES:JP:2018:515), aplicando la continuidad delictiva y la pena elevada en grado, atendiendo al número de ejemplares caninos, sus secuelas, las diversas acciones y la prolongación en el tiempo del maltrato), o utilizar al animal, un cerdo vietnamita, en una rehala de perros de caza (SJP n.º 2 de Logroño,14/2020, de 15 de enero, ECLI:ES:JP:2020:2467).

También se contemplan como infracciones administrativas graves la administración de sustancias que perjudiquen a los animales o alteren su comportamiento, a menos que sean prescritas por veterinarios y con un fin terapéutico para el animal, así como alimentar a los animales con vísceras, cadáveres y otros despojos procedentes de animales que no hayan superado los oportunos controles sanitarios (art. 74 d y n de la Ley 7/2023).

[47] De modo similar al maltrato de personas (arts. 153.3 y 173.1), amenazas (art. 171.5), o coacciones (art. 172.1). Especial vulnerabilidad por factores como enfermedad, grave discapacidad o ancianidad. Esta circunstancia también se ha previsto como elemento de graduación de la sanción en la infracción administrativa (art. 78 h de la Ley 7/2023).

[48] Como mecanismo de maltrato psicológico y violencia intrafamiliar (pero no incluido en la agravante de la letra g) (Upadhya, citado en Bernuz Beneitez, 2015, p.102; Glatt, 2009).

prevista en la letra h del art. 340 bis 2[49]. Pero el mero hecho de asistir o "disfrutar" del evento no equivaldría a la acción típica de causar como autor (o partícipe) la lesión o muerte al animal ni constituye "elemento suficiente para considerar que se pueda atribuir a los mismos una posición de garante de la integridad de los animales que permitiera imputarles el hecho en comisión por omisión" (así la SAP de Cantabria 250/2020, de 20 de octubre, y SAP de Valladolid 56/2020, de 11 de marzo, entre los casos más habituales de peleas de gallos). Sí lo serían, desde luego, quienes crían y entrenan a los animales para la pelea, quienes apuestan dinero, quienes transportan y alojan a los participantes, quienes suministran a los animales sustancias prohibidas para la preparación del combate, quienes guardan los teléfonos móviles de los intervinientes para evitar su localización policial, y, en todo caso, los organizadores; todos ellos pueden formar parte de un grupo criminal, incurrir en continuidad delictiva[50] e incluso ostentar en algún caso la cualidad de funcionario policial (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia – STSJ- de Madrid 308/2023, de 8 de septiembre).

Asimismo, cabría apreciar ánimo de lucro del autor del delito si, en supuestos como los anteriores, median apuestas o se tratara de intentar cobrar un seguro provocando deliberadamente la muerte del animal (SAP de Córdoba 91/2023, de 9 de marzo)[51]. El ánimo de lucro (apuesta, beneficio en espectáculo no autorizado) entendido como utilidad, provecho, remuneración, incrementa aún más lo injusto del hecho al incorporar una especial perversidad o crueldad en el fin de codicia o avaricia de la acción (letra f del párrafo 2 del art. 340 bis); dicha circunstancia recuerda, salvando las distancias, la de precio en el asesinato de una persona por parte del sicario, con la salvedad de que en esta se encarga a un tercero la ejecución del delito, lo que no se requiere en el art. 340 bis 2f. En cambio, ya no se hace alusión al espectáculo no autorizado al que aludía la antigua falta y después el delito leve de maltrato. Pero sí apareció como novedad la agravación de "ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación", que conlleva un plus de disvalor por la repercusión para quienes presencian o visualizan el hecho creando un efecto mimético, de espejo o de efecto llamada y de aparente impunidad (Muñoz Cuesta, 2023, epígrafe III), o de quienes se lucran con la venta de ese material, sin que sea suficiente la mera grabación[52].

Otro plus de disvalor se contempla en la letra g) del art. 340 bis 2, realizar la acción para coaccionar, intimidar, acosar o causar sufrimiento psicológico "a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia"[53]. Se trata de una violencia

[49] Este elemento también se ha tenido en cuenta como infracción administrativa muy grave (art. 75 g Ley 7/2023): El uso de animales en actividades prohibidas, en particular en actividades culturales y festivas, en atracciones mecánicas, carruseles de feria, así como el uso de especies de fauna silvestre en espectáculos circenses.

[50] Lo que puede chocar con el art. 74 y su exclusión de los bienes jurídicos eminentemente personales, salvo excepciones, ya que el núcleo fundamental del precepto son los delitos patrimoniales, mientras que los animales son seres sintientes no sujetos al régimen de disposición patrimonial. Autores como Cervelló Donderis (2021, p. 83); Arregui Montoya (2024, p. 409), se refieren a favor de incluir una agravante por el elevado número de animales maltratados.

[51] Desestimando finalmente el delito de maltrato y el de estafa, al haber quedado probado que los caballos murieron de cólicos o torsión de colon. Esta circunstancia también se ha previsto como elemento de graduación de la sanción en la infracción administrativa (art. 78 d de la Ley 7/2023) y como infracción administrativa grave (art. 74 f), utilizar animales como objeto de recompensa, premio, rifa o promoción.

[52] Pero, sí con la publicitación, por un «narcisismo virtual» del autor, y porque ello es tan grave como el maltrato en presencia de menores. Así, Prats (2020, p. RR-5.20), trae a colación la brutal matanza en 2016 de ovejas y cerdas en Murcia o la de lechones en Almería, careciendo de sentido no punir la distribución indiscriminada e incontrolada del material grabado cuyo alcance es imposible de prever, pudiéndose visionar por menores, por lo que ello ha de conllevar un aumento de la pena cuando esto se haga a través de una pantalla.

[53] El caso conocido por la SJP n.º3 de Vigo de 2025, del sujeto que en el contexto de una discusión con su novia con la que convivía ahoga a su perra en un cubo, y el castigo a veinte meses de cárcel.

instrumental relacionada con la violencia de género (pareja o cónyuge, sin que se indique únicamente a la mujer), y que no debiera excluir los delitos cometidos contra la persona victimizada en caso de producirse estos (amenaza, coacción, acoso, maltrato). Ello, además, en consonancia a como se ha hecho con otros delitos[54] y a lo que disponen los arts. 90 b bis, 92.7 y 94 bis del código civil español[55], sobre el derecho de custodia y visita del animal en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio y el reparto de las cargas de sostenimiento de este[56]; régimen que puede ser extendido a las parejas de hecho en caso de separación, si ambos miembros de la pareja hubieran asumido las funciones de cuidado[57]. El animal pasaría así a ser considerado una parte de la familia ("familia multiespecie"), prevaleciendo los lazos afectivos sobre el derecho de propiedad del animal (Padilla Villarraga, 2023, pp.1 y 33)[58].

En la mayoría de las ocasiones, antes de la entrada en vigor de este subtipo agravado, la muerte del animal como forma de victimizar a la pareja o ex pareja tuvo lugar en la propia vivienda de la mujer o en la que compartían o habían compartido ambos miembros. A veces mediante la provocación de un incendio, accediendo a la vivienda con intención de acabar con la vida de aquella y teniendo el autor en algunos casos antecedentes previos por delitos de maltrato a la mujer[59], o cuando esta hacía amago de abandonar la vivienda para marcharse preparando las maletas[60]; si bien en otras ocasiones se absolvía del delito de maltrato animal castigándose solo

[54] Lesiones leves, amenazas leves, coacción leve, maltrato habitual, agresión sexual (arts. 153, 171.4, 172.2, 173.2, 180.1. 4ª, 181.4d del Código Penal español). Tan solo en el delito de maltrato habitual, como en el art. 340 bis 2g), no se especifica el género (puede ser mujer u hombre) respecto a su cónyuge o pareja, en la relación presente o pasada.

[55] El convenio regulador de separación, divorcio o nulidad matrimonial contendrá el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.

La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

[56] SAP de Pontevedra 526/2023, de 3 de noviembre (ECLI:ES:APPO:2023:2608), referida a la custodia a la mujer y pago de pensión para cuidado del animal por parte del ex marido. También, antes de la reforma de 2021, se apreciaba ya la consideración del animal como parte de la familia, otorgando el derecho a la custodia o visita, avanzándose así hacia la descosificación del animal. SAP Barcelona 78/2006, de 5 de abril, recurso núm. 1055/2005: se concede a unos de los ex esposos un régimen de visita al perro. SJ 1ª instancia de Valladolid 88/2019, de 27 de mayo (ECLI:ES:JPI:2019:88): copropiedad al 50% entre ambos del animal, un perro adquirido durante su relación sentimental, con derecho a una posesión compartida, que desarrollarán de forma exclusiva y continuada cada uno de ellos por períodos temporales de seis meses al año. Un comentario a esta sentencia la realiza Barjola (2019); y, Sierra & Requena (2024, párrafo 7).

[57] Según art. 4 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, (Ortiz I Moreno, 2024, último párrafo).

[58] Como contrapartida, también pueden formar parte de la dinámica de violencia familiar, planteando extender a estos este concepto (Bernuz Beneitez, 2015, pp. 108 y 113).

[59] SAP de Tenerife núm. 278/2020, de 22 de octubre (ECLI:ES:APTF:2020:3138), condenando por un delito de asesinato en concurso ideal con otro delito de maltrato al animal (perro), a veinticinco años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Los términos del artículo 77 (concurso) no permitirían, en cambio, adicionar otras penas que propiamente corresponden a alguno de los delitos en concurso, como sucede con la inhabilitación especial prevista como pena principal en el delito de maltrato animal, dada la imposición de una sola pena, la más grave, que corresponde al delito de asesinato, y las accesorias que la acompañan.

[60] Sacando al gato del transportín, dándole el autor cortes con un machete y echándolo a los perros (SAP de Barcelona núm. 519/2020, de 6 de noviembre, ECLI:ES:APB:2020:13323).

al resarcimiento de daños morales[61] o por un delito de daños al animal[62], y en algunas otras ocasiones no se apreció el ensañamiento cuando este era elemento del tipo penal sino solo la antigua falta de maltrato leve[63], ni tampoco se apreció delito de maltrato al animal en grado de tentativa[64].

Finalmente, en línea similar con el art. 336 del Código Penal español respecto a la caza de animales, es objeto de agravación en el maltrato grave del animal "utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva", cuando de modo indiscriminado el hecho sea capaz de producir lesiones o muerte a un grupo indeterminado de animales. Sería así una especie de acción alevosa, en que el animal no puede huir o defenderse sino solo quedar bloqueado o paralizado cayendo en la trampa, lo que sin embargo pudiera llevar a plantear el concurso ideal de varios delitos de maltrato cuando se cometen a raíz de una sola acción[65]. Es un delito de resultado, frente al de mera actividad del art. 336, y, para algunos autores como García Álvarez (2024, p. 74), superfluo, dada la agravante de la letra a) del art. 340 bis 2, distinción que, sin embargo, y, en otros términos, también vemos en la regulación de la persona (art. 148.1 y 2 del Código penal español)[66].

2. De la cosificación a la «sintiencia» de los animales protegidos en el Derecho español

Fue la promulgación en España de la Ley 17/2021, modificativa del código civil, la Ley Hipotecaria (LH) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la que reconoció que los animales son "seres vivos dotados de sensibilidad" y que el régimen jurídico de las cosas solo puede serles aplicable en tanto no sea incompatible con la protección

[61] Sin describir conducta alguna por parte del acusado, más allá de la causación del incendio en la vivienda y conocimiento de la presencia del animal en esta, que pueda considerarse como de maltrato injustificado que ocasionará la muerte del perro, máxime si desconocemos si las puertas de la vivienda y de acceso a la misma estaban cerradas o si el animal presentaba algún tipo de violencia. Se castigaba así a un resarcimiento de mil euros por daños morales debido a la muerte del perro (SAP de Barcelona núm. 353/2018, de 15 de mayo, ECLI:ES:APB:2018:10182).

[62] Por resentimiento a su esposa, en trámites de separación, y a sus hijos, el autor disparó a dos caballos, propiedad de uno de sus ellos, matando a uno e hiriendo al otro: indicaban los jueces en la SAP de Murcia núm. 151/2013, de 24 de junio (ECLI:ES:APMU:2013:1694), antes de las reformas de 2023 y 2015, que no toda muerte o lesión grave dolosamente causadas a un animal doméstico o amansado constituyen un delito de maltrato animal; tampoco la conducta consistente en disparar "movido por el ánimo de darles muerte", sin que conste más que un solo disparo por animal, con resultado mortal solo para uno de los caballos. Por todo ello, procedió la libre absolución en relación con esta imputación, sin perjuicio de reconducir la calificación y la consiguiente responsabilidad civil a la condena por delito de daños.

[63] SAP de Madrid núm. 60/2010, de 9 de julio (ECLI:ES:APM:2010:12120), partiendo en dos un cachorro de perro al golpearlo con un extintor, instrumento con quien también golpeó a su mujer causándole lesiones graves. Problemas de prueba del elemento del ensañamiento, de su compatibilidad con la omisión y con el dolo eventual, y del momento en que tenía que ser utilizado, lo hicieron desaparecer de la norma que tipificaba el delito de maltrato animal en España en la reforma de 2010, siendo posteriormente recuperado en 2015 (Requejo Conde, 2015, p.17; Navarro Sánchez, 2022, p.16).

[64] Por ejemplo: SAP de Madrid 1447/2009, de 24 de noviembre (ECLI:ES:APM:2009:17330), en la que se evaluó el golpe a una mujer en la mano cuando intentaba defender a su perro de la agresión que el autor pretendía cometer contra él.

[65] Como en la SAP de Málaga 8/2021, de 15 de junio (ECLI: ES:APMA:2021:1903), sobre la muerte de dos gatos, y que la jurisprudencia suele rechazar: así, en contra SAP de Soria 37/2021, de 3 de mayo (ECLI:ES:APSO:2021:72), pues de aplicarse más de un delito de maltrato (uno por cada animal) se confundiría el objeto del delito con el sujeto pasivo,

> Equiparándolos a las personas físicas o jurídicas, en lugar de objeto de delito, confundiendo cuál es el verdadero bien jurídico protegido (…) No significa ello, que el número de animales maltratados sea baladí, sino que esta circunstancia, como otras, podrá servir para individualizar la pena, pues el desvalor del resultado del delito sería mayor, pero no, para dar lugar a una diversidad de delitos de maltrato animal, sino solo a uno (SAP de Granada 114/2020, ECLI: ES:APGR:2020:844).

[66] Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, o bien los casos en que hubiere mediado alevosía.

que le brindan las normas penales y civiles[67]. Así, no podrá ser hipotecado, ni embargado, aunque sí transmitido por herencia, con especial atención al bienestar del animal (arts. 333 bis, 334.2, 914 bis del código civil español). Pero la doctrina fue acuñando el término "sintiencia" como algo que expresa más que el de ser sensible[68], llegando algunos autores a hablar de ellos como personas no humanas[69] (distinta de la persona física o jurídica)[70], animales no humanos (Ríos Corbacho, 2016, p. 48), o el término más amplio de sujetos de derechos (como el nasciturus o los entes sin personalidad jurídica). En todo caso, son aquellos que sin duda sienten emociones y sensaciones como dolor, placer, sufrimiento y tienen consciencia de ello, lo que podría hacerles merecedores de derechos o de un estatuto jurídico, entre ellos el derecho a su bienestar o incluso, más aún, su dignidad[71]; por ello, no se le aplicarán ya las normas penales relativas al hurto, robo o apropiación indebida en caso de sustracción o apoderamiento[72], sino las sanciones graves por infracción de la Ley 7/2023, según su art. 74[73]. Frente a un animalismo extremo que no establecería distintos niveles de protección entre personas y animales[74], se alzaría un biocentrismo moderado que reconocería derechos a los animales vinculados al bienestar entendido como toda ausencia de sufrimiento innecesario[75].

También la jurisprudencia española se ha hecho ya eco de este concepto de animal como ser sintiente (SJP n.º3 de Valladolid 156/2022, de 19 de mayo, F.J. 6to), si bien aún de forma tímida, existiendo tanto partidarios de una concepción antropocéntrica como de otra subjetivista al determinar el objeto de protección de la norma penal. Para la consideración subjetivista o zoocéntrica del bien jurídico, el animal sería el verdadero

[67] Lo que revela, a juicio de Buompadre (2023, p.35) que los animales en realidad estarían en una categoría intermedia entre seres sensibles y cosas inertes.

[68] Pues también las plantas o las cosas pueden ser sensibles a algo (Valdés Rocha, 2021, p. 4).

[69] O persona animal, propuesta de reforma del código civil alemán (Valdés Rocha, 2021, p.12).

[70] Así, todos los seres humanos son personas, pero no todas las personas son seres humanos. A su vez, puede haber sujetos de derecho que no sean personas (ni naturales, ni jurídicas) pero a los que se les reconozca personalidad jurídica y derechos bioculturales, como ocurrió con el ecosistema de la laguna del Mar menor y su cuenca (España): debido a una grave crisis socio-ambiental, ecológica y humanitaria de este ecosistema y sus municipios ribereños, pasó de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual a quien se reconoce los derechos a existir y evolucionar naturalmente y a la protección, conservación y restauración (arts. 1 y 2 de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre). En ese sentido, toda persona es sujeto de derecho, pero no todo sujeto de derecho es persona, como lo afirma Valdés Rocha (2021, p.8). Este autor se muestra a favor de la inclusión de los animales como sujetos de derechos, si no como titulares de derechos sí como de un deber de protección del ser humano hacia todos ellos como animales no humanos. En igual sentido, Bernuz Beneitez (2015, p.119); Boiso Cuenca (2021, p.7); y, Gil Stinga (2017, p.39).

[71] Conforme al preámbulo de la Ley 7/2023: el concepto de "bienestar animal", definido por la Organización Mundial de Sanidad Animal como "el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere", matizando que, la finalidad de "esta ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad".

[72] Pero no pudiendo aplicarse tampoco el delito de detención ilegal ni el secuestro (López Berral, 2023, p.8).

[73] Se consideran infracciones graves las siguientes: l) El robo, hurto o apropiación indebida de un animal. También lo es para el propietario la falta de denuncia de la sustracción (infracción grave) o de la comunicación de la pérdida o sustracción (infracción leve), según el art. 74.k) y m) de la Ley 7/2023: "No denunciar la pérdida o sustracción del animal". "No se considerará como falta grave, sino como leve, la falta de comunicación de la pérdida o sustracción de un animal". Estas infracciones se castigan con multa de 10.000 a 50.000 euros (art. 76), ingresos que se destinarán a la protección de los animales, e inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con animales, y eventualmente como medida accesoria (art. 77.1 f), i)) "la tenencia con animales, por un periodo máximo de cinco años para las infracciones graves" y "la realización de trabajos en beneficio de la comunidad" (para las infracciones leves).

[74] Como reconocimiento de derechos al mismo nivel que el ser humano, véase el movimiento de ideología animalista de Guinovart (2017).

[75] Citando a Levrino, Cervelló Donderis (2021, pp. 81 y 88) y Bernuz Beneitez (2015, p.103), hacen alusión al bienestar como no tener hambre o sed, estar en un entorno apropiado con cobijo suficiente y zonas de descanso, estar libre de dolor, heridas o enfermedad, libertad para poder manifestar el comportamiento propio de su especie, libre de miedo o angustia (López Berral, 2023, p. 9; Arregui Montoya, 2024, p.122).

sujeto pasivo objeto de protección[76], "tanto desde la concepción de que es un verdadero poseedor de derechos subjetivos, cuanto, desde la consideración, más limitada, de que el animal es al menos merecedor de un determinado bienestar"[77]. De lo contrario, carecería de sentido que se condenara el maltrato ya se lleve a cabo en un ámbito público o privado. Así lo expresa la SJP N.° 1 de Santa Cruz de Tenerife núm. 154/2019, de 25 de mayo:

> Son seres sintientes y la sintiencia no es discutible, entre otras cosas porque nos movemos en un ámbito penal donde no se cosifica a los animales…se quiere dejar claro por tanto que, en el ámbito penal, los animales son seres vivos, es decir sujetos de derechos. (p.11)

Con lo anterior, la sentencia deniega la suspensión de la pena de prisión impuesta al autor del delito ante la peligrosidad social y el temor a su reincidencia[78].

Para la concepción antropocéntrica son "los sentimientos de amor y compasión hacia los animales los que se ven afectados cuando se presencia o se constata el maltrato animal, siendo estos sentimientos los que justifican la punición del comportamiento" (STS núm. 940/2021, de 1 de diciembre). La existencia de delitos exclusivamente orientados a preservar el bienestar animal no descansaría en que los animales sean titulares de derechos sino en que la naturaleza humana comporta un deber de respeto al resto de seres vivos, estando modulada esta exigencia por el grupo social y por la específica formulación de los tipos penales por el legislador (STS 998/2022). El bien jurídico conectaría así el bienestar de los animales con los sentimientos de las personas como objeto de tutela en estas normas (STS 940/2021)[79]. El reproche social vinculado a la muerte de un animal sin observancia de las mismas justificaría la sanción. Y según la intensidad y el significado de ese reproche, el tratamiento lo será en el ámbito del derecho administrativo sancionador o bien por el derecho penal[80].

Esta última opinión ya no es sostenible. Aunque sigue estando presente el elemento antropológico (como en el subtipo agravado de realizar el hecho en presencia de menores o personas especialmente vulnerables), la evolución de las normas de protección animal nos han ido evidenciado un cambio en el bien jurídico: ya no son delitos contra el medio ambiente, ni contra los intereses generales[81], ni contra la relación socio-afectiva entre

---

[76] En este sentido, el animal sería el sujeto pasivo, y no la sociedad (Borja Jiménez citado por Arregui Montoya, 2024, pp.114-115; Cuervo Nieto, 2023, p. 230; García Álvarez, 2024, p.66).

[77] Puede leerse la STS núm. 940/2021, 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4607) y STS 998/2022, de 22 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4937). Asimismo, SJP n.º1 de Don Benito –Badajoz- 131/2018, de 29 de mayo, precisa que "la sociedad valora a los animales como bienes jurídicos dignos de protección y pretende tutelarlos frente a agresiones que les causan un maltrato injustificado". La SAP de Las Palmas 438/2019, de 30 de diciembre (ECLI:ES:APGC:2019:1775), destaca como bien jurídico "la dignidad del animal, al respeto a su integridad física y psíquica y a su vida". El Auto de la AP de Barcelona 992/2023, de 2 de octubre (ECLI ECLI:ES:APB:2023:11238A), y SSAP de Barcelona 557/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:APB:2023:6364), o 91/2024, de 30 de enero (ECLI:ES:APB:2024:2360), hacen referencia a la "integridad física y psíquica de los animales".

[78] En la acción de introducir un perro malherido por ataque de otros perros propiedad de la autora en una maleta cerrada, depositándola en un contenedor de basuras.

[79] La SAP de Soria 37/2021, señala: "Debemos tener en cuenta que el bien jurídico (…), consiste en una respetuosa relación entre animales y hombres, relación en virtud de la cual se hace responsable a estos últimos de la indemnidad de aquellos o al menos, de no causar daño injustificado a los primeros".

[80] Así, por ejemplo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010):

> Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. (Art.13)

[81] Como lo fueron hasta el año 2015 las antiguas faltas de maltrato leve y abandono de animal doméstico.

hombres y animales, sino que la inclusión en un título propio del código penal español con la reforma de marzo de 2023 nos muestra un bien jurídico vinculado a su propio bienestar (vida, integridad, dignidad), con corrientes tendentes al reconocimiento de un estatuto jurídico del animal como sujeto de derechos[82].

Conclusiones

A pesar del incremento de la pena de prisión por la muerte del animal maltratado con la reforma del código penal español por Ley Orgánica 3/2023 (hasta dos años de prisión), ello no garantizará en ningún caso la entrada en prisión del autor, ni siquiera cuando existan varias agravantes y ante hechos de especial crueldad, a tenor del beneficio de suspensión de pena, salvo que se condicione la suspensión al cumplimiento de deberes, prohibiciones, medidas o prestaciones establecidas y estas se incumplan[83].

Junto a ello, se amplía la discrecionalidad judicial introduciéndose la alternatividad de la pena de multa a la prisión en buena parte de las modalidades del delito de maltrato animal, lo que supone un retroceso respecto de la redacción anterior de la norma. Más positivo resulta el realce de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad para los delitos de maltrato sin lesión o lesión leve o abandono sin resultado de muerte o lesión, y a la que podría también llegarse por impago de la multa en caso de aplicarse esta (art. 53.1 del Código Penal español).

Puede existir cierto riesgo de despenalización de las lesiones psíquicas o de reducirlas a delito de menor gravedad cuando no se pueda determinar la necesidad del tratamiento veterinario aplicable a la lesión causada. Tampoco en el delito del art. 340 bis 4 tiene mucho sentido hacer referencia a un maltrato grave del que no derive siquiera lesión.

Sigue sin establecerse la pena de inhabilitación para la convivencia con animales y no se regula la adopción de medidas de privación definitiva del animal maltratado para evitar que una vez cumplida la condena pueda retornar al maltratador, sin perjuicio de su derecho a poseer otros una vez acreditada su rehabilitación.

Referencias

Alfageme Toribio, A. (2021): *El maltrato animal desde una perspectiva penal, internacional y multidisciplinar*. [Tesis doctoral, Universidad de Granada]. http://hdl.handle.net/10481/71753

Arregui Montoya, R. (2022). Análisis jurídico sobre la concurrencia del ensañamiento en el delito de maltrato animal. *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, *13*(1), 6–18. https://doi.org/10.5565/rev/da.595

Arregui Montoya, R. (2024). *El delito de maltrato animal*. Dykinson.

Barjola, J. M. (25 de mayo de 2019). Primera sentencia que otorga la custodia compartida del perro en caso de separación. *Actualidad Jurisprudencia*. https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/14016-primera-sentencia-que-otorga-la-custodia-compartida-del-perro-en-caso-de-separacion/

[82] O si se prefiere "el conjunto de derechos subjetivos de los animales, delimitados bajo un marco (…) antropocéntrico" (Boiso Cuenca, 2023, p. 231; García Álvarez, 2024, p.66).

[83] Como puede leerse de los Arts. 83.1.6ª o 84.1.3ª del Código Penal español: La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor, como participar en programas formativos, laborales, culturales, de defensa del medio ambiente o de protección de los animales y otros similares. Se trata de una obligación impuesta en caso de suspensión de la pena de prisión, en un difícil equilibrio entre la prevención general ante casos de prisión no necesaria y razones preventivo-especiales.

Bernuz Beneitez, M. J. (2015). El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas. *Revista de Victimología*, *15*(2), 97–123. https://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/25

Boiso Cuenca, M. (2021). Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP). *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, *12*(1), 82–111. https://doi.org/10.5565/rev/da.519

Buompadre, J. E. (2023). *Los delitos contra los animales. Análisis de la Ley No 14.346/54 de Malos Tratos y Actos de Crueldad a los Animales*. Ediciones Jurídicas Olejnik.

Cantero Berlanga, M. D., & Méndez Rocasolano, M. (2024). La protección de los animales en España: los derechos de los animales como respuesta a las injusticias humanas. *Actualidad Jurídica Ambiental*, *143*, 5–52. https://doi.org/10.56398/ajacieda.00361

Cervelló Donderis, V. (2021). La penalidad en los delitos de maltrato y abandono de animales. En M. C. Arnau & M. P. Morant (Eds.), *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador* (pp. 80–111). Tirant lo Blanch.

Cuervo Nieto, C. (2023). La explotación sexual de animales en el Código Penal español: análisis y consideraciones. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, *7*, 213-242. https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i7.09

Delgado Fernández, N. (2024). La despenalización de la explotación sexual de los animales y su desaparición como tipo autónomo del delito de lesiones. *Abogacía española. Consejo General.* https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/la-despenalizacion-de-la-explotacion-sexual-de-los-animales-y-su-desaparicion-como-tipo-autonomo-del-delito-de-lesiones/

Donate Salcedo, M. (2019). El delito de explotación sexual animal del art. 337.1 del Código Penal: propuesta de interpretación. *Abogacía española. Consejo General.* https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/el-delito-de-explotacion-sexual-animal-del-art-337-1-del-codigo-penal-propuesta-de-interpretacion/

García Álvarez, P. (2024). La nueva regulación de las infracciones (no solo) penales en materia de maltrato a los animales (LO 3/2023, de 28 de marzo). *Revista Penal*, *54*, 60-83. https://doi.org/10.36151/RP.54.04

Gil Stinga, E. (2017). *Tratamiento penal del maltrato animal: Una visión crítica de su regulación*. [Tesis de fin de grado, Universidad de La Laguna]. http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5606

Glatt, N. (31 de enero de 2009). La antesala de la violencia social. *El Universal*. https://archivo.eluniversal.com.mx/editoriales/42782.html

Guinovart, P. (2 de setiembre de 2017). ¿Qué es el animalismo y cuál es la postura libertaria al respecto? *Panam Post*. https://panampost.com/priscila-guinovart/2017/09/02/animalismo-postura-libertaria/

Gutiérrez Jáimez, F. (14 de octubre de 2022). ¿Reforma del Código Penal en materia de maltrato animal? Así no, gracias. *Abogacía española. Consejo General.* https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/reforma-del-codigo-penal-en-materia-de-maltrato-animal-asi-no-gracias/

Jiménez, J. (17 de abril de 2023). *2022 registró la cifra más alta de delitos de maltrato animal de los últimos cuatro años*. Animal's Health. https://www.animalshealth.es/animaladas/2022-registro-cifra-mas-alta-delitos-maltrato-animal-ultimos-cuatro-anos

López Berral, A. E. (2023). Luces y sombras del delito del maltrato animal. Análisis jurídico de la actual regulación del delito del maltrato animal. *Bioderecho.Es*, *18*, 1–28. https://doi.org/10.6018/bioderecho.595541

Menéndez de Llano Rodríguez, N. (2014). La explotación sexual de animales en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español. *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, *6*(2), 1–18. https://doi.org/10.5565/rev/da.75

Monteiro Campos, M. (2019). El abuso sexual de animales - una realidad en Portugal y España. *DA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, *10*(4), 123–154. https://doi.org/10.5565/rev/da.455

Muñoz Cuesta, J. (2023). Protección integral de los animales después de la LO 3/2023, de 28 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, *6*.

Navarro Sánchez, D. (2022). El proceso de descodificación de los animales. Crisis de pareja: desde los pronunciamientos judiciales hasta la regulación legal en España. *DA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, *13*(1), 65–78. https://revistes.uab.cat/da/article/view/v13-n1-navarro-sanchez

Olmedo de la Calle, E. (2021a). *Los delitos de maltrato animal en España.* Tirant lo Blanch.

Olmedo de la Calle, E. (2021b). Pasado, presente y fututo de los delitos de maltrato animal en España. En M. L. Cuerda Arnáu (Dir.) y J. Periago Morant (Coord.), *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador* (pp. 372-394), Tirant lo Blanch.

Ortiz I Moreno, O. (2024). Los animales tienen derecho a la custodia compartida, ¿en toda clase de familias? *Abogacía española. Consejo general.* https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/los-animales-tienen-derecho-a-la-custodia-compartida-en-toda-clase-de-familias/.

Padilla Villarraga, A. (2023). Los animales son familia. *dA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, *14*(1), 25–34. https://doi.org/10.5565/rev/da.641

Pérez, J. R. (29 de setiembre de 2023). *Las denuncias por maltrato de animales domésticos en España aumentaron un 21% entre 2019 y 2022*. https://www.newtral.es/maltrato-animales-espana/20230929/

Prats, E. (2020). El delito de maltrato animal en España. *Revista jurídica de Catalunya, 119*(4), 965-1002. https://www.researchgate.net/publication/339302965_El_delito_de_Maltrato_Animal_en_Espana_Pasado_Presente_y_Futuro

Rendón Páez, D. L., Martínez Morcillo, S., Míguez Santiyán, M. P., Fernández Casado, D., García Muñoz, J., Portillo Moreno, Á., Soler Rodríguez, F., & Pérez López, M. (2024). Violencia sexual sobre los animales: una perspectiva profesional y ética veterinaria. *Anales de Veterinaria de Murcia*, *38*, 1–13. https://doi.org/10.6018/analesvet.622091

Requejo Conde, C. (2007). El delito de maltrato a los animales. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, *6690*, 1773–1786. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2261257

Requejo Conde, C. (2010a). *La protección penal de la fauna: especial consideración del delito de maltrato a los animales*. Editorial Comares. https://www.comares.com/libro/la-proteccion-penal-de-la-fauna_129329/

Requejo Conde, C. (2010b). Maltrato de animales: Comentario a la Sentencia 135/10 de 25 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Penal n.°4 de Bilbao (Bizkaia) de 25 de marzo de 2010. *dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, *1*(2), 1–20. https://doi.org/10.5565/rev/da.233

Requejo Conde, C. (2015). El delito de maltrato de animales tras la reforma del código penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *DA Derecho Animal (Fórum of Animal Law Studies)*, *6*(2), 1–26. https://revistes.uab.cat/da/article/view/v6-n2-requejo/77

Ríos Corbacho, J. M. (2016). Nuevos tiempos para el delito de maltrato animales a la luz de la reforma del código penal español (LO 1/2015). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *18*, 1–55. http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-17.pdf

Sierra, M. L. & Requena, A. (2024). Primera pensión de un progenitor para un animal sin tener su custodia ni visitas asignada. *Abogacía española. Consejo general*, https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/la-primera-pension-de-alimentos-y-cuidados-de-un-progenitor-para-un-animal/.

Valdés Rocha, J. D. (2021). Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas. *dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, *12*(3), 111–167. https://doi.org/10.5565/rev/da.572

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
La autora del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
La autora realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.120

El régimen de responsabilidad del Estado frente a los estándares fijados por la sentencia Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile. Un análisis de la situación chilena

The State's liability regime in light of the standards set by the Galetovic Sapunar and Others v. Chile ruling. An analysis of the Chilean situation

Gustavo Farfán Saldaña[1]

Autor:
[1]Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Valparaíso, Chile
gustavo.farfan@alumni.uv.cl
https://orcid.org/0000-0002-9773-5067

Recibido: 20/01/2025
Aprobado: 21/03/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Farfán Saldaña, G. (2025). El régimen de responsabilidad del Estado frente a los estándares fijados por la sentencia Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile. Un análisis de la situación chilena. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 165-182. https://doi.org/10.61542/rjch.120

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Gustavo Farfán Saldaña

RESUMEN

El presente artículo busca analizar los efectos de la reciente sentencia Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile., de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en materia de la prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de violaciones de derechos humanos que no constituyan crímenes contra la humanidad o que no se consideren graves violaciones a los derechos humanos, pero que sean imputables al Estado. Para ello, en primer lugar, se analiza la sentencia Galetovic Sapunar, así como los estándares fijados en ella por la Corte. En segundo término, se revisa el criterio actualmente imperante en Chile respecto de las acciones indemnizatorias contra la Administración, con especial enfoque en las reglas en materia de prescripción extintiva. En base a los dos puntos anteriores se analizan los cambios que se deberían realizar en cumplimiento de la sentencia, a fin de adecuar el régimen interno al estándar establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho al recurso judicial efectivo; Prescripción extintiva; Violaciones de Derechos Humanos; Nulidad Administrativa; Responsabilidad del Estado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the effects of the recent Galetovic Sapunar et al. v. Chile judgment by the Inter-American Court of Human Rights, particularly regarding the statute of limitations for indemnity actions arising from human rights violations that do not constitute crimes against humanity or are not considered serious human rights violations but are nonetheless attributable to the State. To this end, the article first examines the Galetovic Sapunar judgment and the standards established by the Court. Secondly, it reviews the prevailing approach in Chile concerning indemnity actions against the administration, with a particular focus on the rules governing extinctive prescription. Based on these two aspects, the article analyzes the necessary changes to ensure compliance with the judgment and align the domestic legal framework with the standard set by the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Right to an Effective Judicial Remedy; Extinctive Prescription; Violations of Human Rights; Administrative Annulment; State responsibility.

Introducción

A finales de 2024 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte), pronunció su fallo en el caso Galetovic Sapunar y Otros Vs. Chile, a propósito de la reclamación en contra de una sentencia de la Corte Suprema de Chile, que aplicó la prescripción en contra de una acción indemnizatoria producto de violaciones de derechos humanos en el contexto de la dictadura militar de Augusto Pinochet (1973-1990). En líneas generales la Corte estableció que solo las acciones civiles derivadas de crímenes contra la humanidad o que se consideren graves violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles, y no así otros casos derivados de vulneraciones que no tuvieran tal entidad.

Sin embargo, en estos casos el cómputo del plazo de prescripción debe igualmente considerar las circunstancias especiales de las víctimas, especialmente si enfrentaron obstáculos insalvables para ejercer sus derechos, como podría ser el caso de que dicho plazo hubiera vencido durante la vigencia de la misma dictadura que los persiguió. Esta interpretación de la prescripción permite fortalecer el derecho al recurso judicial efectivo, la igualdad procesal y en general el acceso a la justicia, al establecer un estándar más equitativo y menos formalista para la prescripción, al reconocer las circunstancias particulares de cada caso, considerando especialmente la situación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Si bien el fallo de la Corte nos ofrece estándares útiles para resolver el conflicto entre el derecho al recurso judicial efectivo y la prescripción extintiva de las acciones judiciales, lamentablemente no resuelve directamente el problema de las acciones indemnizatorias contra el Estado. La sentencia de la Corte solo menciona la adecuación de estándares, sin señalar expresamente que se deban o no realizar modificaciones legislativas en la materia, ni explicitando los ajustes que se deben hacer, más allá del caso concreto de la regla de prescripción.

A fin de salvar esta situación, el presente artículo busca determinar si el actual régimen chileno de acciones indemnizatorias contra la Administración del Estado es compatible con los estándares establecidos por la sentencia del caso Galetovic Sapunar y Otros Vs. Chile, especialmente en materia de la prescripción de las acciones judiciales derivadas de violaciones de derechos humanos que no correspondan a crímenes contra la humanidad o graves violaciones a los derechos humanos. Esto nos permite, además, ofrecer una interpretación de los estándares para casos similares, así como para otros supuestos no considerados en la sentencia de la Corte.

Este trabajo emplea una metodología de investigación mixta, dogmática y analítica, no experimental, con fines prospectivos. En primer lugar, se realiza un análisis dogmático y crítico de la sentencia Galetovic Sapunar, con especial atención a los estándares sobre la prescripción de las acciones indemnizatorias contra la Administración. A partir de este análisis, se infieren las soluciones generales que este caso aporta en la materia (Martínez Zorrilla, 2016, p. 179), considerando además el efecto *erga omnes* de los fallos de la Corte IDH, en tanto fuente para el derecho internacional público (Zamorano Valenzuela, 2018). A continuación, se lleva a cabo una revisión crítica de las principales acciones patrimoniales contra el Estado en el derecho administrativo chileno, particularmente la nulidad de derecho público y la falta de servicio, junto con las acciones indemnizatorias derivadas de ellas. Se presta especial atención a las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la prescripción de estas acciones, dado el vacío legislativo existente en la materia (López Escarcena, 2011, p. 238)

Finalmente, siguiendo el método dogmático-jurídico, se evidencian los conflictos entre lo resuelto en *Galetovic Sapunar* y las doctrinas dominantes sobre la prescripción de acciones indemnizatorias contra la Administración. La constatación de este conflicto permite inferir la incompatibilidad entre el régimen actual y la

jurisprudencia de la Corte IDH (Witker Velásquez, 2021, pp. 12–15) Además, se plantea una perspectiva prospectiva del problema: en ausencia de una regulación clara, la sentencia Galetovic Sapunar se presenta como una herramienta útil tanto para el legislador como para la judicatura chilena (Mila Maldonado et al., 2021)

De esta manera, este trabajo logra ofrecer una apreciación crítica del estatuto chileno respecto de las acciones indemnizatorias contra la Administración, frente al contenido de los estándares fijados por la Corte IDH en el caso Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile, considerando especialmente las posibles implicaciones de esta modificación para futuras reclamaciones judiciales derivadas de violaciones de derechos humanos que no constituyan crímenes contra la humanidad ni se consideren graves violaciones a los derechos humanos. En su faz prospectiva este análisis también nos permite proponer ciertas modificaciones para adecuar la interpretación jurisprudencial actual a los estándares de la Corte, así como sugerir reformas legislativas.

1. Caso Galetovic Sapunar y otros Vs. Chile[1]

1.1. Antecedentes del caso

Durante el golpe militar de 1973, en Chile, las Fuerzas Armadas silenciaron las radioemisoras partidarias del gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular, mediante la coacción o directamente recurriendo a la fuerza. En la ciudad de Punta Arenas la principal de ellas era la radio La Voz del Sur, de propiedad de la sociedad Ruiz y Compañía Ltda., integrada por Mario Galetovic Sapunar, Daniel Ruiz Oyarzo, Carlos González Jaksic, Óscar Santiago Mayorga Paredes, Hugo René Formantel Díaz y Néstor Edmundo Navarro Alvarado; los que fueron detenidos tras el golpe, y posteriormente sufrieron el exilio o relegación. En paralelo, el nuevo gobierno militar dictó el Decreto Ley N°77, del 13 de octubre de 1973, conforme al cual se ordenó la disolución de todos los partidos que hubiesen formado parte de la Unidad Popular, así como las demás entidades dirigidas por estos, en tanto que sus bienes pasaron directamente a dominio fiscal. En base a esta norma, en 1974 las autoridades militares confiscaron mediante decreto la radio La Voz del Sur, junto con otras emisoras en situación semejante (Farfán Saldaña, 2025)

Tras el final del régimen militar, Mario Galetovic Sapunar retornó de su exilio en Mozambique, radicándose nuevamente en Chile desde abril de 1991. Pronto él y los socios iniciaron las gestiones para reclamar contra el decreto confiscatorio, presentando su demanda en septiembre de 1995, en la cual reclamaron la nulidad de derecho público del decreto, así como una acción indemnizatoria derivada. Pese a obtener sentencia favorable en primera y segunda instancia, en 2004 la Corte Suprema, por vía de casación, resolvió que, si bien el decreto confiscatorio era nulo de pleno derecho, la acción indemnizatoria derivada de este había prescrito en 1979, esto es a los cinco años contados desde la fecha de su dictación, en plena dictadura militar (Farfán Saldaña, 2025)

Ante esta situación, en el mismo 2004, Mario Galetovic Sapunar realizó su petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando entre otras cuestiones la vulneración del derecho al recurso judicial efectivo debido a la aplicación de la prescripción extintiva por parte de la Corte Suprema. La presentación fue declarada admisible en 2015, y en 2022 se sometió al conocimiento de la Corte IDH. Las alegaciones, deliberaciones y sentencia tuvieron lugar en 2024 (Farfán Saldaña, 2025).

[1] Tanto el resumen de los hechos del caso como el análisis de la sentencia se basan en la ponencia presentada por el autor en las Jornadas Anuales de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional Público, realizadas en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el 10 de enero de 2025. Agradezco a la moderadora Macarena Solís de Ovando, y a los expositores del panel, Felipe León y Joaquín Schäfer, así como al público, por sus comentarios y sugerencias sobre dicha ponencia, los cuales contribuyeron a extender y mejorar lo desarrollado en dicha presentación. Obviamente que cualquier error en este trabajo es responsabilidad exclusiva del autor.

1.2. Sentencia de la Corte IDH

La Corte determinó que el Estado de Chile vulneró los derechos a las garantías judiciales, y la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las víctimas, dueños de la radio La Voz del Sur (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 94). Dicha vulneración se produjo debido a que la sentencia de la Corte Suprema de Chile aplicó la prescripción extintiva en contra de la acción indemnizatoria de las víctimas, derivada de la nulidad de un decreto confiscatorio emitido por la dictadura del general Augusto Pinochet (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 82).

En primer lugar, el análisis de la Corte IDH recuerda que la prescripción es la extinción de un derecho por su falta de ejercicio, y, por tanto, constituye una sanción para la inactividad de un litigante. En si misma ella es una restricción legítima del derecho al recurso judicial efectivo, en la medida que permite hacer efectivas otras garantías judiciales, como el derecho a la seguridad jurídica. La regla general, por tanto, es que las acciones son prescriptibles (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 63).

La imprescriptibilidad es excepcional, y la sentencia reafirma que ella solo procede cuando los hechos que dieron origen a las acciones de reparación han sido calificados como crímenes contra la humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, tal y como se señaló previamente a propósito de los casos Ordenes Guerra y otros Vs. Chile y Familia Julien Grisonas Vs. Argentina. Así, en los demás casos, en que los hechos a reparar no constituyan graves violaciones a los derechos humanos ni crímenes de lesa humanidad, la acción indemnizatoria si puede prescribir, según las reglas que disponga el derecho interno (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 64-65).

Ahora bien, el problema ocurre en aquellos casos en que las víctimas no hayan podido ejercer la acción, debido a que enfrentaron obstáculos insalvables para ello, cuestión que sería incompatible con el derecho al recurso judicial efectivo. (Farfán Saldaña, 2025). En este sentido, la Corte recuerda que no basta que existan formalmente las acciones judiciales, sino que además ellas deben ser idóneas y efectivas para enfrentar las violaciones de derechos consagrados en la Convención, en la Constitución o en las leyes (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 68). Así, para la aplicación de la prescripción es necesario realizar un análisis de las condiciones del reclamante, a fin de determinar si se encontraba o no en posición de poder ejercer su derecho:

> En esos casos, la Corte encuentra que la aplicación de la prescripción extintiva implica un análisis de las condiciones en las que se encontraba el titular del derecho que se reclama, a efectos de determinar si estaba o no en condiciones de ejercer la acción. Lo que significa que la prescripción se debe interrumpir mientras el titular del derecho no está en condiciones de ejercerlo, y se debe reanudar una vez que dichas condiciones se restablezcan (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 69).

El fundamento de esto radica en la misma esencia de la institución de la prescripción; dado que es una sanción para la inactividad de un litigante, no sería posible aplicarla respecto de alguien que no pudo ejercer la acción judicial por hechos externos a sí mismo, como es precisamente el caso de las víctimas de la dictadura, sometidas al exilio u otras restricciones de la libertad producto del régimen (Farfán Saldaña, 2025) Para este punto la Corte aplicó a los principios 23 y 32 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptados en 2005 por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y que comprenden expresamente las acción civiles y penales (Galetovic Sapunar vs. Chile, pp. 70-71).

El estándar de aplicación de la prescripción presentado por la Corte IDH se opone así a las interpretaciones formalistas, recogiendo los criterios también reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. En este punto la Corte cita expresamente los casos Eşim Vs. Turquía, Howald Moor y otros Vs. Suiza, Kurşun Vs. Turquía, y Zebrowski Vs. Polonia. En los tres primeros se trata de lesiones traumáticas o enfermedades cuyos signos externos solo fueron notorios varios años después de los hechos, por lo que era imposible demandar dentro de los plazos limitados exigidos. Además, el Tribunal Europeo determinó que los tribunales nacionales aplicaron un formalismo excesivo al contabilizar los plazos de prescripción, lo que ha impedido conocer siquiera de las acciones judiciales interpuestas, transformándose además en una carga excesiva para los demandantes, lo que les impidió directamente el acceso a la justifica (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 73-76). Por su parte, el caso Zebrowski Vs. Polonia se refiere a las víctimas de las purgas estalinistas, quienes no pudieron reclamar debido a que las características de la dictadura polaca hacían ilusoria cualquier acción judicial (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 76).

A partir de esta jurisprudencia internacional comparada, la Corte IDH señala que en el caso de los socios de la radio La Voz del Sur una interpretación acorde al derecho al recurso judicial efectivo necesariamente habría contemplado la interrupción de la prescripción durante la vigencia de la dictadura y el exilio, lo que claramente constituye un obstáculo insalvable (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 77). En este sentido, la Corte reconoce que la interposición de acciones de tipo contencioso administrativo durante la dictadura había sido ilusoria, lo que se soluciona mediante la interrupción de dicho plazo mientras dure esa condición de indefensión, fijando un criterio de equidad claramente aristotélico, al reconocer un estándar general (para los iguales), y otro respecto de los casos en que existiesen estos obstáculos (los desiguales), lo que permite equilibrar este acceso a la justicia (Marcheco Acuña, 2020, pp. 124-125)

Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema de Chile no valoró estos antecedentes, contando el plazo de prescripción lisa y llanamente desde la fecha de expedición de los decretos (1974), sin suspensión o interrupción alguna, en circunstancias en que no se podría haber exigido a las víctimas la interposición de la acción indemnizatoria durante la misma vigencia de la dictadura, al encontrarse ellos en un estado de indefensión. De esta manera, la sentencia chilena fue contraria a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas, al aplicar la prescripción respecto de hechos ocurridos durante la vigencia de la dictadura (Galetovic Sapunar vs. Chile, pp. 79-82). La Corte establece así un criterio basado en la real la situación de las víctimas, quienes muchas veces demoran en iniciar estos procesos ya que les generan una revictimización, junto con las dificultades propias de enfrentarse al aparato judicial del Estado (Cubillos-Vega et al., 2022, p. 160)

Frente a la alegación del Estado de la existencia de medidas de reparación administrativa, la Corte IDH recordó que dichos mecanismos son complementarios y no excluyentes de las acciones judiciales; por tanto, no pueden pretender ser un reemplazo de ellas, ni su acceso puede estar condicionado a la renuncia de la vía judicial (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 84- 87). Esto es un cambio frente a una jurisprudencia previa, que reconoció que estas medidas de reparación internas podían constituir una debida reparación, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana (Corte IDH, 2006, párr. 138-161)

Además, la Corte IDH cuestionó la demora de los procesos judiciales chilenos, lo que se agrava al considerar que todas las víctimas eran personas mayores, lo que por sí constituye una causal de vulnerabilidad, pese a lo cual de todas formas la tramitación judicial interna se extendió por 9 años. Ahora bien, el proceso interamericano fue aún más lento, y se extendió por 20 años; período en que fallecieron cuatro de los seis requirentes (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 83). En base a esto la Corte fundamentó su decisión de fijar una indemnización como medida de reparación, en vez de dejar sin efecto la sentencia, como en otros casos (Órdenes

Guerra y otros Vs. Chile, y Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina), debido a que la demora judicial probablemente les impediría a las víctimas obtener reparaciones en vida (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 117).

No obstante, debemos señalar que el fallo persiste en una interpretación extensiva de las atribuciones de la Corte, respecto de las medidas de reparación, lo que le ha permitido extender sus facultades al punto de atribuirse el dejar sin efecto sentencias firmes, como regla general, argumentando en base al principio de la reparación integral (Malarino, 2010, pp. 53-59). Si bien en este caso la sentencia dispone otra medida, de reparación directa, reafirma que la regla general habría sido dejar sin efecto el fallo de la Corte Suprema de Chile, cuestión que no se hace precisamente para dar una reparación real y rápida a las víctimas (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 117).

Finalmente, y como garantía de no repetición, la Corte recordó la obligación de realizar un control de convencionalidad de oficio entre las normas internas y la Convención, considerando tanto el texto del tratado como la interpretación realizada por la misma Corte Interamericana. Así, se dispuso que "en la aplicación de las normas actualmente vigentes en materia de prescripción de las acciones reparatorias en casos de violaciones a los derechos humanos, las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta los estándares fijados mediante la presente sentencia" (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 110).

2. Régimen chileno de responsabilidad del Estado

2.1. La nulidad de derecho público y la falta de servicio

Chile carece de una regulación orgánica de su derecho administrativo, lo que contrasta con el entusiasmo codificador que ha caracterizado la historia jurídica del país (Eyzaguirre, 1980). Existen normas dispersas que cubren algunos procedimientos de actuación, así como los estatutos de los funcionarios; sin embargo, el régimen de responsabilidad del Estado carece de una legislación general y sistemática, quedando el particular sujeto al criterio imperante en el tribunal que corresponda conocer de su caso, lo que ha causado resultados dispares. (Pantoja Bauzá, 2005).

Lo anterior se suma a que, a diferencia de otros países de Hispanoamérica, Chile carece de tribunales contencioso-administrativos, que puedan entregar una respuesta especializada y coherente. En este punto la desidia legislativa ha sido manifiesta, ya que tanto la Constitución de 1925 como la versión primitiva de la Constitución de 1980 dispusieron la creación de una justicia especializada para reclamos de particulares contra la Administración; sin embargo, en los 59 años de existencia de dicha disposición jamás se crearon dichos tribunales, lo que permitió que la justicia civil se declarase incompetente para conocer de los reclamos contra la Administración, alegando que existía un tribunal competente, aunque no estaba operativo. (Pantoja Bauzá, 2005).

Semejante absurdo terminó con la reforma constitucional de 1989, que suprimió la referencia a los tribunales contencioso administrativos, con lo que se otorgó la competencia a los tribunales ordinarios civiles (Pantoja Bauzá, 2005, pp. 383–385) Hasta entonces, el principal mecanismo judicial para recurrir contra los abusos de la Administración era el recurso de protección, acción constitucional creada en 1976, durante la misma dictadura y ratificada en la Constitución de 1980. Sin embargo, se trataba de una medida esencialmente provisional, y cuyo plazo de acción estaba limitado temporalmente a solo pocos días de ocurrida la acción u omisión recurrida. (Bordalí Salamanca, 2006, pp. 208–211)

Gracias a la reforma de 1989 los particulares pudieron recurrir a dos acciones para imputar la responsabilidad del Estado; la nulidad de derecho público y la falta de servicio, y en ambos casos con una acción

indemnizatoria derivada basada en las reglas de la responsabilidad extracontractual propia del derecho civil. (Palacios Mena, 2003, pp. 401–402) Las dos instituciones fueron construidas por la doctrina en base a disposiciones aisladas de la Constitución de 1980 junto con inspiraciones en base al derecho comparado, en tanto que su desarrollo correspondió a la judicatura, lo que ha dado un resultado que ha sido cuestionado por los autores, dado que su contenido no es internamente coherente, y en gran medida es una adaptación forzada de teorías elaboradas por el derecho extranjero, en sistemas administrativos distintos al chileno (Bermúdez Soto, 2010; Ferrada Bórquez, 2010)

La acción de nulidad de derecho público pudo ser construida a partir de dos doctrinas opuestas. En primer lugar, la posición sostenida por Eduardo Soto Kloss (1990), que planteó que aquellos actos del Estado contrarios a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella son nulos de pleno derecho, insanables por el plazo del tiempo, y por lo tanto la acción para reclamar de ellos es imprescriptible, toda vez que no se podría convalidar por el transcurso del tiempo algo que es opuesto a la misma Constitución, y por tanto al derecho público chileno. Esta tesis, formulada al término del régimen militar, tuvo la ventaja de que permitió dar una solución a los reclamos contra actos de larga data, que no se habrían podido impugnar cuando ocurrieron (Bermúdez Soto, 2010, p. 105)

En contra de la posición anterior, y siguiendo el derecho administrativo francés, Pedro Pierry (1996) argumentó que dichos actos no podían ser nulos de pleno derecho, ya que ello pugna con el principio de legalidad administrativa, así como con los derechos de terceros beneficiados por el acto, y la certeza de los actos de la Administración, derivada de la seguridad jurídica. En aquellos casos en que el acto fuese contrario a la Constitución o las leyes existiría la posibilidad de que el particular reclamase inmediatamente, así como la invalidación del acto por la misma autoridad, dentro de un plazo breve; una vez transcurrido el plazo para interponer recursos el acto se convalidaría, como expresión de su validez inherente al acto administrativo. Contra la imprescriptibilidad alegada por Soto Kloss, Pierry defiende la aplicación del plazo en las reglas comunes del derecho civil en materia extracontractual, a falta de una norma específica

Aunque hubo una jurisprudencia variada, desde 2003 la tesis de Pierry ha logrado imponerse gracias a la Nº 19.880, de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que acogió los principios de legalidad, protección de terceros y convalidación de actos, todos elementos que sostenían la tesis de Pierry (Bermúdez Soto, 2010, pp. 105-112). El legislador optó así por crear una multitud de procedimientos especiales de invalidación, reservándose la nulidad para las vulneraciones más graves, esto es la actuación sin la investidura o fuera de sus competencias (desviación de poder), o directamente en contravención a la ley. Por su parte, desde el 2000, con el fallo Aedo Vs. Fisco, los tribunales han distinguido una acción de nulidad de derecho público meramente declarativa e imprescriptible, de la acción indemnizatoria, sujeta a las reglas de prescripción propias del derecho civil (Ferrada Bórquez, 2010, p. 201)

Siguiendo claramente a la doctrina francesa, se distingue una acción estricta de nulidad (nulidad de derecho público), y otra de plena jurisdicción, que permite revisar la legalidad del acto y declarar un derecho subjetivo como sería la indemnización, ya que el acto ilegal sería la causa del daño a indemnizar, acreditado en la acción de plena jurisdicción. La primera sería imprescriptible debido a la ausencia de norma expresa que le fije un plazo, rechazándose los argumentos de Soto Kloss; por su parte la acción indemnizatoria, en tanto derivada de un daño, prescribiría según las reglas que fija el Código Civil en materia extracontractual (Bermúdez Soto, 2010, pp. 115-120)

El problema de la tesis hegemónica actual radica en que, si bien se podría conseguir la anulación de determinados actos, como medida de reparación eminentemente simbólica, la reparación nunca podría ser integral debido a la forma de aplicación de la prescripción, y su relación con los mecanismos administrativos que ha ido elaborando el Estado para compensar los daños de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como se verá en el acápite siguiente (Bolaños Enriquez & Quintero, 2022, p. 112)

La otra acción a la que generalmente se recurre para alegar la responsabilidad del Estado es la falta de servicio, institución tomada del derecho administrativo francés, y que al igual que la nulidad de derecho público ha sido construida a partir de disposiciones aisladas de la Constitución, de la Ley Nº 19.880, así como de la aplicación supletoria del Código Civil. En este caso, la responsabilidad deriva de aquellos actos del Estado que se apartan del comportamiento normal; así, la Administración debería responder por las acciones u omisiones de sus funcionarios, conforme a los artículos 2314 y 2329 del Código Civil de Chile (Pierry Arrau, 1996)

Al igual que respecto de la nulidad de derecho público, se han sostenido posturas opuestas respecto de la prescripción de esta acción por falta de servicio. Para Eduardo Soto Kloss la acción es imprescriptible, siguiendo una argumentación análoga a la señalada previamente; en este caso el autor considera como ejemplos de su tesis aquellos actos derivados de crímenes contra la humanidad y delitos permanentes, como podría ser el caso de la desaparición forzada, asimilada en Chile al secuestro permanente (Soto Kloss, 2004)

En cambio, la posición mayoritaria sostiene que la acción prescribe, siguiendo una argumentación idéntica a la utilizada en el caso de la nulidad de derecho público; sin embargo, en este caso los autores han ofrecido dos plazos distintos. Hernán Corral plantea que este será siempre de cuatro años, por aplicación de la responsabilidad extracontractual consagrada en el artículo 2332 del Código Civil (Corral Talciani, 2003, p. 27) Jaime Rojas, en cambio, señala que este plazo podrá ser de cinco años, aplicando la regla del artículo 2515 del Código Civil, a propósito de las acciones ordinarias, que es la regla general en materia contractual (Rojas Varas, 2024)

Aunque en principio el Estado se excusó de toda responsabilidad, alegando la falta de una norma expresa, hubo intentos doctrinales para cambiar esto. La primera posición en imponerse fue la sostenida por Eduardo Soto Kloss (1980), que elaboró una teoría de responsabilidad objetiva a partir de ciertas disposiciones aisladas de la Constitución de 1980; en base a este criterio, y bajo el influjo de la doctrina tomista, el autor postuló que el Estado era responsable de todo daño que le fuera imputable, aún si este derivase de los actos de la Administración, garantizando así una reparación integral de las víctimas lesionadas en sus derechos.

Sin embargo, desde la década del 2000 predomina un criterio de responsabilidad subjetiva del Estado, construido por Pierry en base a una adaptación local del régimen francés de *faute de service.* Así, la falta de servicio chilena permite imputarle responsabilidad al Estado producto de un mal funcionamiento grave de la Administración, esto es que ellos aquellos casos en que el servicio no funcione o lo haga en forma deficiente, así como por daños derivados de actos ilegales y arbitrarios; y siempre que sean vicios de una cierta significación atendido el comportamiento esperable de ese órgano administrativo específico (Pierry Arrau, 2004)

Un problema importante de esta posición es que ha dejado impunes cuestiones cómo la responsabilidad por riesgos, así como la responsabilidad por actos lícitos pero dañinos de la Administración, mientras que el criterio de imputación ha variado notablemente según cual sea el órgano del Estado al que se demande (Carmona, 2016, pp. 226-228). Por otro lado, existe una crítica al interés del Estado por la prevalencia de este criterio, que le resulta favorable para su defensa frente a los particulares, debido a que recae sobre ellos la prueba del mal

funcionamiento del órgano y la relación causal en el daño, lo que en muchos casos exige peritajes y estudios sumamente costosos para los demandantes, y que pueden ser cuestionados con facilidad por alguno de los funcionarios expertos de la integrados en la Administración pública (Soto Kloss, 2006). Para Pierry (2004), por su parte, es claro que la carga de la prueba exige a los demandantes acreditar como debería haber funcionado el servicio, y de qué manera ese funcionamiento deficiente ocasionó un daño al particular.

2.2. Prescripción de las acciones indemnizatorias contra la Administración

Se requiere una descripción precisa y concisa de todos los resultados, así como su interpretación y conclusiones derivadas. Es recomendable estructurar esta parte del documento usando subtítulos para dividirla en secciones más pequeñas, lo que facilitará la presentación de los resultados de los experimentos, la explicación de su interpretación y la extracción de conclusiones. Esto ayudará a los lectores a seguir el flujo del análisis y a comprender mejor el significado y la relevancia de los hallazgos.

Sin perjuicio de la figura que se utilice como criterio de imputación de la responsabilidad del Estado, en cualquier caso, existe una remisión a las reglas del derecho civil a propósito de la acción indemnizatoria, tanto para la determinación del daño como para la prescripción de la acción, lo que se justifica como una garantía de seguridad jurídica (Pierry Arrau, 1996, pp. 99-100) Sin embargo, este argumento es una mera excusa para justificar la aplicación de un estatuto supletorio. En realidad, se aplica el régimen civil de responsabilidad extracontractual solamente debido a la ausencia de normas expresas en el derecho público chileno (Galdámez Zelada, 2010, pp. 215-216)

A propósito de la acción indemnizatoria la judicatura ha mantenido la distinción entre ciertas acciones indemnizatorias prescriptibles e imprescriptibles, en buena medida debido a que la Corte Suprema funciona dividida en salas especializadas, que no necesariamente aplican los mismos estándares. Ello inicialmente resultó en una jurisprudencia vacilante, que tras aceptar con muchas dificultades la imprescriptibilidad de la acción penal producto de graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, rechazó aplicar el mismo criterio respecto de las acciones civiles derivadas de tales hechos. En la práctica, la resolución dependía de la integración de la sala, y por tanto del azar (Campos Poblete, 2011, p. 60)

Tras años de discusiones, en la tercera sala de la Corte Suprema (constitucional y contenciosa administrativa) se ha impuesto el criterio según el cual la acción indemnizatoria contra la Administración prescribe en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, acción u omisión dañosa, siguiendo así lo dispuesto en el Art. 2332 del Código Civil (Vergara Blanco, 2024) Dado que la doctrina civilista mayoritaria no admite suspensión o interrupción en materia extracontractual, la Corte Suprema no ha reconocido una institución semejante respecto de acciones contra el Estado (Galindo Manríquez, 2020)

De todas formas, cabe señalar que siempre hubo un voto minoritario, elaborado por el magistrado Sergio Muñoz, que planteó que no procedía la aplicación de reglas civiles en materia de derecho público, y que, por lo tanto, en ausencia de norma, la acción era siempre imprescriptible (Vergara Blanco, 2024)

La única excepción del plazo de cuatro años se encuentra a propósito de las acciones indemnizatorias derivadas de crímenes de lesa humanidad, procedimientos que son de conocimiento exclusivo de la segunda sala de la Corte Suprema (penal). En esos casos no se aplica el artículo 2332 del Código Civil, y se acoge la imprescriptibilidad de las acciones civiles emanadas de crímenes contra la humanidad, así como la inadmisibilidad de limitaciones o restricciones que el derecho interno pueda establecer, tales como la prescripción en razón de

la seguridad jurídica (Aguilar Cavallo, 2008, p. 200). Sin embargo, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, ha mantenido una posición uniforme en torno a oponer la excepción de prescripción en todo evento, aun tratándose de delitos de lesa humanidad (Vergara Blanco, 2024)

Esta posición, que admite la imprescriptibilidad de acciones civiles derivadas de crímenes de lesa humanidad, ha sustituido argumentaciones previas, basadas en el carácter permanente de delitos como la desaparición forzada. Sin embargo, en los demás casos de violaciones de derechos humanos directamente se ha aplicado la prescripción, contabilizando el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto, ignorando cualquier consideración relativa a las víctimas, sea que estuviesen en el exilio o detenidas por agentes estatales (Galdámez Zelada, 2010, p. 216)

Sin perjuicio de la uniformidad existente en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema respecto a la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, cabe señalar que existen críticas hacia la interpretación y aplicación de este estándar por parte del máximo tribunal. Alejandro Vergara ha cuestionado que, con los años, la fundamentación sea cada vez más ambigua, sin hacer referencia a normas internacionales expresas y solo amparándose en un principio general (Vergara Blanco, 2024) Por otra parte, Silva ha cuestionado que la aplicación de esta regla, en base a categorías abiertas o criterios de justicia, sea en realidad un ejercicio político antes que jurídico, y por tanto una expresión de activismo judicial (Silva Irarrázaval, 2024, p. 126)

Ahora bien, *contrario sensu* las acciones derivadas de otras violaciones de derechos humanos no son consideradas como imprescriptibles, sufriendo en consecuencia el mismo resultado de la acción interpuesta por las víctimas del caso Galetovic Sapunar; esto es, la declaración de la prescripción de su acción indemnizatoria. Esto es simplemente una aplicación del régimen general en materia de prescripción (Vergara Blanco, 2024).

3. Prospectivas en base a los estándares establecidos en Galetovic Sapunar

Cómo se ha ido anticipando, el fallo Galetovic Sapunar entrega estándares que vienen a modificar en forma relevante el régimen chileno en materia de nulidad de derecho público, falta de servicio, y las acciones indemnizatorias derivadas. De la sola lectura del fallo resulta evidente que la interpretación actualmente dominante entre la doctrina y jurisprudencia chilena es incompatible con la sentencia de la Corte IDH (*Galetovic Sapunar vs. Chile*, párr. 77).

En primer lugar, la doctrina mayoritaria no había considerado hasta ahora la suspensión de la prescripción en ningún caso, ni siquiera respecto de violaciones a los derechos humanos que no constituyesen crímenes o delitos de lesa humanidad. Solo Esteban Carmona había planteado que no podía computarse la prescripción de la acción indemnizatoria en las causas derivadas de las violaciones de derechos humanos, atendido que la víctima o sus familiares no pudieron ejercer su acción sino hasta la vuelta de la plena democracia en 1990, pero solo cómo un argumento intermedio entre la prescripción regular y la imprescriptibilidad (Carmona Quintana, 2016, p. 140)

Ahora bien, para definir el marco de esta necesaria suspensión del plazo, nos parece adecuado aplicar el régimen civil, a falta de normas especiales administrativas. De esta manera, y siguiendo en esto al profesor Diego Galindo, debemos señalar que la suspensión de la prescripción de la acción extracontractual es un beneficio personalísimo y excepcional, dado que se establece en atención a las características del afectado, y nunca con efectos generales (Galindo Manríquez, 2020, pp. 330-332). Si bien la posición de Galindo es absolutamente

minoritaria en materia de responsabilidad extracontractual civil, ella nos ofrece una propuesta acorde a los estándares fijados por la sentencia, ya que nos permite aplicar un criterio en equidad que permita interrumpir la prescripción mientras la víctima no esté en condiciones de ejercer la acción, reanudándose el plazo al cesar dichas condiciones, tal y como señala la sentencia de la Corte IDH (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 69).

Dicho criterio no solo resulta útil en materia de violaciones de derechos humanos en el contexto de la dictadura, sino que también en casos en que las victimas sean menores de edad, o cuando los efectos del daño aparecen cuando ya ha trascurrido el plazo ordinario dispuesto por el Código Civil. Cabe señalar que esto no es extraño para la legislación chilena, que ya recoge este criterio en el artículo 79 de la Ley 16.744, al establecer que el plazo para ejercer las acciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales prescribe en cinco años desde la fecha del accidente o diagnóstico de la enfermedad; a su vez, dicha prescripción se suspende en el caso de los menores de 16 años. En materia de daño ambiental también existe un plazo especial de prescripción, esto es cinco años desde la manifestación evidente de los daños causados, lo que también da cuenta del reconocimiento de una computo diferenciado del plazo, para que la prescripción no impida el ejercicio de las acciones judiciales (Laubscher Ruiz & Varas Leiva, 2023).

De esta manera, y en concordancia con los estándares establecidos en Galetovic Sapunar, los tribunales del país deben modificar su interpretación de la prescripción extintiva en casos de violaciones de derechos humanos mediante un criterio de equidad, que considere la eventualidad de que los demandantes hubieran enfrentado obstáculos insalvables para ejercer su acción. Así, tal y como ha argumentado Galindo a propósito de la responsabilidad extracontractual, el plazo debería suspenderse mientras persista dicha la imposibilidad de ejercicio. Una interpretación de este tipo tiene aplicación respecto de las víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de Pinochet, pero también puede ser aplicada respecto de casos actuales de violaciones de los derechos humanos, como son aquellas sufridas por niños, niñas y adolescentes, que no pueden ejercer acciones judiciales por sí mismos. Otro supuesto es el de las víctimas de enfermedades de lento desarrollo, cuyos efectos difieren del eventual acto, acción u omisión del Estado. En ambos casos este criterio ya está recogido por la legislación chilena, a propósito de la ley sobre enfermedades profesionales y accidentes del trabajo, así como en materia de daño ambiental.

Otro punto relevante se encuentra a propósito de la prueba de la prescripción de la acción, ya que conforme al artículo 1698 del Código Civil la carga de la prueba recae en el opone la excepción de prescripción, es decir en el Estado; sin embargo, en la práctica esto se acredita simplemente con la constatación del plazo de cuatro o cinco años que corresponde. Esto nos parece contrario al estándar establecido por la sentencia *Galetovic Sapunar*, atendido que esta argumentación no permite evaluar las condiciones específicas de cada víctima, y especialmente si tuvo o no la posibilidad de ejercer su acción (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 79-80). Bajo el criterio actualmente dominante en la Corte Suprema, si el Consejo de Defensa del Estado opone la excepción de prescripción entonces las víctimas deben probar un hecho negativo, como es el no haber podido interponer la acción en tiempo y forma, junto con la causal correspondiente, mientras que el Estado solo debe evidenciar formalmente el transcurso del plazo de prescripción.

En cambio, una interpretación acorde a la sentencia de la Corte IDH exigiría que, para acoger la excepción de prescripción, los representantes del Estado acrediten un hecho positivo, como es la capacidad del demandante para oponer su acción, logrando completar el plazo que corresponda a la prescripción, sin que baste el mero señalamiento del transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, una víctima podría alegar en su demanda que fue exiliada por la dictadura, y que no ha vuelto a vivir en Chile al estar radicada en el país de acogida, lo que fundaría la

suspensión del plazo. El Estado, al oponer la excepción de prescripción, deberá acreditar que el demandante no estaba afectado por obstáculos insalvables para haber interpuesto su acción previamente; así, podría presentar un registro de ingresos y salidas del país, que den cuenta de sus visitas frecuentes a Chile, o incluso alegar su participación en actividades en el país, sea en empresas o instituciones, con lo que su vínculo nacional quedaría establecido.

Es igualmente relevante hacer un cuestionamiento de las prácticas del Consejo de Defensa del Estado. Sin perjuicio del derecho de defensa jurídica del Estado, la práctica constante de la oposición de la excepción de prescripción en casos de violaciones de derechos humanos durante la dictadura no solo es inútil, sino que tiene claramente fines meramente dilatorios. Aunque la Corte valoró que el Estado reconociese que el ejercicio de estas acciones judiciales durante el régimen militar era ilusorio (Galetovic Sapunar vs. Chile, p. 54) en la práctica este reconocimiento no se extiende a la actuación de la representación jurídica interna del Estado. La defensa de los intereses fiscales debe ser compatible con el respecto de los derechos humanos de las víctimas demandantes, así como del derecho internacional.

La tercera cuestión relevante se encuentra a propósito del derecho de las personas mayores a un tratamiento preferencial en acceso a la justicia, cuestión derivada de los artículos 3 y 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Su aplicación no es una novedad en el sistema interamericano, ya que este derecho ha sido aplicado e interpretado en las sentencias Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile (párr. 147-152) y Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios Vs. Perú (párr. 79-83), puntos a los que se remite la sentencia Galetovic Sapunar, y que reafirman que las personas mayores deben gozar de preferencia en la tramitación judicial, así como en la ejecución de las sentencias, como expresión del deber del Estado de garantizar el acceso diligente y efectivo de estas personas a los procesos judiciales y administrativos (Galetovic Sapunar vs. Chile, párr. 82-83).

Este estándar de acceso a la justicia para las personas mayores, fijado por la convención antes señalada, se contrapone con la lentitud de los procesos chilenos. Como muestra, una apelación civil puede demorar más de un año en tramitarse, en tanto que la resolución de un recurso de casación ante la Corte Suprema fácilmente pude tomar varios años más. Si a esto se suma el plazo de tramitación en primera instancia, se puede comprender como fue posible que el juicio interno de Galetovic Sapunar haya demorado casi diez años en llegar a una sentencia de término (Riego & Lillo, 2015)

Pese a que Chile ratificó en 2017 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, esto no ha producido cambios efectivos en la tramitación judicial, aunque se han propuesto medidas, tales como la creación de juzgados especiales, o de órganos especializados en la defensa de los derechos de las personas mayores (Truffello & Weidenslaufer, 2022) Si bien concordamos en que las iniciativas sugeridas pueden ser útiles, podemos añadir cuestiones de orden procesal, menos ambiciosas, pero con un efecto inmediato, tales como la preferencia en la vista de la causa en los recursos de apelación y casación, así como prioridad en la agenda de los tribunales de primera instancia, cuestiones que ayudarían directamente a una tramitación más expedita de las causas asociadas a personas mayores. Así mismo, debemos valorar el trabajo realizado por la Universidad de Valparaíso, que habilitó una sección especializada en el patrocinio de víctimas de la dictadura, cuyo enfoque interdisciplinar también considera la situación de las personas mayores, quienes son precisamente los demandantes en estos casos (Cubillos-Vega et al., 2022) En este punto la implementación de medidas puede comprender tanto el plano legislativo, consagrando las figuras de preferencia sugeridas, y en el plano administrativo, como una práctica judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tomar nota de la excesiva demora en la tramitación de casos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos. Así como la Corte IDH cuestionó que el proceso interno demorase nueve años desde la interposición de la demanda hasta la sentencia de casación (1995-2004), los operadores jurídicos debemos manifestar nuestra preocupación por los veinte años de proceso entre la Comisión y la Corte. Esto no es excepcional, sino que más bien constituye la regla general, lo que a todas luces resulta excesivo y contrario al plazo razonable en materia judicial (Carvajal Martínez & Guzmán Rincón, 2017, pp. 159-160) Aquí parece cumplirse el refrán popular: *En casa de herrero, cuchillo de palo*. Claramente, así como la Corte exige a los Estados, ella también debería trabajar en la agilización de sus procesos internos (Jiménez Mayor, 2024), más aún cuando ella no puede sancionarse a sí misma por esta demora en la tramitación judicial.

Por último, creemos que esta sentencia de la Corte IDH es una buena oportunidad para que las autoridades chilenas analicen seriamente la creación de una ley general que regule orgánicamente la nulidad de derecho público, la falta de servicio, y en general las acciones indemnizatorias contra la Administración. Si no fuera por la aplicación supletoria del Código Civil, todavía los representantes del Fisco alegarían la irresponsabilidad del Estado (Bermúdez Soto, 2010, p. 119) y sin la reforma constitucional de 1989 todavía se excusarían en base a la pretendida competencia de los tribunales contencioso administrativos, que solo existieron en el papel (Pantoja, 2005, pp. 384-385). Esta desidia legislativa tiene graves efectos en la seguridad jurídica, ya que, aunque pueda haber una doctrina mayoritaria, está siempre dependerá de la conformación que pueda tener el tribunal de turno (Campos Poblete, 2011, p. 160) Así, todo este desarrollo jurisprudencial y doctrinal puede ser alterado si una mayoría circunstancial impone un criterio restrictivo o aún contrario a los estándares internacionales.

Esto también se puede decir respecto de la decisión chilena de limitarse a obedecer los estándares fijados por la Corte IDH, y renunciar a una construcción legislativa que podría consagrar normativamente esos avances en derechos humanos. El Estado parece estar conforme con la remisión a los desarrollos que haga la Corte, aplicándolos directamente sin crear una normativa interna ajustada a ellos. Esta decisión confunde la función propia de tribunal internacional de derechos humanos con el rol legislativo nacional, en tanto expresión de la soberanía (Malarino, 2011, p. 61). Ello implica también renunciar a una de las luchas esenciales en esta materia, como es la consolidación de la democracia participativa, ya que al radicar la discusión entre expertos y órganos especializados se resta legitimidad democrática a un ente cuyas decisiones pretenden tener efectos generales (Torres Zúñiga, 2023, pp. 206–208). En esto radica también una de las críticas más importantes hacia desarrollos jurisprudenciales como la imprescriptibilidad de las acciones civiles en casos de violaciones de derechos humanos, ya que carecen de la legitimidad democrática inherente a la ley; y a su vez obligan al juez a tomar una decisión en buena medida política, más que jurídica (Silva Irarrázaval, 2024, pp. 119–120)

Así, el problema respecto de la aplicación de la prescripción de la acción civil en casos violaciones de derechos humanos, sean o no graves, radica en que su fundamento deriva esencialmente de las sentencias de la Corte. Una ley específica e interna no solo otorgaría una legitimación democrática a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también les entregaría seguridad jurídica a los particulares, y al mismo Estado. Ahora bien, aunque se acepte sin cuestionamientos la validez erga omnes de los pronunciamientos de la Corte IDH, en tanto parte del Corpus Iuris Americano, en la práctica esto no impide que una mayoría legislativa pueda controvertir lo resuelto por la judicatura nacional e internacional (Zamorano Valenzuela, 2018). Este fue el caso de la reciente Ley Nº 32.107 de la República del Perú, que permite la prescripción de crímenes de guerra y de lesa humanidad, aún en contra del texto expreso del artículo I del Estatuto de la Roma, suscrito por Perú. En

ella el principio de *lex praevia* sirve de fundamento para contravenir una norma de *ius cogens*, a propósito de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de derechos humanos (Gallo Ahumada, 2024) Cabe señalar que durante la tramitación del mismo proyecto la Sociedad Peruana de Derecho Internacional hizo presente este conflicto, así como la relevancia de respetar la normativa y jurisprudencia pertinente, argumentos que no afectaron el contenido final de dicha ley (Sociedad Peruana de Derecho Internacional, 2024) (Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú, 2022; Caso Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile, 2024; Corte IDH, 2006, 2011, 2018, 2021b, 2021a)

En cambio, si la imprescriptibilidad y los estándares interamericanos relacionados hubiesen dicho incorporados materialmente en la legislación peruana esta situación podría haberse limitado, o al menos dificultado, ya que no habría bastado con una ley simple de solo seis artículos, sino que se habría requerido una modificación importante al régimen normativo. Si dicha ley fue contraria a un tratado internacional, con mayor razón el legislador interno podría infringir una sentencia de la Corte IDH. No es lo mismo el mero acatamiento de los estándares fijados por un órgano externo, que su recepción y adaptación en el marco de los procesos democráticos, precisamente por parte de las autoridades elegidas por la misma ciudadanía.

Conclusiones

El análisis realizado en este trabajo nos permite concluir que la tendencia jurisprudencial asentada en Chile en materia de prescripción de la acción indemnizatoria contra la Administración, respecto de violaciones de derechos humanos que no constituyan crímenes contra la humanidad o que se consideren graves violaciones a los derechos humanos, es incompatible con los estándares establecidos por la sentencia del caso Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile. También son incompatibles con dichos estándares las reglas probatorias en materia de prescripción de dichas acciones, así como el tratamiento de las personas mayores en los diversos procedimientos judiciales.

A fin de adecuar los estándares establecidos en dicha sentencia, es necesario que la Corte Suprema de Chile y en general los tribunales del país adecuen su interpretación de la prescripción extintiva en casos de violaciones de derechos humanos mediante un criterio de equidad, que considere las circunstancias especiales de los demandantes, y especialmente si estaban o no en condiciones de ejercer la acción; en caso de que hubieran enfrentado obstáculos insalvables para ellos se deberá interrumpir el plazo de prescripción mientras persista dicha imposibilidad de accionar. Dicha obligación igualmente se debería extender a las prácticas del Consejo de Defensa del Estado; la sola presentación de la excepción de prescripción en estos casos no solo sería inútil, sino que solo tendría fines meramente dilatorios, lo que es aún más grave considerando que las víctimas son personas mayores. La defensa de los intereses fiscales debe ser compatible con el respecto de los derechos humanos de los demandantes.

Además, se propone que esta interpretación sea extensiva a otros casos de víctimas de violaciones de los derechos humanos, como son los niños, niñas y adolescentes, que no pueden ejercer acciones judiciales por sí mismos. Otro supuesto es el de las víctimas de enfermedades de lento desarrollo, cuyos efectos difieren del eventual acto, acción u omisión del Estado. En ambos casos este criterio ya está recogido por la legislación chilena, a propósito de la ley sobre enfermedades profesionales y accidentes del trabajo, así como el daño ambiental.

Igualmente es necesario realizar adecuaciones a fin de asegurar un acceso preferente, eficiente y efectivo de las personas mayores en los procesos judiciales; para ello se sugiere establecer mecanismos para que la tramitación les resulte expedita, sin afectar sus derechos como intervinientes.

Por último, se hace presente que, para garantizar la seguridad jurídica de las personas, y administrados, es conveniente la promulgación de una ley que regule orgánicamente las acciones contra la Administración, tanto la nulidad de derecho público como la falta de servicio y las acciones indemnizatorias, junto con consagrar normativamente los diversos estándares recogidos en esta materia por distintos fallos nacionales e internacionales, incluidos los de la sentencia Galetovic Sapunar. Ello permitirá dotar al sistema de la legitimidad democrática de que carece actualmente, dándole simultáneamente seguridad jurídica a las víctimas y al Estado.

Referencias

Aguilar Cavallo, G. (2008). Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno. *Ius et Praxis*, *14*(2). https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200006

Bermúdez Soto, J. (2010). Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de Derecho (Valdivia)*, *23*(1), 103-123. https://doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005

Bolaños Enríquez, T. G., & Quintero, D. P. (2022). Función transformadora y emancipatoria de la reparación integral: la búsqueda incesante de la justicia y la igualdad. *Estudios Constitucionales*, *20*(2), 105–131. https://doi.org/10.4067/S0718-52002022000200105

Bordalí Salamanca, A. (2006). El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *19*(2), 205-228. https://doi.org/10.4067/S0718-09502006000200010

Campos Poblete, M. (2011). La prescripción de las acciones civiles emanadas de los crímenes de lesa humanidad. *Derecho y Humanidades*, *18*, 145–162. https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19469

Carmona Quintana, E. G. (2016). La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado administrador. *Cuadernos Del Tribunal Constitucional*, *16*.

Carvajal Martínez, J. E., & Guzmán Rincón, A. M. (2017). ¿Justicia demorada? El tiempo de los derechos en el Sistema Interamericano. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *47*(126), 143–167. https://doi.org/10.18566/rfdcp.v47n126.a07

Corral Talciani, H. (2003). La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil? En J. Baraona (Ed.), *La responsabilidad de las entidades corporativas* (Cuadernos de Extensión Jurídica, N.º 7, pp. 21–45). Universidad de los Andes.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile.* Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 26 de setiembre de 2006. Serie C No.154. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2011. Serie C No.238. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso Ordenes Guerra y otros Vs. Chile*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_372_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021a). *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina.* Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 23 de setiembre de 2021. Serie C No.437. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_437_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021b). *Profesores de Chañaral y otras Municipalidades Vs. Chile*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas del 10 de noviembre de 2021. Serie C No.443. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_443_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú.* Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones del 1 de febrero de 2022. Serie C No.448. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_448_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024). *Caso Galetovic Sapunar y Otros. Vs. Chile.* Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 03 de octubre de 2024. Serie C No.538. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_538_esp.pdf

Cubillos-Vega, C., Jorquera, M. J., & Robles Carrasco, I. (2022). El trabajo de las clínicas jurídicas en clave intersectorial y su contribución al acceso a la justicia en procesos de reparación de víctimas de crímenes de lesa humanidad. El caso de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Valparaíso en Chile. *Política Criminal*, *17*(33), 141–172. https://doi.org/10.4067/S0718-33992022000100141

Eyzaguirre, J. (1980). *Historia del Derecho* (8va ed.). Editorial Universitaria.

Farfán Saldaña, G. (2025). El derecho al recurso judicial efectivo de las víctimas de la dictadura frente a la prescripción: Comentario sobre el caso Galetovic Sapunar y Otros VS. Chile. En *Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Católica.

Ferrada Bórquez, J. C. (2010). Nuevas Restricciones a la Nulidad de Derecho Público como Proceso Administrativo: Una Jurisprudencia Interesante, pero Inconsistente. *Anuario de Derecho Público*, *1*, 189–203.

Galdámez Zelada, L. (2010). Tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos: Las actuaciones del juez y las omisiones del legislador chileno. *Estudios Constitucionales*, *8*(2), 201–246. https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200008

Galindo Manríquez, D. (2020). Suspensión de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual: análisis dogmático y jurisprudencial. *Revista de Derecho (Concepción)*, *88*(248), 325–361. https://doi.org/10.29393/RD248-21SPDG10021

Gallo Ahumada, D. J. (2024). ¿Ius Cogens o Lex Praevia?: Análisis crítico sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en el Perú en mérito al Proyecto de Ley N.° 6951/2023-CR. En *I Congreso Peruano de Derecho Internacional*. Sociedad Peruana de Derecho Internacional. https://www.youtube.com/watch?v=U-F8pB6-iyM

Jiménez Mayor, J. (2024). Derechos humanos concretos: el Perú y la importancia (utilidad) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, *177*, 147–193. https://doi.org/10.38180/rpdi.v74i177.638

Laubscher Ruiz, P., & Varas Leiva, M. (2023). *La prescripción en las acciones de reparación de daño ambiental y civil indemnizatoria de la Ley N.° 19.300 a la luz del artículo 63* [Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/197190

López Escarcena, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: Técnicas de investigación en derecho. *Ius et Praxis*, *17*(1), 231–246. https://doi.org/10.4067/S0718-00122011000100010

Malarino, E. (2011). Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales nacionales. En Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Coord.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (pp. 435–455). Konrad Adenauer Stiftung.

Marcheco Acuña, B. (2020). La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. *Estudios Constitucionales*, *18*(1), 91–142. https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000100091

Martínez Zorrilla, D. (2016). *Variaciones metodológicas en el análisis de casos y jurisprudencia*. Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5961999

Mila Maldonado, F. L., Yánez, K. A., & Mantilla Salgado, J. D. (2021). Una aproximación a la metodología de la investigación jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *8*(2), 81. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.60341

Palacios Mena, P. (2003). Alcances sobre la responsabilidad objetiva. *Revista Actualidad Jurídica*, *7*, 385–424. https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/alcances-sobre-la-responsabilidad-objetiva/

Pantoja Bauzá, R. (2005). La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado*, *13*, 381–423. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/16.pdf

Pierry Arrau, P. (1996). Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho Público*, *59*, 287–309. https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43308

Pierry Arrau, P. (2004). ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia. *Revista de Derecho Del Consejo de Defensa Del Estado*, *11*, 11–19. https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/docs/revista-11/a-doctrina/derecho-administrativo/es-objetiva-la-responsabilidad-del-estado-estado-actual-de-la-jurisprudencia-pierry-arrau-3390/

Riego, C., & Lillo, R. (2015). ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*, *25*, 9–54. https://doi.org/10.4067/S0718-80722015000200001

Rojas Varas, J. (2024). Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador. *Revista Chilena de Derecho*, *25*, 353–360. https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77376

Silva Irarrázaval, L. A. (2024). Legislando con toga: la imprescriptibilidad penal para las violaciones de los derechos humanos. *Revista De Derecho y Ciencias Sociales*, *29*, 105–132. https://rduss.cl/index.php/ojs/article/view/42

Sociedad Peruana de Derecho Internacional. (2024). Pronunciamiento de La Sociedad Peruana De Derecho Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, *177*, 343–345. https://doi.org/10.38180/rpdi.v74i177.609

Soto Kloss, E. (1990). La nulidad de derecho público en el derecho chileno. *Revista de Derecho Público*, *47*, 11–25. https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43560

Soto Kloss, E. (2004). La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el Derecho Público. *Ius Publicum*, *13*, 127–138. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3941111

Torres Zúñiga, N. (2023). The Inter American Court of Human Rights. *The Legitimacy of International Courts and Tribunals*. Routledge.

Truffello, P., & Weidenslaufer, C. (2022). Acceso a la justicia de las personas adultas mayores. En *Derecho internacional, derecho y experiencias comparadas*. Biblioteca del Congreso Nacional. https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=80368

Vergara Blanco, A. (2024). Plazo de prescripción de las acciones contencioso-administrativas: la acción indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración (parte II). *El Mercurio Legal*. https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2024/11/22/914496/plazo-prescripcion-acciones-contenciosoadministrativas.aspx

Witker Velásquez, J. (2021). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6818/16.pdf

Zamorano Valenzuela, P. (2018). El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho y Justicia*, *7*, 79–96. https://doi.org/10.29344/07196377.7.1600

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.121

Derecho del menor a ser escuchado: estudio normativo y jurisprudencial en Ecuador

The child's right to be heard: a normative and jurisprudential study in Ecuador

Gennyth Patricia Tulcanaza Chávez[1]
Johanna Elizabeth Jiménez Torres[2]

Autoras:

[1]Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.
Secretaria Judicial de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, sede Parroquia Mariscal Sucre, distrito metropolitano de Quito, Ecuador.
gptrulcanaza@utpl.edu.ec
https://orcid.org/0009-0002-4211-2572

[2]Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.
Presidenta de Fundación Dolores Cacuango.
abjimeneztorres@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-0807-7446

Recibido: 22/01/2025
Aprobado: 24/04/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:

Tulcanaza Chávez, G. P. & Jiménez Torres, J. E. (2025). Derecho del menor a ser escuchado: estudio normativo y jurisprudencial en Ecuador. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 183-200. https://doi.org/10.61542/rjch.121

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Gennyth Patricia Tulcanaza Chávez
© 2025 Johanna Elizabeth Jiménez Torres

RESUMEN

En los procesos judiciales ecuatoriano que involucran a menores, surge un problema al que se le ha prestado poca atención como lo es el diferenciar entre el derecho a ser escuchado y la mera acción de oírlos. El propósito de este trabajo tiene como principal objetivo dar cuenta de la problemática a través de un análisis crítico, desde el ámbito jurídico nacional y convencional. En la recopilación y análisis de fuentes primarias se usó el método cualitativo, aplicando técnicas como la recopilación de bibliografía especializada, el análisis y el resumen. Para el análisis de las normas se empleó como método la hermenéutica jurídica. Como resultado se logró determinar las diferencias entre el oír y escuchar a los menores en procesos judiciales que los involucren. Se concluye la inminente necesidad de que los jueces consideren parámetros en la administración de justicia, garantizando con ello los derechos del menor a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, interés superior y el derecho a la defensa, a partir de entender que "escuchar al menor" implica prestar atención suficiente, comprender sus expresiones, gestos y palabras.

Palabras clave: Derechos del niño; Familia; Jurisprudencia; Tutela efectiva; Justicia.

ABSTRACT

In Ecuadorian legal proceedings involving minors, a problem arises that has received little attention: the distinction between the right to be heard and the mere act of hearing them. The main objective of this paper is to address this issue through a critical analysis from a national and conventional legal perspective. A qualitative method was used to compile and analyze primary sources, applying techniques such as the compilation of specialized bibliography, analysis, and summarization. Legal hermeneutics was used as the method for analyzing the regulations. As a result, it was possible to determine the differences between hearing and listening to minors in legal proceedings involving them. It concludes that there is an imminent need for judges to consider parameters in the administration of justice, thereby guaranteeing the rights of minors to effective judicial protection, legal certainty, best interests, and the right to defense, based on the understanding that "hearing the minor" implies paying sufficient attention, understanding their expressions, gestures, and words.

Keywords: Children's rights; Family; Jurisprudence; Effective guardianship; Justice.

Introducción

En los procesos judiciales que involucran a menores en el Ecuador como en otras latitudes se identifica que el derecho a la escucha se ha limitado a solamente oír sin considerar aspectos psicológicos y de entorno que viven los menores. Este trabajo es relevante por cuanto da cuenta desde la teoría y criterios jurisprudenciales la importancia de abordar de una manera seria, objetiva y sobretodo técnica aquellos procesos en los que participan menores de edad, no solo por proteger sus derechos sino porque esto permite la eficacia de la norma, ya que la falta de escucha de los menores en los procesos judiciales de familia ha desencadenado nulidades procesales por violación al debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa. El principal desafío que se identifica es que las audiencias que requieren la intervención verbal de menores que en Ecuador son reservadas, lo que garantiza su derecho a la intimidad y protección e impide que la información proporcionada por el menor sea divulgada. No obstante, dentro de dichas audiencias la escucha del menor, no observan parámetros que garanticen su derecho a plenitud. Pues, garantizar el derecho de los menores a ser escuchados, implica prestar atención suficiente, comprender sus expresiones, gestos y palabras, así como el trasfondo de estas, y desde luego evaluar el entorno del menor, sobre todo en procesos civiles y de familia.

En la revisión de la literatura sobre el tema se abordan, sin menoscabo de otras fuentes, a autores como Berger, que da cuenta de la psicología en el desarrollo de la infancia y adolescencia respecto al disfrute del derecho a escuchar a los menores. En igual modo se analiza a Galvis en cuanto a las implicaciones de oír y escuchar a los menores. También se aborda a Ferrer sobre sustentos teóricos y normativos internacionales sobre el derecho a opinar de los niños, niñas y adolescentes, destacando la Convención del Niño. Desde la jurisprudencia se analizan los precedentes constitucionales en torno a estos dos derechos, la normativa interna y además se hace una comparación con legislaciones de Colombia, Chile y España, legislaciones más adelantadas a la ecuatoriana en torno al problema planteado. Esta literatura permitió plantearse la interrogante de ¿si en Ecuador este derecho era respetado en procesos judiciales que involucran a menores? El enfoque de este estudio es jurídico-analítico para establecer directrices y parámetros basados en argumentos psicológicos, algo que en Ecuador no se ha realizado con seriedad pues los trabajos existentes se justifican solo de la normativa, así que el nuevo valor de esta investigación es que aborda el problema desde un lente jurídico y comparativo. Para ello la metodología empleada es de tipo cualitativa. Los métodos utilizados en la investigación son el cualitativo y hermenéutico, mismos que permitieron obtener datos secundarios a través de un análisis de la normativa nacional, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y los pronunciamientos de la Corte Constitucional Ecuatoriana (CCE).

1. Derechos de los niños en el *Ius Cogens* y normativa nacional

1.1. Antecedentes

El reconocimiento de los niños como sujetos de derechos se remonta a la edad moderna, pues en la antigua no se consideraban sujetos de derechos [etapa de la inexistencia] sino propiedad de sus padres. En la edad media se les consideraba pequeños adultos [etapa de incapacidad].

Es a mediados del siglo XIX, que, en Francia en 1841, surge la idea de su protección en lugares de trabajo, lo que permitió el desarrollo progresivo de sus derechos. Mientras que, su derecho a la educación entra en vigor bajo norma en 1881, también en Francia. Más adelante a inicios del siglo XX, dicha protección se extendió al área social, sanitaria y jurídica, logrando su expansión en toda Europa. En 1919, con la creación de la Liga de las Naciones [antecedente de la ONU] los estados de todo el mundo replicaron acciones en protección de los

niños. Empero en 1959, se da un gran avance para los derechos de los niños en el ius cogens, a través de la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño, que contiene diez principios.

Tabla 1

Historia de los Derechos del Niño

Instrumento legal	Año/ época
Los niños no eran considerados sujetos de derechos	Antigüedad
Los niños eran considerados pequeños adultos	Época media
Thomas Spence, publica una obra en defensa de los derechos de los niños	1976
En Francia surge la idea de su protección. Surgen leyes de protección de los niños en sus sitios de trabajo.	1841
Se empieza a garantizar el derecho de los niños a una educación.	1881
Se forma el Comité Nacional del Trabajo infantil, cuya lucha era la abolición del trabajo infantil.	1890
Se funda "Save the Children", fundada por Eglantyne Jebb, quien formula la Declaración de los Derechos del Niño.	1923
Se aprueba la Declaración de los Derechos del Niño (DDN	1924
Primer Congreso Internacional del Bienestar Infantil	1925
IV Congreso Panamericano del Niño y se funda el Instituto Interamericano del Niño.	1927
Se crea el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)	1947
La Organización de Naciones Unidas (ONU) proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos.	1948
La DDN se aprueba de manera unánime.	1959
Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	1966
La ONU aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	1979
La Asamblea General de la ONU adopta las Reglas de Beijing,	1985
La Asamblea General de la ONU adoptada la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños.	1986
La Asamblea General de la ONU aprueba la Convención de Derechos del Niño	1989
La Organización para la Unidad Africana aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño.	1990
La OIT aprueba el convenio número 182.	1999
La Asamblea General de la ONU aprueba los Protocolos Facultativos de la CDN, sobre NNA en el conflicto armado; venta, prostitución y utilización de NNA en pornografía.	2000
La Asamblea General de la ONU y los estados se comprometen en el pacto «Un mundo apropiado para los niños».	2002
Tercer Protocolo Facultativo que introduce un procedimiento para presentar comunicaciones al Comité de los Derechos del Niño	2011
Segundo Foro Panamericano de Niños, Niñas y Adolescentes. Justicia penal adolescente.	2014
IIN – OEA y los Consejos Consultivos de la Región han crean la Red De Corresponsales Infantiles, Adolescentes (CORIA)	2017

Nota. Elaborada por las autoras.

Estos instrumentos del *ius cogens* disponen entre otros, el derecho del menor a ser escuchado en procesos que lo involucren, de este modo las Reglas de Beijing [30 reglas] establecen las pautas mínimas en la administración de justicia [juvenil] a los menores, considerando sus derechos propios de la infancia en general, así como su desarrollo cognitivo, físico y mental, su función genérica facilita la adopción por parte de los estados.

La CDN en 1989, se convirtió en la consolidación de Declaración de los Derechos del Niño, así en su artículo 3 se dispone el interés superior del niño. Mientras que, en su artículo 12 detalla los derechos que asisten al niño, entre los que se incluye el derecho del menor a ser escuchado en todos los procesos judiciales y administrativos, considerando su edad y madurez. Este derecho, expresa la obligatoriedad de considerar la opinión del niño para resolver los casos que afecten sus derechos, ante la información necesaria para que este se forme una opinión propia y sin manipulación, de modo que se garanticen sus derechos fundamentales (Barber Cárcamo, 2019, p. 1)

Ahora bien, frente a este paradigma del ius cogens se reflexiona ¿a quienes se ha de entender como niño o menor? El artículo 1 de la CDN señala que quien no ha cumplido dieciocho años es niño, no se le determina ninguna clasificación, a diferencia de la legislación ecuatoriana que los clasifica como niños, infantes, impúberes, adolescentes, y permite establecer fases etarias, que identifican la edad del menor y la protección diferenciada respecto de la progresividad de sus derechos. No obstante, la incorporación de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad de la Constitución ecuatoriana obliga al Estado a proteger los derechos de los menores mediante sus garantías normativas, [art. 84] políticas públicas y participación ciudadana [art.85] y garantías jurisdiccionales [art 86 a 94] ello no solo conforme un principio de convencionalidad, sino en pro del avance, desarrollo y protección de los derechos de los menores.

Según la Observación General Nro. 10 del Comité de los Derechos del Niño (2007) establece los principios que deben observarse en cualquier proceso que involucre menores. Del mismo modo, la Observación General Nro. 12, párrafo 32 de la CDN, señala que "el niño debe ser escuchado en todos los procesos judiciales y administrativos que le afecten, sin limitación alguna, por ello incluye aquellos que no han sido iniciados por el propio niño, por ejemplo, cuando existe maltrato" (Comité de los Derechos del Niño, 2009a, párr. 32). La Observación General, establece que en ese proceso deben cumplirse las tres P sobre derechos de los niños, que se refieren a los derechos de provisión [dependencia de los adultos], protección [por su vulnerabilidad] y participación [progresividad de los derechos], siendo obligación de los estados su cumplimiento inmediato y efectivo (Comité de los Derechos del Niño, 2009a). Por ello los jueces de familia en Ecuador, realizan la audiencia en los procesos judiciales que afecten los derechos de los menores de manera reservada, pues su falta de cumplimiento vulnera la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) (Corte Constitucional del Ecuador, 2015, Sentencia N.º 108-15-SEP-CC, p. 7). De modo que en el cumplimiento y ejercicio de dicho derecho el estado ecuatoriano está obligado a no solo preocuparse por el entorno en que el derecho será ejercido (Bernuz Beneitez & Fernández Molina, 2019) sino a otros aspectos como el contar con equipo técnico y especializados.

En concordancia la Observación General Nro. 24 en su párrafo 42 hace alusión respecto a la vida privada del menor (Comité de los Derechos del Niño, 2019). Se lee en los párrafos siguientes de esta Observación, pronunciamiento relacionado al derecho a ser oído que le asiste al menor, señalando que:

> Los niños tienen derecho a ser escuchados directamente, y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el momento en que entren en contacto con el sistema. El niño tiene

> derecho a guardar silencio y no deben inferirse conjeturas negativas cuando los niños eligen no hacer declaraciones. (Comité de los Derechos del Niño, 2019, párr. 44-45)

El artículo 12 de la CDN ha determinado que debe tomarse en cuenta aspectos como la edad y madurez del niño para que pueda ejercer su derecho a ser escuchado. La escucha del menor no puede considerarse como una prueba dentro del proceso, pues ese no es su fin, sino garantizar el derecho a ser escuchado, para lo que se evaluará la capacidad del menor para opinar ante la autoridad judicial (Ortega Puente, 2022). En tal virtud los parámetros previstos en la legislación ecuatoriana para escuchar al menor responden al ius cogens y el principio Pacta Sunt Servanta, lo que además guarda concordancia con el bloque de constitucionalidad, supremacía constitucional [art 425 de la CRE], y seguridad jurídica [art. 82]. Sin embargo, el derecho del menor a ser escuchado no se limita a los ámbitos de los derechos humanos, el derecho constitucional o el derecho civil. Se trata, además, de una garantía esencial en el contexto de la justicia juvenil, en tanto "el derecho a ser oído de dicho menor supone una garantía imprescindible como una garantía de la justicia juvenil", estrechamente vinculada con la "(…) especialización de los operadores jurídicos" (Cueto Santa Eugenia, 2023, p. 2)

1.2. Normativa ecuatoriana

En el contexto ecuatoriano, con la entrada en vigor de la CDN en 1990, siendo el Ecuador el primer país de Latinoamérica y el tercero en el mundo en ratificarlo, empezó a liderarse por parte de las organizaciones sociales la lucha para que los niños sean considerados como sujetos de derechos estableciéndose reformas al Código de Menores. Después, con la Constitución ecuatoriana de 1998 y la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia en 2003 (CONA), se amplía los derechos de los niños, normando en el artículo 11 del Código el interés superior del menor que, establece la prohibición de invocar este principio contra norma expresa y la obligatoriedad de escuchar al menor considerando los parámetros establecidos en los artículos 60 y 106 de dicha norma. El principio de Interés Superior del Niño es:

> La prioridad que debe contener las normas que regulan los derechos de los niños, que debe ser operativa para permitir su cumplimiento por el Estado, en los entornos sociales, educativos y familiares. Es por ello por lo que lo establece como un límite y la posibilidad, que engloba el cumplimiento de todos los derechos de los niños en conjunto y el restablecimiento en caso de violación, asumiendo que tienen mayor valía frente a los derechos de los adultos, en aplicación a la discriminación positiva que permite la prevalencia de los derechos cuando existe desequilibrio, que en el caso de los niños, niñas y adolescentes permanecerá hasta llegar a la adultez. (Galvis, 2006, p. 137-140)

Este principio amerita, además, un ejercicio progresivo, de conformidad con el artículo 13 del CONA. Dicha progresividad incluye su derecho a ser escuchado, conforme el artículo 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, que establece la responsabilidad de las autoridades de consultar la opinión de los menores en todos los procesos donde se ventilen sus derechos y la obligación de tener en cuenta su opinión, considerando parámetros como la edad y madurez del niño. Sin embargo, esta responsabilidad, incluye el conocimiento de la legislación en torno a dicho derecho y su aplicación material en las Unidades Judiciales de Familia. Para Gómez de la Torre Vargas (2018), el interés superior del niño se concretiza mediante el ejercicio progresivo de los derechos por los mismos niños, niñas y adolescentes, siendo los progenitores los encargados de guiarlos para su efectivo cumplimiento, por lo que es indispensable que opinen sobre los temas que les afectan (p.127).

El artículo 35 de la actual CRE determina que los menores pertenecen a un grupo de atención prioritaria que requieren atención especializada de entes públicos y privados, por lo que el Estado, la sociedad y la familia deben atender sus necesidades, según lo prescribe el artículo 44 del mismo cuerpo legal. La norma determina que los derechos de los menores prevalecen sobre los de los demás y responden al principio del interés superior del menor, que permite el transcurso a su vida adulta garantizando su desarrollo integral, mismo que despliega la adquisición de sus habilidades y competencias en cada edad (Cabrera Vélez, 2010)

De la misma forma el artículo 21 del Código Civil Ecuatoriano (CCE) establece como niño o infante a quien ha cumplido siete años. Al varón de catorce años y a la mujer de doce años los denomina como impúberes haciendo una diferenciación respecto de la edad conforme al género. Además, denomina menor de edad o menor a los impúberes quienes no han cumplido dieciocho años y mayor de edad o mayor a la persona que ha cumplido 18 años. El CONA (2003) determina una clasificación diferente en su artículo 4, pues define como niña o niño a la persona que no ha cumplido doce años, adolescente al menor desde los doce hasta antes de cumplir dieciocho años, considerando que no existe diferenciación de género prevista en el CCE. Adicionalmente en el artículo 2 determina su ámbito de protección y lo prevé desde la concepción hasta antes de cumplir 18 años, determinándose que existe la presunción si no se tiene certeza sobre la edad del menor.

El CCE en sus artículos 7 y 8 determina que el Estado debe adoptar políticas que garanticen y protejan todos los derechos de los menores de edad, así como a la familia siendo está el lugar natural y fundamental para el desarrollo de los menores, en la que la responsabilidad parental debe ser compartida por el padre y la madre. Siendo imprescindible que los jueces de familia escuchen a los menores en los procesos judiciales donde se ventilan sus derechos. En virtud de lo cual el artículo 11 del CONA (2003) dispone que "nadie podrá resolver un asunto en el cual se encuentren involucrados los derechos de los niños sin previamente haber escuchado la opinión del menor" (inciso 4°). Ello permite establecer la obligación imperativa para las autoridades judiciales de cumplir con la escucha reservada del menor en todos los procesos judiciales. Por ende, el derecho de escuchar al menor tiene correlación directa con el principio del interés superior del menor.

Pareja (2024) señala que el juez contacte con el niño, pregunte qué es lo que espera a través de audiencia reservada e informar sobre su rol, se debe obtener información sobre lo que piensa, evitando hacer preguntas directas que puedan afectar la conversación y evitar preguntas sobre su preferencia de tenencia. Es decir, se precisa que quienes intervienen en los procesos de menores deben ser especializados en ello, otorgándole así al menor no solo la confianza y seguridad, sino también la oportunidad de como expresan Bernuz Beneitez & Fernández Molina (2019, citados por Cueto Santa Eugenia, 2023) de "ofrecerle las explicaciones que fuesen oportunas" (p.27).

2. Oír y escuchar: su relación con los derechos del menor en procesos legales

El derecho del menor a ser escuchado en procesos relacionados con sus derechos implica que se cumplan los parámetros y el principio de interés superior del niño y aunque oír y escuchar se usan como sinónimos, en su concepto son distintos, pues el oír está relacionado solo con el área fisiológica, con la capacidad de percibir los sonidos. Mientras que el escuchar no solo requiere oír las palabras, sino que demanda concentración para interpretar el mensaje del emisor (Hernández-Calderón y Lesmes-Silva, 2018). Este mensaje, no está relacionado solo con las palabras, sino con expresiones no verbales, como la gesticulación, movimientos del cuerpo que revelan si el discurso es espontáneo y veraz. Se asume que sé es buen interlocutor cuando se guarda silencio mientras el emisor habla, se realiza gestos que transmiten atención al mensaje y por último se tiene la capacidad

de repetir el mensaje. Sin embargo, Zenger & Folkman (2016) mediante un estudio determinó que una persona se siente escuchada cuando existe interrelación entre el emisor y el receptor, cuando se realizan preguntas sobre el mensaje al existir dudas, cuando a pesar de no estar de acuerdo con lo expresado, no se hacen críticas, sino por el contrario se da un consejo o un mensaje auténtico que ayude a resolver el asunto que está siendo tratado.

La Autoridad que escucha al niño no solo que necesita oír lo que tiene que decir, sino que debe prestarle concentración para interactuar con él, establecer un vínculo de confianza que permita empatía, que el menor emita su opinión espontáneamente sin restricciones, leer su lenguaje corporal y omitir las críticas del mensaje, pues posiblemente requiera reconfortar al niño, quien puede requerir que se escuche su sentir respecto al problema familiar en el que está involucrado. Pero, esta escucha debe ser activa y asertiva a fin de que el juzgador obtenga la información necesaria para poder resolver en base a lo manifestado por el menor (Carretta Muñoz, 2018). El escuchar, está relacionado con la obligación del juez de conocer las necesidades del menor para garantizar su desarrollo integral para lo cual es indispensable que la audiencia reservada permita transmitir el sentir a la autoridad judicial. Una de las primeras recomendaciones es ponerse a la altura del menor de modo que este sienta confianza y perciba que se comunica con un igual, por ello la autoridad judicial al acercarse o sentarse a su lado, demuestra respeto para establecer un contacto visual permanente, para observar sus expresiones corporales, la forma en la cual se comunica y entender el mensaje que está emitiendo, pues según Hernández y Lesmes, la capacidad de escuchar está relacionada con la comprensión del mensaje que involucra todo esto.

Pérez Rodríguez (2011), desarrolla cuatro niveles conexos a la escucha, pues se interrelaciona con el mensaje que da el emisor y la forma en cómo llega al receptor, determina que existen cuatro formas de habla; a la ligera [escucha ausente, solo se oye, está ocupado en otros asuntos que no le permite escuchar], hablar sin parar [esta escucha es reactiva, se piensa que todo es en su contra], hablar a alguien [es una escucha responsable, prestar atención] y hablar con alguien [escucha receptiva, el receptor interactúa y da respuestas al interlocutor]. Esta interrelación entre el emisor y el receptor establece una reacción de quien emite el mensaje con quien lo recibe, existiendo diferencias marcadas de su sentir. Cuando se siente entendido [han captado el mensaje], comprendido [existe interpretación del mensaje] y sentido [cuando existe empatía].

Las decisiones de los adultos afectan a los niños, que atraviesan por una etapa de desarrollo constante y, en la mayoría de los casos, minimizan sus preocupaciones y problemas. Empero, la forma en la que se enfrenten dichos conflictos familiares les ayudará a entender, afrontar y solucionar las contrariedades en su vida adulta (Muñoz, 2008, p. 17). El juez que escucha a los niños debe comprender que el menor ha sido arrastrado a un proceso judicial por las decisiones de sus familiares y que está en sus manos definir temas transcendentales para su vida.

2.1. Parámetros para valorarse en el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado

El derecho del menor a ser escuchado debe dejar de ser un mero formalismo en los procesos, pues es una realidad que se vive en las Unidades Judiciales de Familia, se oye pero no se escucha a los menores, se cumple con la audiencia reservada pero no se le da la valía al mensaje que emite el menor, las resoluciones de los jueces se basan en otros argumentos, sin tomar en cuenta la opinión del niño, lo que desencadena la vulneración del derecho del menor a ser escuchado, al interés superior y como consecuencia la declaración de nulidad de los expedientes judiciales (Consejo de la Judicatura [CJ], 2021, pp. 17- 29). El artículo 60 del CONA (2003) prescribe parámetros y establece que es obligatorio escuchar a los adolescentes desde los 12 años y a los niños dependiendo del grado de desarrollo, debiendo definirse conceptos como la edad, madurez y capacidad,

esta última no solo desde la establecida en la ley, pues los padres representan a los menores precisamente porque aún no tienen capacidad legal para emitir un criterio propio.

La edad conforme Vargas & Espinoza (2013), es un parámetro para tomarse en cuenta, es sinónimo de fase, entendido como un proceso biológico, definido por el tiempo vivido y medido por el lapso transcurrido desde el nacimiento. En los primeros años se adquiere las habilidades necesarias para la independencia, misma que está ligada al desarrollo físico y mental, por esta razón varían de persona a persona. Una de las habilidades más importantes del ser humano para comunicar es el habla antecedida por la etapa preverbal en la que la comunicación es exclusiva de gesticulaciones y sonidos, permitiendo al infante comunicarse con su entorno cercano, por ejemplo, para el bebé el llanto será la manifestación de inconformidad a una necesidad urgente, después la comunicación será a través de balbuceos, al año empieza el habla limitadamente. Así se estima que:

> Entre los dos y los tres años se adquiere cerca del 50% del lenguaje que se poseerá durante la adultez, situación que depende de la madurez cerebral, determinándose su perfeccionamiento lingüístico a los doce años, en aspectos como el vocabulario, la gramática y la fonética. (Rosselli, 2003, p. 5)

El desarrollo de los niños y adolescentes depende de 3 elementos fundamentales; físico, cognoscitivo y medio ambiente, estos 3 factores permitirán adquirir habilidades no ligadas solo con la edad, sino que contribuyen aspectos exógenos como las capacidades y habilidades de los padres y cuidadores, la estimulación que existe alrededor y que cada niño va a su ritmo de aprendizaje (Berger, 2007, p.5). Por ende, con respecto a el parámetro de la edad, éste no puede ser un punto de partida para la escucha del menor, pues debe estar vinculado al desarrollo cognoscitivo, la adquisición de habilidades, y a la madurez para formarse un criterio propio.

Berger (2007) establece que desde los 6 años los niños tienen la capacidad de formarse un juicio y este irá perfeccionándose hasta que cumpla 12 años. Debiendo ser el Juez quien debe valorar conforme al grado de desarrollo del niño y adolescente sí tiene la madurez suficiente para dar su opinión, conforme lo refiere el último inciso del artículo 106 del CONA. Con respecto al parámetro de la madurez de los menores, debe tomarse en consideración que no está relacionada con la edad, sino con la capacidad de reacción ante las circunstancias de la vida, por ello se hace necesario establecer que:

> Con la madurez se alcanza el discernimiento, la posibilidad de distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto y de valorar los aspectos involucrados en una situación, considerando las consecuencias favorables y desfavorables. Pero esta facultad se va adquiriendo evolutivamente. (Del Moral Ferrer, 2007, p. 87)

Los niños y adolescentes se encuentran en constante cambios físicos y psicológicos, es por ello por lo que la reacción ante un suceso medirá su grado de madurez. Cuando la reacción es positiva a pesar de los acontecimientos negativos, se establece que existe un mayor grado de madurez (Del Moral Ferrer, 2007).

Finalmente, dentro de los parámetros ha de evaluarse la capacidad, que no se trata de la capacidad legal que se adquiere con la emancipación establecida en el artículo 310 del CCE, sino en el ejercicio progresivo de los derechos de los menores por sí mismos. En este caso, para ejercer el derecho a ser escuchado se ha establecido la obligatoriedad desde los doce años, pero también se determina que, en caso de menores de doce años, el juez evaluará según el desarrollo del niño, esto está relacionado con la madurez, que se determina como la capacidad para formarse un juicio propio de sus asuntos familiares, entender las circunstancias, su realidad y establecer un criterio sin manipulación parental, sino de su propio raciocinio, de las situaciones vividas y de las decisiones adecuadas para su vida, conociendo los pro y contras de las mismas.

3. Parámetros establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño para escuchar al menor

En la Observación General 12 emitida en 2009 por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se determinan parámetros que deben cumplirse al momento de escuchar a los NNA, el primero prevé que al menor se le proporcione la información en un lenguaje sencillo, en términos comprensibles que permita establecer la importancia de su derecho a ser escuchado, los temas a consultar y la relevancia de opinar en un proceso judicial, incluso que puede negarse a conocer su sentir.

Una vez que el NNA ha obtenido toda la información, como segundo parámetro debe realizar su propia reflexión sobre el asunto, formarse una opinión libre de manipulación parental que le permita determinar por su propio raciocinio, qué entorno familiar le garantiza el cumplimiento de sus derechos y le proporciona el cuidado y protección que requiere para un desarrollo saludable, qué padre a su criterio tiene habilidades y capacidades parentales, lo que se traduce en establecer que el menor pueda recapacitar sobre la relación que tendrá con cada progenitor, quién tendrá la tenencia y como se desarrollaran las visitas (Badia Martín & Esparcia Jarne, 2021)

El tercer parámetro determina que este derecho no debe limitarse a ser formal en los procesos judiciales, sino que la autoridad que recepta la opinión del menor debe tomar en cuenta su edad y madurez para formarse un criterio propio, pues permite garantizar el interés superior del menor.

La legislación ecuatoriana concentra lo manifestado por la Observación General N.° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009) en los artículos 11 y 60 del CONA. No detalla los parámetros a seguir en la audiencia, siendo indispensable conocer cómo se interrelacionan el derecho del menor a ser escuchado con el interés superior, pues hacen parte de los cuatro principios generales de la CDN.

3.1. Relación del principio del interés superior del menor y su derecho a ser escuchado

El interés superior del menor conforme a la Observación General N°14 de la CDN (2013, párr. 6), tiene un triple concepto; primero, como un derecho sustantivo [la aplicación primordial e inmediata de lo más favorable para el menor en cualquier proceso judicial]; segundo, como un principio jurídico interpretativo fundamental [anteponer el bienestar del menor a los interés de las demás personas] y; tercero, como una norma de procedimiento [las autoridades deben velar porque los derechos y garantías de los niños se cumplan en todos los procesos judiciales] y aclara que los derechos de la Convención no tienen jerarquías, pero su aplicación debe responder al interés superior del niño, que haga:

> Posible el desarrollo de su personalidad, que atiende a las necesidades del niño o de la niña, y crea las condiciones necesarias para que pueda cumplir su proceso de desarrollo y se hagan adultos cumpliendo las expectativas como niños, adolescentes y jóvenes adultos. (Galvis, 2006, p. 179)

Esto permite determinar que existe la obligación de su ejecución inmediata en todas las decisiones en las cuales se encuentren involucrados menores de edad, lo que repercute en los efectos que se producen ante la acción u omisión, permitiendo establecer que este principio tiene una aplicabilidad amplia, adaptable y flexible, pues permite un accionar de protección del menor como individuo, como grupo o a nivel general, pudiendo ser sus efectos de manera directa e indirecta, de esta última por ejemplo cuando se promulga una ley que contiene efectos relativos a los derechos de los niños, debe primero realizarse un estudio de impacto antes de su promulgación.

El interés superior del niño no tiene una definición concreta, pues depende de las circunstancias particulares de cada caso, sin embargo, su aplicación debe desembocar en el disfrute pleno de los derechos del niño en conjunto. El juez de familia debe motivar sus decisiones según la normativa y jurisprudencia nacional y convencional aplicable a cada caso, justificar su decisión en base a las pruebas presentadas en el proceso, en el que ha de ponderarse la escucha del menor, y explicar el porqué de su decisión conforme con la garantía de motivación como parte del debido proceso.

4. Análisis jurisprudencial ecuatoriano en torno al derecho del menor a ser escuchado

Como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional [art.429 CRE] la Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado sobre los derechos del menor a ser escuchado, su interés superior y sus garantías. De esta forma en la Sentencia No. 2691-18-EP/21, ha determinado la relación intrínseca que existe entre el derecho del menor a ser escuchado y el interés superior, que tiene un triple concepto (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En la Sentencia N.° 207-11-JH/20, la Corte (2020, p. 55) desarrolla el interés superior del menor, en el cual impone el deber de las autoridades judiciales y administrativas en los procesos relacionados con los NNA, lograr el cumplimiento de sus derechos en conjunto, pues estos responden a la dignidad intrínseca del ser humano, enfocado en las características propias del desarrollo conforme a la edad en la que se encuentren y la progresividad del ejercicio de sus derechos. Además, la sentencia señala que, en el caso de los niños, la autoridad evaluará caso por caso considerando los elementos ya mencionados en este estudio. De este modo, la Corte (2021) enfatiza que carece de validez toda resolución que haya omitido al escuchado, en cumplimiento del artículo 117 del CONA, que incluye valorar la etapa etaria en la que se encuentran, su grado de madurez y respetando la progresividad de sus derechos.

En la Sentencia N.° 2239-17-EP/22, emitida dentro de la acción de protección N.° 39-17-EP/22 la Corte Constitucional en 2022, determinó que el interés superior de los menores prevalece y debe ser aplicado sobre los derechos de las demás personas incluidos sus padres, pues el cumplimiento de los derechos de los niños en su conjunto necesariamente está relacionado con proporcionar un entorno sano, libre de violencia, que cubra las necesidades físicas, psicológicas, que brinde protección y seguridad. Afirma que debe analizarse el entorno familiar que permite al NNA mantener lazos familiares saludables, que no necesariamente es el de los padres, por cuanto estos podrían encontrarse en estados de separación (Rosado Yordi, 2016). Y pueden existir otros familiares como los abuelos que proporcionan un ambiente adecuado, este hecho incluso reconocido por la constitución cuando garantiza y reconoce los diferentes tipos de familias, incluida la familia ampliada.

4.1. Consecuencias jurídicas por la falta de escucha del menor

La tutela judicial efectiva prevista en el artículo 75 de la Constitución no se limita al acceso a la justicia. La Corte Constitucional (2019a), en la Sentencia N.°1433-13-EP/19 ha determinado la obligación que tienen los órganos de justicia de cumplir con sus obligaciones, a fin de garantizar la adecuada administración de justicia que debe ser eficaz, para proteger los derechos e intereses de las personas que han sometidos sus conflictos al ámbito judicial. Adicionalmente, la Corte Constitucional del Ecuador (2019b) señala que la tutela judicial efectiva contiene 3 elementos:

> (1) el acceso a la administración de justicia; (2) observancia de la debida diligencia; y, (3) la ejecución de la decisión. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de la controversia de manera motivada. (Sentencia N.°1943-12-EP/19, 2019)

Respecto de la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la CRE, la Corte Constitucional (2019c) mediante Sentencia N.°2152-1 I-EP/19, la establece como un derecho transversal que permite a las partes procesales conocer previamente las normas que se aplicarán, lo que conlleva necesariamente que exista coherencia, claridad y estabilidad en las mismas. Inclusive la autoridad judicial que se abstiene de cumplir con su obligación de escuchar al menor incurre en la violación a la seguridad jurídica, pues conforme la Sentencia nro. 067-14-SEP-CC, los operadores de justicia deben subsumir sus actuaciones a la normativa vigente.

El derecho a la defensa, establecido en el art. 76 numeral 7 literales a) y h) de la Constitución, garantizan a las partes procesales presentar sus argumentos en igualdad de condiciones, lo que determina una igualdad procesal, conforme la Sentencia N.° 935-13-EP/19 (Corte Constitucional del Ecuador, 2019d). Este derecho incluye la oportunidad de presentar sus argumentos en forma oral, es por ello por lo que al negarse al menor el emitir su opinión sobre asuntos que le afecten, se está violando el derecho a la defensa pues impide que la autoridad judicial conozca sus argumentos sobre "asuntos que les afectan" (Castillo Yara, 2021, p. 214).

En estos procesos resulta imperante considerar la labor de profesionales auxiliares del sistema judicial, como los psicólogos, médicos y educadores que por ley son colaborades en cuanto involucren a menores. En el caso ecuatoriano existe una fiscalía y juzgados especializados en justicia juvenil para menores infractores en el ámbito penal, y existen jueces de familia, niñez y adolescencia, no obstante el problema no radica en la formalidad y formación sino en la aplicabilidad de la norma, es decir en su componente de eficacia y validez, por eso tanto el *ius cogens*, así como la jurisprudencia ecuatoriana han destacado la importancia de operadores de justicia especializados en justicia juvenil, pero además como señala Ostos (2016) también se requiere de un equipo técnico.

4.2. Análisis comparado: Colombia, Chile y España

a. Legislación Colombiana

El Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006), determina como niños a los menores de 0 hasta antes de cumplir 12 años y adolescentes de 12 a 18 años. Prevé en el artículo 6 que se aplicará la normativa nacional o internacional ratificada por el referido país más favorable para cumplir con el interés superior, señalando que el interés superior es imperativo para que todos los involucrados cumplan eficazmente los derechos humanos de los menores como corresponsables [familia, sociedad y Estado]. En tal sentido, la Corte Constitucional Colombiana mediante Sentencia T-510- 03 de 19 de junio de 2003, señala que:

> El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (F.J. 3)

Lo expresado por la Corte colombiana permite establecer que cada caso, situación y momento debe ser evaluado por el juzgador de forma individual, pues la aplicación del interés superior supone el cumplimiento de los derechos que permitan garantizar su bienestar (Muñoz Ortega María Liliana et al., 2008). En la Sentencia T-955-13 de diciembre 19 de 2013, la Corte ha referido la obligación que existe por parte de los progenitores a proporcionar a los menores la información necesaria respecto del tema que van a ser consultados, considerando que en la valoración de la escucha es determinante la edad y madurez, siendo ésta última la capacidad de razonar y expresarse de manera independiente, así mismo es importante examinar que la jurisprudencia colombiana se ha basado en la interpretación de la Convención de los Derechos sobre el Niño y los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los mismos que han sido aplicados para garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores de manera efectiva y eficiente.

La Corte colombiana y ecuatoriana se basan en los parámetros establecidos por la Observación General 12 de la CIDH, lo que permite estandarizar la importancia de la escucha del menor y ampliar su protección a través de la integración como un sujeto de derechos que de manera progresiva va adquiriendo más protagonismo para reclamar por sí mismo sus derechos.

b. Legislación Chilena

El derecho del niño a ser oído en Chile se incorpora en el ordenamiento jurídico hace "[33] años, con la suscripción por el Estado chileno de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde ahí se consagra como un derecho humano que se encuentra establecido en al menos cinco cuerpos legales" (Carretta Muñoz, 2018, p. 1). En Chile, la Ley de Tribunales de Familia establece las competencias relativas a causas relacionadas con menores de edad, similares a las Unidades Judiciales de Familia de Ecuador. En el artículo 16 la Ley de Tribunales de Familia determina que los principios rectores aplicables son el interés superior y escuchar al menor y determina que se considerarán niños hasta antes de cumplir 14 años y adolescentes de 14 a 18 años. Al igual que la legislación ecuatoriana el representante del menor en los procesos judiciales es el curador ad litem, quien deberá estar presente en todas las actuaciones judiciales, sin embargo, la diferencia es que, en la legislación chilena debe ser abogado y corresponde a un representante de la Corporación de Asistencia Judicial o de instituciones dedicadas a la protección de menores, que es designado por el juez (Congreso Nacional de Chile, 2004). Así mismo, en el artículo 69, determina la obligación del juez a estimar la opinión del menor, así como debe desarrollarse en un ambiente adecuado, que no perjudique la salud física y psicológica del menor. Ibidem el artículo 73 de la referida norma establece que se escuchará en la audiencia preliminar, para lo que se le informará sencillamente sobre los temas que debe emitir su opinión y los involucrados en el proceso.

El artículo 242 inciso segundo del Código Civil Chileno de 1855, determina que el juez tendrá como consideración primordial para resolver el interés superior del niño; el tomar en cuenta su sentir conforme a su edad y madurez, lo que conlleva al igual que la legislación ecuatoriana la obligatoriedad de la escucha, determinándose que en caso de omitirse este derecho supone la violación al debido proceso con relación al derecho a la defensa. La Ley de Matrimonio Civil de Chile en el ámbito matrimonial, la disolución, la nulidad y sus efectos, señala que, si están involucrados menores el juez

está obligado a meditar la opinión del menor conforme su edad y madurez y en sus decisiones debe aplicarse el interés superior (Ley 19947, 2004, art.85).

c. Legislación Española

España, siendo parte de la Unión Europea, le es aplicable la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que en su artículo 24, establece el derecho de los niños a expresar su opinión libremente y que la misma debe ser considerada en los asuntos que les afecte en función de su edad y madurez. Así mismo la legislación española de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño (1989), que señala "deben existir las condiciones imprescindibles para hacer efectivo el derecho a ser escuchado y la conexión que existe entre ese derecho y la consideración primordial de su interés superior" (art. 12)

Posee normas especiales para regular este derecho, así en 2021, la Ley de Protección de los Menores-Ley Orgánica 8/2021, expresa que los menores son quienes no ha llegado a los 18 años y en el artículo dos literal b) señala que el interés superior del niño garantiza la participación progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en los asuntos que le conciernen al menor, complementándose con lo previsto en el numeral 5 que señala que para garantizar el interés superior es necesario que el niño sea informado, oído y escuchado.

Al igual que en la legislación ecuatoriana, la española determina los 12 años como la etapa etaria que el menor ya ha adquirido la madurez necesaria para opinar, adicionalmente en el referido país en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria, establece cómo se realizará la escucha por parte del juez y actuario, la misma que se denomina exploración, en la cual es imprescindible la presencia del Ministerio Fiscal que es un representante que velará por el cumplimiento de los derechos de los niños en todas las etapas del proceso incluso cuando existe acuerdo entre los padres, siendo indispensable su presencia. Se determina que de la exploración se realizará un acta por el letrado, cuidando temas referentes a la intimidad del menor y debe ser grabada en audio y video para que conste en el expediente y con esta información se correrá traslado a las partes para garantizar el derecho a la defensa.

Mediante sentencia N.°64/2019, del 19 de mayo de 2019, el Tribunal Constitucional de España (TCE) conoce el pedido de inconstitucionalidad del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015 pues según se afirma existe violación al derecho a la intimidad del menor al redactarse un acta de la exploración y que la misma conste en el expediente, sin embargo, el TCE (2019) afirma que el derecho del menor a ser escuchado es indisponible y que la importancia que conste el acta en el proceso radica, en el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, para garantizar la igualdad de condiciones en la defensa de las partes procesales.

En el artículo 9 de la Ley de Protección de los Menores se desarrolla el derecho a ser oído y escuchado, en el cual se establece que se debe proporcionar al menor la información en un lenguaje sencillo adaptados a las circunstancias respecto del derecho y el ejercicio del mismo para lo cual se hace indispensable estimar la edad y madurez, pues mediante Sentencia N.°413/2014 el Tribunal Supremo Español (2014) señala que la finalidad de realizar la escucha del menor es indagar sobre lo que el niño quiere, logrando con ello la protección de sus derechos fundamentales. Empero la legislación

española cuenta con un equipo técnico, compuesto por profesionales de los ámbitos de la psicología y el trabajo social que intervienen en el acompañamiento de procesos que involucren menores de edad, no solamente en el ámbito civil, sino también penal, en torno a la reparación de la justicia juvenil, esto de conformidad con las Directrices sobre una justicia adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de ministros del Consejo de Europa. Dicho concepto como bien señala Liefaard (2015) aunque surge en el sistema europeo de derechos humanos,

> (…) tiene sus raíces en los derechos internacionales del niño, en particular en el derecho del niño a ser escuchado y a participar, tal como se establece en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como se reconoce en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con la adopción de las Directrices, el concepto de justicia adaptada a los niños ha pasado a formar parte del marco jurídico y político europeo relativo a la posición de los niños en los sistemas de justicia penal, civil y administrativa (p. 905).

Al igual que en Ecuador, España determina que en los casos que no pueda ser escuchado el menor directamente por el juez por la edad, madurez o por circunstancias particulares como casos de discapacidad que requiera apoyo de un profesional o cuando el menor se niega a tener la audiencia reservada se establece la necesidad de la intervención de los psicólogos, trabajadores sociales y médicos para conocer los entornos familiares, sociales y educativos en los cuales se desarrolla el menor, lo que hace indispensable la intervención de los equipos técnicos judiciales (TCE, 2002, Sentencia 221/2002; 2004, Sentencia 71/2004). La legislación de los dos países coincide en varios aspectos como la edad considerada como apropiada para que sea obligatoria la escucha del menor, además que la falta de escucha es una violación a la tutela judicial efectiva, sin embargo la mayor diferencia radica en que en Ecuador no se realiza acta, ni se graba, se deja constancia de la audiencia reservada a través de una razón sentada por el actuario del despacho, pues prevalece el derecho a la intimidad respecto de todos los asuntos en los cuales están involucrados menores de edad respetando la confidencialidad de sus datos y la prohibición de otorgar copias.

Conclusiones

La falta de escucha del menor en los procesos de familia vulnera el debido proceso en garantías como la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, pues como se ha establecido este derecho se encuentra determinado en la legislación ecuatoriana y la normativa convencional, de modo que la falta de cumplimiento desencadena la nulidad de los procesos judiciales por omisión por parte de los jueces de familia, que deciden no realizar la audiencia reservada o en el caso de realizar la diligencia, no valoran los argumentos dados por el menor, lo que violenta el interés superior del menor.

El derecho del menor a ser escuchado, no corresponde al hecho de que el menor exprese su sentir, sino que previo a ello, cuente con la información necesaria, lo que conlleva habérsele explicado lo que significa su derecho a expresar su opinión, debe conocer respecto de los temas que le serán preguntados, qué autoridad va a realizar la escucha, el tipo de trámite en el cual se requiere su opinión, las decisiones que el Juez está facultado a resolver, así como el valor que tiene expresar su opinión ante la autoridad judicial.

La autoridad judicial que escuche al menor debe considerar la edad, madurez y capacidad para que pueda tomar en cuenta su opinión. La edad no se encuentra relacionada con el desarrollo físico y cognoscitivo del menor, sino que dependerá de elementos exógenos, como su nivel educativo, familiar, social y económico (Barudy & Dantagnan, 2005)

La madurez no siempre es igual que la edad, cada persona alcanza el discernimiento en diferentes etapas de su vida, lo que conlleva a comprender el mundo que le rodea y poder valorarlo positivamente, distinguir lo bueno de lo malo, lo injusto. Esto dependerá del entorno donde se desarrolle el niño, y de las diferentes circunstancias al que se exponga y, por último, el menor debe poder expresar un criterio sin manipulaciones, consiente de los pro y contras para expresar sus pretensiones familiares.

La audiencia reservada en asuntos como la tenencia, visitas, custodia familiar es primordial a fin de considerar el sentir de los NNA respecto de sus deseos, aspiraciones, emociones, desde su perspectiva cuál es el cuidado que recibe y cómo son cubiertas sus necesidades [físicas y psicológicas], las habilidades y capacidades que posee cada progenitor que permita determinar por parte de la autoridad judicial el entorno que le garantice un desarrollo saludable.

Referencias

Asamblea Nacional del Ecuador. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial Suplemento N.º 737, 3 de enero de 2003. Última reforma: Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento N.º 506, 17 de mayo de 2024. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9503.pdf

Badia Martín, J., & Esparcia, J. (2021). La gestión de la autonomía de los menores en los procesos de divorcio parental. *Anuario de Psicología/The UB Journal of Psychology*, *51*(1), 1–7. https://doi.org/10.1344/anpsic2021.51.1

Barber Cárcamo, R. (2019). El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. *Revista Electrónica de Derecho de La Universidad de La Rioja (REDUR)*, *17*, 5–21. https://doi.org/10.18172/redur.4492

Barudy, J., & Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos a la infancia: Parentalidad, apego y resiliencia.* Medias Editorial.

Berger, S. (2007). *Psicología del desarrollo: Infancia y adolescencia* (7ma ed.). Médica Panorámica S.A.

Bernuz Beneitez, M. J., & Fernández Molina, E. (2019). La pedagogía de la justicia de menores: sobre una justicia adaptada a los menores. *Revista Española de Pedagogía*, *77*(273), 229-244. https://reunir.unir.net/handle/123456789/10117

Cabrera Vélez, J. (2010). *Interés superior del niño: el adendum a los libros escritos sobre el derecho de menores*. Editorial Jurídica Cevallos.

Carretta Muñoz, F. (2018). El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial. *Revista Chilena de Derecho*, *45*(2), 407–426. https://doi.org/10.4067/S0718-34372018000200407

Castillo Yara, E. (2021). La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano. *Revista Boliviana de Derecho, 32*, 214-235. http://hdl.handle.net/10366/156800

Comité de los Derechos del Niño. (2007). Observación General N.º 10: Los derechos del niño en la justicia juvenil. Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-10-childrens-rights-juvenile-justice

Comité de los Derechos del Niño. (2009a). Observación General N.º 12: El derecho del niño a ser escuchado. Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-12-right-child-be-heard

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación General N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párr. 1)*. Naciones Unidas.

Comité de los Derechos del Niño. (2019). *Observación General N.°24: Derechos del niño en el sistema de justicia juvenil* (sustituye la Observación general N.º 10). Naciones Unidas.

Congreso Nacional de Chile. (2004). *Ley N.° 19.968: Crea los Tribunales de Familia*. Diario Oficial de la República de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230198

Congreso Nacional de Chile. (2004). *Ley N.º19.947. Establece nueva Ley de Matrimonio Civil*. Biblioteca del Congreso Nacional. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=220145

Consejo de la Judicatura. (2021). *Guía del interés superior del niño, niña y adolescente: Aplicación del interés superior en las decisiones judiciales*.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-510/03*. Bogotá, 19 de junio de 2003. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Sentencia N.º 108-15-SEP-CC. Caso N.°0672-10-EP* .Quito, 08 de abril del 2015. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonMWY0OThkZWUtY2M1Zi00ZDQ0LThlNDYtOTgwNWJhZDhmNjg3LnBkZid9

Corte Constitucional del Ecuador. (2019a). *Sentencia N.° 1433-13-EP/19. Caso No. 1433-13-EP*. https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/sentencias-constitucionales/2019/1433-13-ep-19

Corte Constitucional del Ecuador. (2019b). *Sentencia N.° 1943-12-EP/19. Caso No. 1943-12-EP*. https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/sentencias-constitucionales/2019/1943-12-ep-19

Corte Constitucional del Ecuador. (2019c). *Sentencia N.° 2152-11-EP/19. Caso No. 2152-11-EP*. https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/sentencias-constitucionales/2019/2152-11-ep-19

Corte Constitucional del Ecuador. (2019d) *Sentencia No. 935-13-EP/19.* Caso No. 935-13-EP. Quito, 07 de noviembre de 2019. https://www.registroficial.gob.ec/edicion-constitucional-no-26-3/

Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia N.°207-11-JH/20. Caso No. 207-11-JH. Quito, 22 de julio de 2020. https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-207-11-jh-20/

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia N.° 2691-18-EP/21. Caso No. 2691-18-EP*. https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/sentencias-constitucionales/2021/2691-18-ep-21

Cueto Santa Eugenia, E. (2023). La relación entre el derecho a ser oído y la especialización de los operadores jurídicos en la justicia juvenil. *Revista Sobre La Infancia y La Adolescencia*, *25*, 19–33. https://doi.org/10.4995/reinad.2023.16546

Del Moral Ferrer, A. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, *1*(2), 73–99. https://revistas.fondoeditorial.uru.edu/index.php/cj/article/view/pdfdelmoral2007

Galvis, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos.* Ediciones Aurora.

Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. *Revista de Derecho*, *18*, 117–137. https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703

Hernández-Calderón, K. A. y Lesmes-Silva, A. K. (2018). La escucha activa como elemento necesario para el diálogo. *Revista Convicciones*, *5*(9), 83-87. https://www.fesc.edu.co/Revistas/OJS/index.php/convicciones/article/view/272

Liefaard, T. (2015). Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System. *Temple Law Review*, *88*, 905.

Muñoz Ortega, M. L., Gómez Alaya, P. A., & Santamaría Ogliastri, C. M. (2008). Pensamientos y sentimientos reportados por los niños ante la separación de sus padres. *Universitas Psychologica*, *7*(2), 347–356. http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v7n2/v7n2a04.pdf

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Ortega Puente, G. (2022). La audiencia de los niños, niñas y adolescentes. *InDret*, *3*, 289–322. https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i3.10

Ostos, J. M. (2016). *Jurisdicción penal de menores*. Editorial Juruá.

Pareja, O. C. (2024). La audiencia reservada de los niños, en los procesos judiciales de tenencia. *Dominio De Las Ciencias*, *10*(2), 1140–1152. https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/3853

Pérez Rodríguez, M. A. (2011). Técnicas de comunicación creativas en el aula: escucha activa, el arte de la pregunta, la gestión de los silencios. ResearchGate.

Rosado, Y. (2016). *¿Cómo decirle a tu hijo que te vas a separar?* [Archivo de video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=HW1JO6VLV1s&ab_channel=YordiRosado

Rosselli, M. (2003). Maduración Cerebral y Desarrollo Cognoscitivo. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, *1*(1), 125–144. https://doi.org/10.11600/rlcsnj.1.1.336

Tribunal Constitucional Español. (2002). *Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre*. https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4825

Tribunal Constitucional Español. (2004). *Sentencia 71/2004, de 19 de abril*. https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5187

Tribunal Supremo de España. (2014). *Sentencia N.°413/2014, de 17 de septiembre*. ECLI:ES:TS:2014:413. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Unión Europea. (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea, C 364/1. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT

Vargas, E., & Espinoza, R. (2013). Tiempo y edad biológica. *Arbor*, *189*(760), a022. https://doi.org/10.3989/arbor.2013.760n2008

Zenger, J., & Folkman, J. (14 de julio de 2016). *What great listeners actually do*. *Harvard Business Review*. https://hbr.org/2016/07/what-great-listeners-actually-do

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
Las autoras del trabajo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
- Gennyth Patricia Tulcanaza Chávez: Conceptualización, Metodología, Redacción (borrador original).
- Johanna Elizabeth Jiménez Torres: Curación de datos, Análisis formal de datos, Investigación, Redacción (revisión y edición).

Autor de correspondencia
Johanna Elizabeth Jiménez Torres (abjimeneztorres@gmail.com)

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Artículo de investigación
https://doi.org/10.61542/rjch.124

El *certiorari* y las sentencias interlocutorias en el Perú

Certiorari and Interlocutory Judgments in Peru

Dalgir Katherine Mundaca Rodríguez[1]

Autora:
[1]Egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, La Libertad, Perú.
Maestra en Derecho con Mención en Constitucional y Gobernabilidad.
dmundacar1@upao.edu.pe
https://orcid.org/0009-0008-5488-6069

Recibido: 30/01/2025
Aprobado: 27/04/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Mundaca Rodríguez, D. K. (2025). El certiorari y las sentencias interlocutorias en el Perú. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 201- 215.
https://doi.org/10.61542/rjch.124

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

© 2025 Dalgir Katherine Mundaca Rodríguez

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es analizar la viabilidad de implementar la figura del *certiorari* en el sistema jurídico nacional, evaluar los criterios discrecionales empleados en las sentencias interlocutorias y proponer soluciones que garanticen la protección de los derechos fundamentales, especialmente frente a la facultad discrecional de los jueces para avocarse o no al conocimiento de un caso. Para ello, se ha empleado una metodología de análisis doctrinario y jurisprudencial. Se destaca la importancia del *certiorari* como mecanismo que permite al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional seleccionar los casos que revisten relevancia constitucional o jurídica, optimizando así sus funciones jurisdiccionales. Aunque esta figura se ha desarrollado principalmente en sistemas de *common law*, su eventual aplicación en un sistema de *civil law*, como el peruano, ha generado debate doctrinario. No obstante, su implementación podría contribuir al fortalecimiento del rol institucional de los órganos jurisdiccionales superiores, permitiendo un uso más racional de los recursos, garantizando el respeto de los principios procesales, promoviendo la celeridad y previsibilidad de los procesos, y reduciendo significativamente la carga procesal.

Palabras clave: *Certiorari*; Sentencias interlocutorias; Corte Suprema; Tribunal Constitucional; Principios Procesales.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the feasibility of implementing certiorari in the national legal system, evaluate the discretionary criteria used in interlocutory judgments, and propose solutions that guarantee the protection of fundamental rights, especially in light of judges' discretionary power to decide whether or not to hear a case. To this end, a doctrinal and jurisprudential analysis methodology has been used. The importance of certiorari as a mechanism that allows the Supreme Court and the Constitutional Court to select cases of constitutional or legal relevance, thus optimizing their jurisdictional functions, is highlighted. Although this concept has been developed mainly in common law systems, it's possible application in a civil law system, such as Peru's, has generated doctrinal debate. Nevertheless, its implementation could contribute to strengthening the institutional role of the higher courts, allowing for a more rational use of resources, guaranteeing respect for procedural principles, promoting the speed and predictability of proceedings, and significantly reducing the procedural burden.

Keywords: *Certiorari;* Interlocutory sentences; Supreme Court; Constitutional Court; Procedural Principles.

Introducción

Actualmente se ha olvidado cuál es el rol y la función de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional (TC), ingresando a sus despachos excesivos casos como si estuviésemos frente a una cuarta instancia y que muchos de esos casos no son trascendentales para su conocimiento, es ahí donde éstos Tribunales van dejando de tener fuerza jurídica, perdiendo credibilidad y confianza en la sociedad puesto que ya no se ven representados, resguardados y salvaguardados sus intereses y derechos fundamentales, porque los juzgadores no centran su atención en aquellos casos trascendentales y no se avocan a su rol de intérprete y unificador de jurisprudencia, vulnerando así diversos derechos constitucionales y procesales.

En efecto, el problema que se aborda es si ¿La implementación del *certiorari* en el TC y la Corte Suprema, contribuye a que cumplan su rol y función resguardando los principios procesales?

Entre los trabajos más significativos que tiene relevancia con la pregunta de investigación tenemos a Perícola & Lauhirat (2020) quienes indican que el empleo del *certiorari* o mecanismo procesal es adecuado y permite que la más alta instancia concentre sus recursos y atención en controversias con trascendencia que no solo sea de interés para las partes, sino que se proyecte a una la comunidad, es así como el máximo Tribunal da cara a la sociedad democrática con su capacidad institucional para decidir bien y esto ayudará a no entorpecer su función de interpretación y control constitucional. Este argumento es totalmente trasladable al contexto nacional peruano o a cualquier otro sistema porque, el *certiorari* y la función de todo alto tribunal no discrimina sistemas, sino por el contrario toda sociedad exige cambios o mejoras procesales por medio de mecanismos idóneos y a su vez exige un tribunal que se encuentre con la más alta investidura jurisdiccional utilizando la racionalidad en los casos que va a examinar con la finalidad de no entorpecer el correcto ejercicio de sus atribuciones en aquellos asuntos que le corresponde.

En la misma línea a Quispe Cornejo (2017) concluye que, al TC para facilitar sus funciones monofilácticas y se avoque a la interpretación constitucional, resultado ineludible la incorporación del *certiorari* como un mecanismo idóneo.

La descripción que hace Gómez-Palacio (1999) cuando se hace referencia a aquellos casos que sean importantes y que tengan trascendencia, define el termino importancia como el establecimiento de aquellos criterios para que proceda, ya sea cuando se refiera a los criterios de admisión o de procedimiento, en donde se debe analizar si la queja o argumentos son deficientes o si son excepcionales o extraordinarios de especial interés y cuando menciona al término trascendente indica que es cuando el pronunciamiento tenga efectos que sean prominentes y destaquen en materia constitucional, aquí cabe resaltar que no son aquellos casos de los cuales ya existe jurisprudencia sobre el tema constitucional que se plantea. Esto responde a que el Tribunal sí debe reservar sus facultades a conocer de aquellos casos de importancia y transcendencia.

El objetivo general es determinar la implementación del *certiorari* en nuestro sistema jurídico y analizar los criterios discrecionales de las sentencias interlocutorias; como objetivos específicos debemos analizar los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law*, analizar el *certiorari* en la doctrina internacional y nacional, y estudiar las sentencias interlocutorias.

Estos objetivos propuestos buscan determinar la implementación del *certiorari* en sistemas de *civil law*, si bien en este sistema predomina la codificación también es cierto que, no todo resulta ser así. En la práctica jurisprudencial existen diversos mecanismos de los cuales no todos han sido codificados; por lo que, su implementación no requeriría una base legal, una reforma constitucional o una modificación legislativa; porque,

serían los mismos jueces del TC y de la Corte Suprema quienes en su vocación de servicio a la sociedad con imparcialidad, independencia, objetividad y en defensa de la justicia; determinarán cuáles serán aquellos criterios específicos que se aplicarían para seleccionar los casos, mencionados en el primero caso mediante una sentencia interlocutoria y en el segundo caso mediante un Pleno vinculante. Así mismo, uno de los criterios para la denegatoria es cuando existan casos que no revistan la importancia y trascendencia, otro criterio se enfocaría en la restricción eso es sólo para casos excepcionales, notorios e indudable su improcedencia y otro criterio a tener en cuenta es que cuando predomine la duda en caso de conflicto en su procedencia se opte por el *certiorari* positivo esto es, la aceptación de la petición; con la finalidad de evitar arbitrariedades. Estos criterios se complementan con los mencionados en el Expediente 00987-2014-PA/TC, el cual será más adelante materia de estudio. Entonces, la selección de casos iría más allá de las partes, es así como el TC y la Corte Suprema van a reducir el ingreso de expedientes y tendremos mayor celeridad procesal y unificarán criterios.

En la actualidad, el mecanismo del *certiorari* en el sistema peruano no existe y la gran mayoría de casos son atendidos y se les exige a los jueces cumplir con el plazo procesal que no concuerda con la realidad, puesto que a mayor ingreso de casos cada año, continúa el mismo plazo y la solución no es extenderlos más, ni crear un sin fin de salas; sino, apoyarnos en un mecanismo como el *certiorari* que hace falta.

En ese sentido, se ha examinado por medio del método científico nuevos conocimientos y absolviendo interrogantes de la implementación del *certiorari* en nuestro ordenamiento jurídico utilizando a su vez la metodología doctrinaria y jurisprudencial recopilando y sustentándose en fuentes bibliográficas y en jurisprudencia como en el caso de las sentencias interlocutorias.

En la praxis, la aplicación del *certiorari* debe verse reflejada respetando los principios procesales y los derechos constitucionales, esto se va a lograr cuando sea el mismo TC por medio de una sentencia interlocutoria y la misma Corte Suprema por medio de un pleno vinculante, quienes determinen los criterios de denegatoria frente a un caso de *certiorari*, pero estos criterios deben establecerse acorde a los principios procesales y los derechos constitucionales; de esta manera en la práctica los Tribunales cuando apliquen esta potestad discrecional van actuar conforme al interés general y la vigencia de los derechos constitucionales.

Por lo señalado, la presente investigación está destinada a contribuir al sistema judicial, al litigante, a la sociedad y a todo lector en implementar un mecanismo discrecional como es el *certiorari* para concentrar la competencia del TC y de la Corte Suprema en aquellos casos de gran trascendencia jurídica y social, mereciendo nuestra sociedad un proceso justo garantizándose los principios procesales y salvaguardando los derechos constitucionales; esto no sólo genera mayor doctrina e investigación para el lector; sino que, también impulsa al sistema judicial a su pronta implementación.

1. El *Common law*

Se llama también según Torre (1957) derecho angloamericano o anglosajón porque el derecho de los ingleses, estadounidense y canadiense tienen semejanza entre ellos. En el derecho estadounidense nunca fue igual al inglés por las diferencias que existe en la organización constitucional.

Para González Martín (2006) el régimen constitucional inglés en comparación con los sistemas del continente europeo; es distinto en cuanto a su estructura. Los jueces anglo-estadounidenses tienen mayor potestad y rige el *stare decisis* en donde las decisiones se acatan, entendiéndose que los fallos de un tribunal son imperativos para todas las instancias.

Es preciso mencionar que es inevitable las transformaciones sociales en todo país y se debe encaminar la jurisprudencia de acuerdo a las adecuaciones sociales, pero siempre observaremos que predomina el carácter tradicionalista en los jueces anglosajones acatando los precedentes de acuerdo al principio de obligatoriedad de aquél y suelen ser sumamente más estricto a diferencia del estadounidense en donde existen mecanismos como *distinguishing* y el *overruling*, que permiten apartarse de los criterios o precedentes establecidos previamente.

2. El *civil law*

Se origina con el derecho cuando los germanos invadieron el imperio de roma de occidente, aquellos implementaron normas que se regían por el derecho consuetudinario al no tener un código legislativo, influyendo principalmente en el derecho procesal civil garantizando la defensa de sus derechos.

En LP - Pasión por el Derecho (2022) hacen una reseña histórica del *civil law* en el derecho romano con la codificación de sus leyes y se tenía la idea que, cuando el juez resuelve no crea derecho, sino que lo aplica, ya que es creado por ley y respecto de los precedentes son obligatorios, pero pueden apartar de ellos.

El dilema que nos toca dilucidar, si es posible implementar una figura jurídica procesal que nace en la jurisprudencia del *commom law* al sistema jurídico del *civil law*, con el devenir de la historia jurídica hemos sido testigos de las diversas normas o figuras jurídicas que hemos copiado e incorporado en nuestro ordenamiento, por lo que dicha realidad no nos es ajena

Para Landa (2003) las decisiones del Tribunal Supremo son vinculantes y se aplica el *stare decisis* que versa sobre el cumplimiento obligatorio para todos, este es un claro ejemplo de cómo hemos incorporado al derecho procesal figuras jurídicas de otros sistemas como el *common law*.

Sostiene García Belaunde (2017) que en el caso del *stare decisis* se incorporó en el Perú con la ley 23506 en el año 1982 siendo el pionero que incorpora en el derecho positivo el concepto de precedente, en la actualidad desde mayo del 2004 se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; entonces, llegamos a la conclusión de la posible incorporación del *certiorari* de origen de sistemas de *common law* a nuestro sistema de *civil law*

3. El *Certiorari*

Ahumada (1994), nos recuerda que el *certiorari* es llamado en el derecho inglés *statutory writ of certiorari* ó *certiorari* de base legal, controla el acceso a la apelación y se presente ante una alta Corte quien decide acoger el caso o no.

Para Oteiza (1998), citando a Terence, explica que, el proceso del *certiorari* inicia con la presentación directa a la Suprema Corte solicitando éste al tribunal inferior el envío del expediente, pero su procedencia no es obligatoria por la facultad discrecional que posee.

La denegatoria del *certiorari*, está relacionada por el elevado ingreso de casos; sin embargo, se debe priorizar los más transcendentales, en este sentido sería inconstitucional enfocarse en el criterio de límite de casos; es decir, determinar un número de casos que atenderá cada sala, lo cual es imposible, puesto que prevalece la justicia y el debido proceso para evitar el supuesto que, se deja de atender un caso que realmente amerite ser visto por un Tribunal; por lo que, en la praxis esto se puede evitar estableciendo una correcta distinción de aquellos casos que revisten importancia y trascendencia, frente a los otros que no ameritan su atención y para

lograrlo es necesario una mayor precisión en los criterios en la denegatoria del *certiorari* que se establezcan en las sentencias, tanto interlocutoria del TC y en el Pleno vinculante de la Corte Suprema, las cuales deben ser predecibles y fundamentadas.

3.1. La implicancia de las normas en el certiorari

Dentro del contexto normativo peruano existen normas que favorecen la aplicación del *certiorari*; tenemos principalmente al actual Código Procesal Civil, Art. V y X, normas del Título Preliminar que hacen referencia al principio de economía procesal y principio de celeridad procesal y al principio de doble instancia, respectivamente. Estos principios facilitan la implementación del *certiorari* porque al ser discrecional el Tribunal, los procesos ordinarios van tener un proceso célere y menos costoso, de esta manera se eliminará aquellos procesos con actuaciones de las partes o sus defensores que pretenden hacer un proceso largo para ganar tiempo y el cual resulta ser costoso; fortaleciendo la confianza en la judicatura de los jueces superiores y se respete la doble instancia.

Otro principio es el de motivación de las resoluciones judiciales regulado en el inciso 5 del artículo 139º y el principio de proporcionalidad regulado en el último párrafo del artículo 200º ambas de la Constitución Política del Perú (Rioja, 2021). En este punto se debe recordar que el *certiorari* es un mecanismo que nace con una finalidad discrecionalidad, a diferencia del proceso ordinado o constitucional en donde se obtiene una motivación escrita; por tanto; este principio no se vería vulnerado dentro de dichos procesos al implementar el *certiorari* puesto que este mecanismo discrecional es sólo para aquellos casos excepcionales y trascendentales, no ameritando la motivación de sus resoluciones. Sin embargo, consideramos que el *certiorari* sí cumple con el Principio de Motivación de las resoluciones judiciales puesto que la finalidad es que el TC emita una Sentencia Interlocutoria y la Corte Suprema emita un Pleno Vinculante, en donde por única vez sí motiven y detallen los requisitos por los cuales deniega la solicitud por medio de *certiorari* y en los casos posteriores sólo se pronuncien indicando el criterio por el cual sustentan su negatoria, entonces, no es necesaria la motivación porque se encuentra en las sentencias que dieron su origen.

Por último, en el mismo código procesal tenemos el artículo 400º que establece el principio de carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial; en donde se evidencia que la implicancia positiva en la implementación del *certiorari* es que permitirá que sus sentencias sean vinculantes para diversos casos análogos y a su vez que estos altos Tribunales cumplan con su finalidad de crear y unificar jurisprudencia. Por lo que, al no existir normas que puedan limitar la aplicación del *certiorari*; entonces, no habría la necesidad de modificar ninguna norma para facilitar su implementación.

3.2. La influencia del Certiorari en la doctrina internacional

Para remontarnos a la Corte Suprema Norteamericana, citamos a Sedlacek (2021), nos ilustra que la mencionada Corte a fines de 1800 tenían una excesiva carga de casos ingresados; para 1890 ya se encontraban aproximadamente retrasados unos tres años.

En 1891, con el incremento e incontrolable ingreso de expedientes se crea las Cortes o Cámaras de apelación de los Estados Unidos autorizándose a la Corte Suprema a que parcialmente ejercite la jurisdicción discrecional del *writ of certiorari* facultándola con la potestad de rechazar recursos en forma discrecional en algunos casos, la cual fue limitada respecto a la amplitud con que se legisló en el año 1922 porque se sanciona

con *Judiaciary Act*, en base a ello cambian la forma en que resuelve las Corte dándole potestad para que revise los asuntos judiciales que tengan importancia nacional y no la del tribunal que revise de manera general los casos de competencia federal. Esta ley fue sancionada tres años más tarde y el *writ of error* se llama *writ of certiorari*.

El *certiorari* aparece en Argentina hace muchos años atrás, aplicándose al recurso extraordinario de acuerdo al apartado 280º del Código Procesal Civil y Comercial, pero no trazó parámetros en la determinación de los casos que pueden ser vistos.

Cómo argumento adicional, la Convención Americana sobre de Derechos Humanos [CADH] (1969) protege a la tutela judicial efectiva, refiere que el ejercicio discrecional de la Corte debe ser sana y de acuerdo a ley. El autor también menciona que se debe tener clara las reglas de juego y que la Corte razonablemente sin ir más allá de sus funciones, otorgue la seguridad jurídica necesaria, sin excesos.

La Suprema Corte de Estados Unidos comenta De La Mata (2018) que consta de nueves jueces, quienes al emplear el método de selección esto es, el *certiorari* han tenido optimas respuestas de expedientes resueltos cada año, logrando establecer jurisprudencia y conseguir una democracia.

Por otro lado, en México nace el llamado *certiorari* electoral, la Corte logró ampliar los supuestos que podía conocer que ameriten ser de interés fundamental y relevantes, permitiendo construir doctrina jurisprudencial y la sala Superior ha dado un paso adicional para que ello sea efectivamente posible.

Al *certiorari* estadounidense Gilsanz (2016) lo compara con el recurso de casación civil español indicando que, no es un recurso y en el sistema español sí opera el recurso de casación. Respecto de la cuantía, no es un criterio para acceder al *certiorari*, pero ha determinado que si la cuantía resulta ser elevada termina siendo un elemento clave para admitir la solicitud.

En Bolivia, Arias López (2011) no hace mucha referencia al *certiorari*, sin embargo, considera necesaria su incorporación puesto que menciona el difícil manejo adecuado de la jurisprudencia por la gran cantidad de sentencias constitucionales existentes.

Menciona Hernández Denton (2018) respecto del Tribunal Supremo de Puerto Rico que, se han ido apartando de los criterios que los regían, hoy el *certiorari* es un recurso apelativo que garantiza una respuesta, este recurso ha ido desarrollándose jurisprudencialmente y en la actualidad está incorporado en la ley después de una reorganización del sistema judicial, habiéndose reglamentado los requisitos formales del *certiorari*.

En Chile, Llanos Sagristá (2020) considera que la Corte Suprema debería tener la discrecionalidad de seleccionar casos como en el certiorari, siendo el ámbito de competencia de la Corte Suprema y no el de resolver toda clase de conflictos en la que actúa como tercera instancia, por lo que a la actualidad no ha tenido éxito la incorporación del *certiorari*.

3.3. La influencia del Certiorari en la doctrina nacional

En Perú, para Torres Vásquez (2019), el recurso de casación no está correctamente implementado y lo sustenta en dos extremos, el primero que cualquier causa con relevancia o no, puede llegar a la Corte Suprema; el segundo que el sistema judicial se llena de beneficio económico por cada tasa judicial que se paga por ingresar el recurso de casación, perjudicando la economía de los litigantes sumando que más del 90% de casos suelen declararse improcedente y otros no son resueltos por la elevada carga procesal.

Menciona Figueroa Gutarra (2014) que la Corte Suprema se encuentra integrada por 7 Salas, superando en el año 2012 la cantidad de 23865 procesos, adoleciendo de plenos jurisprudenciales, por lo que resalta la importancia del *certiorari* en el fortalecimiento de la jurisprudencia porque existiría mayor número de plenos que lograrían fijar criterios uniformes.

Refieren Cesar San Martín et al. (2007), que el *certiorari* funciona en Estados Unidos porque tiene una Corte Suprema con dinámica distinta, con un estado federal con competencia que muchos casos no llegan a la Suprema, es por esta razón que puede escoger el conocimiento de un caso o no, pero refiere que la realidad peruana es diferente, acepta que necesitamos un mecanismo que sea discrecional, pero acercado a un *certiorari* negativo tomado en un principio como un plan piloto. Antes de implementar el *certiorari*¸ se debe tener claro el rol que debe cumplir la Corte Suprema, puesto que no es un tribunal de instancia; sin embargo, en la práctica termina siendo lo contrario, porque con la cantidad de casos que la aborda no cumple la función rectora de la jurisprudencia del ordenamiento.

3.4. El Principio de discrecionalidad judicial en el sistema judicial peruano

Ahumada (1994) respecto del principios de discrecionalidad judicial se encuentra en manos del Tribunal el gran poder de seleccionar entre tantos casos que reclama la multitud, la discrecionalidad tiene como requisito poner atención en elegir aquellos casos que van a permitir al Tribunal desempeñar de manera óptima su función institucional y esta elección tenga como finalidad un impacto que trascienda los límites de controversias particulares.

Para Torres Vásquez (2019), la facultad discrecional es conocida en el *certiorari* y se emplea dicha potestad para casos que revistan gravedad e importancia general, es decir solo los que tengan carácter general en la sociedad o gubernamental, declarándose admisible o no, evitando motivar su decisión porque no se trata de una instancia y las partes no tiene un derecho ganado para ser revisadas sus pretensiones; siendo únicamente una potestad del Supremo Tribunal en seleccionar los casos para su conocimiento.

El Código Procesal Civil de 1992, en su Art. 392º-A, prevé que el principio de discrecionalidad judicial se aplica en el sistema judicial peruano por medio del presente artículo, la citada norma está influenciada por la institución del *certiorari* en cumplimiento del artículo 384º y 388º del mismo cuerpo normativo, pero no es tanto así porque el *certiorari* original del sistema *common law* es totalmente distinto; quizá se intentó plasmar una figura jurídica con algunas características de ella. Por ejemplo, no se encuentra regulado dicha discrecionalidad para todas las materias del derecho, esta discrecionalidad es tímidamente usada en la práctica y adicional a ello todas las resoluciones son motivadas generando de igual manera tiempo adicional incluso para aquellas que son desestimadas.

Así, Cárdenas (2015) resalta que:

> El artículo 392-A regula la procedencia excepcional del recurso de casación, lo que se sustenta en la necesidad de contar con una Corte Suprema como institución promotora de patrones de conducta; en ese sentido, la corte tiene la facultad de admitir un recurso de casación pese a no cumplir con alguno de los requisitos de fondo del recurso. (p.222)

Por tanto, las implicancias al introducir el *certiorari* en la práctica judicial no sería algo novedoso y tampoco perjudicial, como es de verse nuestro ordenamiento jurídico tímidamente está aplicando cierta discrecionalidad en nuestro Tribunal Supremo y sin remontamos años atrás el Principio de discrecionalidad tomó

poder en el TC con la inserción de *certiorari*. Entonces, las implicancias serán positivas y beneficiosas para nuestro ordenamiento jurídico mejorando la responsabilidad de quienes tienen a cargo la gestión administrativa de justicia, transformando culturas burocráticas por nuevos valores de gestión enfocados en los administrados para una orientación hacia la calidad.

Y si reflexionamos sobre la eficiencia judicial que se obtendría al implementar al *certiorari* frente al desasosiego que se podría generar por resguardar el debido proceso, podemos decir que, no traerá consigo abusos o arbitrariedades, puesto que, responde a expectativas ciudadanas.

Por su parte, Jiménez (2008) afirma:

> La administración pública debe moverse también a través de criterios de orden político; en ese sentido no todo es eficacia y eficiencia. Se debe tener una base democrática que fije la legitimidad. Se trata de un sano equilibrio, en donde se configure la necesidad de que exista democracia con la eficacia y eficiencia. Ello se concreta con lo que modernamente se conoce como gobernabilidad, que implica el legítimo del poder, pero considerando la estructuración de políticas públicas que se ejecuten de manera razonable y con aceptación ciudadana. (pp. 443-444)

Esto ha sido la superación de aquel modelo burocrático, asumiendo una labor más flexible sin desconocer el ordenamiento y sus normas, se plantea un modelo más dinámico generando nueva cultura al mismo ritmo que la necesidad social va evolucionando y no es estática sino dinámica y el sistema judicial debe ir de la mano con ella. Y tal como ha quedado demostrado las implicancias de las normas en el *certiorari* y viceversa, tienen un enfoque positivo evitando la vulneración a los principios rectores y que por tanto estos impulsan a su urgente su implementación.

3.5. Análisis de diferentes actores en la implementación del certiorari

A partir de un análisis más cercano a especialistas en el tema, respecto al impacto y los posibles perjuicios que generaría la regulación del *certiorari* frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos y cómo afectaría en el acceso a la justicia y la protección de los derechos en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho, se pudo apreciar:

- **Hakansson** (comunicación personal, 2024), señala que la preparación judicial para el cambio y firmeza que debe existir para declarar que el caso está cerrado, siendo así se ha realizado la justicia del caso concreto en sentencia de segunda instancia. Los Principios de economía, celeridad, doble instancia y motivación son principios que se realizan y refuerzan con la aplicación del *certiorari*. Por otro lado, el *certiorari* conforma lo decidido en los acuerdos plenarios que unifican los criterios jurisprudenciales. Y considera que los Principios Constitucionales y Procesales no se ven vulnerados con su aplicación.
- **Figueroa Gutarra** (comunicación personal, 2024) considera que si hubiese perjuicios pueden ser manejados fijándose reglas de discrecionalidad para la selección de expedientes. Así se evita una aparente excesiva subjetividad. Respecto del impacto sobre los derechos fundamentales, manifiesta que entre los Principios que fundamentan su regulación es el Principio de economía procesal, el Principio de celeridad procesal, y entre los Principios que se afectaría con su implementación sería el Principio de la Doble instancia y esto lo justifica porque la idea de instancia no debe ser excesivamente amplia. El *certiorari* ayudaría a manejar una noción más equilibrada.

- **Astete** (comunicación personal, 2024) menciona que con la implementación del *certiorari* no se generaría perjuicios porque el *certiorari* debe ser una potestad libre de los jueces sin regulación legislativa y beneficiaría en el Principio vinculante de la doctrina jurisprudencial y en la Uniformidad en el derecho.

Por tanto, podemos decir que el impacto de esta medida sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos es positivo pues los hace viables y el acceso a la justicia y la protección de los derechos en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho se verían resguardados y respaldados, concluyendo todos los especialistas que están de acuerdo con su implementación porque sí representa un mecanismo idóneo.

Simultáneamente, los posibles riesgos de aplicar el *certiorari* respecto de la posible discrecionalidad excesiva de los jueces o la falta de garantías para litigantes con causas legítimas.

Los riesgos al aplicar el *certiorari*, como la posible discrecionalidad excesiva de los jueces, se puede evitar si los criterios de la negativa del *certiorari* se aplique de manera excepcional evitando ser generalizada a tal manera que excluya la posibilidad de analizar el fondo de los casos y así también se evitaría poner una barrera de acceso a las garantías para los litigantes con causas legítimas, por eso es primordial que exista suma precisión en los criterios de aplicación y se exhorta que sus resoluciones sean predecibles y fundamentadas, para impedir resoluciones arbitrarias, su interpretación sea restrictiva y para aquellos casos en los que dicha improcedencia sea evidente y no existan dudas razonables.

4. Las sentencias interlocutorias

A tenor de Fernández (2001, citado en Hierrezuelo Conde, 2007) las sentencias interlocutorias yacen años atrás y nos muestra el procedimiento inquisitorial en la época medieval; así mismo, expone que existían dos tipos de sentencias las interlocutorias y definitivas. Respecto de las interlocutorias, se dividían en sentencia de tormento, que buscaba descubrir la verdad como medio de prueba y en las sentencias de prueba el promotor fiscal requerías de las correspondientes pruebas. Agrega, que las sentencias no tenían el carácter de cosa juzgada y revisables. En la apelación, el Tribunal Superior al que conoció del caso, realizaba un nuevo examen y también podían ser revisadas por súplica.

Era viable presentar un recurso de apelación, en la época medieval; sin embargo, en tiempos posteriores no se llegó a permitir. En las sentencias interlocutorias sí era posible la apelación, denegándose en las sentencias definitivas.

4.1. Las sentencias interlocutorias en el Tribunal Constitucional

En el Perú, entre los años 2005 al 2021 el TC emitió sentencias interlocutorias que establecieron criterios para la aplicación del *certiorari*.

En 2006 se estableció un precedente vinculante normativo de observancia obligatoria con el caso de un proceso constitucional de hábeas corpus, aplicando el *certiorari*. El TC (2006), en la sentencia del Exp. N.°2877-2005-PHC/TC, en el considerando 28 establecía que, aparte de las prescripciones formales precisadas por el artículo 18°, considera que la Sala encargada del análisis de procedencia pueda actuar sobre la base de nuevos cánones de análisis ex ante del Recurso de agravio constitucional (RAC), instándose en los siguientes aspectos: la posible acumulación de casos idénticos como la identificación de vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; revisión de las demandas manifiestamente

infundadas; evaluación de los casos en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales. Finalizando el pronunciamiento con la no procedencia del recurso y se fundamentó en los numerales 15, 22, 24, 25, 28 y 31 los que se establecieron como precedentes vinculantes normativos y de observancia obligatoria (pp. 25, 28-29).

En el año 2014, el TC estableció otro precedente vinculante en el Exp. N.°00987-2014-PA/TC, con criterios plasmados en el considerando 49, precisando que cuando no se fundamente la alegada vulneración de la pretensión, el derecho que se invoque no tenga trascendencia de rango constitucional y contradiga algún precedente que sea vinculante del mismo Tribunal y por último cuando anteriormente dicha pretensión en casos iguales ya hayan sido desestimados; estas sentencias se emitirán sin más trámite alguno.

Posteriormente, entre los años 2017 al 2021 se emitieron diferentes sentencias interlocutorias por el TC, muchas de ellas con votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ferrero Costa; cada uno en el contenido de sus fundamentos reiteraban su posición, manifestando que se estaba desvirtuando los criterios por el cual el considerando 49 fue declarado como precedente vinculante, el cual era de aplicación sólo para casos muy excepcionales y afirman que no se creó para que su finalidad sea laxa, amplia y genérica, lo mencionado porque en aquellos años las sentencias que se emitían eran elegidas de una manera discriminada al declarar la improcedencia; por lo que, al encontrarse frente a la desnaturalización y mala praxis de aquellos otros magistrados, dan un paso al costado y se apartan de aquellos pronunciamientos. (TC, 2017, Exp. N.°00077-2016-PC/TC)

El magistrado Ferrero Costa, en su considerando 6to, afirma que para acceder al TC se debe realizar por la vía del c*ertiorari* y explica que a éste órgano ingresan los procesos cuando es el agraviado quien no pudo obtener protección a su derecho en instancias del Poder Judicial, entonces si lo que está en litigio es que se ve amenazado un derecho constitucional entonces la única vía que corresponde es por medio del *certiorari* para que sea el TC quien se pronuncia al caso en concreto; pero sólo se da apertura por esta vía si se permite que el presunto agraviado pueda colaborar con los magistrados por medio de un minucioso estudio de la pretensión y lo que se invoca. Continúa en el considerando 16 y refiere que las sentencias que son interlocutorias se están emitiendo en su contenido de manera imprecisa y amplia por lo que considera que deben ser aclaradas, justificadas para lograr concretar el supuesto específico para saber en qué casos se va aplicar, porque el omitirlo y no justificar se convertiría en arbitrario afectando el derecho a la defensa de ser oído con las garantías que la resguardan, dejando un camino a que se tomen decisiones subjetivas e impredecibles, viéndose afectado de manera individual o colectivo los integrantes de la sociedad en virtud que van a tener que adivinar lo que el Tribunal resolverá al presentar su demanda. (TC, 2017, Exp. N.°00077-2016-PC/TC).

En el caso de la demanda de amparo interpuesta contra la Municipalidad Distrital de Huaura, tanto el inciso b) del considerando 49 de la sentencia correspondiente al expediente N.º 00987-2014-PA/TC, como el artículo 11 del Reglamento Normativo del TC, sirvieron como fundamento para declarar improcedente el recurso de agravio. Sin embargo, el voto singular del magistrado Ferrero Costa —en sus considerandos 6 y 16— expone con claridad la figura del *certiorari*, la naturaleza de la sentencia interlocutoria y los derechos fundamentales de defensa que se ven comprometidos. En tal sentido, el magistrado sostiene que los criterios establecidos en las sentencias interlocutorias deben ser objeto de aclaración, justificación y aplicación concreta en supuestos específicos, a fin de precisar en qué casos corresponde su invocación. Por su parte, el voto singular del magistrado Blume Fortini —en los fundamentos 9 al 12— advierte que la STC N.º 00987-2014-PA/TC debe interpretarse

restrictivamente, aplicándose únicamente en situaciones excepcionales, evidentes y de indudable improcedencia. No obstante, denuncia que dichos criterios están siendo utilizados de manera amplia y desnaturalizada, aplicándose indiscriminadamente a cualquier causal, lo que compromete su finalidad original (TC, 2021a, Exp. N.º 00119-2018-PA/TC).

Del estudio de las diversas sentencias interlocutorias emitidas dentro de los años 2017 al 2021 se puede visualizar que los magistrados mantienen una línea de criterio en todos sus pronunciamientos declarando improcedente en mayoría de votos y siendo constante los dos votos singulares.

Así, Lizarzaburu (2019) realizó una evaluación de las sentencias interlocutorias denegatorias durante el año 2017 por el TC peruano, llegando a la conclusión que resolvían sin mero trámite y que este hecho vulneró el ejercicio a la tutela judicial efectiva y diversos derechos fundamental.

Por ejemplo, tenemos el RAC del proceso de amparo que se declaró infundada su demanda sobre nulidad de la resolución 39, del 14 de marzo de 2014, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró infundada su demanda sobre nulidad de resolución administrativa del expediente 828-2009 (TC, 2018, Exp. N.°02141-2016-PA/TC).

Otro ejemplo, es el RAC de un proceso de amparo en donde se declara la nulidad de la Resolución 1018-2013-JNE, de 12 de noviembre de 2013, emitida por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (TC, 2019b, Exp. N.°01856-2016-PA/TC).

También, tenemos al RAC en el proceso de amparo en el cual se solicita que se ordene a la Asociación Sociedad Obreros de la Unión reconocer su derecho al pago del beneficio de la póliza mortuoria que le corresponde por el fallecimiento de su conyugue don Carlos Alberto Sierra Pérez. (TC, 2019a, Exp. N.°01763-2016-PA/TC)

Y por último tenemos un caso de hábeas corpus, en donde el Tribunal considera que no es un caso trascendental y no se ha constatado tales hechos alegados por tanto se declara improcedente (TC, 2021b, Exp. N.°01907-2021-PHC/TC).

De este modo, si bien reiteradamente se ha tenido en cuenta los considerandos 6 y 16 del voto singular del magistrado Ferrero Costa y los considerandos 9 al 12 del voto singular de Blume Fortini, porque se pronunciaron bajo el mismo criterio en todas las sentencias interlocutorias. Cuando el TC peruano expidió el precedente vinculante normativo que es de observancia obligatoria con la finalidad de establecer la sentencia interlocutoria denegatoria, a nuestro parecer intentó establecer un tipo de *certiorari*, que conlleva a declarar improcedente los recursos de agravio constitucional, conforme los requisitos mencionados de acuerdo al Expediente N.°00987-2014-PA/TC; sin embargo, lo que buscó el TC en su momento fue que los procesos que no cumplen específicamente tales requisitos para su conocimiento deberán ser desestimados, pero de manera excepcional y no general o deliberada y poco garantista como se dio en su momento. Si bien es cierto, se puede visualizar para la reducción paulatina de la carga en los procesos en curso ante el TC; también es cierto que todo lo descrito y aprendido se puede aplicar para la Corte Suprema de Justicia del Perú.

4.2. La Ley 31307

Posterior a la sentencia del Exp. N.°01907-2021-PH-TC (TC, 2021b); no se visualiza ningún otro pronunciamiento de alguna sentencia interlocutoria. Esta ausencia se explica por la entrada en vigencia del Nuevo

Código Procesal Constitucional, cuya promulgación - a través de la Ley N.°31307- incorporó en su artículo 6 una prohibición expresa contra el rechazo discrecional de las demandas en los procesos constitucionales. Esta disposición busca fortalecer las garantías del debido proceso y limitar el uso arbitrario de criterios de admisión (Congreso de la República del Perú, 2021).

Adicionalmente, la ausencia de los pronunciamientos de las sentencias interlocutorias en dónde rechazaban los procesos declarándolos improcedentes, también se debe por la demanda de inconstitucionalidad contra Ley N.°31307, la que fue declarada infundada, precisando en los considerandos 35 al 94 del fundamento 3, que la negativa de rechazar discrecionalmente las demandas es constitucional en aquellos procesos que se tutelan derechos constitucionales y que se encuentran establecidos en el artículo 6 del Código Procesal Constitucional (TC, 2023, Pleno. Sentencia 47/2023).

Siendo éste el quiebre de las sentencias interlocutorias que declaraban improcedente las demandas constitucionales, resultando a la fecha no aplicable. Por lo que, como es de verse el TC ya no emite sentencias interlocutorias con base del *certiorari* porque de acuerdo al análisis realizado los magistrados posteriores a los que emplearon el criterio y fundamentos para rechazar las demandas de manera excepcional, desvirtuaron la finalidad. Sin embargo, consideramos que sí resulta un mecanismo idóneo y proporcional porque resulta compatible con nuestro sistema del *civil law* pues en su momento sí resultó eficaz, entonces, no depende de su esencia del *certiorari* sino de los propios magistrados que sepan llevar de manera eficiente los mecanismos que se implementen y resulta que si fue incorporada en el TC también es necesaria su incorporación en el Tribunal de la Corte Suprema que a la fecha se encuentra abarrotada de expedientes y es visible la vulneración a los derechos constitucionales y principios procesales.

Conclusiones

La implementación del *certiorari* en el TC y la Corte Suprema contribuye a que cumplan su rol y función de emitir plenos y unificar jurisprudencia en todas las materias; porque los dota de la facultad discrecional para implementar criterios para seleccionar los casos que van a ingresar a su despacho siempre que sean de importancia y trascendentales; de ésta manera se reduce el ingreso de expedientes y la descarga procesal; teniendo como resultado el resguardo a los derechos constitucionales y los principios procesales.

La implementación del *certiorari* en nuestro sistema jurídico permite que no se vulnere el debido proceso, reduciéndose la mala praxis judicial y protegiéndose los principios procesales de celeridad, economía procesal lo cual contribuye con el bienestar general y la paz social para que exista una correcta convivencia en la colectividad y generar el desarrollo social y para lograrlo los mismos Tribunales establecerán los criterios a emplear siempre que sean razonables y proporcionales.

El *common law* se diferencia del *civil law* por que el primero opta por la jurisprudencia y la costumbre y el segundo por codificar sus normas; entonces, el *certiorari* es un mecanismo discrecional del derecho anglosajón que posteriormente se implementa en Estados Unidos por medio de la aplicación del *write of certiorari* siendo la Corte Suprema la que requiere a un Tribunal de grado inferior la remisión de la causa y éste Tribunal sin motivar su resolución, decide a discrecionalidad su procedencia.

El *certiorari* es un mecanismo discrecional y primordial para el sistema justicia porque otorga al Tribunal Supremo y Constitucional que puedan generar su propia competencia discrecional, de ésta manera controlar los casos que ingresan admitiendo o rechazando, resultando ser proporcional e idóneo en tanto que reduce el número

de casos y hace que dichos Tribunales concentren sus esfuerzos en aplicar e interpretar la ley y la constitución, a su vez, tiene como efecto colateral que va a reforzar y potenciar a las Salas Superiores convirtiéndose éste último en órgano de cierre.

Entre las sentencias interlocutorias más resaltante tenemos en el caso del sistema peruano el precedente de observancia obligatoria nacido en el Exp. N.°00987-2014-PA/TC que se aplicó un tipo de *certiorari* en dónde el TC describe criterios para el rechazar los RAC ante el Tribunal, sin más trámite conforme los requisitos establecidos. Pero a la actualidad no existe el *certiorari* lo cual no quiere decir que no sea un mecanismo idóneo; sin embargo, la finalidad es el retorno de su implementación no solo en el TC sino también en la Corte Suprema y se considera que se puede establecer nuevos criterios con miras siempre a un *certiorari* de sana discreción.

Referencias

Ahumada, M. (1994). El «*Certiorari*». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *14*, 89–136. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25177redc041089.pdf

Arias López, B. (2011). *Estado de transición Constitucional y nuevas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Boliviano*. *Revista Boliviana de Derecho,* 12, 102- 121. https://www.revista-rbd.com/articulos/2011/102-121.pdf

Avendaño Valdez, J. L., San Martín Castro, C., Monroy Gálvez, J., Priori Posada, G., & Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2007). La Corte Suprema que queremos: Reflexiones sobre los fines que debe cumplir la Corte Suprema en nuestro ordenamiento. *Ius et Veritas*, *17*(34), 315–327. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12331

Cárdenas, C. (2015). Respecto a las propuestas de modificación al recurso de casación. *Actualidad Civil, 16*, 220-236.

Congreso de la República del Perú. (2021). *Ley N.°31307. Nuevo Código Procesal Constitucional*. Lima, 23 de julio. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1975873-2

De la Mata Pizaña, F. (2018). Justicia electoral al servicio de la gente: certiorari electoral. In *Blog del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. https://www.te.gob.mx/blog/delamata/front/articles/article/109

Figueroa Gutarra, E. (2013). Certiorari y reforma constitucional: entre propuestas y necesidades. *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, *(6),* 81–100. https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/146

García Belaunde, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*, (22), 83-107. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940

Gilsanz, J. (2016). El certiorari ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *8*(1), 125–149. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3023

Gómez-Palacio, I. (1999). Reforma judicial: el "criterio de importancia y trascendencia" y su antecedente, el Writ of Certiorari. *Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, *5*, 173–188. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/31688/28677

González Martín, N. (2006). *Common Law: especial referencia a los restatement of the law en Estados Unidos* (Vol. II). Universidad Nacional Autónoma de México. http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/25124

Hernández Denton, F. (2018). El Certiorari en el Proceso Apelativo de Puerto Rico y Estados Unidos. *Revista del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 13*, 31-37. https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5724

Hierrezuelo Conde, Guillermo. (2007). Fernández Giménez, María del Camino, La sentencia inquisitorial. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, *(29)*, 550-556. https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552007000100024

Landa, C. (2003). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional* (1°). Palestra Editores S.R.L.

Llanos Sagristá, L. (2020). Entrevista al señor ministro de la Excma. Corte Suprema. *Revista de Estudios Judiciales*, *6*, 5-12. https://www.iej.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista_6_iej.pdf

LP - Pasión por el Derecho. (25 de marzo de 2022). *Diferencias entre el «civil law» y «common law». Bien explicado*. LP - Pasión Por El Derecho. https://lpderecho.pe/diferencias-civil-law-common-law/

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp

Oteiza, E. (1998). El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, *3*(1), 71–85. https://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/358

Perícola, M. A., & Lauhirat, S. (2020). El certiorari positivo: el avance hacia la jurisdicción estratégica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para definir una agenda judicial racional. *Derechos En Acción*, *16*(16), 431. https://doi.org/10.24215/25251678e431

Quispe Cornejo, E. J. (2017). *Incorporación del certiorari al recurso de agravio constitucional en el sistema constitucional peruano* [Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad Privada Antenor Orrego]. https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/3088

Rioja, A. (2021). *Constitución Política del Perú: Análisis jurisprudencial conforme al Tribunal Constitucional.* Jurista Editores

San Martín, C., Avendaño, J., Monroy, J., Priori, G., & Espinosa-Saldaña, E. (2007). La Corte Suprema que queremos: reflexiones sobre los fines que debe cumplir la Corte Suprema en nuestro ordenamiento. *Ius et Veritas*, *17*(34), 315-327. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12331

Sedlacek, F. D. (2021). Certiorari, trascendencia y doctrina del precedente en Argentina. *Civil Procedure Review*, *12*(2), 106–132. https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/233

Torre, A. (1957). *Introducción al derecho* (4°). Editorial Perrot.

Torres Vásquez, A. (2019). *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho* (6ta Ed.). Instituto Pacífico S.A.C.

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Sentencia Exp. N.°2877-2005-PHC/TC*. Lima, 27 de enero de 2006. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02877-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2014). *Sentencia Exp. N.°00987-2014-PA/TC*. Lima, 10 de diciembre de 2014. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00987-2014-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2017). *Sentencia Exp. N.°00077-2016-PC/TC.* Lima, 16 de octubre de 2017. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00077-2016-AC%20Interlocutoria.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). *Sentencia Exp. N.°02141-2016-PA/TC*. Arequipa, 18 de octubre de 2018. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/02141-2016-AA%20Interlocutoria.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2019a). *Sentencia Exp. N.°01763-2016-PA/TC*. Huaura, 4 de marzo de 2019. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01763-2016-AA%20Interlocutoria.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2019b). *Sentencia Exp. N.° 01856-2016-PA/TC*. Lima, 11 de septiembre de 2019. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01856-2016-AA%20Interlocutoria.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2021a). *Sentencia Exp. N.° 00119-2018-PA/TC*. Huaura, 13 de julio de 2021. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00119-2018-AA%20Interlocutoria.htm

Tribunal Constitucional del Perú. (2021b). *Sentencia Exp. N.° 01907-2021-PHC/TC*. Huancavelica, 30 de junio de 2021. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Expediente-01907-2021-HC-TC-Cerron-LPDerecho.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Pleno. Sentencia 47/2023*. Lima, 31 de enero de 2023. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00030-2021-AI.pdf

Financiación
El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés
La autora del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría
La autora realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.

CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

ISSN: 2961-2934 (En línea) | ISSN: 2961-2926 (Impresa)
Reseña
https://doi.org/10.61542/rjch.132

Ferrajoli, L. (2024). *¿Por qué una Constitución de la Tierra? Fundamentos y proyecto de Constitución*. Palestra Europa

Ferrajoli, L. (2024). Why an Earth Constitution? Foundations and draft Constitution. Palestra Europa

César Gianfranco Ruiz Álvarez[1*]

Autor:
[1]Maestrando en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
gianfrancora99@gmail.com
https://orcid.org/0009-0003-4293-3853

*Agradece a su querido amigo Rommel Rivera Velásquez por haberle obsequiado -con motivo de mi último onomástico- el libro objeto de reseña. Precisa que la obra del destacado jurista italiano Luigi Ferrajoli, merece, sin lugar a dudas, un espacio en el presente número de Chornancap Revista Jurídica, a propósito de su dossier sobre los derechos fundamentales.

Recibido: 25/02/2025
Aprobado: 01/07/2025
Publicación online: 14/07/2025

Cómo citar/ how to cite:
Ruiz Álvarez, C. G. (2025). Ferrajoli, L. (2024). *¿Por qué una Constitución de la Tierra? Fundamentos y proyecto de Constitución*. Palestra Europa. *Chornancap Revista Jurídica*, *3*(1), 217- 219. https://doi.org/10.61542/rjch.132

Licencia:
Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajos los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution. (CC BY 4.0)

© 2025 César Gianfranco Ruiz Álvarez

El libro en comento representa una contribución significativa a la Filosofía del Derecho y a la doctrina del Derecho Constitucional, este novedoso texto estructura una propuesta interesante que combina una reflexión idealista sobre los fines del derecho con un planteamiento pragmático de soluciones institucionales a problemas globales. La obra se divide en dos partes: los fundamentos y el proyecto normativo de una constitución planetaria.

En los fundamentos, Ferrajoli examina la crisis global que amenaza la supervivencia humana y ecológica, apelando a hechos que marcaron un hito en la historia como la pandemia del Covid-19, el calentamiento global, la proliferación nuclear, la desigualdad estructural y los conflictos bélicos que tuvieron escalada mundial. Esta serie de amenazas y emergencias que trascienden a las fronteras no pueden ser abordados por los Estados nacionales de manera aislada. Por tanto, Ferrajoli sostiene que es necesaria y obligatoria una estructura constitucional supranacional que no se deje atrapar en neoliberalismos peligrosos, que limite el poder soberano y que garantice derechos fundamentales universales, pues, su omisiva compromete seriamente toda concepción sobre el futuro. Este argumento se articula sobre la base de una teorización garantista del constitucionalismo, eje central de su pensamiento.

El fenómeno al que se puede atribuir la inspiración del autor para elaborar la presente obra es la pandemia del Covid-19, ya que, según sus propios términos, además de ser la más reciente, también ha sido la más letal por el saldo que dejó. En ese sentido, la pandemia le sirve como antecedente para formular una Constitución del mundo, más eficaz que sus predecesoras, como las Declaraciones Universales y Cartas sobre Derechos Humanos que surgieron tras la Segunda Guerra Mundial.

Ferrajoli destaca el factor sorpresa del Covid-19 en todos los gobiernos, que pasaron por alto la advertencia contenida en un informe del Banco Mundial publicado en 2019.

Consecutivamente, enfatiza en las lecciones que desencadenan su idea de un Constitucionalismo Global (a través de un proceso constituyente supranacional) y de la creación de instituciones supraestatales (dotadas de funciones de garantía) que lo representen. Esto último lo considera viable mediante una adecuada financiación (previa creación de un sistema tributario global) y una delegación de poderes (que reformule la clásica teoría de Montesquieu). El autor sugiere que este Constitucionalismo Global sea adoptado inicialmente por las actuales democracias constitucionales.

Un concepto relevante en esta parte es el de "crímenes de sistema", una categoría que Ferrajoli distingue del delito penal tradicional, al extender su alcance a violaciones de derechos y bienes contemplados como fundamentales a nivel nacional e internacional, producidos por lo que él denomina "anarco-capitalismo global". Con esta noción, el autor denuncia transgresiones estructurales (como la inacción frente al cambio climático, frente a la pobreza, frente a la migración masiva, frente a la especulación financiera, etc.) que, aunque no tipificadas como delitos, tienen consecuencias catastróficas sobre la vida y la dignidad humanas. Ferrajoli considera que estos "macro-crímenes de sistema" deberían ser objeto de jurisdicciones internacionales especializadas en los diferentes crímenes de sistema, para determinar la responsabilidad de los Estados. Dicha responsabilidad que no sería de índole jurídica, sino política. De ese modo, se espera que fenezca la inacción global y que nazca la intolerancia social hacia crímenes, cuya única reacción hasta ahora ha sido la indignación moral y posterior resignación.

Un aporte interesante de los fundamentos radica en la tesis de que los crímenes de sistema son el motivo (dígase principal) que da respuesta al planteamiento de la interrogante que intitula el presente libro, no obstante, nada es tan simple como eso, este motivo engloba razones más a las que también podemos llamar razones extrajurídicas y es justamente por ellas que la responsabilidad imputable a los Estados es política y no jurídica, pues bien, el autor reconoce que no se puede identificar a los individuos detrás de las razones, sino a los grupos de poder de los mercados soberanos sobre los cuales los Estados son responsables políticamente. Por supuesto, esta tesis reflexiona en que una Constitución de la Tierra implica una acepción universal de la misma, debiéndose relegar la sustancia dicotómica en las concepciones de Constitución de Igualdad o Constitución de Equidad según el enfoque de cada contexto jurídico-social. Esta última premisa expone la inexistente homogeneidad entre los pueblos del mundo a la que se enfrenta este proyecto, el cual independientemente de su aprobación por consentimiento de mayorías o minorías, ofrece garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de todos sin que esto signifique la afectación a las funciones de gobierno de sus soberanías locales (entendiéndose a su Constitución, democracia y políticas ordinarias nacionales).

El pensamiento del garantismo constitucional desarrollado en esta obra genera consciencia crítica y abre un espacio de debate para la teoría jurídica, al presentar un panorama desolador sobre la situación actual de la humanidad. Ferrajoli aterriza su reflexión en un cuestionamiento político fundamental: la capacidad real de los gobiernos y sus representantes para garantizar la salvaguarda de la vida y la dignidad de sus ciudadanos. Según su diagnóstico, las políticas nacionales han evidenciado dos males persistentes: la amnesia del pasado y la miopía del futuro, a los que se suma una dependencia de una economía corrupta y viciada. Estos factores configuran, para el autor, las principales limitaciones de una política a la talla de las necesidades globales. No obstante, un aspecto que la obra no desarrolla en profundidad es la posibilidad de que esa misma incapacidad estructural –identificada en los Estados locales– se proyecte o replique también en el ámbito supranacional. Si la ejecución del constitucionalismo global recae en funcionarios designados a nivel planetario, cabe preguntarse si estos, lejos de actuar conforme al mandato altruista de la Constitución de la Tierra, no estarían igualmente expuestos a presiones, intereses nacionales o personales que desnaturalicen el proyecto. Esta omisión hipotética, aunque comprensible

en una obra propositiva, merece ser considerada, ya que el éxito del modelo ferrajoliano no solo depende de su arquitectura normativa, sino también de su implementación política efectiva.

En relación a la propuesta, Ferrajoli resalta que su modelo no representa "una especie de súper-Estado mundial", por considerarlo indeseable o improbable para la humanidad. De no ser así, su iniciativa podría suscitar ideas conspirativas sobre un Nuevo Orden Mundial, que conciertan con las objeciones escépticas contrastadas en el libro. Sin embargo, el autor introduce una distinción clave entre funciones de gobierno y funciones de garantía, la cual dota de neutralidad institucional a su propuesta de un constitucionalismo más allá del Estado.

Atinadamente, los fundamentos no son sino razones lógicas que justifican una nueva arquitectura jurídica supranacional. La idea ferrajoliana de una democracia y Constitución cosmopolitas contiene muchas desideratas difíciles de concretar en el contexto geopolítico actual, por lo que, aunque al principio puede parecer descabellada, luego de distinguir entre la improbabilidad política y la imposibilidad teórica, empieza a parecer de pronto una idea necesaria y obligatoria como lo fue su precursora Carta de la ONU (a la que el autor denomina "constitución global embrionaria")

Es así que los fundamentos pueden ser calificados en su conjunto como una respuesta firme a un selecto planteamiento de cuestiones políticas, sociales, jurídicas y filosóficas. Estas incluyen el reconocimiento de la salud pública como único sistema acorde al sentido de igualdad como principio que tutela la vigencia del derecho constitucional a la salud, el encaramiento a los gobiernos y a los mercados por apostar únicamente al desarrollo económico, sin preocuparse por el daño (principalmente) al medio ambiente, la prohibición de las armas (especialmente las nucleares) y de las guerras para garantizar la paz, entre otros aspectos más vinculados a garantizar los derechos fundamentales de vida y dignidad humana.

En el plano normativo, el proyecto de Constitución de la Tierra está organizado en una parte dogmática y otra orgánica, siguiendo el patrón de muchas constituciones contemporáneas. Uno de los puntos más debatibles es el artículo 1, que declara: "La Tierra pertenece, como casa común, a todos los seres vivientes: a los humanos, los animales y las plantas". Aunque Ferrajoli no postula la personalidad jurídica de la flora y la fauna, ni abandona el antropocentrismo de su teoría, esta cláusula puede ser interpretada como una apertura embrionaria hacia una concepción transespecie del patrimonio planetario. Tal lectura no contradice el marco garantista, pero sí lo tensiona en dirección a un constitucionalismo ecológico más cercano al enfoque ecocentrista de Cormac Cullinan, que aboga por reconocer valor jurídico a todos los miembros de la comunidad terrestre.

Por consiguiente, debe señalarse que ninguna Constitución ha resuelto los problemas internos de su nación, sea esta una potencia mundial o un país en desarrollo. En este último caso, suele representar una utopía de "lo que debería ser" frente a "lo que es". Por ello, aun ante desafíos globales, resulta poco racional afirmar que una Constitución de la Tierra sería la solución.

A modo de cierre, les comparto una de las reflexiones que me concede la lectura de este libro: Que de nada le sirve al hombre acrecentar su economía si el proceso daña su vida o su salud, debemos ser conscientes de nuestra efímera presencia y frágil mortalidad, empezando por reconocer que la vida en todas sus formas es invaluable y que la Tierra es el único planeta que sostiene toda existencia, en esto último, por ende, nuestro planeta se merece mayor cuidado del que le estamos dando. Definitivamente, este libro es de recomendable lectura, mediante este material Luigi Ferrajoli fusiona la idea kantiana de paz y la idea kelseniana sobre tribunales internacionales, el resultado de su trabajo es un nuevo paradigma para la teoría jurídica contemporánea que nos insta a repensar el Derecho en clave global.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2025-2026

CHORNANCAP

REVISTA JURÍDICA

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE