





# DERECHOS HUMANOS PERSPECTIVA Y ACTUALIDAD

TOMO III  
DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
AMBIENTAL, FAMILIA Y  
ADMINISTRATIVA

PATRICIO MARANIELLO  
DIRECTOR

REPÚBLICA ARGENTINA. AÑO 2018



Se prohíbe la reproducción total o parcial  
de esta obra sin la autorización expresa.

**IJ International Legal Group**

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina  
CP: 1010

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina  
Derechos reservados por la Ley N° 11.723

## Índice

Autoridades.....	9
------------------	---

### CAPÍTULO I

<b>DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>11</b>
--	-----------

#### **Ambiente y Constitución antes y después de la Reforma Constitucional de 1994. Justicia Ambiental**

HONORIO HÉCTOR GUASCHINO.....	13
-------------------------------	----

#### **El Derecho al Ambiente Sano como Derecho Colectivo y no como Derecho Funda- mental**

*“El Caso Colombiano”*

LUIS ARTURO RAMÍREZ ROA.....	21
------------------------------	----

#### **Política Pública y Desplazamiento Ambiental y el goce efectivo de Derechos como Tutela Constitucional**

OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ.....	47
-----------------------------------	----

#### **Justicia Ambiental interespecifica como modelador de los derechos de los Pobla- dores Andinos. ¿Las Vicuñas tienen Derechos?**

CINTIA OGAS MENDEZ.....	65
-------------------------	----

#### **Derecho Humano al Ambiente: Un Paradigma que no debemos perder de vista**

MARÍA DELIA PEREIRO DE GRIGARAVICIUS.....	93
---	----

### CAPÍTULO II

<b>DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE FAMILIA, GÉNERO Y MINORIDAD.....</b>	<b>109</b>
--	------------

#### **Control de Convencionalidad respecto de Estereotipos de Género**

MARTA PAZ.....	111
----------------	-----

#### **La Importancia de la CEDAW y de Belen Do Para. Legislación Interna**

GABRIELA VANESA STEFANI.....	127
------------------------------	-----

**Tutela Constitucional Preventiva del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal**

JOSÉ ALBERTO LÓPEZ.....141

**Definición Administrativa del Pedido de Adoptabilidad - Definición Judicial de la situación jurídica de los niños en estado de adopción en la franja etaria de los 12 a los 18 años**

NOELÍ BALLHORST.....155

**Análisis de la Calificación Legal del art. 80 inc. 11 del Código Penal en un fallo judicial bajo los Principios Rectores de Control de Convencionalidad, de Igualdad ante la Ley y de la Perspectiva de Género**

SEBASTIÁN B. LOWRY | SILVIA M. OCAMPO | DIEGO A. C. J. BOZZO ROZÉS.....165

**Derechos y garantías de las mujeres en el marco del conflicto armado colombiano**

ROSA MARÍA CAYCEDO GUIO | YUDY ANDREA CARRILLO CRUZ....207

**Reflexiones sobre la Aplicación de los Estándares de Protección de Derechos Humanos Instituidos en el DIDH sobre Justicia de Menores**

CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO | JAIME CUBIDES CÁRDENAS | CARLOS ALBERTO ARDILA CASTRO.....231

**CAPÍTULO III**

**DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.....279**

**La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad**

*Un examen cuantitativo y crítico*

JAVIER INDALECIO BARRAZA.....281

**El Aporte de Losicer al Estado de Derecho**

ALEJANDRO HERNÁN SPOSSOT.....303

**Control de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Administración Pública**

RAMSIS GHAZZAOUI.....313

**Administración Pública: Principios y Actividades que tienden a garantizar los Derechos Humanos de los Administrados**

FLAVIO ISMAEL LOWENROSEN.....339

**Convencionalización de lo Contencioso Administrativo: Desarrollo Pretoriano del CCV en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano (Tipología Convencional)**

JAIME CUBIDES CÁRDENAS | WISMAN JOHAN DÍAZ CASTILLO.....381





**ASOCIACIÓN  
ARGENTINA  
DE JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL**

## **AUTORIDADES**

### **PRESIDENTE**

DR. PATRICIO MARANIELLO

### **SECRETARIO GENERAL**

DR. ALBERTO AGUSTÍN LUGONES

### **VOCALES**

DR. RODOLFO FACIO

DR. JUAN ROZAS

DR. CARLOS BEDACARRATZ

DR. PEDRO PARRA

### **TESORERO**

DR. SERGIO MORANO

### **REVISOR DE CUENTAS**

RÓMULO MARANIELLO

### **ADMINISTRACIÓN**

TAMARA MARANIELLO



**CAPÍTULO I**  
**DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL**



**Ambiente y Constitución antes y después de la  
Reforma Constitucional de 1994. Justicia Ambiental**

HONORIO HÉCTOR GUASCHINO\*

---

\* *Profesor titular recursos Naturales y medio ambiente. UAI. Profesor titular Derecho Ambiental. IUPFA. Profesor adjunto regular. Facultad de Derecho UBA. Profesor asociado. Universidad Kennedy. Profesor adjunto. Universidad Atlántida Argentina. e-mail: hhguaschino@yahoo.com.ar.*



El objetivo del presente trabajo es tratar la situación constitucional ambiental antes y después de la reforma constitucional de 1994, el constitucionalismo provincial y ambiente, la legitimación procesal en el aspecto constitucional y en el Código Civil y Comercial y la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia en el orden ambiental.

Antes de la reforma constitucional de 1994 la protección del ambiente era un derecho implícito previsto en el art. 33 de la Constitución Nacional, aún vigente como no está expreso el derecho a la vida, luego se hace expreso con los arts. 41, 42 43 y ccs. de la constitución reformada.

Antes de la reforma constitucional de 1994 estaba contemplado a protección del ambiente en los artículos 3, preámbulo en la cláusula de prosperidad general del art. 67, inciso 16,104 de las facultades no delegadas por las provincias a la nación, porque la problemática ambiental surge de orden local y luego se regionaliza. Se globaliza.

También se considera el art.14 bis en cuanto a las condiciones de labor, el trabajo, la vivienda digna.

Sancionada la reforma de 1994, la ley que declaro la necesidad de la reforma dijo que se proveería por el constituyente la protección del ambiente.

Referente al ambiente y los recursos naturales se incorporaron una serie de artículos como 41, 42, 43,75 inciso 22, 75, inciso 24, 11 y 124.

El art. 41 es el principal a los efectos de la tutela del ambiente.

Los sujetos activos son todos los habitantes, que es un marco más extenso que ciudadanos que son los titulares de los derechos políticos.

Dice tienen derecho a un ambiente sano y equilibrado, esto depende de la interpretación de los jueces en cada caso particular, según el art.116 de la Constitución Nacional, o bien un concepto de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, o derecho a un

ambiente apropiado como Daniel Sabsay o derecho al ambiente como Mario F. Valls.

Agrega el artículo mencionado, apto para el desarrollo humano, porque el centro del ambiente es el hombre una realidad dinámica.

Después enuncia que las actividades productivas no comprometan a las generaciones presentes y futuras, esto es lo que se denomina la teoría del desarrollo sustentable.

Es necesario distinguir ente sostenible y sustentable, sostenible es un crecimiento lineal, sustentable es en armonía con la naturaleza sin comprometer a las generaciones futuras.

El artículo menciona tres ejes de sustentabilidad, económico, ecológico y socio cultural, que la admite el Papa Francisco en la encíclica *Laudato Si*.

La sustentabilidad económica es cuando alude a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica, haciendo referencia al convenio de biodiversidad abierto a la firma de los estados en Río de Janeiro de 1992.

La sustentabilidad ecológica o ambiental se refiere a dos principios claves la recomposición del daño ambiental que lo constitucionaliza y la reparación, una en especie y la otra en valor.

La sustentabilidad social, política o socio cultural se refiere a los derechos de información y educación, que incluye el tema de la pobreza, la desigual distribución de los recursos naturales, la desnutrición infantil.

Se ocupa el art. 41 de los presupuestos mínimos, definidos en el art. 6 de la Ley N° 25.675, como una tutela común y uniforme para todo el territorio del país, por el principio de congruencia establecido en el Art.4 de dicha ley se puede ser más exigente, pero no por debajo de ese nivel.

La parte final del art. 41 se refiere a la prohibición del ingreso al país de residuos actual o potencialmente peligrosos conforme Leyes N° 24.051, 25.612 y 25.018 sobre residuos nucleares que es una ley uniforme y no de presupuestos mínimos de protección ambiental.

El art. 42 se refiere a los derechos del usuario, del consumidor y defensa de la competencia.

También contempla la sustentabilidad social insistiendo con el art. 41 en el derecho a la información y la educación.

Los arts. 41 y 42 son sustantivos y el art. 43 es adjetivo, instrumental, regula la acción de amparo individual y colectivo.

El art. 41 regula la acción de amparo individual y colectivo.

A nosotros nos interesa la acción de amparo colectivo, que se refiere a los derechos que afectan al ambiente, art. 41, usuario y consumidor, art. 42 o derechos de incidencia colectiva en general como el caso *Edkmedjian contra Sofovich*.

Los legitimados de acuerdo al art. 43 son el afectado, como titular de un derecho subjetivo público, como parte de la sociedad, el Defensor del Pueblo previsto en el art. 86 y las asociaciones constituidas para fines ambientales, lo que ha sido criticado porque puede generar la industria del pleito.

El art. 30 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 amplía la legitimación procesal al estado nacional, provincial, municipal, al damnificado al tercero interesado y a toda persona con una legitimación muy amplia que lo observamos en el caso *Beatriz Mendoza contra Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma y Nacional y 44 empresas que contaminan el Riachuelo*, las empresas fueron mas, pero se limitó a las más solventes.

El constitucionalismo provincial a partir de 1986 es anterior a la nacional, ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincia de buenos Aires, establecen en forma casuística la protección del ambiente, como la de Córdoba, Río Negro, Tierra de Fuego, y otras amplias como La Rioja o el proyecto para provincia de Buenos Aires de 1991, conocido como proyecto Cafiero que se refería a la protección del ambiente y la tutela de los intereses difusos.

La jurisprudencia ambiental aparece en la década de 1980 en el caso de los plátanos de Grand Bourg, cuando en una plazoleta de Palermo chico sede del Instituto Nacional Sanmartiniano, ante una réplica de la casa donde vivió San Martín en Gran Bourg, existe una ordenanza municipal que determina la tala de los plátanos y por afectar a la estética el juez civil Smith hace lugar a la acción del amparo.

Hubo un caso de esa década por la instalación de una pingüinera en Canarones, provincia de Chubut, una fábrica para elaborar conservas de pingüinos por los japoneses, que tuvo autorización administrativa, Alberto Kattan, ya fallecido planteo una acción de amparo y no prospero porque esta temática no estaba contemplada en el Código Procesal Civil y Comercial, pero tuvo un efecto político, porque se revocó la autorización administrativa.

Pero el caso por antonomasia es Kattan contra Gobierno Nacional sobre las toninas overas que por primera vez se hace lugar a la teoría de los intereses difusos.

En este caso se había otorgado una autorización administrativa para la caza de catorce toninas overas en el golfo Nuevo e n Chubut, se interpuso una acción de amparo por no haberse hecho un estudio previo de impacto ambiental y se hizo lugar a la acción, es un caso señero en nuestra jurisprudencia.

Este caso dio lugar a una discusión entre un administrativista Miguel Marhienoff y Guillermo Cano, uno administrativista y otro ambientalista.

Marienhoff se basa en una clasificación tripartita entre derechos subjetivos, interés legítimo e interés simple, el primero se reclama un derecho de naturaleza privada por lo tanto se puede recurrir a los tribunales, el interés legítimo eventualmente cuando hay una ley sustantiva que protege al ambiente como la Ley de Fauna Silvestre N° 22.421 e interés simple no, porque se basa en el art. 22 de la Constitución Nacional, el derecho a peticionar a las autoridades.

Esto fue una polémica que se presentó en La Ley y el Derecho y Guillermo Cano ambientalista le contestó que el derecho al ambiente estaba implícito, como el derecho a la vida en el art. 33 de la Constitución Nacional, como principio que surge de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno

La jurisprudencia ha sido dividida antes de la reforma constitucional de 1994. Hubo varios casos de Copetro, carbón de coque que lo admitieron.

En el caso del mercado Spinetto no lo admitieron por no estar regulada la acción en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado la teoría de los derechos de incidencia colectiva en el caso Beatriz Mendoza contra Gobierno de la Nación, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas que a nivel ejemplificativo contaminaba la cuenca del Riachuelo Matanza, por ser las mas solventes, la Corte admitió la competencia por ser interjurisdiccional.

Pero la Corte admitió la competencia acerca de la recomposición del daño ambiental, no así la indemnización de daños y perjuicios individuales que corresponde a la justicia ordinaria.

El plan de recomposición de daño ambiental presentado por la entonces Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable no satisfizo a sus integrantes y ordeno la presentación de nuevo plan a la Secretaria Romina Picoloti, con aplicación de astreintes por día de demora, por eso renuncio a su cargo.

La jurisprudencia antes de la reforma de 1994 fue dividida en admitir los derechos de incidencia colectiva.

Lo importante es destacar que la competencia ambiental queda relegada al orden municipal y problemas interjurisdiccionales como competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



## El Derecho al Ambiente Sano como Derecho Colectivo y no como Derecho Fundamental

“El Caso Colombiano”

LUIS ARTURO RAMÍREZ ROA\*

---

\* *Ingeniero Industrial y Abogado Colombiano, especializado en Derecho Administrativo, Derecho Penal y Contratación Estatal. Candidato a Magister en Derecho Penal, de la Universidad Santo Tomás y Salamanca de España. Magister en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires), Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Lomas de Zamora. Miembro de la Asociación colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Fundador del Colegio de Procesalistas Latinoamericanos. Coautor de Varias Obras Colectivas de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Universitario, conferencista Nacional e Internacional en asuntos constitucionales, penales y administrativos. e-mail: luisarturoramirezroa445@gmail.com.*



## I. Resumen

La historia de la humanidad es la historia del hombre por la conquista de sus derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad humana hoy establecida en las distintas constituciones y tratados internacionales.

La noción global de derechos humanos la encontramos en una evolución permanente, que ha pasado por el escenario del concepto liberal e individualista que proclamo los derechos civiles y políticos, siguiendo a una concepción más moderna, democrática con una fuerte inspiración socialista de los derechos económicos, sociales y culturales. A estas dos fases o mejores épocas de concepción de los derechos humanos se habla de una tercera o nueva generación o reconocimiento de los derechos humanos, los derechos de la solidaridad, colectivos o de clase. De esta manera pasamos de la *“libertad-autonomía”* a *“la libertad-participación”*, de los derechos individuales a los derechos colectivos y de las colectividades.

La humanidad del globo terráqueo hoy reclama todos los derechos inherentes a su naturaleza; los aceptados y reconocidos por la razón y, sin embargo, desconocidos e ignorados por la falta de su materialización aún en pleno Siglo XXI, y continuamente vulnerados por los poderosos económica y políticamente, por todos aquellos que admiten y consideran el uso de cualquier medio con tal de adquirir poder o mantener sus privilegios económicos a costa de la vulneración de los derechos fundamentales.

En medio del transcurrir social y político, las conquistas de los adalides de la libertad y de la dignidad humana, han venido concretándose en formas jurídicas constitutivas de los Estados Sociales de Derecho, aparatos de poder que son formados en torno a esas bases sociales de los derechos fundamentales y colectivos.

Dentro de ese abanico de derechos colectivos se encuentra la protección del medio ambiente o el derecho a un ambiente sano dentro de lo que hoy se llama el desarrollo sostenible, como fin de los Estados Modernos; por lo tanto, toda estructura de éstos debe estar iluminada por este fin, y debe tender a su realización.

La sociedad hoy es consciente de que no solo al Estado es a quien le corresponde la protección del medio ambiente, sino, que se exige que la comunidad de igual manera se involucre en tal responsabilidad. La crisis ambiental es, por igual, crisis de la civilización y nos recuerda que debemos replantear la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez, reproducen las condiciones de miseria.

## II . Introducción

El Estado social de Derecho y democracia participativa establecido por el constituyente colombiano en 1991, donde la soberanía y la defensa del territorio por los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de los particulares en desarrollo de proyectos económicos como la Minería, la exploración y explotación de hidrocarburos y la construcción de hidroeléctricas en zonas de alto riesgo y donde están las fuentes hídricas. La dimensión social del Estado de derecho implica un papel activo de los ciudadanos y, los Gobiernos Órganos, basados en la dignidad humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.

La crisis medioambiental del mundo ha dado puerta libre para que los gobernantes y la sociedad en defensa de su territorio busquen las soluciones requeridas de forma colectiva, por lo que, consecuentemente, deben ser establecidas por la comunidad internacional a través de los tratados y por las legislaciones internas de los propios Estados. Un ecosistema equilibrado, la conservación de los recursos naturales, la lucha contra el calentamiento global, o, simplemente, la supervivencia del planeta son requisitos urgentes que se deben lograr si queremos que nuestro sistema no sea destruido y nos autodestruyamos como lo estamos haciendo hasta ahora.

El derecho a un medio ambiente sano está amenazado como resultado de las actividades irresponsables humanas, que incrementan las concentraciones de gases con efecto invernadero en la atmósfera, con todos los efectos consiguientes sobre el calentamiento global, la subida del nivel del mar y el clima en general. Mientras, al producir su propio efecto negativo sobre el disfrute de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, estos fenómenos adquieren un efecto multiplicador, que también agravan el incremento de los serios y numerosos problemas afrontados por las poblaciones de distintas regiones del globo terráqueo. Entre las actividades humanas que afectan al derecho a un medio ambiente sano se incluye la deforestación, que durante siglos ha conducido a pérdidas sustanciales de masas forestales y a la degradación medioambiental a través de la exploración y explotación irresponsable de recursos naturales no renovables a través de sistemas como la SISMICA (2D o 3D) y el alma letal para destruir el planeta denominado FRACKING<sup>1</sup>.

La destrucción del ecosistema y del equilibrio necesario para la supervivencia de nuestra especie se ha agravado en la vida moderna, por los efectos de las actividades humanas contemporáneas, tales como la contaminación, los vertimientos de residuos tóxicos y peligrosos. La contaminación de la tierra, el mar y el aire, originada por varias causas que es un importante riesgo para la vida, la salud y el bienestar de los seres vivos.

Los desastres ecológicos, nucleares o de otro tipo, ponen en peligro de destrucción a casi todas las formas de vida. El derecho

---

<sup>1</sup> Bajo el nombre de *fracking* se esconde una de las mayores agresiones que se pueden perpetrar contra el medio ambiente. Normalmente, se traduce al idioma español como fracturación hidráulica (del inglés, *hydraulic fracturing*). Pero, ¿qué en qué consiste exactamente el fracking y por qué es tan dañino para el medio ambiente?

El fracking es una técnica que permite mejorar la extracción de gas y de petróleo del subsuelo. Para ello, se inyecta a presión algún material en ese suelo, de modo que las fracturas que ya existen en las rocas del interior de la tierra aumenten y liberen el gas o el petróleo, que saldrá hacia el exterior. Lo que se inyecta, normalmente, es agua con arena, aunque también se puede usar algún tipo de espuma o gases.

a un medio ambiente sano está íntimamente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales. La exportación a los países en desarrollo, particularmente a África, de residuos peligrosos producidos por las industrias del Norte es, una seria violación de los más importantes derechos humanos, comenzando por el derecho a la vida. Sin embargo, individuos y compañías, movidos por el afán de lucro, se han dedicado a realizar acuerdos para el traslado de residuos industriales en la más completa violación a los derechos colectivos.

Las reclamaciones sociales y la evolución de conciencia sobre el medio ambiente adoptado por mayorías conscientes de su misión histórica, ha generado documentos jurídicos de variada fuerza coercitiva que sirven de impulso a los fines esenciales de los Estados. En ese abanico de normas tenemos la Carta Magna de Inglaterra (15 de junio de 1215)<sup>2</sup>, los *Bills of rights*<sup>3</sup>, el acta de

<sup>2</sup> Esta libertad es la que nosotros mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe (in good faith) por nuestros herederos para siempre jamás (in perpetuity). A TODOS LOS HOMBRES LIBRES DE NUESTRO REINO (To all free men of our Kingdom) hemos otorgado asimismo, para nosotros y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de nosotros y de nuestros herederos para ellos y los suyos.

En su Clausula 48 dice: Todos los malos usos en materia de bosques y cotos de caza (Warren), guardabosques, guardacostas, corregidores y sus bailíos, o de orillas de ríos por guardianes de estas, deberán ser inmediatamente objeto de investigación en cada condado por doce caballeros juramentados del propio condado, y antes de cumplirse los cuarenta días de la investigación esos malos usos deberán ser abolidos total e irrevocablemente, si bien Nos, y de no estar Nos en Inglaterra Nuestra Justicia Mayor, deberemos ser informados primero”.

<sup>3</sup> La Carta de Derechos (en inglés, *Bill of Rights*) es el término utilizado para describir a las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América. Estas enmiendas limitaron el poder del gobierno federal, protegieron los derechos de las personas al prevenir que el Congreso limitara la libertad de expresión, la libertad de asamblea, la libertad al culto religioso, la libertad de petición, y el derecho a tener y portar armas, prevenir la investigación e incautación irrazonable, los castigos crueles e inusuales, y la auto-incriminación, y garantizar el debido proceso de la ley y la rapidez de un juicio oral con un jurado imparcial. Además, el Bill of Rights estableció que “la enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no debe constituir una limitación a otros de-

la independencia de las colonias inglesas en América<sup>4</sup>, la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789)<sup>5</sup>, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (diciembre 10 de 1948)<sup>6</sup>.

---

rechos inherentes a la persona.” y reservó todos los poderes que no se dieron al gobierno Federal para que los gozaran las personas o los Estados. La vigencia de estas enmiendas tuvo lugar a partir del 15 de diciembre de 1791, cuando fueron ratificadas por tres cuartos de los Estados.

<sup>4</sup> En 1976, el Gobierno Inglés de Jorge III cometió el error de imponer un impuesto de timbre y un impuesto al té, que terminó desatando la revolución. En el puerto de Boston, un buque cargado de té fue saqueado por americanos disfrazados de pieles rojas. Ambos impuestos habían sido promulgados sin consultar a las colonias e Inglaterra trató de mantenerlos haciendo uso de la fuerza. Los colonos considerándolos abusivos, se reunieron en el Congreso de Filadelfia y, tras proclamar la declaración de Derechos (1774), se declararon independientes (1776). Habían nacido los Estados Unidos de América.

La Declaración de independencia, leída solemnemente en Filadelfia, constituye todavía hoy uno de los textos más innovadores y trascendentales de la historia contemporánea. En el quedaron proclamado los tres principios básicos que constituirían el lema de la Revolución Francesa: “*libertad, igualdad y fraternidad*”.

Los nuevos estados formaron una república regida por un presidente y una asamblea o congreso, elegidos por todos los habitantes mayores de edad. Allí nace un régimen democrático, fijándose derechos y deberes de los gobernantes y gobernados en algo fundamental: *Una Constitución*.

<sup>5</sup> Artículo 1.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

<sup>6</sup> Que consideraron que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos

Como resultado de estas revoluciones sociales se ha gestado de manera importante el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional y junto a él un documento solemne por medio del cual se expresa con fuerza vinculante para todos: **La Constitución Verde**. Concebida esta como la norma jurídica suprema de los Estados Sociales de Derecho, que determina la organización y funcionamiento del Estado, y además, para regular las relaciones entre gobernantes y gobernados, bajo el paradigma del desarrollo sostenible y el amor por la Tierra o la *Pacha mama*.

En el caso colombiano, unos de los principios básicos en que se encuentra inspirada la Constitución colombiana de 1991, es el reconocimiento por parte del Estado, sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables o fundamentales de la persona (Artículo 5°).

Esos derechos inalienables o fundamentales de la persona son los aceptados y especificados en el Título II, Capítulo I, que comprenden los artículos 11 al 40, sin que ello implique la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en la Constitución, o en tratados o convenios internacionales Celebrados por Colombia que refieren a los derechos humanos (artículos 93 y 94).

En el título II de la Constitución de Colombia, regula otros derechos que el Constituyente de 1991, no los considero fundamentales, pero que son de enorme importancia por incidir directamente en la vida social, económica o cultural (Capítulo 2) o en actividades colectivas relacionadas con el ambiente, los recursos naturales, la seguridad y la salubridad pública (Capítulo 3).

Los derechos a la salud, la vida, el medio ambiente, los servicios públicos esenciales y otros, son derechos fundamentales y coiguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; y que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

lectivos al mismo tiempo, porque todos son esenciales al hombre, por ejemplo; la vida, la salud y los servicios públicos se encuentran ligados al medio ambiente que le rodea al ser humano y dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permite desarrollarse.

El derecho colectivo al medio ambiente y en general, los derechos humanos, han sido concebidos por la Honorable Corte Constitucional de Colombia, como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera, los Derechos Colectivos deben tenerse también como derechos fundamentales para poder garantizar la supervivencia de la especie humana.

La crisis ambiental es, por igual, crisis de la civilización y replantea la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos a su vez, reproducen las condiciones de miseria.

### **III. La Constitución Colombiana y el Medio Ambiente**

La Protección al medio ambiente y los recursos naturales, se estudió en forma exhaustiva en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente realizada en Colombia en 1991, debido a la incidencia de estos factores en la salud del hombre y por consiguiente en su vida. La protección al medio ambiente debe ser uno de los fines de los Estados Modernos, por lo tanto, toda estructura de éstos debe estar iluminada por este fin, y debe tender a su realización. Uno de los cambios introducidos a la nueva Constitución colombiana, fue la concientización de que no solo al Estado es a quien le corresponde la protección del medio ambiente, sino, que se exige a la comunidad de igual manera se involucre en tal responsabilidad.

La Constitución colombiana de 1991, consagra la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la Na-

ción. Así mismo, ello obliga a los particulares, pues le atribuye a la propiedad privada una función ecológica, y sobre todo, porque figura dentro de los deberes de la persona y del ciudadano el proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano<sup>7</sup>.

En la Constitución colombiana está consagrado el derecho de todos a gozar de un ambiente sano. En efecto, dice así el artículo 79 de la Constitución: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de esos fines”.

El ordenamiento constitucional estableció como obligación del Estado la de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro del mejoramiento de la calidad de vida de la población, siendo el objetivo fundamental de su actividad, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable<sup>8</sup>.

El saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado; por lo tanto le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; deberá entonces el Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados<sup>9</sup>.

El medio ambiente tiene en Colombia el carácter de derecho fundamental; en la Asamblea Nacional Constituyente (1991) se habló del medio ambiente como derecho esencial de la persona humana; al respecto, la constituyente Aída Abella expuso: “La carta de derechos que se discute en la comisión primera, consigna el derecho que toda persona tiene como un derecho fundamental

---

<sup>7</sup> Ver artículos 8, 58, 79, 80, 81 y 95 numeral 8° de la Constitución Política de Colombia.

<sup>8</sup> Así se estableció por el constituyente de 1991, en la Constitución Política en los artículos 79 y 366 de la Constitución Nacional.

<sup>9</sup> Artículos 49 y 80 de la Constitución Política de Colombia.

del hombre y del medio ambiente, consagrado no sólo como un problema social -de derecho social-, sino como un derecho fundamental en la parte de los derechos del hombre”.

La Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-415 dijo sobre este derecho colectivo: “El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben tenerse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana.

#### **IV. Consideraciones Internacionales sobre el Medio Ambiente**

En el ámbito internacional se ha discutido si el derecho al medio ambiente es o no un derecho fundamental. Así, en la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, se afirmó: “El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar.” Entre los pactos que ha ratificado Colombia, sobre la conservación del medio ambiente, los cuales en virtud del artículo 93 de la Carta tienen rango suprallegal en el orden interno, tiene relación con este caso en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, que establece, en el artículo 12, lo siguiente: “1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: b) el mejoramiento en todos sus aspectos... del medio ambiente”.

La legislación ambiental en Colombia ha evolucionado de acuerdo a los cambios económicos, políticos y científicos que han ocurrido en la posición del hombre y de la sociedad frente al apro-

vechamiento y conservación de la naturaleza y del “hábitat” que ha construido.

En ese orden, se puede afirmar que la sociedad de hoy tiene el derecho fundamental colectivo al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pues su violación atenta directamente contra la perpetuación de la especie humana y, en consecuencia, con el derecho más fundamental del hombre: la vida.

El derecho a la salud y a la vida son derechos fundamentales y colectivos, porque son esenciales al hombre, la salud se encuentra ligada al medio ambiente que le rodea y que dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permitirá desarrollarse económica y socialmente a los pueblos, garantizándoles su supervivencia.

## **V. Diferenciación entre la vulneración de un derecho fundamental y un derecho colectivo según la jurisprudencia constitucional de Colombia**

En la Constitución Política de Colombia, existen dos mecanismos diferentes para que, a través de ellos, se pretenda obtener por un lado, la protección de los derechos fundamentales y, por el otro, la de los derechos colectivos. Así, en sus artículos 86 y 88 se consagró para el primer caso la acción de tutela y, para el segundo, las acciones populares y las de grupo.

Por regla general, en Colombia la acción de tutela no procede para la protección de los derechos colectivos, pues la misma ha sido concebida como mecanismo idóneo para la protección de los derechos netamente fundamentales, mientras que el ordenamiento jurídico contempló a las acciones populares como el instrumento judicial especial de protección para amparar derechos o intereses de carácter colectivo.

La Carta Política de Colombia prevé, en su artículo 88 que los derechos colectivos son amparados a través de las acciones populares, las cuales están reguladas en la Ley 472 de 1998. No obstante, es de indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que en algunos casos los juzgadores po-

drán admitir la acción de tutela cuando se constate que existe conexidad entre la vulneración de derechos colectivos y la afectación de derechos fundamentales, es decir, que de la violación de los intereses colectivos se derive la amenaza de prerrogativas individuales.

La Corte ha señalado unas reglas de ponderación como criterio auxiliar que el juez debe tener en cuenta para, eventualmente, conceder el amparo de derechos colectivos a través de la acción de tutela. Al respecto, ha establecido que: *“la protección de un derecho fundamental cuya causa de afectación es generalizada o común para muchas personas afectadas, que pueda reconocerse como un derecho colectivo, sólo es posible cuando se demuestra la afectación individual o subjetiva del derecho. Dicho de otro modo, la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que “en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de un apersona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento, pues de lo contrario no precede la acción de tutela”*<sup>10</sup>.

Por consiguiente, es de aclarar que no obstante que en el texto fundamental se consagran acciones constitucionales diferentes para la protección de los derechos individuales y colectivos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos cuando se cumplan los siguientes requisitos<sup>11</sup>:

i) Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo;

---

<sup>10</sup> Sentencia T-1205 de 2001 y Sentencia T-659 de 2007.

<sup>11</sup> Ver entre otras, T-1451 de 200, SU-116 de 2001, T-288 de 2007 y T-659 de 2007.

ii) El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva;

iii) La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no pueden ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente;

iv) Finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que es necesario para la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos colectivos en conexidad con derechos fundamentales, que en el proceso aparezca demostrado que la acción popular no es idónea, en el caso concreto, para amparar, específicamente, el derecho fundamental vulnerado o amenazado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado: *“Esta breve referencia muestra que en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos (...). En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...), para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (Constitución Política artículo 86), que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger*

*el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella “como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental.”*<sup>12</sup>

Así las cosas, de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia y con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional constatar si en el expediente se encuentra acreditado, de manera cierta y fehaciente, que la afectación del derecho colectivo también amenaza el derecho individualizado de la persona que interpone la acción de tutela, cuya protección no resulta efectiva mediante la presentación de una acción popular, sino que, por el contrario, debe ser evidente la urgencia en la intervención inmediata del juez de tutela<sup>13</sup>.

No obstante lo anterior, es de precisar que la orden judicial que imparta en razón de la acción de tutela que resulte procedente, debe estar orientada a obtener, únicamente, el restablecimiento del derecho de carácter fundamental y no el derecho colectivo. En efecto, se ha indicado que “no debe pretenderse el restablecimiento del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza”<sup>14</sup>.

## **VI. Medios de Derecho Procesal Constitucional en Colombia para garantizar el Derecho a un Ambiente Sano**

Una de las transformaciones conceptuales más importantes que sufrió el derecho colombiano fue la constitución de 1991, al incluir como Título especial los Derechos, las Garantías y los Deberos, dado que, los derechos fundamentales de los ciudadanos pasaron de ser meros derechos formales, a convertirse en exigencias reales,

---

<sup>12</sup> En el mismo sentido pueden consultarse entre otras las sentencias SU-257 de 1997, T- 576 de 2005, SU-1116 de 2001.

<sup>13</sup> Ver entre otras Sentencia T-659 de 2007.

<sup>14</sup> Ver Sentencia SU- 1116 del 24 de octubre de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

inmediatas y garantizadas, traducidas éstas en la dotación de los ciudadanos de medios materiales y jurídicos para la defensa de los mismos.

La Constitución Política de Colombia dotó a los ciudadanos de nuevas herramientas para garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos; pero la participación de la comunidad es el más importante de los instrumentos para la defensa de los derechos colectivos, en especial, del derecho a gozar de UN AMBIENTE SANO<sup>15</sup>.

La democracia participativa es un principio material que permea tanto la parte dogmática como orgánica de la constitución. Ella exige la reinterpretación del ejercicio del poder desde la esencia de los derechos de participación. La recuperación de la legitimidad institucional inspiró la consagración de diversos mecanismos de participación a lo largo del texto constitucional<sup>16</sup>.

La legislación colombiana ha dotado a los ciudadanos de mecanismos de participación ambiental que se podrían clasificar en: normativos y legislativos, de gestión y control administrativo, y de control judicial.

Los normativos buscan regular los principios de protección y uso sostenible de los recursos naturales; tienen su desarrollo a través de la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la revocatoria del mandato, y el voto programático.

El mecanismo de gestión y control administrativo busca involucrar al ciudadano en las decisiones que tomen las autoridades en relación con el ambiente.

La participación ciudadana en la planeación, evaluación y control administrativo se prevé en una serie de normas constitucionales y legislativas<sup>17</sup>, todas ellas buscan involucrar a la ciudadanía y a las organizaciones de la sociedad civil en el efectivo

---

<sup>15</sup> Constitución Nacional, artículo 79.

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-439 del 2 de julio de 1992.

<sup>17</sup> Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (ley 152/94), la Ley de control Interno (Ley 60/93), Ley de Servicios Públicos domiciliarios (ley 142/94), Ley de contratación de la Administración Pública (artículo 60 Ley 80/93), Discusión de los planes de desarrollo (C.N artículos 339 a 342); artículos 1, 10, 69 y s.s. Ley 99/93; artículo 141 Ley 132/94.

control de sus derechos. La más característica de ellas es la participación prevista en la Ley 99 de 1993, en donde se consagra el derecho de todo ciudadano o entidad pública o privada a participar en las actuaciones administrativas relacionadas con la expedición o modificación de licencias ambientales.

El mecanismo de control judicial tiene que ver con las acciones judiciales de origen constitucional y legal estipuladas para defender los derechos fundamentales y colectivos consagrados en la constitución. Las acciones de origen constitucional son: La Acción de Tutela; Las Acciones Populares y Las Acciones de Cumplimiento.

A manera de cita haré una breve descripción de cada uno de los mecanismos existentes en Colombia para proteger derechos colectivos como el ambiente.

### *6.1. La Acción de Tutela*

La Acción de Tutela, busca la garantía e inmediata protección de los derechos fundamentales particulares.

**¿Qué es la Acción de tutela?** Es el mecanismo creado en el artículo 86 de la Constitución de 1991 y permite a toda persona reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales ante los jueces, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos establecidos en la ley. En dicho sentido por medio de la acción de tutela, el juez administra justicia en el caso concreto, dictando órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger derechos fundamentales de las personas que acudan a esta vía de carácter excepcional. La acción de tutela ha sido reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

**Accionante.** Es la persona afectada en forma directa o mediante abogado o abogada. También lo puede hacer una tercera persona siempre y cuando la víctima no lo pueda hacer por sí misma. Si se

trata de una persona menor de edad la puede presentar por si misma o cualquier persona está habilitada para hacer valer los derechos de niños y niñas.

**Accionado.** Las autoridades públicas y los particulares cuando están inmersas sus conductas en lo descrito en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

**Procedimiento.** Puede ser ejercida en todo momento y lugar de manera directa o a través de apoderado y se puede hacer para defender derechos ajenos cuando el afectado no esté en condiciones de promover su propia defensa, ante un juez de la República con un procedimiento preferencial, breve y sumario, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

A pesar de ser un mecanismo creado para el amparo de los derechos fundamentales particulares, a partir de 1991, la Acción de Tutela ha abierto un espacio importante para la defensa de los derechos colectivos al iniciarse la reflexión sobre los derechos de tercera generación, su contenido e importancia para el País y para el mundo y la conexidad que en muchos de los casos analizados por los jueces de tutela, existe entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos<sup>18</sup>.

Por vía de interpretación jurisprudencial, los jueces de tutela han protegido el derecho a un ambiente sano, en conexión con otro derecho fundamental, por ejemplo el derecho a la vida, la salud y el saneamiento básico<sup>19</sup>.

### *Las Acciones Populares*

Las Acciones Populares son el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos e intereses colectivos entre ellos “*el derecho a un ambiente sano*”; su finalidad es proteger a la comunidad en su conjunto y respecto a sus derechos e intereses colectivos.

---

<sup>18</sup> CORDOVA TRIBIÑO, Jaime. Las Acciones Populares en la defensa del medio ambiente a partir de la constitución de 1991. Derecho y Medio Ambiente II. Medellín. 1994.

<sup>19</sup> Sentencia T-707 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de su comunidad, no es necesario demostrar la existencia de un daño o perjuicio, se persigue con ella que el juez ordene hacer o no hacer algo o que exija, tanto la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior, como el pago de una suma de dinero.

Las acciones populares son en su naturaleza acciones de derechos humanos, no de elites; con ellas no se pretenderá la controversia sino cesar la amenaza o el daño sobre derechos colectivos. Con el ejercicio de actividades económicas, como la construcción de carreteras, puertos, oleoductos y explotación de recursos no renovables que pueden causar daños ambientales a grupos de personas, quienes tendrán en las acciones populares una vía jurídica eficaz para la solución de los conflictos. El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares.

No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

El propósito del constituyente del 91 fue el de extender el campo tradicional de esta clase de acciones, con miras a avanzar, tal y como se expuso en la Asamblea Nacional Constituyente, hacia “un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas comerciales leales y justas.”<sup>20</sup> Con ello, se busca fortalecer la competencia de los jueces y su capacidad para proteger los

---

<sup>20</sup> Proyecto de Acto Reformatorio No. 62. Delegatarios Guillermo Perry, Horacio Serpa y Eduardo Verano. Gaceta Constitucional No. 22, 18 de marzo de 1991, pág. 62

derechos de las personas, con el consiguiente beneficio que para éstas represente el facilitar su acceso a la justicia.

La importancia que las legislaciones y jueces de otros países reconocen a los derechos e intereses colectivos, se traduce en la diversidad de alternativas propuestas para su protección. Así, por ejemplo, surgió la institución del “*ombudsman*” en países como la Gran Bretaña, Estados Unidos y Suecia, cuya misión primordial era la protección de los derechos colectivos de los consumidores.

La acción popular ha tenido su mayor desarrollo en los países anglosajones, para posteriormente, extenderse a otros países como España, Brasil, Italia y Argentina en la defensa del medio ambiente, la protección de los consumidores, en los casos de calamidades públicas causados por negligencia o dolo, en derecho urbano, en la defensa de los bienes y espacios públicos los accionistas minoritarios de las grandes compañías y contra las conductas monopólicas y de competencia desleal e injusta. Las Constituciones de España, Portugal y Brasil las consagran de manera expresa. En los Estados Unidos, se denominan *acciones de clase o representación*.

En Colombia, la Ley 472 de 1998 (artículo 4o.) define como derechos e intereses colectivos: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente ; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público ; e) La defensa del patrimonio público ; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación ; g) La seguridad y salubridad públicas ; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública ; i) La libre competencia económica ; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna ; k) La prohibición de la fa-

bricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos ; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes ; n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

La Acción Popular en Colombia, establece que no solo los derechos e intereses colectivos susceptibles de ser reclamados mediante acciones populares, se agotan en la medida en que la misma norma dispone que, además de los que se enumeran en ese estatuto, son derechos e intereses colectivos, los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. De igual manera, señala que los derechos e intereses de ese rango enunciados en el artículo 4o. de la ley en mención, estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente hubo claridad en cuanto tiene que ver con el carácter **público** de las acciones populares en defensa de intereses colectivos, en cuanto "... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir"<sup>21</sup>.

### *La Acción de Cumplimiento*

La acción de cumplimiento está consagrada en el artículo 87 de la Constitución como una acción pública y tiene el poder de provocar una sentencia que siempre será favorable a los intereses sociales<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Proyecto de Acto Reformatorio No. 23. Delegatario Álvaro Gómez Hurtado (Q. E. P. D.) Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 11 de 1991, pág. 3.

<sup>22</sup> MANCLARES TORRES, José Manuel. Acciones de Cumplimiento

La Acción de Cumplimiento Ambiental se consagró en la Ley 99 de 1993 en su título XI y tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente.

Esta acción se consagra en la Constitución Política de Colombia en el artículo 87<sup>23</sup> y permite a cualquier persona acudir ante el Juez de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que ésta ordene a la autoridad encargada de hacerlo que aplique una ley o un acto administrativo vigentes que no quiere aplicar. La Acción de Cumplimiento posibilita al destinatario de las normas el que pueda exigir el cumplimiento de ellas. Con esta acción, la autoridad judicial ordena a quien tiene la obligación de cumplir una ley en sentido material, es decir, no solo la que proviene del proceso legislativo, sino toda disposición general de autoridad competente, un acto administrativo, que efectivamente la cumpla. Esta acción al igual que la tutela no procede cuando existan otros medios judiciales, por cuanto ella está concebida como medio subsidiario o supletorio de los mecanismos judiciales. Con ella se busca hacer efectivo el cumplimiento de normas vigentes con fuerza material de ley o actos administrativos, que la autoridad que tiene a su cargo el desarrollo de las mismas no quiere cumplir, y esto quiere decir, que debe existir, para que ella proceda, la obligación de la autoridad pública de aplicar la norma, de una forma clara, expresa y exigible y además y como requisito de procedibilidad, que la autoridad se abstenga de aplicar o de hacer efectiva dicha norma, luego de haberle realizado el correspondiente requerimiento.

La acción de cumplimiento procede de modo general contra cualquier autoridad que incumpla la ley o un acto administrativo, sin que importe la rama del poder público a la cual pertenezca, y sin que pueda limitarse su ejercicio respecto de aquellas que tienen la calidad de administrativas<sup>24</sup>.

---

Ambiental. Ed. Dike. Defensoría del Pueblo. Medellín. 1995.

<sup>23</sup> Constitución Política de Colombia. "ARTICULO 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

<sup>24</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-157, de abril

Sin embargo a manera de conclusión se puede afirmar que las herramientas constitucionales y legales con las que cuenta el ciudadano y la comunidad para defender su derecho a un ambiente sano, sólo serán eficaces cuando se tenga el apoyo de la sociedad civil y de las diversas formas organizativas; ambas esenciales para defender y proteger su medio ambiente.

El problema central de la crisis ambiental es más ético que jurídico; sin embargo, las acciones descritas están sirviendo de apoyo para generar verdaderos procesos de cambio de actitud y comportamiento frente al medio ambiente.

## Conclusiones

El problema de la contaminación es más complejo y significativo. Según estudios el mayor problema ambiental del mundo es la degradación de la tierra, que es creciente y amenazadora, y se expresa fundamentalmente en un agudo proceso de erosión que trae consigo la pérdida de la capacidad del suelo agrícola y forestal, la destrucción de la base productiva de los países y el agravamiento de la pobreza. Los efectos de la degradación del suelo, son la erosión hídrica y eólica, la pérdida de cobertura vegetal, la pérdida de fertilidad del suelo y la salinización del suelo, por riego y drenaje inadecuado. Se estima que cada año el 3% de la superficie utilizada con fines de producción agropecuaria y forestal pierden su capacidad productiva por efecto de la degradación.

La contaminación y los efectos producidos por la intervención humana sobre los ríos, lagunas, humedales, acuíferos y lagos están produciendo un proceso destructivo de proporciones no consideradas que están teniendo efecto en el ahora, en el mediano y largo plazo según los estudios especializados. La visión desarrollista a ultranza que no considera la necesidad de lograr armonía y equilibrio entre la urgencia de **“construir para crecer”** y la necesidad de **“proteger para vivir”**, puede convertirse en el acelerador de este proceso cuyas consecuencias no podemos avizorar pero cuyas

---

29 de 1998, Magistrados Ponentes: Doctor Antonio Barrera Carbonell y Doctor Hernando Herrera Vergara. Expedientes D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 y D-1819.

señales y efectos ya los estamos viviendo de manera importante. Por tanto, necesitamos realizar una reflexión profunda sobre el tema del agua como un derecho humano que vaya más allá de garantizar el acceso universal, equitativo, oportuno y eficiente al agua potable a todas las familias del mundo, sin ninguna discriminación y enfrente el problema también desde la perspectiva de las generaciones futuras. De no hacerlo, estaremos ignorando una parte muy importante de la reivindicación demandada en la Guerra del Agua que fue el verdadero activador de un proceso de transformación político y social que hoy vivimos y que depende de la sociedad y el Estado para su consolidación.

## Bibliografía

- El concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Rodolfo Arango. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Legis. Primera Edición 2005.
- Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Javier Henao Hidrón. Editorial Temis. Duodécima Edición. 2001.
- La Dialéctica de los Derechos Humanos en Colombia. Rodrigo Urpimny Yepes. Fondo de Publicaciones FUAC. Santa Fe de Bogotá. D. C. Colombia. 2001.
- Colombia, Constituyente Primario, Constitución Política. 4 de julio de 1991. [www.lexbase.com](http://www.lexbase.com)
- Colombia. Ejecutivo. Decreto 2591 de 1991. Diario Oficial 40165 de noviembre 19 de 1991, pp. 1-4. [www.lexbase.com](http://www.lexbase.com)
- Colombia, Congreso de la República. Ley 393 de 1997. Diario Oficial 43096 de julio 30 de 1997, pp. 1-4. [www.lexbase.com](http://www.lexbase.com)
- Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de 1998. Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998, pp. 9-16. [www.lexbase.com](http://www.lexbase.com)
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)
- Constitución Política de Colombia Esquemática. Edición Conmemorativa 1991-2011. Grupo Editorial LECCE. Bogotá. D. C.-Colombia. Pedro Alfonso Pabón Parra.

- El derecho Fundamental al Agua. Legis. Universidad del Rosario. Andrés Gómez Rey y Gloria Amparo Rodríguez.
- Tratados Internacionales de la ONU.
- JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia. El Principio de Prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, Editorial Ecoiuris, Madrid, 2001. Pág. 61.
- ROJAS QUIÑONEZ, Claudia María. Evolución de las Características de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su Aplicación en Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Pág. 79.
- [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)
- [www.un.org/es/](http://www.un.org/es/)
- [www.minambiente.gov.co](http://www.minambiente.gov.co)



## Política Pública y Desplazamiento Ambiental y el goce efectivo de Derechos como Tutela Constitucional

OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ\*

---

\* Abogado U Libre, Magister en Derecho Penal y Criminología U Libre, Magister Estudios Políticos U Javeriana, Docente Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. [oserrano@unicolmayor.edu.co](mailto:oserrano@unicolmayor.edu.co)



## Introducción

El presente trabajo constituye un referente más del desplazamiento ambiental que se iniciara con una publicación en Justicia Constitucional bajo el título *“Síntesis y posibilidad de justicia constitucional ambiental y desplazamiento ambiental”*

En la presente oportunidad el enfoque del desplazamiento ambiental se circunscribe a la política pública, que si es cierto se denota con respecto al desplazamiento forzado por el conflicto armado en Colombia no debe ser ajenas con respeto a las personas en situación de desplazamiento voluntario o forzado por motivos de desarrollo de proyectos o circunstancias atinentes a lo climático.

Hoy el hombre atiende a la guerra y la degradación del medio ambiente para asegurar rentabilidad económica llevando a la humanidad a una situación en contravía de la seguridad humana.

Si es cierto el Estado Colombiano logra avances en definir una situación de postconflicto debe diseñar, coordinar e implementar políticas públicas que solucione la situación de personas desplazadas por motivos de conflicto armado e irregularidades en la sostenibilidad del medio ambiente y alcanzar con generaciones futuras una paz estable y duradera.

El resultado del presente tiene como referente las indagaciones preliminares al proyecto de investigación RETOS Y PERSPECTIVAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ AMBIENTAL EN COLOMBIA, grupo análisis jurídico de la Facultad de Derecho Unicolmayor.

## I. Cambio Climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR

Una visión global del documento escrito por Antonio Gutierrez, Alto Comisionado las Naciones Unidas para los refugiados, publicado en 2008 y actualizado, en su prólogo advierte que el “proceso del cambio climático - así como los múltiples desastres

naturales que producirá - con toda certeza aumentará la magnitud y complejidad de la movilidad y el desplazamiento humanos.”<sup>1</sup>

En tal orden, menciona que el representante del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, Sr. Walter Kälin, ha reconocido quintuple escenarios conectados con el cambio climático, que podrían causar directa o indirectamente desplazamiento forzado humano. Situación que se ve como punto inicial para analizar la naturaleza del desplazamiento y evaluar las prioridades de protección y asistencia de aquellos afectados:

*“desastres hidrometeorológicos (inundaciones, huracanes/tifones/ciclones, deslizamiento de tierra, etc.);*

*Zonas designadas por los gobiernos como de alto riesgo y peligrosas para habitarlas;*

*Degradación del medio ambiente y una lenta aparición de desastres (por ejemplo reducción de la disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, etc.);*

*El caso del hundimiento de los pequeños estados insulares, y*

*Conflictos armados provocados por la disminución de los recursos naturales (por ejemplo, agua, tierra, alimento) debido al cambio climático.”<sup>2</sup>*

De otra parte se dice, que en los lugares donde los desastres hidrometeorológicos o la degradación del medio ambiente provocan desplazamiento, los desplazados internos deben recibir protección y ayuda conforme los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998. Afirmándose “Las soluciones duraderas más probables serán la integración en los lugares de desplazamiento o la reubicación en una nueva zona en su país, dado que normalmente estas personas ya no pueden regresar a sus tierras”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Antonio Gutierrez, ACNUR, UNHCR “Cambio climático desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del Acnur” [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/refugiados\\_3\\_curso\\_material\\_referencia\\_cambio\\_climatico.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/refugiados_3_curso_material_referencia_cambio_climatico.pdf), bajado 4 de abril de 2017, p. 1.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 4.

Pero llama la atención el quinto y último escenario de desplazamiento humano atinente a la disminución de los recursos vitales (agua, tierra y producción de alimentos) que se aduce al cambio climático, detonando conflictos armados y violencia. Indicándose, no obstante las causas subyacentes, tales desplazados dentro de su país por los conflictos armados se consideran desplazados internos en el marco de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, Mientras los que huyeran a otros países podrían calificarse como refugiados o beneficiarse de protección en razón de los instrumentos del derecho regional de los refugiados (Convención de la OUA, Declaración de Cartagena de 1984) o de “formas de protección complementarias” acatándose los instrumentos relevantes del derecho internacional o en aquiescencia con el derecho nacional de los países receptores, es decir, los derechos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ICESCR).

En el entendimiento de los temas el documento “Cambio climático desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del Acnur” Además de lo dicho, se ve el cambio climático no sólo como tema científico, sino que se hace ineludible ocuparse más para analizar los posibles escenarios de desplazamiento humano que causará el cambio climático e identificar y abrigar cualquier vacío legal y operativo.

Se afirma: En la actualidad, hay una cantidad cada vez más mayor de investigaciones sobre la relación entre el cambio climático, la degradación ambiental, los conflictos armados, el desplazamiento y la migración, pero existe una urgente necesidad de recopilar y acumular información empírica precisa, con el fin de mantener los aspectos legales de los impactos del cambio climático acorde con los efectos que ya se están sintiendo en las operaciones de campo”.<sup>4</sup>

Resulta significativo de lo dicho que los desastres ambientales no resultan de por sí como una reacción de la naturaleza, sino que más de las veces, hay participación de un ser humano agresor contra ella y el hombre que se ensañan en degradar el medio ambiente,

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 10.

conllevando a una lenta aparición de desastres que se evidencian en menos disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, como se señala, a su vez, se suma los conflictos armados provocados por la disminución de los recursos naturales dígase, agua, tierra, alimento en razón al cambio climático, lo que implica, a los estados definir políticas públicas de prevención y solución respecto al desplazamiento ambiental que se constituye en forzoso o voluntario dadas las connotaciones de tiempo, modo y lugar en la historial ambiental de los pueblos.

## II. Desplazamiento interno por proyectos de desarrollo

El profesor e investigador de la Universidad de los Andes Juan Pablo Sarmiento E, escribe en la Revista de Derecho de la Universidad del Norte el artículo “*Desplazamiento interno por proyectos de desarrollo*” relata que en el mes de octubre de 2014 una situación de notabilidad internacional para Colombia ocurrió en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Citando: “La Audiencia Pública del 153 Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) referida caso del desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo”.

Situación acogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que da la razón que el desplazamiento vincula diversos supuestos de hecho además de la violencia armada, expresando, “Que el desplazamiento también se produce cuando se obliga a las personas a abandonar sus hogares por *motivos legítimos*”.<sup>5</sup>

Recordando que dicha institución acoge los principios rectores del desplazamiento forzado de ACNUR de 1998, donde se define a los desplazados forzados como “todas las personas o grupo de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para

<sup>5</sup> Sarmiento E Juan Pablo “*Desplazamiento interno por proyectos de desarrollo*”, 44, VVI Revista de Derecho, Universidad del Norte, Colombia -X, 2015, p. VII.

evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violencia de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

Ahora bien, Juan Pablo Sarmiento E profesor de la Universidad del Norte señala que la migración tiende a identificarse más con hechos del hombre o de la naturaleza que despojan a los individuos de alternativas para su propia subsistencia en razón de la degradación ambiental o enfermedades dadas por la contaminación de fuentes hídricas y de la atmósfera, mientras que el desplazamiento denota sin duda ser resultado de un acto violento<sup>6</sup>. A su vez precisa, “ El gobierno colombiano, en la audiencia Pública del 153 Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de hecho presentó el argumento según el cual el Estado colombiano ha implementado políticas de asistencia y de protección adecuada a la población desplazada y que el desplazamiento forzado, aún en casos de desarrollo de proyectos y monocultivos, obedece a la estrategia combinada de terratenientes y de empresarios de minera ilegal, que financian grupos al margen de la ley para adquirir propiedades o tomar territorios donde pueden explorar esa actividad económica”<sup>7</sup>.

Lo indicado, consigna el artículo fue rechazado por la CIDH, no obstante, abstenerse de tomar decisión alguna, por no ser instancia competente para hacerlo, “señaló que actuación de terceros no es admitido como pretexto para permitir el desplazamiento interno y que las políticas del Estado colombiano en la materia no responden a una visión preventiva adecuada”<sup>8</sup>.

Es evidente que el Estado no puede excusarse bajo ningún punto de vista en definir política pública para las personas en situación de desplazamiento por causa de proyectos de desarrollo que generar desequilibrio climático y forzar a las comunidades dejar su residencia habitual para no ser sujetos víctimas del conflicto armado generado por expropiación de tierras productivos y sitios estratégicos de macro proyectos en que intervienen multi-

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. VIII.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. VIII y IX.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. IX.

nacionales, grupos al margen de la ley y empresarios sin que tenga un control de prevención el Estado en la vulneración de los derechos efectivos de la población. Es decir, un desconocimiento de derechos fundamentales, económicos sociales, culturales y colectivos garantizados por el orden constitucional y que reclaman reparación a través de Política Pública, diseñada, coordinada e implementada por el Gobierno Nacional.

### **III. Acceso a la justicia ambiental en el desplazamiento ambiental por efectos asociados al cambio climático**

Desde otra mirada Javier Gonzaga Valencia Hernández, Alejandra María Aguirre Fajardo y Melissa Ríos sarmiento entrañan en su trabajo *“Desafíos de la Justicia Ambiental y el Acceso a la Justicia Ambiental en el Desplazamiento Ambiental por efectos asociados al cambio climático”*<sup>9</sup> aclaran, que “ante la magnitud tan grande de los efectos adversos del cambio climático, el pleno goce de los derechos humanos se ve directamente perjudicado, por lo que se hace necesaria y urgente la respuesta del Estado frente a la protección de los mismos. Por tanto, el trato de los Estados a las personas afectadas por el cambio climático que hizo inminente su desplazamiento, se debe hacer bajo la perspectiva de los derechos humanos, más aún a estas personas que en muchas circunstancias se encuentran en condición de vulnerabilidad, ya sea por la ubicación del territorio que hace más propenso sufrir las consecuencias del cambio climático, así como por las condiciones sociales y económicas de las personas que las ponen en esa situación”<sup>10</sup>.

Ultiman en un punto del trabajo que el cambio climático resulta ser el iniciador de diversas instituciones y organizaciones en-

---

<sup>9</sup> Valencia Hernández Javier Gonzaga, Alejandra María Aguirre Fajardo y Melissa Ríos sarmiento *“Desafíos de la Justicia Ambiental y el Acceso a la Justicia Ambiental en el Desplazamiento Ambiental por efectos asociados al cambio climático”* No. 41, Revista Luna Azul ISSN 1909-2474, Universidad de Caldas, julio - diciembre 2015.

<sup>10</sup> *Ibidem* pág. 328.

caminadas a realizar estudios, análisis de población marginada y, en futuro a ello, estrategias para la prevención y protección de las personas desplazadas por tales fenómenos. Ello lleva que figuras como la justicia ambiental y climática son el pináculo en tiempos de crear políticas públicas en los Estados, en el entendido que el conflicto ambiental desencadena en graves consecuencias de índole social, económico, cultural y jurídico, que si no son tratados en su momento logran degradar el desarrollo sostenible en una sociedad y la calidad de vida de los ciudadanos de una determinada comunidad.

Conforme a dichas apreciaciones los “procedimientos del movimiento de justicia ambiental son de tipo jurídico, social y político. Los jurídicos son los reconocidos en las constituciones, las leyes y los tratados internacionales, muchos de estos reconocidos por los Estados y los organismos internacionales, por la presión y el *lobby* de los movimientos de justicia ambiental. Los procedimientos políticos están definidos en el conjunto de actividades que las organizaciones de la justicia ambiental promueven en los ámbitos locales, regionales, nacionales e internacionales, con el fin de lograr cambios en las políticas ambientales en el reconocimiento de los actores sociales y en el cambio de normatividad. En el ámbito social, los movimientos de justicia ambiental promueven acciones de desobediencia civil, marchas, conformación de redes de información y conocimiento, cambio de valores al medio ambiente”.<sup>11</sup> Ello lo expresan los autores siguiendo a Valencia Hernández, Javier Gonzaga conforme “El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia: entre la validez formal y la eficacia material.”

Javier Gonzaga Valencia Hernández, Alejandra María Aguirre Fajardo y Melissa Ríos sarmiento en fin concluyen: El desplazamiento de las personas por el cambio climático y la subsecuente amenaza o violación de los derechos humanos de la población desplazada implica retos superlativos para el derecho ambiental y para los juristas. Así para el derecho ambiental resignificar las formas jurídicas fundadas en los derechos individuales construyendo for-

---

<sup>11</sup> *Ibíd*em pág. 341.

mas jurídicas que incluyan derechos y aspiraciones de todos bien en lo nacional e internacional como generacional e intergeneracional.

El reto para la política y las instancias de gobierno definir e implementar las políticas y mecanismos necesarios para que las personas en peligro o en situación de desplazamiento ambiental por cambio climático sean atendidas en primera instancia por el gobierno nacional, local, regional contando con los dispositivos legales suficientes de acceso a la justicia ambiental, ya sea información, participación en las decisiones y acceso a las instancias administrativas o judiciales.

Estudiar a su vez para determinar el camino excelente hacia un resultado justo, que conserve y proteja los derechos fundamentales de las personas, el medio ambiente a largo plazo y que incentive coetáneamente el desarrollo sustentable y la innovación jurídica, económica y política, resultado esencial para asumir los nuevos retos.

Colorario de lo dicho por los autores mencionados en el caso Colombiano ello implica tener presente el bloque de constitucionalidad para alcanzar la reivindicación de los derechos humanos que se encuentran garantizados a través de Tratados sobre derechos humanos ratificados por el país. Pero más que ello, tener la posibilidad los desplazados por motivos de carácter climático implementar las acciones constitucionales que les permita solicitar ante el gobierno nacional, local regional las políticas públicas que les permita una vida digna a pesar de su condición.

#### **IV. Política pública y Desplazamiento por el Conflicto Armado**

Señala el rector de la Universidad Externando de Colombia Juan Carlos Henao Pérez respecto a las políticas públicas ser monopolio del legislativo y el ejecutivo mas son impulsadas por la rama jurisdiccional, en particular por las altas Cortes resaltando la Corte Constitucional. Asi, parte del concepto de Estado como institución que formaliza las reglas de juego en las esferas que procura siste-

matizar, valiéndose de normas jurídicas o de actos administrativos.<sup>12</sup> Para indicar en últimas que entiende por políticas públicas “El programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado. Son, por ende, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento”.<sup>13</sup> Ello siguiendo a André Roth., quien indica, que una política pública se determina por una cuarteta: “ (i) intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas”<sup>14</sup>.

Sugiere el profesor Henao Pérez, delimitar el campo de las políticas públicas, atendiendo que de ello depende su existencia en concreto. Dando ejemplo, lo social, lo económico o lo ambiental. En tal orden, puede existir una política pública social, una económica o una ambiental, con objetivos diversos, sin contradicción, ante problemáticas concretas o contextos sociales notables determinados<sup>15</sup>.

Siguiendo a Sierra refiere que las condiciones sociales reclaman que “el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero, ¿por qué ha sucedido? La *gobernanza*, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado de crisis”.<sup>16</sup> Aclara a la vez, No ser por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades, agregándose, la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas, viéndose la crisis como la existencia de un déficit de ejecución de las acciones del Estado colombiano de gran amplitud. En otras palabras, señala: El Estado no es actualmente efectivo,

---

<sup>12</sup> Henao Pérez Juan Carlos “*El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*” vol. 15, n. ° 29, Revista de Economía Institucional, Universidad Externando de Colombia. Colombia , segundo semestre/2013, pág. 68.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 70.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 71.

administrativa, jurídica y financieramente, para garantizar los derechos fundamentales de las personas, y falla en las obligaciones contempladas en el artículo 2º del Texto Fundamental, que los consagra como fines en los siguientes términos: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”<sup>17</sup>. A su vez hace alusión, al *estado de cosas inconstitucional*, aún no superado, por causa del desplazamiento forzado.

Para el rector de la Universidad Externando de Colombia, razones suficientes sustentan la legitimidad de la autoridad judicial constitucional para inmiscuirse en las políticas públicas ante el déficit ya aludido. Así, para él, el juez constitucional tiene la obligación de cuidar y garantizar la materialización de la Carta, siendo referente imperativo jurídico y político. Advirtiendo, ser viable afirmar, que “las políticas públicas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. Son, por tanto, un mecanismo para el cumplimiento progresivo del goce efectivo de los derechos humanos, y suponen instrumentos de exigibilidad que permiten a cada ciudadano el ejercicio legítimo ante las acciones u omisiones estatales”<sup>18</sup>.

En un acápite de ejemplos de políticas públicas ordenadas por la Corte Constitucional en el trabajo “EL JUEZ CONSTITUCIONAL: UN ACTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS” se dice por el autor, que el juez es requerido a intervenir dada la trasgresión de derechos fundamentales de las personas ante la precariedad de desarrollo de políticas públicas, o por deficiencia o tardía implementación. En el Caso Colombia, dice ocurrir, a través de acciones de tutela y acciones públicas de inconstitucionalidad<sup>19</sup>.

Así las cosas, “en la sentencia SU -913 de 2009, la Corte Constitucional indicó que el fallo judicial busca superar un *status quo* injusto y garantizar la vigencia de los principios constitucionales.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 71.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 75.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 81.

En igual sentido, manifestó que se trata de una tendencia de defensa objetiva de los derechos fundamentales, que no escapa al ámbito de políticas públicas, donde el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación”.<sup>20</sup>

Se menciona a su vez la sentencia T-025 de 2004 que declara la existencia del estado de cosas inconstitucional de las personas en situación de desplazamiento, donde se sistematiza los factores que la Corte valoró para ello. “(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; [y] (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”<sup>21</sup>.

Ahora bien, el ex magistrado de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao Pérez, trae entre los ejemplos de la intervención de la Corte Constitucional en políticas públicas la sentencia T-025 de 2004. Caso en que los demandantes accionaron contra varias entidades estatales -dígase entre ellas la Red de Solidaridad Social (Actualmente Acción Social), la Presidencia de la República, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Agricultura-, ante el reparo que no cumplían su obligación respecto de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria frente a las personas en situación de desplazamiento forzado.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 86.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 86.

Se señala que la Corte Constitucional en un número de veces abordó el tema, sin ser superado por los entes gubernamentales, aduciendo entre otros motivos no haberse apropiado recursos del presupuesto nacional para superar la situación, se evidencia que no obstante la política de atención a las personas en situación de desplazamiento tenía como referente la ley 387 de 1997, sus resultados no menguaban la vulneración de los derechos fundamentales del mayor número de población víctima del desplazamiento. Por tanto, el déficit de implementación generalizado llevó a declarar el estado de cosas inconstitucional.

Agrega el rector de la Universidad Externando de Colombia, para la Corporación, entre las soluciones era destinar el gobierno nacional el presupuesto indispensable para la plena reparación y ejercicio de los derechos transgredidos, observando entre las razones, que el artículo 350 de la Carta Política incorpora la prioridad del gasto social. “Así, el juez constitucional ordenó varias medidas dirigidas a superar la insuficiencia de recursos y las falencias de capacidad institucional para dar respuesta a la problemática situación del desplazamiento. Pero, dado que no es de su competencia establecer el presupuesto de la Nación, la parte resolutive debía respetar el principio de separación de poderes e instar a los órganos competentes a cumplir su labor”<sup>22</sup>.

De aquel momento a la fecha, ante la no superación del estado de cosas inconstitucional la Corte realiza un seguimiento al adelanto de la política pública para las personas en situación de desplazamiento forzado, profiriendo numerosos autos que verifican su cumplimiento y desarrollo. Entre ellos en 2008 el Auto 251, que ordena a “Acción Social, al Ministerio del Interior y la Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - entre otras instituciones- el diseño e implementación de doce planes piloto para atender niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento forzado, que debían incluir como mínimo tres componentes, de alimentación, salud y protección. Y, de igual manera, dispuso elaborar mecanismos de prevención del reclutamiento de menores en el Putumayo, así como un proyecto piloto de prevención del impacto de minas antipersonales y municiones sin explotar”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 92.

<sup>23</sup> *Ibidem*, págs. 92 y 93.

## V. La Corte Constitucional y el proceso de formulación, elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas

En palabras de Emerson Harvey Cepeda Rodríguez en el texto “*Corte Constitucional y conflicto armado. Control de políticas sociales en el marco del conflicto armado en Colombia*”, los pilares que fija la Corte para el proceso de formulación, elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas, se instan en una terna de contexto: “i) La existencia real de la política; ii) la finalidad directa e inequívoca de la política pública de garantizar un derecho; y iii) uno de los pilares que permitirán la eficacia de las providencias judiciales, más aún de los derechos, la verificación de procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública que permitan la participación democrática” según pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T- 760 de 2008 siendo magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

Seguidamente explica Cepeda Rodríguez que la primera situación se mantiene en el reconocimiento del carácter prestacional de los derechos, siempre y cuando, el papel del Estado frente a la garantía de los mismos no se deba ceñir a una obligación negativa, ante la obligación de adoptar las medidas indispensables para garantizar los derechos, en razón de ello, los programas se deben estructurar que permitan adoptar y ejecutar las disposiciones adecuadas y necesarias que facilite el cumplimiento de los derechos. El segundo de los requerimientos relata la finalidad de la política, gobernada a garantizar el goce efectivo de un derecho, conllevando acciones reales y concretas para avalar el derecho dentro de un tiempo razonable, y una identificación plena de las verdaderas penurias de la población. La tercera categoría refiere a la participación efectiva y trascendente de la sociedad en el proceso de formulación y evaluación de la política pública, implicando, espacios en la elaboración de los programas y en todas las etapas del proceso implementación de las políticas sociales.

Tales condiciones, en consonancia con la sentencia T-025 de 2004, vislumbran un cuarteto de fundamentos aplicables a dere-

chos prestacionales, “La primera, la prohibición de invocar la insuficiencia de recursos para excluir de protección estatal a las comunidades; la segunda, la pertinencia de la política pública, que comprende la relación entre la formulación de la política pública, que comprende la relación entre la formulación de la política pública y necesidades individuales o sociales; la tercera, la permanencia y el dinamismo de la política de acuerdo con las condiciones sociales para la plena realización de los derechos; y la cuarta, la correspondencia entre política pública y núcleo básico de los derechos”<sup>24</sup>.

Se señala que la Corte Constitucional fijo criterios de análisis para determinar el grado de cumplimiento de las políticas públicas; en concreto en el Auto 185 de 2004 donde se narran cuatro niveles de análisis para la confirmación del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 y de las políticas públicas. Niveles analizados por Orduz y Rubiano en el año 2010 en los siguientes ítems .

## VI. Conclusiones

En un mundo globalizado donde los recursos naturales y el medio ambiente se perfila como un factor determinante en la supervivencia del hombre la justicia constitucional y los principios que regula la situación de las personas desplazadas por motivos de degradación del medio ambiente deben fundamentar la política pública de los Estados donde se soslaya los derechos de las comunidades en mención.

Los avances alcanzados por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos que declara la existencia del estado de cosas inconstitucional de las personas en situación de desplazamiento no deben abordarse sólo para situaciones de conflicto armado sino con superlativa atención en caso de desplazamiento ambiental permitiendo dar curso a políticas públicas que restablezcan la dig-

---

<sup>24</sup> Cepeda Rodríguez Emerson Harvey “Corte Constitucional y conflicto armado. Control de políticas sociales en el marco del conflicto armado en Colombia”. volumen, 42, No 117 Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas /Medellín Colombia Julio – Diciembre de 2012. P 449.

nidad humana de las personas que por situaciones de destres ambientales y desarrollo de proyectos económicos han dejado sus sitios de residencia.

Las definiciones de política pública en casos de desplazamiento ambiental deben acompañarse de ejercicios de convencionalidad y aplicación de normas de carácter constitucional e internacional que conlleven a la seguridad humana en la totalidad del globo terráqueo.

El Gobierno nacional, regional y local en asocio de las autoridades ambientales en sus planes de desarrollo periódico debe incluir en forma clara y diferenciada las políticas públicas para la población desplazada en razón de lo ambiental y el conflicto armado.

## Bibliografía

- Alpargatero Ulloa, Leidy Lizbeth “*La política pública de desplazamiento forzado en Colombia*” Colección complejidad, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2011, p. 107.
- Cepeda Rodríguez Emerson Harvey “*Corte Constitucional y conflicto armado. Control de políticas sociales en el marco del conflicto armado en Colombia*”. Volumen, 42, No 117 Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas /Medellín Colombia Julio - Diciembre de 2012. P. 425- 453.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado “*Participación efectiva de la población desplazada. ¿Realidad o espejismo? El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: aplicar políticas públicas idóneas y eficientes*”. Volumen 4. Colombia.2009, p. 113-124.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. V Informe a la Corte Constitucional. Colombia, 2008, p. 47-52.
- Egea Jiménez Carmen y Soledad Suescún Javier Iván “*Los desplazamientos ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto*”, Volumen 49, Cuadernos Geográficos, II, 2011, p. 201-215.

- Gutierrez Antonio, ACNUR, UNHCR “*Cambio climático de-  
sastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del  
Acnur*”  
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/refugiados\\_3\\_curso\\_mate-  
rial\\_referencia\\_cambio\\_climatico.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/refugiados_3_curso_material_referencia_cambio_climatico.pdf), bajado 4 de abril de 2017.
- Henao Pérez, Juan Carlos “*El juez constitucional: un actor de  
las políticas públicas*” vol. 15, n. ° 29, Revista de Economía Institu-  
cional, Universidad Externando de Colombia. Colombia, segundo  
semestre/2013.
- Jaramillo, Jefferson Marín “La política pública sobre atención  
a población desplazada en Colombia. Emergencia, constitución y  
crisis de un campo de prácticas discursivas”. No006. Colombia,  
Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2007 p. 309 -338.
- Rodríguez, C, Rodríguez, D. “*Cortes y cambio social. Cómo la  
Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Co-  
lombia*”. De justicia Bogotá. 2010, p. 294.
- Sarmiento E, Juan Pablo “*Desplazamiento interno por proyec-  
tos de desarrollo*”, 44, VVI Revista de Derecho, Universidad del  
Norte, Colombia -X, 2015. Editorial.
- Valencia Hernández, Javier Gonzaga, Alejandra María Aguirre  
Fajardo y Melissa Ríos sarmiento “*Desafíos de la Justicia Ambiental  
y el Acceso a la Justicia Ambiental en el Desplazamiento Ambiental  
por efectos asociados al cambio climático*” No. 41, Revista Luna  
Azul ISSN 1909-2474, Universidad de Caldas, julio - diciembre  
2015, p, 323 - 347.

## Justicia Ambiental interespecífica como modelador de los derechos de los Pobladores Andinos. ¿Las Vicuñas tienen Derechos?

CINTIA OGAS MENDEZ\*\*

---

\* Ponencia presentada en el Segundo Congreso Argentino de Justicia Constitucional. Eje temático desarrollado: Derechos Humanos y Justicia Constitucional Ambiental.

\*\* Título de estudio: Abogada Especialista en Derecho Ambiental (UBA), Tesista en la Maestría en Gestión Ambiental (sobre derecho de uso de las vicuñas por las comunidades locales). Experiencia en la materia: Asesora Legal en la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2007- a la actualidad). Docente en la materia Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente (UBA). Datos de contacto: cintiaogasmendez@hotmail.com; dirección postal: Ayacucho 3597, Olivos (CP 1636), Vicente López.; teléfono de contacto 4794-8085.



## I. Introducción

Podemos comenzar esta ponencia asegurando que la historia de las vicuñas ha sido la historia de su dominación, de su uso y de su abuso<sup>1</sup>.

El origen de tan trágica confusión respondería a la falaz ecuación humanismo- razón- exclusividad - dominación y al modo de acumular conocimiento que proviene de la edad media y se acrecienta a partir del siglo XVIII<sup>2</sup>.

En este sentido, el planteamiento cartesiano es perfectamente coherente: los animales son cosas, entonces no existe ninguna obligación a su respecto, son apropiables, objetos del dominio humano, no les asiste ningún derecho ni ninguna limitación ética ni jurídica a su respecto. El humano civilizado, como agente de progreso, es el señor absoluto de la naturaleza no humana y su misión progresista y racional consiste en dominarla<sup>3</sup> y explotarla hasta el máximo de sus posibilidades, lo que constituye un doble autorización para su destrucción.

Gran parte del instrumental jurídico para llevar adelante este programa se encuentra en los códigos civiles y comerciales decimonónicos, instituidos en el predominio de los derechos liberales basados en la propiedad, la libertad y el individuo<sup>4</sup>.

El Derecho Ambiental, ya desde la Declaración de Estocolmo implicó una morigeración a la fuerte visión antropocéntrica estricta imperante hasta el momento, ya que este instrumento jurídico coloca en cabeza del humano, no solo derecho sino también la obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras de una manera equitativa.

---

<sup>1</sup> Rosa, María Elisa. "Principio de equidad intergeneracional; ¿solo en beneficio del género humano? (Breves reflexiones sobre Derecho Ambiental y Derecho Animal)". *Revista de Derecho Ambiental* N° 38. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Abril/Junio 2014, pág. 37/47.

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio. *La Pachamama y el humano*. Editorial Colihue. Buenos Aires. 2011.

<sup>3</sup> Zaffaroni. *Op Cit.* pág. 34/35.

<sup>4</sup> Sozzo, Gonzalo. "Los nuevos modelos constitucionales alternativos al desarrollo en América del Sur (buen vivir y desarrollo perdurable en la arena del derecho)". *Revista de Derecho Ambiental* N° 40. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Oct/Dic. 2014. pág. 77/ 99.

Ello posibilitó, por un lado, que hoy pueda hablarse de derechos de la naturaleza y, por otro, también creó un escenario propicio para que podamos comenzar a plantearnos que los otros animales de otras especies pueden ser considerados moralmente <sup>5</sup>.

Un principio liminar del Derecho Ambiental es el principio de equidad intergeneracional, el cual tiene íntima relación con el principio de solidaridad.

Dentro de estas posturas, ahora cabría preguntarse si el principio de equidad intergeneracional es solamente aplicable a las generaciones humanas, o podría desde una lógica de la progresividad ser aplicable a otras especies.

Esta concepción implica una ingeniería de gestión con una visión ampliada de los sujetos de derecho, del respeto a su dignidad y un fuerte componente ético basado en la equidad (como fuente del derecho). El concepto de calidad de vida es aplicable a los animales, tal como se deriva del “Buen Vivir”.

En América del Sur el reciente “nuevo constitucionalismo” de Bolivia y Ecuador constituye una respuesta a las desigualdades y las opresiones y un ensayo de “pluralismo jurídico”, una reforma muy fuerte en cuanto al derecho al desarrollo (revaloriza el concepto de bienes comunes) y respecto al paradigma de relacionamiento entre el hombre y la naturaleza; ya que extiende el modelo de los derechos humanos a los bienes naturales, aunque con ciertas limitaciones relacionadas con la ontología de los sujetos jurídicos (esto implica que al lado de los derechos humanos se encuentran los derechos de los no humanos, es decir de la naturaleza. Ecuador lo incluye en su Constitución, Bolivia lo incluye en la “Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral del bien vivir”).<sup>6</sup>

Dentro del constitucionalismo ecológico latinoamericano no se niega el beneficio de hacer un uso prudente de la naturaleza. No se trata de un retorno a la vida primitiva, sino de actuar con nuestra tecnología pero conforme a las pautas éticas originarias en su relación con todos los entes. En el ámbito del derecho civil, la propiedad de animales necesariamente sufrirá restricciones. Sus

---

<sup>5</sup> Rosa, 2014. Op Cit.

<sup>6</sup> Sozzo 2014. Op Cit.

titulares incurrirán en un abuso ilícito cuando ofendan a la Tierra haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos, con lo cual por esta vía ingresan todos los planteamientos razonables de los animalistas<sup>7</sup>.

Este sugiere una necesaria actitud solidaria con todos los seres del mundo viviente, superadora de una visión antropocéntrica-dualista.

En esta perspectiva se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro se inauguró nada menos que el constitucionalismo social (principalmente por la presión del campesinado).<sup>8 9</sup>

Décadas anteriores al fenómeno constitucional, el Convenio de la Vicuña recupera y reivindica las pautas éticas del poblador andino en cuanto a la vinculación con la especie protegida. Asimismo, define como bienes jurídicos, la conservación de la especie dentro de cierta calidad de vida. Esta idea se complementa con la noción de bienestar animal, por la cual se incorpora el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos.

En este caso conservación/ desarrollo de la especie se asegura no sólo cuando se la preserva de manera directa, sino cuando se protege su derecho a permanecer libre en su ecosistema propio y no se lo trasplanta a otros lugares o realidades (criaderos y otros países). También se lo asegura cuando se preserva su patrimonio genético libre de transferencias sustanciales. La conservación se alcanza cuando se consigue preservar determinadas condiciones y no sólo cuando se llega a un nivel poblacional determinado.

El derecho es un fenómeno no regresivo, de esta manera en algún momento el concepto de sujeto de derecho o de personalidad jurídica evolucionaron para que se incluyera a los esclavos, a las comunidades indígenas, o modificar su consecuencia ante la incorporación de algún derecho concedido a sujetos relegados.

---

<sup>7</sup> Zaffaroni 2011. Op Cit. Pág.143.

<sup>8</sup> Sozzo 2014.

<sup>9</sup> Zaffaroni 2011. Op Cit.

“[...] La negación de los derechos del animal configura un “especismo” paralelo al racismo, pues la negación de derechos por el mero hecho de pertenecer a otra especie no es muy diferente de hacerlo por el color de piel. Si bien el animal tiene menor inteligencia que el humano, no puede negarse que hay humanos sin inteligencia o con inteligencia menor que la del animal nada autoriza a tratarlos con crueldad o a experimentar sobre ellos, lo que es verdad, sin duda, y sólo puede legitimarse mediante el especismo.[...]”<sup>10</sup>

Cuando se pretende el reconocimiento de ciertos derechos a animales de otras especies, el cometido de esos derechos siempre será en función a los intereses de cada especie según sus particulares características<sup>11</sup>.

Es lógico que las vicuñas no podrían ejercer derechos políticos o defenderse a través del concepto de legitimación activa. Pero si hablamos del derecho a una vida digna, a la libertad o la prohibición de la tortura, lo cual resulta más razonable.

En el presente texto se tratará de abordar como irrumpe el modelo de derecho de los animales y la justicia ambiental interespecífica en el ejercicio de los derechos conferidos por el Convenio de la Vicuña a los pobladores andinos.

## II. Justicia ambiental interespecífica

El profesor Martínez entiende “así como la economía política estudia los conflictos distributivos económicos, la ecología política estudia los conflictos distributivos ecológicos, es decir, las desigualdades y asimetrías sociales (entre mujeres y hombres, entre poblaciones pobres y ricas, urbanas y rurales, entre el Sur y el Norte, entre la generación actual y nuestros descendientes...) con

---

<sup>10</sup> Zaffaroni 2011 Op. Cit. Pág. 72/73.

<sup>11</sup> Rosa, María Elisa. “El reconocimiento de los animales como sujetos de derechos. El caso de hábeas corpus de Sandra, la orangutana”. Revista de Derecho Ambiental N° 41. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Enero/Marzo 2015, pág. 164/173.

respecto al uso de la naturaleza y a las cargas de la contaminación”<sup>12</sup>.

Sin embargo, esta postura podría parecer un tanto restrictiva, ya que también existen importantes conflictos distributivos ambientales o ecológicos entre seres humanos y seres vivos no humanos. Y que por tanto la justicia ambiental no tiene que ver solamente con la distribución equitativa de cargas y bienes ambientales entre la población humana, sino también entre ésta y el resto de los seres vivos con los que compartimos la biosfera.

Como cualquier derecho, el derecho a los recursos naturales también es limitado por los derechos de los demás. Dado que el derecho a disfrutar de los servicios ambientales esenciales pertenece a todos, los límites del espacio ambiental disponible restringen el uso de este derecho.

### **III. Historia del surgimiento de la Teoría del Bienestar Animal**

La extensión de la protección jurídica a los animales comienza a surgir de dos maneras. Un primer enfoque surge en 1822, cuando el parlamentario británico, Richard Martín propone un proyecto de Ley al Parlamento, que pretendía introducir la preocupación por la protección de los animales ante la crueldad practicada a los bovinos, caballos y ovejas. Antes de eso, el intento de eliminar la crueldad y promover una actitud más compasiva hacia los animales fue impulsada por varios pensadores Pitágoras, quien pensaba que el alma de los animales era inmortal y que reencarnaba en humano o animal; Justiniano, cuando define al derecho natural como aquello que es dado a cada ser vivo y que no es propio del ser humano (*corpus iuris civilis*); Mahoma, consideraba permisible matar animales, aunque hacerlo sin necesidad aparente o con crueldad se encontraba prohibido; y posteriormente Locke, quien argumentaba que la crueldad con los animales podría tener efectos negativos sobre la evolución ética de los niños, que más tarde

---

<sup>12</sup> Martínez Alier, Joan. “Introducción al número 10” de la revista *Ecología Política*, Icaria, Barcelona. 1995. Pág. 5.

transmiten la brutalidad a la interacción con seres humanos, pero no consideró ningún concepto de derechos. Bentham, postuló que los animales por su capacidad de sentir agonía y sufrimiento, independientemente de que tuviesen capacidad moral para distinguir entre el bien y el mal deben tener unos derechos fundamentales.

El segundo enfoque surge en la década de los setenta aproximadamente, tras la publicación de la obra “Liberación Animal” realizada por el filósofo Peter Singer

El mencionado autor, se enfoca en la necesidad de provocar un giro mental que permita una reflexión seria sobre el tratamiento - especista que subyace a nuestro modo de tratar a los animales. Su teoría más que consolidar una teoría de los derechos de los animales, consiste en extender el principio de igualdad hacia los animales no humanos. Sin perjuicio de ello, Singer también afirma que el mismo está dispuesto a hablar en términos de “derechos de los animales” como recurso para designar la manera en que las necesidades y deseos de los animales engendran en nosotros obligaciones morales.<sup>13</sup>

Singer no pretende que los derechos animales sean idénticos a los humanos, pues partiendo de la búsqueda general de minimización del sufrimiento propia del utilitarismo, reconoce diferencias importantes, pero que no justifica la pretensión de negar todos los derechos.<sup>14</sup>

En la obra Gran Simio, el mismo autor define el término “Comunidad de Iguales”, como una comunidad moral dentro de la cual aceptamos que determinados principios o derechos morales fundamentales, que se pueden valer ante la ley, rijan nuestras relaciones mutuas. Entre estos principios o derechos figuran los siguientes:

“El derecho a la vida”: Debe protegerse la vida de los miembros de la comunidad de los iguales. No puede darse muerte a los miembros de la comunidad de los iguales, ex-

---

<sup>13</sup> Berros Valeria. “Contextualización de la sentencia “Orangutana Sandra”: entre ética animal y derecho” Revista de Derecho Ambiental N° 41. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Enero/Marzo 2015, pág. 154/164.

<sup>14</sup> Zaffaroni 2011 Op. Cit; Pág.72.

cepto en circunstancias excepcionales que se definan muy estrictamente. Por ello, sería preferible la esquila en vivo.

“La protección de la libertad individual”: No puede privarse arbitrariamente de su libertad a los miembros de la comunidad de los iguales (en este sentido el manejo mediante criaderos podría constituir una privación de la libertad injustificada e ilegítima). Si se los aprisiona sin que medie un proceso legal, tienen derecho a ser liberado de manera inmediata. La detención de quienes no hayan sido condenados por un delito, o de quienes carezcan de responsabilidad penal, solo se permitirá cuando pueda demostrarse de manera concluyente que es por su propio bien, o que resulta necesario para proteger al público de un miembro de la comunidad que claramente pueda constituir un peligro para otros si está en libertad. En tales casos, los miembros de la comunidad de los iguales deben tener el derecho de apelar ante un tribunal de justicia, bien directamente o, si careciera de la capacidad necesaria, mediante un abogado que los represente.

El cautiverio se trata de un confinamiento injustificado. Se considera que en razón de la vida emotiva que poseen, se encuentra justificada su inclusión en la “comunidad de iguales”, ya que sufren en el confinamiento; alejado arbitrariamente de su hábitat natural y por tanto imposibilitado de desarrollar su vida de acuerdo a los requerimientos de su propia naturaleza y condenado a llevar una vida indigna.

“La prohibición de la tortura”: Se considera tortura y, por lo tanto es moralmente condenable, infligir dolor grave, de manera deliberada, a un miembro de la comunidad de iguales, ya sea sin ningún motivo o en supuesto beneficio de otros. De igual forma se prohíbe la tortura psicológica en cualquiera de sus facetas.

El principio ético y jurídico de tratamiento similar en situaciones similares tiene un alcance general y llega a representar un meta-principio de cada derecho, por lo que, en tanto los animales tengan características comunes con los humanos y, por ende, sean porta-

dores de análogos intereses, se les debe reconocer similar tratamiento, es decir, similar amplitud de posibilidades. Si los animales tienen algunos intereses análogos a aquellos de los humanos, se les debe reconocer el derecho a la tutela de sus intereses.<sup>15</sup>

Cuando se pretende el reconocimiento de ciertos derechos a animales de otras especies, el cometido de esos derechos siempre será en función a los intereses de cada especie según sus particulares características no podríamos pensar en que atribuir derechos políticos a un orangután podría resultarle beneficioso. Pero si hablamos del derecho a la vida, a la libertad o la prohibición de la tortura resulta más razonable.

#### **IV. Derecho Animal**

El Derecho Animal es una corriente de pensamiento que busca literalmente reconocer derechos a los animales. Esta teoría, defendida por Tom Regan, parte de que los animales por el hecho de ser sujetos de vida, merecen consideración moral. Su defensa es la de los intereses del individuo, no de la especie o grupo. Esta doctrina no acepta que la prioridad se concrete en evitar el sufrimiento de los animales, porque lo que en realidad se busca es la erradicación de su explotación como recurso y reconocer a los animales como sujetos de derechos. Busca que se les respete como seres vivos que son en un plano igualitario al del ser humano.

Regan plantea diez razones para apoyar los derechos de los animales y su explicación<sup>16</sup>:

##### **Racional:**

No es racional discriminar arbitrariamente. Y la discriminación contra los animales no-humanos es arbitraria. Es incorrecto maltratar a los seres humanos más débiles, especialmente a aquellos

---

<sup>15</sup> Berros, Valeria. 2015. Op. Cit. 160/161.

<sup>16</sup> Mejía Abrego, Mildred Azucena. *Derechos de los caninos dentro de la sociedad guatemalteca*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Agosto 2008.

cuyo coeficiente mental es inferior al considerado normal, como “herramientas” o “recursos renovables” o “modelos” o “mercancías”. No puede ser correcto, por lo tanto, tratar a los otros animales como si fueran “herramientas”, “modelos” y cosas por el estilo, si su psicología es tan rica (o mayor que) la de esos humanos. Pensar de otra manera es irracional.

### ***Científica:***

La filosofía de los derechos animales es respetuosa de nuestra mejor ciencia en general y de la biología evolutiva en particular. La última enseña que, en palabras de Darwin, los humanos difieren de muchos otros animales “en grado”, no en género.

Cuestiones fundamentales que se inclinan hacia un lado, es obvio que los animales usados en laboratorios, criados para comida y cazados por placer o para obtener fibra, por ejemplo, tienen nuestro tipo de psicología. Esto no es fantasía, esto es un hecho, probado por nuestra mejor ciencia.

### ***Desprejuiciada / Imparcial:***

Los racistas son personas que piensan que los miembros de su raza son superiores a los miembros de otras razas simplemente porque el primero pertenece a (la “superior”) su raza. Los sexistas creen que los miembros de su propio sexo son superiores a los miembros del sexo opuesto simplemente porque el primero pertenece a su propio (el “superior”) sexo. Tanto el racismo como el sexismo son insoportables paradigmas de intolerancia. Las diferencias raciales y sexuales son biológicas, no son diferencias morales. Lo mismo vale para el “especiesismo”, la visión de que los miembros de la especie *Homo sapiens* son superiores a los miembros de todas las demás especies simplemente porque los seres humanos pertenecen a su propia (la “superior”) especie. Dado que no hay especies superiores, pensar de otra manera implica ser no menos prejuicioso que un racista o un sexista.

***Justa:***

La justicia es el principio más elevado de la ética. No estamos para cometer o permitir injusticia para que lo bueno pueda venir; no estamos para violar los derechos de unos pocos para que la mayoría pueda beneficiarse. La esclavitud permite esto. El trabajo infantil permite esto. La mayoría de los ejemplos de injusticia social permiten esto. Pero no la filosofía de los derechos animales, cuyo principio más elevado es aquel de la justicia. Nadie tiene derecho a beneficiarse como resultado de la violación de los derechos de otro, tanto si el “otro” es un ser humano o cualquier otro animal.

***Compasiva:***

Una vida humana completa demanda sentimientos de empatía y simpatía, en una palabra, compasión para las víctimas de las injusticias, sean humanas u otros animales.

***Generosa:***

La filosofía de los derechos animales demanda un compromiso para servir a aquellos que son débiles y vulnerables aquellos que, sean humanos u otros animales, carecen de la habilidad para hablar y defenderse por sí mismos, y quienes están en necesidad de protección contra la avaricia humana y la dureza. Esta filosofía requiere este compromiso, no porque sea de nuestro propio interés darlo, sino porque es correcto hacerlo. Esta filosofía por lo tanto hace un llamamiento, y su aceptación promueve el crecimiento, del servicio generoso.

***Propiciadora de la realización personal:***

Todas las grandes tradiciones en la ética, religiosas y seculares, enfatizan la importancia de cuatro cosas: conocimiento, justicia, compasión, y autonomía. La filosofía de los derechos animales no es una excepción. Esta filosofía enseña que nuestras elecciones de-

berían basarse en el conocimiento, deberían ser expresivas de la compasión y la justicia, y deberían hacerse libremente. No es fácil lograr estas virtudes, o controlar las inclinaciones humanas hacia la avaricia y la indiferencia. Pero una vida humana completa es imposible sin ellas. La filosofía de los derechos animales hace un llamamiento a ambas, y su aceptación promueve el crecimiento de la realización de los propios deseos.

### ***Socialmente Progresiva:***

El mayor impedimento para la prosperidad de la sociedad humana es la explotación de otros animales en manos humanas. Esto es verdadero en el caso de dietas no saludables, de la confianza habitual en el “modelo animal entero” en la ciencia, y de las muchas otras formas que la explotación animal toma. Y esto, por ejemplo, es tan verdadero como la educación y la publicidad, las cuales ayudan a disminuir la psiquis humana frente a las demandas de la razón, la imparcialidad, la compasión y la justicia. En todos estos caminos (y más), las naciones quedan profundamente atrasadas porque fallan en servir los verdaderos intereses de sus ciudadanos.

### ***Ecológicamente prudente:***

La mayor causa de la degradación medioambiental, incluyendo el efecto invernadero, la contaminación del agua, y la pérdida de la tierra cultivable y el humus, por ejemplo, puede encontrar su origen en la explotación de los animales. Este mismo modelo existe a lo largo del ancho rango de problemas medioambientales, desde la lluvia ácida y la acumulación de residuos tóxicos en el mar, a la contaminación del aire y la destrucción del hábitat natural. En todos estos casos, actuar para proteger a los animales afectados (quienes, después de todo, son los primeros en sufrir y morir de esas enfermedades medioambientales), es actuar para proteger la tierra.

### ***Pacífica:***

La demanda fundamental de la filosofía de los derechos animales es tratar a los humanos y a otros animales con respeto. Hacerlo requiere que no dañemos a alguien sólo porque nosotros mismos u otros podamos beneficiarnos. Esta filosofía por lo tanto, es totalmente opuesta a la agresión militar. Es una filosofía de paz. Pero es una filosofía que extiende la demanda de paz más allá de los límites de nuestra especie. Desde que hay una guerra que se produce todos los días contra millones de animales no-humanos, estar verdaderamente a favor de la paz es estar firmemente en contra del especismo.

Es una expresión de deseos creer que puede haber “paz en el mundo” si no podemos traer paz a nuestra relación con otros animales.

Esta postura se encuentra en consonancia con el ‘nuevo derecho constitucional andino’ que busca reconocer el rango constitucional del derecho de la naturaleza como ser vivo, doctrina que tiene su seno en antiguas creencias aborígenes de los pueblos originarios de América quienes aún mantienen una fuerte relación de convivencia con la naturaleza y que dentro de sus cosmogonía, está La Pachamama, la cual es vista como un ser viviente que a su vez es dadora de vida para lo existente en el planeta, es decir, la Madre Tierra.

## **V. Superar la mirada antropocéntrica**

El antropocentrismo, sería según los defensores del Derecho Animal o los Derechos de la Naturaleza, el lastre por el cual, la humanidad no logra reconocerse como un ser que forma parte de un todo y que es tan importante como cualquier viviente<sup>17</sup>.

Ese antropocentrismo radical no sólo es impulsado por quienes temen por los derechos humanos sino también por quienes ven a la ecología -incluso superficial- como una amenaza al derecho de propiedad desde un fundamentalismo del mercado radicalizado.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Zaffaroni 2011. Op. Cit.

<sup>18</sup> Zaffaroni 2011. Op. Cit

Según el mismo autor, este antropocentrismo busca hacer creer que el ser humano es el único ser racional, por ende debe ser el dominante de todas las cosas sobre la tierra. Y agrega que será un proceso difícil y duro para que nuestra civilización que ha sido históricamente colonizadora y dominadora, acepte el desplazamiento de esa posición centralizada.

## VI. El “Especismo” como una manifestación de la discriminación entre seres vivos

Bajo el supuesto de que el animal está sometido a una servidumbre o esclavitud permanente al servicio del ser humano, esclavitud donde no tiene derecho a oponerse o a negarse, sino que simplemente está a expensas o merced de lo que decida el ser humano. Entonces así podríamos entender que esta esclavitud está basada en un especismo, similar al racismo entre seres humanos.<sup>19</sup>

Uno de los autores que mejor describe esta crítica al especismo es Zaffaroni, quien asegura que el Especismo excluyente es una posición radical cuya justificación subjetiva sería que únicamente los genes humanos serían titulares de derechos, cuando biogénicamente no existen mayores diferencias entre seres humanos y animales, especialmente con los mamíferos.

Para este autor, siguiendo a Regan, “[...] La negación de los derechos del animal configura un “especismo” paralelo al racismo, pues la negación de derechos por el mero hecho de pertenecer a otra especie... no es muy diferente de hacerlo por el color de piel. Si bien el animal tiene menor inteligencia que el humano, no puede negarse que hay humanos sin inteligencia o con inteligencia menor que la del animal nada autoriza a tratarlos con crueldad o a experimentar sobre ellos, lo que es verdad, sin duda, y sólo puede legitimarse mediante el especismo.[...]”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Madrigal Rodríguez, Paulino de Jesús. *Legislación de bienestar animal en costa rica: un análisis jurídico formal sobre la protección legal animal y el proceso del proyecto de ley de penalización del maltrato animal*. Universidad de Costa Rica. 2015.

<sup>20</sup> Zaffaroni 2011 Op. Cit. 72/73.

El paralelismo existente entre el especismo y la gran variedad de tipos de discriminación racial entre seres humanos es evidente, y así como el racismo científicamente nunca pudo sostenerse (aunque socialmente persista) el especismo tampoco se sostiene.

## VII. La Naturaleza como sujeto de derecho

Aunque el Derecho Ambiental es una rama reciente del Derecho, lo cierto es que el reconocimiento de la Madre Naturaleza como un ser viviente, sintiente y pensante es tan antigua como la humanidad, basta estudiar lo que nuestros pueblo originarios de América conocen y entienden como la Pachamama, o en Europa como Gaia, la diosa griega de la tierra<sup>21</sup>.

Ciertamente, el desarrollo de este pensamiento ha devenido en beneficio para la protección del ecologismo y de los animales, es decir, al desarrollarse teorías que buscan reconocer la dignidad de la naturaleza frente al hombre, al mismo tiempo se está reconociendo los derechos de los animales.

Esta forma de visión, filosófica-cultural de reconocimiento y respeto de todo ser viviente homologándolo al ser humano, ha “saltado” de lo consuetudinario a lo constitucional pasando por un largo periodo en leyes especiales medioambientales. Tal es el caso de las constituciones de Bolivia y Ecuador y el llamado Constitucionalismo Andino.

## VIII. Legislación Internacional

### 8.1. Declaración Universal de los Derechos de los Animales

Esta Declaración se establece partiendo de la premisa de que todo animal posee derechos, que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a

---

<sup>21</sup> Valls, Mario F. *Derecho Ambiental*. 3a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2016.

cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales, que el reconocimiento por parte de la especie humana del derecho a la existencia de otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo, existe la amenaza de que el hombre siga cometiendo genocidio, el respeto del hombre hacia los animales está ligado al respeto de los hombre entre ellos mismos; y por último tomar en cuenta que la educación implica enseñar, desde la infancia, a observar, comprender, respetar y amar a los animales.

Esta Declaración trata temas esenciales como: respeto a la vida (artículo 1); todo animal tiene derecho al respeto (artículo 2a). El hombre no puede atribuirse el derecho de exterminar otros animales o de explotarlos violando ese derecho. Tiene obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales (artículo 2b). Artículo 3 a) Ningún animal será sometido v) Si es necesario dar muerte a un animal, esta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia. Artículo 4: a) Todo animal perteneciente a una especie salvaje, tiene derecho a vivir libre en su propio ambiente natural y a reproducirse; b) Toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho. Artículo 5:a) Todo animal perteneciente a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre, tiene derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie; b) Toda modificación de dicho ritmo o dichas condiciones que fuera impuesto por el hombre con fines mercantiles es contraria a dicho derecho. Artículos 7 y 9 Derecho a no ser explotado y alimentarlo debidamente. Artículo 8 derecho a evitar cualquier forma de sufrimiento. Artículo 10 Derecho a no ser usado como diversión. Artículo 11: Todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida.

## **8.2. Convenio sobre Diversidad Biológica**

En su artículo 1, el mencionado instrumento internacional establece como objetivos:

- la conservación de la diversidad biológica,
- la utilización sostenible de sus componentes
- la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos

Al conservar y utilizar la biodiversidad de manera sostenible, se está incorporando la idea de bienestar que todas las especies en general requieren para el completo desenvolvimiento de sus ciclos vitales.

También merece referenciarse el artículo 8 k) referente a la conservación “in situ” debido que aquí se norma la importancia de cada uno de los Estados contratantes, de establecer la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas, para poder ejercer un mejor control y que no se vulnere a ninguna especie en general.

Con respecto al artículo 22 inc. 1), el cual se refiere a la relación con otros convenios internacionales establece que las disposiciones de este convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional (entre ellos el Convenio de la Vicuña) existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro.

### ***9.1. Principio de Bienestar Animal en el Convenio de la Vicuña***

Si bien la vicuña es una especie que se desarrolla en condiciones climática extremas, la intervención humana genera una presión extra y esto es lo que conlleva potenciales problemas de bienestar animal y por consiguiente coloca al humano en posición de garante respecto de la tutela de los derechos e intereses vulnerados. Por ejemplo, las vicuñas tienen dos grandes recursos para adaptarse al frío: su espeso vellón y su movilidad<sup>22</sup>. Si es esquilada y

---

<sup>22</sup> GIMPEL Jéssica & BONACIC, Cristian. “Manejo sostenible de la vicuña bajo estándares de bienestar animal”. Cap. 9, pp. 113-132. En: Vilá B. ed. Investigación Conservación y Manejo de Vicuñas. Ed por proyecto MACS. Buenos Aires. Argentina. 208 pp.

además mantenida en un corral, pierde esos dos recursos adaptativos, lo cual puede generar sufrimiento.

No es éticamente aceptable desarrollar un método de captura que lleve a los animales a un alto nivel de estrés, accidentes durante el manejo; ya que esto generaría un inadecuado bienestar animal<sup>23</sup>. Del mismo modo un método de captura que genere desintegración de los grupos sociales post- captura, mortalidad y abortos, afecta la viabilidad de la población en su conjunto produciendo un inadecuado bienestar poblacional.<sup>24</sup> Ambas restricciones son además, importantes desde el punto de vista del futuro beneficio económico y de éxito comercial del manejo de la especie.

En este sentido, en los considerandos de la resolución 293/06 de la Comisión Técnico Administradora se destaca que existen investigaciones sobre camélidos sudamericanos silvestres, principalmente en Chile y Argentina, que han demostrado que durante las operaciones de manejo de las poblaciones de vicuña, se producen situaciones desfavorables para la integridad física, fisiológica y etológica de los animales. Esto repercute en los posteriores beneficios del aprovechamiento de la especie.

Es menester recordar que el objetivo final del Convenio de la Vicuña es la conservación de la especie mediante el uso sostenible de la misma para beneficio de las comunidades locales. Por ello es necesario compatibilizar la conservación y uso sustentable de la vicuña con el bienestar del animal.

También, dentro del artículo 1° del Convenio de la Vicuña y vinculado con el uso racional, se establece que el manejo de la especie se realizará aplicando técnicas de manejo de fauna silvestre, bajo control de los Estado Parte. Criterio ratificado por las Resoluciones N° 307/07 y N° 321/08 que establecen la imposibilidad de aplicación de políticas pecuarias, aplicaciones o tratamiento ganadero o prácticas zootécnicas que no le correspondan o vayan en contra de su diversidad genética y de su naturaleza SILVESTRE; estableciendo que toda su gestión, manejo y aprovechamiento sea

---

<sup>23</sup> Gimpel & Bonacic 2006.

<sup>24</sup> BONACIC, Cristian & GIMPEL, Jéssica. 1995. "Sustainable use of South American wild camelids: theory and practice". Newsletter of the European Fine Fibre News 5: 23-26.

a través del MANEJO DE FAUNA SILVESTRE y dentro del marco del uso sustentable de la diversidad biológica.

Asimismo, la Resolución 307/07 de la Comisión Técnica Administradora, en base a estudios de investigación científica realizados y presentados (por el GECS) en la XII Reunión Técnica del Convenio de la Vicuña (La Paz, 2007), informaron sobre los riesgos para la conservación de la especie y las desventajas en el manejo de los híbridos, producto del cruce entre alpaca y vicuña, desde el punto de vista genético, legal, biológico, ecológico, económico y social. Motivo por el cual, dicha Comisión ratificó su posición de no promover, apoyar, avalar, ni autorizar proyectos e iniciativas que impliquen la producción de estos híbridos y se instó a las Partes para que promuevan normativas internas que impidan iniciativas y proyectos productivos de híbridos con camélidos silvestres (dicha posición fue ratificada en la Resolución 321/08).

En este caso conservación/ desarrollo de la especie se asegura no solo cuando se la protege de manera directa, sino cuando se protege su derecho a permanecer en su ecosistema propio y no se lo trasplanta a otros lugares o realidades (criaderos y otros países), las personas decidimos de manera más o menos voluntaria trasladarnos de un lugar a otro. También se lo asegura cuando se preserva su patrimonio genético libre de transferencias sustanciales.

En el manejo de vicuñas, el punto principal es menester tener en cuenta que se trata de un animal silvestre (artículo 1 del Convenio de la Vicuña). Es muy importante que el manejo no altere sus condiciones de vida y su rol ecológico en el ambiente. De ello se desprenden la mayoría de las recomendaciones efectuadas por el GECS.

Esto es a los efectos de evitar mayores interferencias en los mecanismos de selección natural de la especie. La vicuña es un animal silvestre, sometido a presiones de selección natural y a presiones de selección sexual. El manejo en silvestría de alguna manera también genera una presión de selección, de origen antrópico y es parte de una correcta técnica de manejo hacer lo posible porque esa presión sea de la menor intensidad posible. En este aspecto, se busca no interferir en los mecanismos de resisten-

cia a enfermedades de los animales; por lo tanto se recomienda no utilizar antibióticos, vitaminas o antiparasitarios. Además, en muchos casos la aplicación de antiparasitarios sin un programa específico puede generar el efecto contrario de parásitos que comienzan a presentar resistencia (una dosis es peor que ninguna en antiparasitarios de tres dosis mínimas).

Se exceptúa en este punto aquellas lastimaduras o cortes producidos durante la captura y/o esquila. En estos casos, las heridas infringidas por el manejo deben ser desinfectadas, suturadas, y de considerarse necesario, se debe aplicar un antibiótico de amplio espectro solo en los animales afectados.

Dentro del Protocolo de Manejo se desaconseja criar vicuñas en cautiverio, dado que es una actividad que ha demostrado no ser sustentable; además desde lo ético, no podrían privatizarse los animales o privárselos ilegítimamente de la libertad (al igual que acontece con los seres humanos); desaconsejándose las translocaciones en general, por los riesgos de pérdida de variabilidad genética, transmisión de enfermedades etc. que pueden conllevar.

Finalmente, para concluir este apartado en menester establecer y/o reconocer que los discapacitados, los animales y otros seres vivos tienen dignidad en sí mismos, porque al margen de que no manifiesten su voluntad en el denominado contrato social, sí son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano. De allí que, según la mencionada postura teórica, la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto.

A contrario sensu, el principio de dignidad implícito en estos seres vivos haría que toda institución jurídica tuviera en cuenta esta condición, como fines en sí mismos, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos (por ejemplo, el derecho a no ser maltratado, a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros). Entonces, al margen de la discusión teleológica o fundamentalista sobre la dignidad humana (idealismo y racionalismo vs cristianismo), así como de su contenido y alcance de principio basilar en el reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos, es pertinente reconocer valor propio en los animales y otros

seres vivos, y si bien resulta válido que el hombre en ocasiones emplee aquéllos para garantizar necesidades vitales (tal como un león mataría a una gacela para procurarse su alimento), lo cierto es que esta circunstancia no impide ni supone la negación de esa fundamentación filosófica que permite que la interpretación y hermenéutica del ordenamiento jurídico se efectúe bajo el reconocimiento de que son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos.

## **X. Derecho de los Estados Vicuñeros en materia de derecho de los animales**

Como podrá verse en el desarrollo posterior, existe un consenso de los Estados vicuñeros en cuanto al establecimiento de normas relacionadas con la protección animal, estas normas cuando menos generan un derecho reflejo al animal considerado individualmente: a no ser maltratado, herido ni mutilado, y el incumplimiento de esa norma genera una sanción; además individualiza al animal como sujeto de maltrato, convirtiéndolo en sujeto de un derecho reflejo. Para Kelsen, los derechos reflejos existen sin que para ello exista necesariamente una pretensión.

Para este filósofo un deber moral se convierte en una obligación cuando la omisión de esa conducta acarrea una sanción; es decir, cuando ese deber moral que impone una sociedad, se transforma en una norma; es esa connotación jurídica la que convierte al sujeto sobre el cual recae la conducta en sujeto de derecho reflejo.

### *Argentina:*

El artículo 41 establece el principio de equidad intergeneracional, el cual puede ser extensible a los seres no humanos.

Con respecto a la legislación Argentina, por un lado nuestro Código civil y Comercial conserva la idea de que los animales son cosas, recursos naturales sujetos al dominio público y/o privado. Por otro, se sostiene que cualquier uso que se haga de ellos debe

conformarse a las normas dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (artículo 240 del Código Civil y Comercial de la Argentina).

Aparte del Código Civil y Comercial, la Ley 14.346, titulada de Malos Tratos y Actos de Crueldad a los Animales reconoce una suerte de derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos.

### *Bolivia:*

En el caso de la Constitución de Bolivia el rol subjetivo dado a la naturaleza es menos predominante; sin embargo hay vestigios por ejemplo en el artículo 33 cuanto establece que "...las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente...".

Dicho artículo se ve reforzado y complementado en el artículo siguiente donde otorga a cualquier persona a título personal o en representación de una colectividad a ejercer las acciones legales correspondientes en defensa del derecho otorgado citado supra, esto sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el Medio Ambiente.

Dentro de la Legislación boliviana, también encontramos la Ley 300, Marco de la madre tierra y desarrollo integral del bien vivir"

La presente Ley tiene por objeto establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad

de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación (artículo 1).

El Estado Plurinacional de Bolivia creará condiciones para que la distribución de la riqueza generada por los sectores estratégicos de la economía, basados en el aprovechamiento y transformación de los recursos naturales renovables y no renovables, tenga un impacto directo en la construcción de una sociedad más justa, equitativa y solidaria sin pobreza material, social y espiritual (artículo 18).

El Estado Plurinacional de Bolivia facilitará la reducción de las diferencias con relación al acceso del pueblo boliviano a la tierra, agua, bosques, biodiversidad y otros componentes de la Madre Tierra (artículo 19).

#### *Chile:*

La Ley 20.380 establece normas destinadas a conocer, proteger y respetar a los animales, como seres vivos y parte de la naturaleza, con el fin de darles un trato adecuado y evitarles sufrimientos innecesarios (artículo 1).

Asimismo, establece que toda persona que, a cualquier título, tenga un animal, debe cuidarlo y proporcionarle alimento y albergue adecuados, de acuerdo, al menos, a las necesidades mínimas de cada especie y a los antecedentes aportados por la ciencia y la experiencia (artículo 3).

La libertad de movimiento de los animales silvestres no debe ser restringida de manera innecesaria, especialmente si ello les ocasionare sufrimiento y alteración de su normal desarrollo.

El transporte de animales deberá efectuarse en condiciones que eviten el maltrato o grave deterioro de su salud, adoptándose al efecto las medidas adecuadas según la especie, categoría animal y medio de transporte de que se trate. (artículo 4)

*Ecuador:*

Ecuador incorpora en los artículos 71 a 74 de su Constitución del 2008 a la Naturaleza como sujeto de derechos, a que se respete su existencia y al mismo tiempo le otorga una legitimidad para actuar a cualquier persona frente a los operadores jurídicos.

Por otra parte, en su preámbulo reza:

“...CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia...”

*Perú:*

Respecto del bienestar animal, Perú cuenta con la Ley 27.265 de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en cautiverio.

En los ordenamientos descriptos el animal tiene un rol ambivalente, por un lado es un sujeto colectivo y, por otro se lo defiende per se como individuo a través de las normas de maltrato animal. Muchas de las conductas que pueden ser consideradas maltrato pueden encontrarse en el protocolo de bienestar para la vicuña (que resulta un animal específico).

Si existiera solamente un deber moral de no someter al animal a una jornada laboral estresante o lacerante, no podría imponerse ninguna sentencia condenatoria por ello y el animal no sería relevante para el derecho y, en caso contrario solo podría ser acreedora del repudio de la comunidad. De esta manera es que la vicuña considerada individualmente deja de ser un recurso natural para transformarse en un sujeto de derecho acreedor de un deber moral de cuidado.

A modo de conclusión, podría mencionarse que el debate sobre el estatus jurídico de los animales comenzó a expandirse realmente en las últimas décadas del siglo XX de la mano de Peter Singer y su libro *Liberación Animal* publicado en 1975.

El principio de igualdad acuñado por este filósofo se basa en que el padecimiento de los animales debe ser equiparado al de los

humanos. Algo que se opone a la construcción racional moderna originada en el pensamiento de Descartes quien asimila los animales a máquinas productivas.

Tanto la postura de Singer como la plasmada en las Constituciones de Ecuador y Bolivia implican un cambio radical en la posición antropocéntrica en relación con la protección de los elementos de la naturaleza, para afirmar que la protección de las vicuñas o cualquier otro animal puede hacerse per se, y no sustentada únicamente en razones de utilidad y los beneficios que le puede brindar al hombre, podrán tener como pilares fundamentales el concepto de dignidad entendido bajo los parámetros de la solidaridad que obliga al ser humano a modificar aquellas conductas generan daño a seres sintientes, y el bienestar animal como obligación de los humanos y del Estado a favor de los animales.

La visión "... será el entender el ambiente como el contexto en el que distintos seres sintientes llevan a cabo su existencia, base conceptual que excluye cualquier visión meramente utilitarista que valore a los animales exclusivamente en cuanto recurso, es decir, como elemento de explotación por parte de los seres humanos". (Sentencia C-666 del 30 de agosto de 2010. Corte Constitucional de Colombia). Sostener que los animales como seres sintientes son titulares de protección estatal, aunque también de los particulares y, deben hacer parte del concepto global de ambiente, implica repensar nuestras formas de relacionarnos con ellos y comenzar a modificar la estructura jurídica que nos ha acompañado durante años con el fin de adecuarla a la realidad del momento.

En el caso del reconocimiento de los derechos de los animales, el derecho se debe apoyar en la medicina veterinaria, la etología, la bioética, la filosofía y la historia, con el fin de comprender los descubrimientos científicos recientes que han demostrado la capacidad de los animales de sentir emociones de afecto, tristeza y alegría. En el caso de las vicuñas esta circunstancia se refleja en el protocolo de bienestar creado para ellas (en el cual se recepta el derecho a la libertad, la integridad física, a no ser torturadas, ni tratadas con crueldad). Solo si quienes tienen el poder de crear las

normas se apoyan en otras disciplinas como las enunciadas para la comprensión del concepto de la vida del animal no-humano, se podrán obtener normas justas para con estos sujetos.

Los animales tienen derecho a la igualdad en la consideración de sus intereses. Por ejemplo, una vicuña seguramente tiene interés de que no se le inflija dolor innecesariamente. Nosotros, por lo tanto, estamos obligados a considerar ese interés y respetar el derecho de la vicuña de que no se le cause dolor innecesariamente.

Los cambios significativos para mejorar las condiciones de vida requieren cambios de políticas. Estas afectan las estructuras económicas, tecnológicas e ideológicas.

Los seres humanos no tenemos ningún derecho de reducir la riqueza y diversidad yacente en nuestro entorno, salvo que sea para satisfacer necesidades vitales y no un excesivo lucro. Nadie tiene derecho de beneficiarse como resultado de la violación de los derechos de otros, no importando si el otro es un ser humano o un animal.

De manera que las relaciones entre personas y animales no simplemente están reguladas como un deber de protección a los recursos naturales, sino que resultan concreción y desarrollo de un concepto fundacional del ordenamiento constitucional, por lo que la libertad de configuración que tiene el legislador debe desarrollarse con base en fundamentos de dignidad humana en todas aquellas ocasiones en que decide sobre las relaciones entre seres humanos y animales; así mismo, en su juicio el juez de la constitucionalidad se debe edificar la racionalidad de su decisión sobre argumentos que tomen en cuenta el concepto de dignidad immanente y transversal a este tipo de relaciones. (Sentencia C-666 del 30 de agosto de 2010. Corte Constitucional de Colombia).

Debe tomarse en cuenta la existencia de parámetros de obligatorio seguimiento para el legislador, que ya no tendrá plena libertad de opción respecto del tipo, el alcance, la amplitud o la naturaleza de la protección que cree respecto de los animales, y el concepto de dignidad humana (entendida en ese contexto como el fundamento de las relaciones que un ser sintiente -humano- tiene con otro ser sintiente -animal-).

Los animales no humanos tienen sensaciones y pueden llevar una vida de calidad. Una teoría de la justicia que pretenda abarcar a todos los seres sintientes tendría que respetar los diferentes intereses en juego de los diferentes seres. No se trata de igualar a todos los animales humanos y no humanos, sino respetarlos en sus diferencias. Por supuesto no hay mejor forma de respeto que velar por los intereses de cada animal. Los animales humanos y no humanos tenemos un universo de intereses, pero hay uno común y básico, todos buscamos sensaciones placenteras y esquivamos el dolor. Una teoría de la justicia interespecífica y universal, capaz de incluir a todos los animales no humanos, tendrá como imperativo la evitación del dolor.

## Derecho Humano al Ambiente: Un Paradigma que no debemos perder de vista\*

MARÍA DELIA PEREIRO DE GRIGARAVICIUS\*\*

---

\* Ponencia presentada para el Segundo Congreso Argentino de Justicia Constitucional, Perspectiva y actualidad de los Derechos Humanos, a celebrarse entre los días 31 de agosto y 1 de setiembre de 2017, en Villa La Angostura – Provincia de Neuquén – República Argentina.

\*\* Doctora de la Universidad de Buenos Aires. Tesis propuesta para el Premio Facultad – Especialidad Derecho Civil - Profesora de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Obligaciones – Derechos Reales – Recursos Naturales). Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho U.B.A. Profesora de Doctorado con orientación en Derecho Privado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. e-mail: pereigrigar@gmail.com.



## I. Introducción

Cuando observamos el mundo que nos rodea, cuando vemos que **los intereses económicos están por sobre la calidad de vida de la humanidad**, simplemente observando fenómenos como la deforestación, el avance de las construcciones sobre los humedales, el cambio climático, las inundaciones etc. tenemos una suerte de desasosiego, de desesperanza, pero esta no debe ser la actitud que debemos tener frente a estos fenómenos.

Por el contrario, debemos defender los principios rectores de protección del Medio Ambiente para que esta realidad no se imponga.

Si bien este es el panorama que nos rodea, también hay otra realidad, son las normas Nacionales así como las Convenciones Internacionales que hacen imposible que los principios ambientales puedan ser destruidos por simples declaraciones o conductas regresivas.

Es por eso que depende de nosotros luchar contra tales conductas haciendo valer los principios fundamentales y las normas jurídicas vigentes.

## II. Aplicación de los principios de no regresión, de progresividad, de solidaridad y pro homine o pro persona: el nuevo desafío ambiental en el siglo XXI

Del análisis que se ha planteado en esta ponencia se desprende que la polución normativa y en muchas oportunidades los intereses económicos traen como consecuencia el debilitamiento de la defensa del Medio Ambiente, lo que no se puede permitir.

Es por ello que me parece oportuno aplicar en consecuencia el nuevo principio de **“no regresión” en materia ambiental**.

Como bien ha dicho el Dr. Michel Prieur “el aumento cuantitativo de la presencia del derecho ambiental ha ido de la mano de una voluntad de mejora cualitativa constante del medio ambiente.

Con todo, estos avances evidentes en el contenido de las normas jurídicas pueden correr **el riesgo de caer en manos de ciertos**

**grupos de presión que, a pesar de las proclamaciones de *marketing* sobre el desarrollo sostenible, siguen considerando que las políticas ambientales constituyen un obstáculo para el crecimiento económico”.**<sup>1</sup>

Como lo he manifestado en otras publicaciones, se va introduciendo en el nuestro lenguaje jurídico **el derecho al ambiente como derecho humano**, tomando normas que, si bien no lo regulan específicamente lo contienen por la protección de los demás derechos humanos regulados y que se ven en peligro por el daño ambiental indiscriminado.<sup>2</sup>

Vale decir que es de aplicación al tema que desarrollamos en el presente trabajo el “**principio de no regresión en materia ambiental**”, lo que deberán tenerlo presente, tanto quienes redacten las normas como los diferentes organismos de contralor a los efectos de **rechazar aquellas normas que lo violen**, ya sea por los mecanismos que cada organización internacional prevea, ya sea en cada país declarando la inconstitucionalidad de la norma.

La obligación de la observación de los Principios Generales del Derecho por su capacidad para guiar racionalmente la solución de los problemas fortalece la seguridad jurídica de todo el ordenamiento brindando coherencia y sentido al sistema

Por ello se impone pensar en una pauta que impida que en años de crisis económica se tienda a elegir como primer mecanismo de ajuste al ambiente y al hombre, vulnerando, por lo tanto la calidad de vida.<sup>3</sup>

Como contrapeso debemos aplicar, asimismo el **principio de progresividad** que responde a criterios de gradualidad progresiva

---

<sup>1</sup> PRIEUR, Michel. El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental. Publicación correspondiente al acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causa. Prensa Universitaria de Zaragoza. España. 21 de junio de 2010.

<sup>2</sup> PEREIRO de GRIGARAVICUS, María Delia. “Daño Ambiental en el Medio Ambiente Urbano. Un nuevo fenómeno económico en el Siglo XXI” Editorial LA LEY. Buenos Aires. República Argentina. Año 2001. Pág. 53.

<sup>3</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI” LA LEY. 12 de diciembre de 2014.

en el avance de los objetivos, al criterio de involucramiento paulatino de concientización y de adaptación.<sup>4</sup>

Asimismo el **principio de solidaridad** es un auténtico principio jurídico generador de relaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales, sobrepasando el estadio de mera consideración ética para instalarse en el terreno jurídico.

Esta solidaridad apunta no sólo al presente sino también a lo que vendrá.

Legislativamente en Argentina encontramos su referencia en el art. 41 de la Constitución Nacional, donde nos ordena que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras.

Por último, es de aplicación al Derecho Ambiental el **Principio pro homine** que impone atender la máxima en la cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los de los demás y también en la existencia, no sólo de derechos, sino de deberes en cabeza de la humanidad.

El reconocimiento de este principio como parte de los Derechos Humanos nos lleva necesariamente a recordar que estos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales, de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres.

En definitiva, concluimos en que el **principio pro homine o pro persona**, es también de aplicación al Derecho Ambiental<sup>5</sup>.

### III. El orden público ambiental

Por lo expuesto es necesaria la puesta en valor de una serie de conceptos, sin los cuales resulta imposible tener como meta mejorar la calidad de vida de la humanidad, tal es el caso del **orden público ambiental**.

---

<sup>4</sup> BIBILONI, Homero. “Los principios ambientales y su interpretación: Su aplicación política y jurídica” J.A. 2001. – I – 1082.

<sup>5</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI”. Obra citada.

Se denomina **Orden Público** al conjunto de principios eminentes -religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.

Reciben la denominación de **leyes de orden público** las que interpretan ese conjunto de principios eminentes a que nos hemos referido.

Se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza.

Al tratarse de principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que sea dificultoso dar una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada orden jurídico que puede estar estructurado conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestas.

**El Orden Público puede entrar en conflicto con la voluntad autónoma de los particulares y entonces ésta cede ante aquél.**

En nuestro ordenamiento legal se ha regulado que **las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. (art. 21 del Código Civil vigente hasta el 1 de agosto de 2015. art. 12 del nuevo Código Civil y Comercial).**

La libertad de los particulares no es absoluta y se detiene cuando enfrenta el orden público, o sea ese conjunto de principios superiores del ordenamiento jurídico que no podría quedar relegado en alguna medida por el arbitrio de los individuos.<sup>6</sup>

La preocupación universal por el **medio ambiente** se halla actualmente comprendida entre estos objetivos tradicionales que constituyen el **orden público**.

La consecuencia más significativa de este reconocimiento es que **el orden público ambiental debe ser tenido en cuenta en toda decisión pública o privada que conlleve un riesgo de impacto sobre el medio ambiente.**<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1964. Pág. 148/55.

<sup>7</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El Orden Público Ambiental. LA LEY Sec. doctrina. Tomo 1995 – E. Pág. 916.

Se puede considerar que después de la puesta en marcha de una política de medio ambiente y el reconocimiento del interés general de esta política, se asiste a la emergencia de un **orden público nuevo que tiene por fin la protección del medio ambiente**.

Se habla así de un **orden público ecológico**, al referirse a todas las reglas nuevas que tiene por objeto obligar al hombre a respetar las leyes biológicas y el equilibrio ecológico general.<sup>8</sup>

Pero, **el orden público ambiental tiene una significación más amplia**.

Si bien el concepto de medio ambiente comprende toda la problemática ecológica general y el tema capital es el de la utilización racional de los recursos naturales que se encuentran a disposición del hombre en la biosfera, existen múltiples estrategias proteccionistas que van más allá del ámbito puramente natural y persiguen así **preservar la obra humana en sus aspectos estéticos, paisajísticos, urbanísticos, etc.** con miras a asegurar también la permanencia secular de las expresiones culturales a través de la historia de la humanidad.<sup>9</sup>

El punto de partida de la conciencia universal para la protección del medio ambiente ha sido, sin duda las Convenciones de Estocolmo sobre **Medio Ambiente Humano**, de junio de 1972 convocada por la Asamblea General de las **Naciones Unidas** y la **Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural**, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en París en noviembre de 1972.

Es por ello que nace también **el orden público ambiental como un conjunto de principios destinados a proteger el patrimonio natural y cultural (histórico-artístico) para las presentes y futuras generaciones**.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Obra citada. Pág. 57.

<sup>9</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. El Orden Público Ambiental. Obra citada. Pág. 917.

<sup>10</sup> PEREIRO de GRIGARAVICIUS, María Delia. Obra citada. Pág. 47.

#### IV. El Derecho Ambiental como Derecho Humano

La **Declaración Universal de los Derechos del Hombre**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de **1948** es en cierto sentido el texto base o punto de partida en la **proclamación y el reconocimiento internacional de los derechos humanos**.

En esta declaración se persigue el objetivo de asegurar la **dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana** mediante la afirmación de sus **derechos iguales e inalienables**, al tiempo que en el apartado correspondiente a los derechos de orden económico, social y cultural se hace especial mención de la voluntad de **asegurar el libre desarrollo de la personalidad del hombre**.<sup>11</sup>

La manifestación explícita de estos objetivos en un texto que quiere recoger un elenco de los **derechos humanos** es lo que puede servir de guía a la hora de analizar la **característica humana del derecho ambiental**.

Si consideramos que este derecho es reconocido generalmente como un derecho tendiente a garantizar el mantenimiento o la generación de las condiciones necesarias en el entorno para que se haga efectiva la **dignidad humana** - con los **derechos humanos** que en ella tiene su base -.y se permita el libre desarrollo de la persona ,hemos de concluir que **el derecho al ambiente** está en la línea requerida a los **derechos**, especialmente a aquellos de índole económica, social o cultural que hoy consideramos como esencialmente **humanos**.

El derecho al ambiente adecuado tiene por objetivo, no sólo la autoprotección de la humanidad, entendida en su doble aspecto de humanidad presente y futura, sino que también tiende por definición a la consecución de **la dignidad de todos los seres humanos que pueblan el planeta**.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> PEREIRO de GRIGARAVICIUS, María Delia. Obra citada Pág. 53.

<sup>12</sup> FRANZA, Jorge Atilio. "El Derecho Humano al Ambiente como Derecho de Participación". Ponencia presentada ante el Congreso Internacional de Derechos frente al 2000.Homenaje al cincuentenario de la Declaración de Derechos Humanos. Lomas de Zamora, octubre de 1998.

Esta postura ha tenido repercusión en la Jurisprudencia, tanto a nivel internacional como nacional.

En tal sentido, la **Corte Europea de Derechos Humanos**, cuerpo jurídico del **Consejo de Europa** que puede escuchar casos que impliquen pretender abrir brechas de los derechos y libertades básicas<sup>13</sup> expresó que “la sociedad de hoy se preocupa cada vez más de **preservar el ambiente** y le reconoce a esta preocupación, el carácter imperativo de **interés general** de la comunidad, oponible a **derechos individuales**”.

El **interés general** que se deriva necesariamente de la protección del **ambiente**, puede ser fácilmente opuesto a otros deberes o derechos: **Propiedad privada, libertad de comercio.**

**Deben quedar relegados a un segundo término otros intereses si es que aquél puede ser vulnerado.**

Es necesario que prevalezca el Derecho Superior, por ejemplo, una especie desaparece por su captura depredatorias -a las generaciones futuras les quedan retaceadas idénticas posibilidades culturales, recreativas o científicas-<sup>14</sup>.

Tomando este concepto y la resolución citada compartimos lo manifestado por Nicolás Valtico -Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos- **la justicia humana no es infalible pero el funcionamiento de la Corte Europea ha constituido un progreso indiscutible para la protección de los derechos a que hacemos referencia.**<sup>15</sup>

---

Publicado por el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora. Pág. 274.

<sup>13</sup> DICTIONARY OF LAW. L.B. Curzon: Barrister. Financial Time Fifth edition. Printed in Great Britain.1998. Pág. 141.

<sup>14</sup> SABSAY, Daniel A. El Desarrollo Sustentable en un Fallo de la Justicia Federal. Citando a KISS, Alexandre. Le droit a la conservation de l' environnement , en : Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N° 13, Costa Rica, 1991. EL DERECHO Tomo 174, Pág. 456.

<sup>15</sup> VALTICO, Nicolás. La Cour Européenne des droits de l'homme et sa spécificité judiciaire dans le cadre des différents systemes de protection des droit de l'homme. LES HOMMES ET L'ENVIRONNEMENT. Études en hommage a Alexandre Kiss Textes réunis par Michel PRIEUR et Claude LAMBRECHTS. Université Robert Schuman de Strasbourg. Éditions Frison – Roche. Paris. 1998.

En la **Jurisprudencia de nuestro país** también se han visto fallos ejemplares en tal sentido, se ha dicho en un caso relacionado con el **daño ambiental** que “**existe un derecho primordial a la vida y la salud que debe ampararse y cuya violación abre el derecho resarcitorio** (arts. 1, 3, 4, 5 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, ratificada por ley 13/3/84).<sup>16</sup>

Un párrafo especial merecen los **derechos humanos de los pueblos originarios**.

En la actualidad ya no se trata simplemente de un tema de discriminación, sino que ha comenzado a desarrollarse una corriente mundial que reconoce los **derechos humanos de estos pueblos**.<sup>17</sup>

En el marco del **medio ambiente** no debemos olvidar que la identidad de un lugar estará dada por el **patrimonio cultural** que marca el sello de cada comunidad que, hace que se diferencie de las otras.

Por tal motivo el Principio 22 de la **Declaración de Río para el Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992** al señalar que “**Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.**”

## V. La Reforma Constitucional de 1994 - El daño ambiental

**La reforma constitucional de 1994, convirtió en garantía constitucional la preservación del medio ambiente e hizo expresa**

---

<sup>16</sup> PINI de PEREZ c/ COPETRO S.A. Cam 1era. Civ. y Com LA PLATA, Sala 2da. 27/4/93. del voto del Dr. Rezzónico. JURISPRUEDENCIA ARGENTINA. tomo 1993 III. Pág. 372.

<sup>17</sup> TRAVIESO, Juan, LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS JURISPRUDENCIA. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 31 de julio de 1996. Pág. 32.

**referencia al daño ambiental (art. 41)**, cuyo texto dice “**Todo habitante** goza del derecho a un **ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano** y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras ; y tienen el deber de preservarlo .**El daño ambiental** generará prioritariamente la **obligación de recomponer**, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los **recursos naturales**, a la preservación del **patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental**.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

**Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”**

Esta norma es de significativa trascendencia en el orden a los poderes de policía **concurrentes** de la Nación y las Provincias, en el ejercicio de las facultades que le compete en sus respectivas jurisdicciones para proteger la **calidad de vida de los habitantes mediante la tutela ambiental, asegurar la utilización racional de los recursos naturales, así como la preservación del patrimonio cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales**.

Establece además una norma específica para la **protección de los pueblos originarios**: El art. 75 - Inciso 17 - “**Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural**, reconocer la personaría jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, ninguna de ellas será enajenable, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

## VI. Evolución reciente de las normas ambientales en el Derecho Privado Argentino. Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva - Función social de la propiedad. Abuso de derecho

No podemos dejar de mencionar la evolución normativa que ha tenido el **Derecho Ambiental** en el campo del **Derecho privado**.

En el Código de Vélez Sarsfield el **daño ambiental** se fundaba en los criterios de **equidad y justicia** (art. 907 - Párrafo 2 C.C.), así por vía **jurisprudencial se decidió** que “**el resarcimiento del daño ambiental en sí, se funda en criterios de equidad y justicia** (art. 907 - Párrafo C.C.), debiendo consistir en la “**internalización**” de los costos que la actividad dañosa ha ahorrado, transfiriéndolos o “**externalizándolos**” hacia el entorno (recursos, personas y sociedad) caso contrario se legitimaría un **enriquecimiento sin causa**”.<sup>18</sup>

Pero el nuevo Código Civil y Comercial con entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015, en su art. 14 regula los “**Derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva**, haciendo expresa referencia al “**ambiente**”, al manifestar que “**la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar al ambiente...**”.

Cuando regula los **bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva** establece los “**límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes**” conforme la siguiente regulación:

**Art. 240.- El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en la Sección 1° y 2° Debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del Derecho Administrativo Nacional y Local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los**

---

<sup>18</sup> Maceroni, Francisco y otros c/Fabricaciones Militares. Cámara Federal, La Plata, I, 3 /9/98. Con nota de Néstor Cafferatta. Del fallo de Primera Instancia confirmado por la Cámara. Jurisprudencia Argentina. 1998 - III - 266.

**valores culturales, el paisaje entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.**

Todo ello en concordancia con la Teoría del Abuso del Derecho, ahora regulada conforme la siguiente norma:

**Art. 10: Abuso del Derecho.** El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del **ordenamiento jurídico** o el que excede **los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.**

**El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.** (Antes art. 1071 C.C.).

Por su parte el nuevo Código Civil y Comercial regula el dominio con la siguiente norma:

**Art. 1941. Dominio Perfecto.** El dominio perfecto es el **Derecho Real** que otorga todas las **facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa**, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario. (Antes - art. 2506 Código Civil).

Esto guarda concordancia con la norma constitucional que dice “**La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. (art. 17 Const. Nac.)**”.

Sin embargo este principio no es absoluto, de acuerdo a los **límites al dominio** que este código impone, teniendo en cuenta la **función social de la propiedad.**

Es por ello que en una norma similar a la que regulaba el viejo Código Civil las cuestiones de vecindad (**art. 2618 C.C.**), no debiendo entenderse sólo limitada al vecino, sino también a la vecindad industrial, dispone:

**Art. 1973. INMISIONES.** Las **molestias** que ocasionan el **humo, calor, olores luminosidad, ruidos, vibraciones, o inmisiones similares**, por el ejercicio de actividades en **inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia** teniendo en cuenta las condiciones del lugar y **aunque medie autorización administrativa para aquellas.** (Antes **art. 2618 C.C.**).

Por último debemos destacar que mediante una norma novedosa este nuevo código se ocupa de **las comunidades originarias**, también en forma acorde con la Constitución Nacional, en la siguiente norma:

**Art. 18: “Derechos de las comunidades indígenas.** Las comunidades indígenas reconocidas **tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establece la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.**

## VII. Nuevos desafíos internacionales

Como bien dice el Dr. Michel Prieur en una reciente publicación del Centre International de Droit Comparé de l' Environnement, “en un momento en que el mundo se encuentra dividido entre esperanzas y temores sobre la tutela del ambiente...las esperanzas han devenido más numerosas que los temores.... “porque los logros ambientales y sus guardianes tanto jurisdiccionales como populares, se han constituido de una manera tal que parece

imposible asistir a un proceso de regresión importante ...” a pesar de todo lo que vemos y nos rodea el Dr. Prieur afirma que asistimos a un “despertar saludable”<sup>19</sup>.

Tomando algunos ejemplos de la publicación que dan fundamento a sus pensamientos podemos destacar:

La negociación en América Latina y Caribe para la adopción de un tratado regional que torne aplicable jurídicamente el Principio 10 de la Declaración de Río 92 y que también introduce el principio de no regresión: 20 al 25 de noviembre de 2016 en Santiago de Chile y 20 a 24 de marzo de 2017 en Basilea.

El proyecto mundial sobre las migraciones y el proyecto de resolución del 22 de diciembre de 2016 que prevé una consulta a las ONG entre abril de 2017 y junio de 2018 sobre el vínculo entre migraciones y derechos humanos así como entre migraciones y catástrofes ,en estas reuniones el CIDCE participa activamente sosteniendo su proyecto de convención sobre los desplazados ambientales y las recomendaciones que resultaron de la investigación CADHOM ( catástrofes y derechos humanos ) en el derecho internacional y el derecho comparado.

A nivel europeo, el anuncio del comisario europeo del ambiente del 7 de diciembre de 2016, afirmando que las directivas de aves y natura 2000 no serán objeto de una regresión legislativa Nueva victoria del principio de no regresión.<sup>20</sup>

Estos ejemplos muestran el camino hacia la esperanza y como he dicho al comienzo hay otra realidad, son las normas Nacionales así como las Convenciones Internacionales que hacen imposible que los principios ambientales puedan ser destruidos por simples declaraciones o conductas regresivas.

## VIII. Conclusión

En la actualidad los avances tecnológicos así como las explotaciones mineras, las energías fósiles etc. sin los recaudos necesarios

<sup>19</sup> PRIEUR, Michel. Presidente del CIDCE .Newsletter N° 1 – Enero del 2017. [www.cidce.org](http://www.cidce.org)

<sup>20</sup> PRIEUR, Michel. Presidente del CIDCE. Obra citada.

para la protección del Medio Ambiente hacen necesario revalorizar los principios rectores que persiguen la mejor calidad de vida de la humanidad.

Por tal motivo debemos insistir en que ante una coalición de normas se debe aplicar la más severa, atento que estamos frente a un **derecho humano** que merece ser defendido, asimismo, está en juego cada vez más **la vida del ser humano**.

Deben tenerse presente los principios fundamentales del **Orden Público Ambiental**, que no pueden ceder frente a normas de redacción ligera y muchas veces encubriendo intereses económicos ajenos a los principios que estamos defendiendo.

Por ello es que se debe lograr un punto de equilibrio entre el Derecho Público y el Derecho Privado, así como entre la economía y el cuidado del medio ambiente.

Para terminar recomiendo, tomando las palabras del Papa Francisco en su Encíclica “**Laudato si**”, **que cuidemos la casa común**.

**CAPÍTULO II**  
**DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**  
**DE FAMILIA, GÉNERO Y MINORIDAD**



## Control de Convencionalidad respecto de Estereotipos de Género

MARTA PAZ\*

---

\* *Abogada UBA. Vicepresidenta Primera de la Cámara Penal, Contraven- cional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires año 2017. Ex becaria del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica: Programa de Liderazgo para Visitantes Internacionales “Lucha contra la Violencia Doméstica y de Género” 2016. Ex becaria del Gobierno de Japón. Coautora del “Proyecto de Reformas al Código Penal” realizado por la Comisión de Reformas creada por resolución N° 420 del Ministerio de Justicia de la Nación junto con los Dres. Donna, Baigún, Pessoa y Roger (1997-1999). In- vestigación en el “Comité Asesor Intersectorial para el estudio de la problemática H.I.V. S.I.D.A. en los establecimientos dependientes del Ser- vicio Penitenciario Federal Público, Ministerio de Justicia de la Nación” (720 hs.). Distinguida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Fe- deral por su actuación en actividades académicas. Embajadora de la cam- paña “50 y 50” por la contribución a una sociedad más justa, equitativa y sin discriminaciones (ISPM, 2003), entre otras. Directora del Instituto de Género y Miembro Honorífico del Instituto de Discapacidad de la Asocia- ción Argentina de Justicia Constitucional.*

*Representante institucional de la Justicia de la CABA ante la Oficina de la Mujer de la CSJN y ante la Comisión Nacional de la Mujer. Prosecretaria de la Asociación de Mujeres Jueces Argentina. Consejera del Colegio Pú- blico de Abogados de la Capital Federal (1996-1998). Promovió el reclamo para el cumplimiento de la obligatoriedad de cupo femenino en las listas para cargos electivos. Dictó cursos de grado y posgrado. Ponente. Efectuó publicaciones sobre temas de su especialidad.*



En relación a este tema, el Dr. Germán Bidart Campos sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos ostenta perfiles que se distinguen del derecho internacional común. Aquellos si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los estados firmantes a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir a hacerlos respetar en ellas respecto de las personas que integran la población de tales estados; respetaren cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del estado firmante.<sup>1</sup>

De ello Bidart Campos infiere que:

*la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional;*

*la cuestión de los derechos humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada a los Estados, porque pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el estado y la jurisdicción internacional;*

*nuestro derecho constitucional así lo asimila a partir de la reforma de 1994 con lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la CN.*

A su vez, afirma que la fuerza y vigor del derecho internacional de los derechos humanos se reconoce por dos cosas:

*porque las normas internacionales sobre derechos humanos son “ius cogens” es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles;*

*porque los derechos humanos forman parte de los principios generales del derecho internacional público;*

*Así, con tales características son incorporadas al derecho interno.<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Bidart Campos, Germán. El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los Derechos Humanos, en la obra La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores: Abregú Martín y Courtis, Christian Ed. Del Puerto y Cels. 1997.

<sup>2</sup> Ob. Cit. (6) págs. 78/79.

El sistema de derechos humanos requiere como característica su completitud, dado que la doble fuente de derecho interno e internacional le provee contenido amplio, elástico y progresivo. A su vez, se da una retroalimentación que circula entre la fuente interna y la internacional como complementariedad que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional proveen a nuestra constitución; afirmando que aún sin norma explícita, las declaraciones, libertades, derechos y garantías constitucionales se deben interpretar de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al derecho interno, no solo los que gozan de rango constitucional, sino de aquellos que gozan de jerarquía supra legal<sup>3</sup>.

Expone que el carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, por lo que el derecho internacional no se erige en cada tratado como fuente única, pero sí mínima, dejando abierto el sistema a lo más amplio que le puede brindar el derecho interno de cada estado como el propio derecho internacional a través de otros tratados, debiendo prevalecer lo más favorable a la persona humana (Op. Párr. 5/85 de la CIDH y art. 29 de la CADH)<sup>4</sup>.

Sostiene que las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional, se deben interpretar partiendo de la presunción de que son operativas y directamente aplicables por todos los órganos de poder del estado, ello al menos con efecto a:

- a) derogar normas internas infraconstitucionales que se contrapongan;
- b) obligar al poder judicial a declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma interna que se oponga;
- c) investir con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas;
- d) convertir en sujetos pasivos de cada derecho del hombre al estado nacional, provincial o particulares;

---

<sup>3</sup> Ob. Cit. (6) pág. 81.

<sup>4</sup> Ob.cit. (1) pág. 82.

e) provocar una interpretación constitucional que sea complementada congruentemente con la norma convencional<sup>5</sup>.

2) La doctrina del control de convencionalidad, por la que se impone el deber de los jueces de todo estado firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos de verificar la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno con la Convención, si bien había sido enunciado con anterioridad por alguno de los jueces integrantes de la Corte Interamericana, fue asumida en pleno por la misma al fallar en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” en 26 de septiembre de 2006.

También, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, considerando 128, la Corte Interamericana dijo que: “...Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”<sup>6</sup>.

Dicha doctrina fue receptada paulatinamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los siguientes fallos:

*-Giroldi (1995): en el que se sostiene que los fallos del tribunal internacional debían servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.*

*-Espósito (2003): en el que sostiene que las decisiones de la CIDH resultan de cumplimiento obligatorio en función de lo previsto en el art. 68.1 de la CADH debiendo el máximo tribunal nacional, en principio subordinar el contenido de sus deci-*

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. (6) pág. 84.

<sup>6</sup> Rossati, Horacio. Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013), pág. 86 Editorial Rubinzal Culzoni.

siones a lo dicho por el tribunal internacional (cons. 6) aunque no las compartiera (cons. 12).

-**Simón (2005)**: en que se amplía la vinculación de la jurisprudencia de la CIDH a las causas similares referidas a otros estados al afirmar que la traslación de las conclusiones de la CIDH en “Barrios Altos” al caso argentino resultaba imperativa, si es que las decisiones del tribunal internacional mencionado han de interpretarse de buena fe como pautas jurisprudenciales (fallos 328: 2056, cons. 24).

-**Mazzeo (2007)**: en que la CSJN se refirió en forma expresa al “Control de Convencionalidad”; una creación doctrinaria de la Corte Interamericana que obliga a todos los jueces nacionales firmantes del Pacto de San José a ejercer el control de la Convención Americana en sus decisiones al sostener: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

-**Videla y Massera (2010)**: en que la CSJN sostuvo que el control de convencionalidad y la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH que tal control conllevaba debía hacerse de oficio por parte de los tribunales locales (333: 1957).

-**Acosta, Jorge Eduardo y Otros (2012)**: en que la Corte no acepta los fundamentos del Procurador General Dr. Righi, por los que intenta limitar los criterios amplios establecidos por aquella en la aplicación local de las decisiones internacionales.

El Procurador General sostuvo que:

1) Según el derecho interamericano los estados parte solo están obligados a cumplir con la decisión de la CIDH en el caso concreto (Art. 68. I de la CADH).

2) Ello significa acatar lo ordenado en la parte resolutive, pero no seguir a los fundamentos...los que evidentemente no pueden ser cumplidos.

3) No existe el deber de seguir la decisión de otros casos similares, ni tampoco un deber de seguir su jurisprudencia pues las sentencias de la CIDH no tienen eficacia jurídica general *erga omnes*.

4) Los fallos de la CIDH en casos similares pueden servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, pero no significa convalidar su aplicación irreflexiva y automática, por los tribunales locales, ni tampoco asignarles una eficacia mayor a los fallos de la CSJN cuya jurisprudencia no es obligatoria para casos parecidos (fallos 307:1094 y 318: 2060).

5) La CIDH es la intérprete final de las disposiciones convencionales, pero no de la CN, pues lo contrario sería violatorio de los arts. 108 y 116 y Ccdtes. de la CN.

6) Sería contrario a nuestro sistema jurídico que un cambio en la jurisprudencia de la CIDH tuviera en los hechos el efecto de modificar la constitución por un mecanismo distinto al establecido en la propia CN.

Finalmente, entiende que los tribunales locales tienen un deber de consideración respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH y un deber de fundamentación en el caso de apartarse de ella cuando ésta es en principio aplicable<sup>7</sup>.

La Corte Suprema ha establecido como condición para la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, que los jueces, en forma obligatoria y no facultativa -como ya se ha señalado- deben aplicar la teoría de la evitabilidad y deben hacerlo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esto último hace referencia a que el juez deberá demostrar que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, pero ello debe surgir en forma clara y precisa de los elementos probatorios de las causas.

Asimismo, a partir de la jurisprudencia de la CIDH, no sólo los tribunales deben aplicar y realizar el control de convenciona-

---

<sup>7</sup> B. Cit. (1) págs. 91/94.

lidad, sino que también, corresponde a “todos los órganos” de los Estados que han ratificado la CADH formular dicho control, velando por la eficacia del Pacto. Puntualmente se dijo que “todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer aún de oficio, el control de convencionalidad.

En el marco del convenio internacional que consagró la necesidad de la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)<sup>8</sup>, que está incorporado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se fija la obligación de eliminar los estereotipos negativos que imponen una carga sobre las mujeres o le niegan beneficios.

Los estereotipos conforman imágenes sociales generalizadas, preconceptos sobre características personales o roles que cumplen o deben ser cumplidos por los miembros de un determinado grupo social; pueden ser utilizados para describir las características de un grupo en particular, prescribir su comportamiento y también para asignar ciertas diferencias.

Cuando los estereotipos operan para establecer jerarquías de género y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizadas a las mujeres, tienen efectos discriminatorios. Eso sucede cuando se los utiliza para realizar distinciones, exclusiones o restricciones cuyo propósito o consecuencias es afectar o anular el reconocimiento, disfrute, o ejercicio de derechos de las mujeres.

La existencia de estos prejuicios y estereotipos influye en el modo en el que las instituciones reaccionan, o mejor dicho demoran en accionar, frente a la violencia contra las mujeres. Por ello los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales como medida específica para atender este tipo de violencia.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) Aprobada por Naciones Unidas el 18/12/1979, suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, aprobada según la ley 23.179 (B.O. 3/6/1985) integra los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional conformando el Bloque Constitucional.

<sup>9</sup> Larrauri, Elena, “Cinco Tópicos sobre las mujeres Víctimas de Violencia

En este sentido, ejemplo de estereotipos utilizados son, entre otros: la categoría de “mujer mentirosa” con relación al mito de que las mujeres denuncian falsamente; la de “mujer instrumental” que relaciona la creencia de que las mujeres denuncian para obtener un beneficio (por ejemplo, quedarse con la vivienda); la de “mujer co-responsable” que se refiere a la asignación de responsabilidad a ambos miembros de la pareja por los conflictos que se generan entre ellos; la de “mujer fabuladora” que cuestiona la veracidad de los testimonios de las mujeres y determina que se las someta a peritajes dirigidos a establecer si las denuncias de hechos de violencia sexual se fundan en “fantasías” de las denunciadas.

1. El concepto de la “mujer mentirosa” remite a los estereotipos según los cuales “las mujeres no saben lo que quieren”, o bien “cuando las mujeres dicen „no“, en realidad quieren decir „sí“”, que se utilizan para construir la sospecha de que las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual. A causa de esta construcción, el poder judicial busca obtener elementos independientes al relato de la mujer que permitan corroborarlo en todos sus extremos, para así descartar su mendacidad. Como consecuencia, la mujer denunciante es quien resulta investigada y las diversas declaraciones testimoniales que brinda a lo largo del proceso son sometidas a un cuidadoso escrutinio que, por lo general, resulta más exigente que el que suele aplicarse a los testimonios de los denunciados en otro tipo de delitos.

2. El concepto de la “mujer instrumental” se refiere al estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, “la exclusión del marido del hogar”, “posicionarse en un juicio de divorcio”, para “perjudicar”, “vengarse”, o bien para “explicar una situación”. Se suele desacreditar el relato de las mujeres que denuncian diversos episodios de violencia de género utilizando esta construcción.

A causa de sus características intrínsecas, la justicia penal otorga un trato revictimizante a las mujeres que denuncian episodios de violencia de género. Por una parte, las ubica en una situa-

---

y algunas respuestas del Feminismo Oficial”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año 2008, pág. 6. [www.anzit-guerrero.net](http://www.anzit-guerrero.net) Ramiro Anzit Guerrero.

ción de desigualdad frente al imputado, quien goza de una serie de garantías tendientes a limitar el ejercicio de coerción estatal y su utilización como herramienta de última ratio. Por otra parte, las somete a exhaustivos escrutinios para determinar si son mentadas y convierte a sus cuerpos en objeto de prueba, obligándolas a realizarse distintas clases de exámenes físicos. En estas condiciones, resulta difícil sostener la noción de que las mujeres realizan denuncias falsas de hechos de violencia de género con un fin instrumental. Sin embargo, este prejuicio continúa operando en algunas decisiones judiciales.

3. El concepto de la “mujer co-responsable” se vincula con el uso que realizan algunos tribunales de la doctrina de la intimidad, que sostienen que a la justicia penal no le corresponde inmiscuirse en los “conflictos” o “reyertas” de pareja. Este discurso construye la violencia como una manifestación de conflictos o disfuncionalidad de pareja, en lugar de considerarla como una violación de derechos de la víctima que manifiesta la desigualdad estructural entre hombres y mujeres. De esta forma, no sólo desconoce el contexto en el que se enmarca la violencia de género, sino que, además, se incorpora una nueva dimensión en la que se co-responsabiliza a la mujer por la violencia que padece, puesto que la responsabilidad por los conflictos de pareja se distribuye entre ambos miembros.

4. El concepto de la mujer denunciante como “fabuladora” o “fantaseadora”, construyendo la noción de que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos. Estos estereotipos están asociados con las nociones de la locura y la irracionalidad, que con frecuencia son atribuidos al comportamiento femenino, por oposición a la característica distintiva de racionalidad que se suele atribuir al comportamiento masculino.

6) En virtud de que nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser aplicada por vía del control de convencionalidad por los jueces es importante mencionar lo que ha señalado sobre estereotipos y otros aspectos en relación a la perspectiva de género que debe juzgarse:

En el caso “*María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*”<sup>10</sup> la Comisión IDH estableció: “...La Comisión halla que, lejos de asegurar la -igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. -Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes.” (párr. 44).

En el caso de la Sra. Morales de Sierra, la Comisión concluye que los artículos impugnados obstaculizan el deber del Estado de proteger a la familia al imponer un régimen que impide que la víctima ejerza sus derechos y cumpla sus responsabilidades dentro del matrimonio en pie de igualdad con su esposo. El Estado no ha adoptado las medidas para garantizar la igualdad de derechos y equilibrar las responsabilidades dentro del matrimonio. En consecuencia, en este caso, el régimen conyugal vigente es incompa-

---

<sup>10</sup> Comisión IDH Caso “*María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*” Caso N° 11.625, 19 de enero de 2001. Considerandos 44 y 45.

tible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16 (1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (párr. 45).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso conocido como “Campo Algodonero”<sup>11</sup> señaló que, ante la denuncia de desaparición de varias mujeres, cuando sus madres solicitaron justicia se les respondió en forma estereotipada, de modo negativo. El Tribunal identificó los estereotipos negativos que manejó la policía cuando rechazó las quejas de las madres diciendo que dos de las tres mujeres desaparecidas y asesinadas en el campo algodonero actuaban de manera promiscua y por ello decidió no investigar. Señaló que, en ese caso, la situación de las mujeres podía asociarse con prácticas basadas en la persistencia de estereotipos de género, que se exacerbaban al incidir, implícita o explícitamente, en las políticas y prácticas de la policía. En este caso, se consideró acreditado que los estereotipos negativos impiden y obstaculizan el acceso de la mujer, sobre todo de las mujeres pobres, a la justicia.

También, la Corte Interamericana se expidió sobre el tema de estereotipos en el caso “Forneron e hija vs. Argentina”<sup>12</sup> en el cual dijo que: “...la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el

---

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 143.

<sup>12</sup> Corte IDH, *“Caso Forneron e hija vs. Argentina”*, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 94 y 99.

padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta”. “Y Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia” (párr. 94 y 99).

En el caso “Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero: *“Violación de las obligaciones de la Convención de Belém do Pará - Derecho a la integridad personal y al respeto de la honra y el reconocimiento de la dignidad - Incumplimiento de la obligación de investigar ex officio un posible caso de violencia de género”*.

La Corte reitera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales (párr. 180).

La Corte reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la vio-

lencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten (...) (párr. 183).

“[L]a existencia de indicios sobre posible violencia de género en contra de Claudina Velásquez fue de conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación a partir de los primeros momentos en que se inició la investigación. Adicionalmente, dichos indicios fueron referidos reiteradamente en el transcurso de la misma. No obstante, a causa de los prejuicios y las manifestaciones discriminatorias basadas en estereotipos de género de los agentes estatales que intervinieron en la investigación, se omitió conducir la investigación desde un enfoque de género y la muerte de Claudina Velásquez fue conducida como un homicidio más.” (párr. 196)

Desterrar los estereotipos hace a la vigencia de los derechos humanos que son universales y a la innata dignidad humana. Su violación nos afecta a todos y requiere un esfuerzo concertado por parte de la sociedad en su conjunto.

Asimismo, se debe fortalecer el sistema de justicia y capacitar a la policía para eliminar los estereotipos y los prejuicios hacia la mujer, mejorar los servicios de apoyo a las víctimas y a sus familias, y dedicar planes y presupuestos para prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas. Resulta primordial fomentar cambios en las actitudes, en las creencias y en los comportamientos que consienten o que perpetúan la violencia, con el fin de prevenir que la violencia tenga lugar.

Por último, no se puede dejar de mencionar el fallo recaído en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina'*”, reciente-

mente dictado que dispone: "...la Corte Interamericana no constituye entonces una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que resulta "*subsidiaria, coadyuvante y complementaria*" (Considerando N° 8) y al mismo tiempo "Las sentencias dictadas en procesos contradictorios contra el Estado Argentino son "*obligatorias*" y "vinculantes", siempre y cuando: 1- Sean dictadas "*dentro del marco de sus potestades re- mediabiles*" (Considerando N° 6).



## La Importancia de la CEDAW y de Belen Do Para. Legislación Interna

DRA. GABRIELA VANESA STEFANI\*

---

\* *Asesora Jurídica del Ministerio de Derechos Humanos de la provincia de Misiones; Profesora Libre de la Catedra "C" de Derecho Penal 1 de UNNE; Coordinación y Disertación del 1º Foro Políticas Públicas sobre violencia de genero de la provincia de Misiones; Coordinación en jornada sobre convenciones de DDHH.*



## Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad hacer un análisis sobre las convenciones internacionales CEDAW y de Belen Do Para, como así también de su aplicación práctica en el estado argentino.

Todo ello para poner en marcha medidas que sirvan de herramientas eficaces, o a través de mecanismos, que aborden la problemática de genero tanto a nivel nacional, provincial y municipal; a fin de cumplir con la responsabilidad que pesa sobre el estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género en el territorio de la república, conforme los compromisos internacionales asumidos.

En ese marco de ideas, la provincia de misiones llevo a cabo el primer foro de políticas públicas sobre violencia de género, en el que se debatió la problemática con los distintos sectores de la sociedad, donde se recopilaron las sugerencias realizadas tanto por miembros de la sociedad civil, como por parte de agentes de la administración pública; creando con ello un verdadero debate que puso en conocimiento las falencias existentes, y contribuyo a visibilizar la problemática de género. Asimismo, como contracara de ello se propusieron diversas soluciones al respecto, atendiendo a las necesidades más emergentes.

Este tipo de acciones llevan consigo la necesidad de compatibilizar las normas y directrices del derecho interno con el derecho internacional, para así lograr la protección de los derechos de las mujeres, como derivado de derechos humanos fundamentales reconocidos por el pacto de san José de costa rica, y en aras a salvaguardar la dignidad del ser humano en cada caso concreto.

## Desarrollo

### LA IMPORTANCIA DE LA CEDAW Y DE BELEN DO PARA.

“En relación al tema que abordamos existen dos instrumentos internacionales de singular importancia por las repercusiones que

han generado tanto en la faz interna de los países miembros como en el derecho internacional latinoamericano, estas son la “la convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer” (CEDAW) y la “convención sobre la erradicación a toda forma de violencia contra la mujer” (Belen Do Para).

Si bien se refieren a la mujer y a los problemas de género, sus objetivos son diametralmente diferentes, porque toma diversos aspectos de la realidad femenina. Pues su aplicación e interpretación de manera conjunta, se puede decir que abarca toda la problemática femenina, tanto en los problemas de vinculación familiar como en sus relaciones dentro del marco social.

Al ser redactados en diferentes momentos históricos, sus objetivos también fueron diferentes: en el caso de la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), procura establecer la igualdad, pero especialmente dentro del campo de los derechos. Busca que las normas y los principios de las naciones unidas sean aplicables a todo el mundo, inclusive a las mujeres. Ello ha tenido una gran significancia para el derecho argentino, a través de la regulación de las acciones positivas.”

En tanto que la convención de Belen Do Para, su eje es, en forma exclusiva, los hechos de violencia contra la mujer, estableciendo la perspectiva de género en este tipo de situaciones. En otras palabras, por ejemplo, debe considerarse violencia de género a la violencia doméstica, más allá de que se trate de un hecho individual ocurrido dentro de un recinto privado. Esto encuentra su razón de ser que se encuentra insertada en una relación de jerarquía más allá de una construcción individual y es una clara manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones.

Pero en materia de derechos de las mujeres, debe releerse la convención americana bajo estas premisas, lo cual modifica su alcance y aplicación. Así lo establece Belen Do Para: “nada de lo dispuesto en la presente convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la convención americana sobre derechos humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia

que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con ese tema”.

“Estos instrumentos complementan el corpus iuris internacional en materia de protección a la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la convención americana de derechos humanos”.

En suma, se puede decir que la importancia de ambos radica en que se define que significa discriminación contra la mujer. Ella es comprensiva de “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En segundo término, se caracteriza la violencia de género como una “violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” y también como una forma de discriminación.

Establecen en tercer lugar el derecho de todas las mujeres a una “vida libre de violencia” (Belen Do Para), que incluye entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y. B) el derecho de la mujer de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y practicas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Finalmente, regula claramente la obligación estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y reparar la violencia de genero.

Es, por cierto, una obligación de medios y puede definirse como la calidad de la respuesta del poder estatal frente a cualquier tipo de violación de los derechos a la mujer, que restituya en forma inmediata el uso y goce de sus derechos humanos, frente a cualquier perturbación provenga de su ámbito de intimidad, de un tercero, o del estado mismo.

Estos constituyen los pilares del derecho internacional de derechos humanos, incluso como elementos integrantes del derecho internacional general o consuetudinario.

Se establece en la CEDAW, además, una pauta para valorar los actos de discriminación. Según lo establecido en el art. 1º, el criterio que en lo práctico debe regir para determinar si una acción es o no discriminatoria, es que toda acción “(...) que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular a la mujer (...)” lo será. De lo dicho se desprende que no se requiere un ánimo especial o un especial elemento subjetivo en la intención de discriminar. Basta con que la acción conlleve un resultado final discriminatorio, para que estemos en presencia de una afectación a los derechos humanos de la mujer. A partir de ello surge la obligación de reparar y de resarcir.

Por otro lado, ambas convenciones establecen que los estados deberán tomar todas las medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de trato entre el hombre y la mujer. Estas medidas son temporarias, según lo define el art. 4º, inc. 1º y cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato.

Manfred Nowak, expresa que esta correspondencia es tal que “la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad que está implícito en el concepto mismo del derecho como orden de justicia para el bien común”.

Pero, fundamentalmente, los estados partes, tomarán todas las medidas apropiadas para:

Modificar los patrones socioculturales de conducta, con miras a alcanzar la eliminación de perjuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad, en la inteligencia de que el interés de los hijos demanda una consideración primordial.

Esta mirada se entrelaza con la convención de Belen Do Para, pues la violencia contra la mujer, es en definitiva una violación a los derechos humanos contenidos en la declaración americana de los derechos del hombre y en la declaración universal de los derechos humanos, y constituye una forma desigual y de discriminación.

Para lo cual, es imprescindible tener en cuenta la situación de vulnerabilidad que puede sufrir la mujer: “en razón de su raza o condijo étnica, de migrante, refugiada o desplazada; embarazo, discapacidad, menor de edad, anciana o situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”

## LEGISLACIÓN INTERNA

En primer lugar, encontramos en el art. 75 inc. 22, la incorporación de los tratados con jerarquía constitucional, entre los que se encuentran los mencionados supra.

Ahora bien, en este sentido la legislación argentina a incorporado los mencionados instrumentos internacionales en el derecho interno a través de la ley 23.179 de la convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, y la ley 24.632 que incorpora la convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

No obstante estar incorporado a la legislación interna las mencionadas convenciones, es la ley 26.485 de protección integral a las mujeres, promulgada en abril de 2009 la que tiene como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito en el que desarrollen sus relaciones interpretaciones. Además, la ley 26.485 adecua las normas internas a la normativa internacional.

Por su parte, en el ámbito de la provincia de misiones, la misma se encuentra adherida a la ley 26.485, y por lo tanto rige en la provincia idénticas obligaciones velar por los derechos de las mujeres, como también el de aplicar políticas de estado acorde a la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra la

mujer. Y en ese sentido la provincia viene trabajando fuertemente en la problemática mencionada con distintas medidas como lo fue el foro de políticas públicas sobre violencia de género que tuvo inicio en el mes de Julio del año 2016, por un lado como prueba de que la provincia es pionera en la aplicación de medidas de dicha índole; y por otro, como contracara responde a una necesidad imperante en la provincia, debido al alto índice que muestra la violencia de género en nuestra provincia, conforme surgen de las diversas estadísticas. Todo lo cual tiene como finalidad analizar cuáles son las principales falencias que afectan a este flagelo, para así aplicar medidas acorde a las necesidades que operen como herramientas que coadyuven a lograr la necesaria eliminación de estas prácticas indeseadas.

Asimismo, otra de las medidas implementadas por la provincia en el año 2016, fue el dictado de la ley de casas refugio, que prevé asistencia a través de viviendas temporales y seguras, a los fines de brindar protección y resguardo, como así también acompañar a las víctimas de violencia de género a través de un equipo interdisciplinario no solo con atención psicológica y asistencia social, sino también con patrocinio letrado gratuito.

Por otra parte, a nivel nacional, se han ido implementando diversas medidas como lo es el plan nacional de acción para la prevención, asistencia y erradicación de la violencia contra la mujer, que tiene por finalidad conformar una red federal de atención integral, entre los que podemos mencionar que:

Es un posicionamiento político que refleja una visión integral sobre la prevención, atención y erradicación de la violencia hacia las mujeres.

Responde a obligaciones del Estado Argentino respecto a tratados internacionales de derechos humanos, en particular CEDAW y Belén do Para; y en especial al art. 9 de la ley 26.485 inciso a) “El CNM, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá elaborar, monitorear e implementar un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres”.

En línea con la agenda de Desarrollo sostenible 2030 (Objetivo 5: lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, meta b. Eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los ámbitos públicos y privados, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación).

Se trata de una herramienta de planificación estratégica a nivel nacional (federal) que establece:

Acciones plausibles de ser medidas a través de indicadores: plazo de cumplimiento en el marco de una temporalidad de dos años (2017-2019); mecanismos de monitoreo y evaluación; una evaluación de medio término que permitirá construir una línea de base para establecer metas a futuro; organismos responsables de ejecutar acciones y organismos asociados.

Objetivos: garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

Se propone implementar un conjunto de políticas con perspectiva de género para prevenir, asistir y erradicar la violencia hacia las mujeres de acuerdo a las disposiciones de la mencionada ley de protección integral a las mujeres. Sus ejes de acción son la prevención y la atención, y los ejes universales en los cuales trabajara se concentran en: formación, fortalecimiento institucional, monitoreo y evaluación.

Finalmente, actualmente se encuentra en tratamiento en el congreso de la nación argentina la “ley brisa” que tiene por finalidad una medida preparatoria ante casos de Femicidios, la cual prevé que dadas estas circunstancias los damnificados por el dicho delitos (hijos/hijas de la madre fallecida como consecuencia del femicidio) puedan acceder a un beneficio de la seguridad social a través de una pensión graciable, equivalente a un salario mínimo, a los fines de asegurar a la víctima contar con un medios de subsistencia básico hasta la mayoría de edad, toda vez que en la mayoría de los casos el victimario es el padre del menos y la victima la madre que sufre el femicidio, lo que conlleva a que el menor que atraviesa esta situación, se quede en extrema vulnerabilidad como consecuencia de ello; como así también que dicha medida

valga para reparar en alguna medida el grave daño sufrido por el damnificado.

## Conclusiones y Recomendaciones

De la responsabilidad que le cabe al estado, respecto de la obligación de erradicar la violencia contra la mujer, como así también la de asegurar la igualdad de trato y oportunidades entre varones y mujeres; en la provincia de misiones fue necesario realizar el primero foro de políticas públicas sobre violencia de género, llevado a adelante por el ministerio de derechos humanos de la provincia, del cual participaron no solo los distintos poderes del estado sino también miembros de la sociedad civil, el cual tuvo como resultado la elaboración de conclusiones que visibilizan cuales son las herramientas que el estado debe aplicar a fin de paliar esta problemática, y en el mejor de los casos lograr la tan necesaria erradicación tanto de la violencia de género como de la desigualdad entre varones y mujeres.

Seguidamente mencionare brevemente las recomendaciones realizadas en la provincia de misiones:

Elaboración de un protocolo, que fije las pautas básicas a seguir ante un caso de violencia de género, al que deben ajustarse los organismos competentes.

Creación de Casas de refugio o albergue, utilizados como centro de atención para las víctimas de violencia de género, con la provisión de recursos humanos capacitados.

Capacitación a todos los agentes municipales y provinciales vinculados con la temática, por medio de talleres o seminarios sobre derechos humanos y violencia de género, por ejemplo, agentes de seguridad, los agentes del poder judicial, los agentes de salud, para **visibilizar** los casos de violencia que son naturalizados. Aagregar al currículo de agente y oficiales, formación en derechos humanos y legislación de género, así como a todas las fuerzas de seguridad.

Capacitación en perspectiva de Género a los docentes nivel primario secundario, en forma obligatoria, por medio de talleres sobre los derechos existentes en perspectiva de Género; brindando herramientas eficaces que sirvan a la formación de sus alumnos. Destitución y juicio académico al personal docente y no docentes de que ejerzan funciones académicas, que vulneren, sostengan o reproduzcan violencia de género, así como en diversidad sexual.

Formación y sensibilización de sindicatos y centrales de trabajadores sobre violencia de género y diversidad sexual.

Admisión de denuncia en forma indistinta, en todas las comisarías, no solo en las comisarías de la mujer; por parte de la víctima o de un tercero. Facilitar el acceso a las comisarías de todas las localidades de la Provincia, exigiendo la imparcialidad en la toma denuncias.

Asistencia domiciliaria ante una denuncia de Violencia, con equipo multidisciplinaria gratuito a las víctimas con asistencia psicológica, médica y acompañamiento de trabajadores sociales, para evitar que las mismas tengan que concurrir a los organismos.

Incorporación de un gabinete interdisciplinario dentro del hospital que recepciones las demandas, denuncias y acompañen a las víctimas.

Creación de un fuero especial con perspectiva de género en el proceso, con mayor celeridad y agilidad, apreciación de la prueba con perspectiva de género invirtiendo la carga de la prueba hacia el agresor, y que además se tomen en cuenta los indicios.

Aplicación de medidas enfocadas al tratamiento al agresor, no solo con mirada punitiva, sino a través de medidas de reparación del daño, como por ejemplo un pedido de disculpas en público, trabajos comunitarios y la exclusión del hogar del violento.

Realizar un seguimiento adecuado, para facilitar el cumplimiento de estas medidas, como por ejemplo el botón de pánico, terapia psicológica para el violento etc.

Incorporación de un área con patrocinio letrado gratuito, en los juzgados penales, con dedicación exclusiva a víctimas o damnificados por violencia de género.

Puesta en funcionamiento del patrocinio gratuito de las mujeres a través del cuerpo de abogados incorporado en la ley de violencia familiar, a cargo del ministerio Desarrollo Social, llegando a todos los municipios de la Provincia.

Descentralización de los órganos encargados de violencia de género para otorgar acceso a todos los rincones de la provincia; con equipos multidisciplinarios en todos los municipios.

Generar herramientas de empoderamiento a las mujeres desde las áreas creadas para el tema, a través de charlas debates o talleres y espacio de contención, con un equipo interdisciplinario integrado por médicos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y organizaciones de la sociedad civil en todos los municipios. Armar mesas de debates sobre la problemática violencia de género.

Creación de mesas de gestión permanente entre los ministerios y los miembros de la sociedad civil en favor de las víctimas de violencia de género.

Incrementar el presupuesto del estado para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género. Aprobar leyes sobre recursos para trabajar con violencia de Género.

Asistencia económica a través de la creación de programas de vivienda, bolsas de trabajo, pensiones especiales temporales mientras se tramitan los alimentos, finalización de educación formal.

Incorporar un sistema cruce de información entre juzgados para que estén al tanto de todas las causas existentes.

Creación de un registro de violencia de género y Femicidios en los juzgados que provea los datos a un registro centralizado a nivel provincial, bajo la misma modalidad del acceso a la información pública.

Campañas permanentes de sensibilización contra la violencia en todos los medios sobre todo en los audiovisuales, que contengan información sobre donde y como realizar la denuncia, cuáles son las herramientas con la que cuenta la víctima, cuáles son las instituciones del estado que abordan la temática.

Creación de un comité o una comisión de referentes de la sociedad civil, organizaciones de la sociedad e integrantes de poderes

con facultad de monitoreo a los organismos encargados de los casos de violencia de género y seguimiento de expedientes judiciales.

Solicitar la destitución y juicio político a los funcionarios públicos que ejerzan o vulneren, sostengan o reproduzcan violencia de género, así como la diversidad sexual.

Concluyendo con lo expuesto, cabe mencionar que gran parte de las medidas mencionadas han sido implementadas en la provincia de misiones, las cuales deben ser aplicadas hasta tanto subsista la necesidad, teniendo en cuenta el carácter temporario de las mismas, las cuales deben ser tener vigencia hasta el logren efectivo de los objetivos fijados por la ley.



## Tutela Constitucional Preventiva del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal

DR. JOSÉ ALBERTO LÓPEZ\*

---

\* *Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Menores en la Provincia de Buenos Aires. Consejero titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Misiones. Ex Juez de Instrucción Penal de la Provincia de Misiones. Comisario General de la Policía de la Provincia de Misiones. Correo electrónico: josealopez021@gmail.com*



## Introducción

La observancia cotidiana del constante incremento de la incidencia de menores en el delito penal, representa unos de los problemas más complejos y acuciantes que causan un impacto y una preocupación diferente tanto en el estado como en la sociedad en general y que merecen un abordaje particular en nuestro estado constitucional, fundando un paradigma que pase de considerarlos como objeto de la compasión y/o represión a sujetos de pleno de derecho, con un modelo de sistema penal tutelar o asistencial que procure una protección integral y una adecuada rehabilitación y reinserción social de estos Niños, Niñas y Adolescentes.

La problemática tiene muchas interpretaciones, explicaciones o justificaciones desde lo político, económico, cultural, social, educacional o mediático, pero sin que se vislumbre, aunque fueren en hipótesis, medidas concretas para la prevención, contención o tratamientos y menos aún el interés de participación activa de todos los actores sociales, a excepción de críticas superficiales y pedidos de aumento de penas o de bajar la edad de imputabilidad, que solo contribuyen a incrementar la estigmatización que pesa sobre ellos.

El análisis de estadísticas de los juzgados de Menores, de los Servicios Penitenciarios e información de funcionarios con alguna vinculación con políticas o programas gubernamentales o privados, refleja que más del noventa por ciento de los niños, niñas o adolescentes que incursionan en el delito tienen necesidades básicas insatisfechas, con problemas de pobreza, escolaridad, abandono y alto índice de consumo de drogas, quienes bajo la errónea concepción social de suponerlos causa exclusiva del/los hecho/s, continúan creciendo -física y psicológicamente- sin posibilidad de elaborar proyectos personales de vida y atrapados en el submundo delictivo, con el único futuro cierto de terminar sus días en encierro penitenciario o muertos -por sobredosis, HIV o de alguna otra manera violenta-.

Para afrontar esta cuestión resulta necesario, que en forma previa o concomitante con las discusiones sobre la reforma penal juvenil -inimputabilidad, no punibilidad o baja de la edad de la

imputabilidad-, se explore la perspectiva de la Tutela Constitucional Preventiva del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal, con un enfoque del ex ante, el durante y el ex post de la incursión delictiva, asumiendo el Estado su rol como garante de proveer las condiciones mínimas que permitan modificar la conducta individual y la reinserción al ámbito familiar y social, todo ello a la luz de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, en la Ley 26.061, y en las Normas de la Organización de las Naciones Unidas denominadas Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad.<sup>1</sup>

## Desarrollo

### I. Breve Diagnóstico del problema

La incidencia actual de menores en el delito penal, pero especialmente el aumento de la gravedad de los hechos que los tiene como protagonistas, nos refleja la afectación mayoritaria de la franja etaria comprendida entre los doce (12) y hasta los dieciocho (18) años de edad y la existencia de causas y factores comunes que contribuyen o favorecen.

Los indicadores estadísticos de que, un elevado número de de los niños, niñas o adolescentes infractores a la ley penal tienen un historial de graves violaciones de sus derechos, con necesidades básicas insatisfechas, con problemas de pobreza, escolaridad, abandono y violencia -familiar, social y estatal- y alto índice de

<sup>1</sup> Las convenciones internacionales mencionadas poseen rango constitucional, a partir de la reforma del año 1994, al ser incorporadas a la Constitución Nacional a través del artículo 75, inc. 22.

consumo de drogas -legales (poxiran o medicamentos) e ilegales (el paco, la marihuana y en menor grado el clorhidrato de cocaína, entre otros), revela que se encuentran en un estado de vulnerabilidad extrema.

Este marco de criminalidad, muchas veces influenciado por el devenir cotidiano de la información periodística relacionada a la inseguridad, los muestra como protagonistas activos en hechos delictivos, especialmente en la modalidad arrebatos, robos y hurtos menores, pero con el latente aumento de la peligrosidad de su accionar, creando una percepción de impunidad y el reclamo social de la ciudadanía que comienza a dudar de sus instituciones ante la falta de respuesta estatal, generando las más disparatadas reacciones que mezclan el reclamo de justicia con la venganza personal más allá del mero pedido de castigo o encierro.

Es innegable que la sociedad y las víctimas necesitan que alguien actúe, pero los niños, niñas y adolescentes infractores también requieren que alguien se haga cargo, que no simplemente se lo ignore, que se le brinde una asistencia integral e individual que trascienda su punibilidad o no y que implique el fortalecimiento propio del respeto por los derechos humanos, procurando su desarrollo y reinserción a la sociedad, esa con la que deberá convivir plenamente en su adultez, en especial porque su comportamiento hoy legalmente reprochado, generalmente tiene más que ver más con un pedido de auxilio o llamado de atención que con un deseo que transgredir la ley.

Esta problemática exige, como cualquier problema social, buscar las causas y factores que en forma directa o indirecta coadyuvan a su existencia y permanencia y no solo reaccionar ante sus consecuencias. Identificar, reconocer y atacar esos orígenes, fortaleciendo los sistemas de protección, es fundamental para garantizar el pleno goce los derechos y garantías establecidos en las normativas nacionales y supranacionales, en la prevención del delito juvenil, como bien los expresan las Directrices de Riad sobre la prevención del delito juvenil: *“10. Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por*

*conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.”*<sup>2</sup>

El planteamiento de un sistema de protección constitucional como vía idónea para el adecuado abordaje de las situaciones de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, no implica una ausencia de consecuencias de su accionar, porque es indudable que hay bienes jurídicos lesionados, reparaciones que realizar, sufrimiento de las víctimas o familiares, entre otros, sino una diferencia en su tratamiento conforme a las legislaciones específicas ya existentes, procurando dar una respuesta, pero especialmente previniendo -en el ex ante- o evitando -en el pos- la continuidad de la degradación de su dignidad humana y su definitiva exclusión social.

## II. La posibilidad de Tutela Constitucional Preventiva

No se puede soslayar que, en cualquier sociedad, el aumento del número de niños, niñas y adolescentes que infringen la ley, es un reflejo de un fracaso del adulto -padres, tutores, docentes- que tiene el deber de orientar, educar y dirigir sus conductas, a lo que debe sumarse la ausencia del Estado.

La incorporación del bloque constitucional de los derechos humanos a la Constitución Argentina (art. 75 inc. 22), es un reconocimiento normativo de máxima jerarquía de los derechos especiales que tienen los menores por su condición de tal, así lo dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Maldonado” (Fallos 328:4343), al establecer que las directivas internacionales deben primar en el accionar del juez señalando que “... estos derechos especiales que tienen los menores por su condición,

<sup>2</sup> Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

*no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica” y que “... la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar “la total complementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)...”. (cons. 30).*

La propia Convención de los Derechos del Niño y sus disposiciones asociadas, como la ley 26.061 se han proclamado y diseñado con un sistema de protección integral de los menores de 18 años de edad. Así, en su artículo 40 y, expresamente en el punto 1, la Convención reconoce el derecho de todo niño infractor a la ley, a ser tratado dignamente, que se fortalezcan su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, pregonando la importancia de reintegrarlo constructivamente a la sociedad.<sup>3</sup>

La misma Convención se refiere -art. 40. 4- a la necesidad de adoptar diversas medidas destinadas a asegurar a su bienestar, con la implementación de programas de enseñanza y formación profesional, la búsqueda de las posibilidades alternativas al encierro cautelar y el trato apropiado teniendo en cuenta para ello sus circunstancias y la infracción cometida.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> “Artículo 40 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

<sup>4</sup> 40.4 “se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada,

La Opinión Consultiva OC-17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca que *“en la atención de los niños, el Estado debe valerse instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”*. Asimismo, dispone para los Estados partes *“la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas, a tales fines la educación y el cuidado de la salud constituyen los pilares fundamentales para garantizarles el disfrute de una vida digna”*.

A su turno las denominadas Reglas de Beijing, establecidas por las Naciones Unidas en 1985, como un conjunto de reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, procura una orientación hacia la implementación de sistemas especiales para la administración de la justicia cuando se trate de niños y adolescentes.

También la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD), propende a la adopción de criterios y estrategias nacionales, regionales e interregionales para prevenir la delincuencia juvenil, estableciendo la necesidad de que los Estados establezcan programas preventivos centrados en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia, aplicando una política progresista de prevención de la delincuencia y elaborando medidas que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. Recomienda atender las necesidades de los jóvenes, en particular de quienes se encuentran en situación de riesgo, formulando doctrinas y criterios especializados, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien. Creando servicios y programas para la prevención de la delincuencia juvenil -apartado g) del capítulo III-.<sup>5</sup>

---

la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

<sup>5</sup> g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacio-

En el marco del ordenamiento jurídico interno, la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Bol. 29/2005, p. I) ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales en favor de las niñas, niños y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten y un nuevo y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal de impredecible virtualidad, interpretándose que la política de protección integral debe ser implementada mediante la concertación articulada de con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

Esta ley estructura un sistema tuitivo conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos del infantes y adolescente (art. 32). También define en su art. 33 las llamadas “Medidas de protección integral de derechos”, entendiéndose por tales “aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias”.

Sin lugar a dudas que podemos considerar que existe un parámetro constitucional para la posibilidad de una tutela constitucional preventiva por parte del Estado como primer garante de

---

nales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de aplicación de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes.

fomentar una intervención que favorezca la reintegración integral del menor en conflicto, con un sentido de responsabilidad social y de respeto de los derechos de los demás; especialmente porque la normativa internacional citada implica una obligación ineludible para los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, al instar a los Estados parte a crear sistemas efectivos y dar respuesta al mandato constitucional.

### **III. Propuestas para el logro de los objetivos**

Si bien el análisis de las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal -de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas-, remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, donde el marco más adecuado sería una legislación interna, acorde a los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo), resulta posible lograr la tutela constitucional preventiva de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, en el marco de la legislación internacional y nacional vigente, como sujetos de derechos, con independencia de su punibilidad, centrando esfuerzos en identificar y atacar las causas y factores comunes supra señalados.

Para el logro de este objetivo y, sin dejar de considerar su punibilidad o no, como tampoco librarlo de que se responsabilicen de su actos, resulta trascendente brindar la posibilidad al niño, niña y/o adolescente infractor, de ser sometido a un proceso penal especial con todas las garantías penales y procesales que gozan las personas mayores de 18 años de edad, lo que para algunas opiniones podría interpretarse como una baja en la edad de punibilidad y para otras la baja en la edad de procesabilidad, pero que en definitiva permitirá un abordaje más integral y dirigido a prevenir que sigan inmersos en la marginalidad.

La intervención estatal debe asegurar que en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural del menor, se explique los principios y garantías procesales reconocidos a las personas adultas y los inherentes a la protección complementaria de la que son sujetos titulares en virtud a su edad, en especial que debe ser considerado inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad, que tiene derecho al pleno y formal conocimiento del o los hechos que se le atribuye y de las pruebas en su contra, de una asistencia técnica letrada especializada para su defensa, a tener la presencia inmediata de los padres o responsables a partir de su aprehensión o detención y en cualquier etapa del procedimiento y a que estos sean informados de inmediato del lugar donde se encuentra, hecho que se le imputa, tribunal y organismo de prevención intervinientes, como así a la preservación de su intimidad y, especialmente que, la privación de la libertad es la excepción y el último recurso, en consonancia con lo indicado en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad.

Otra de las medidas de protección necesarias para la preservación o restitución del goce y ejercicio de derechos amenazados o vulnerados y la reparación de sus consecuencias, es una educación orientada al afianzamiento de valores basados en el reconocimiento de los derechos humanos, la prevención del consumo de drogas, la pluralidad cultural, la diversidad, el medio ambiente, los recursos naturales y los bienes sociales, preparando al niño, niña y adolescente para asumir como ciudadano las responsabilidades de su vida en una sociedad democrática.

Es de vital importancia atender las necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, como otras de las causas comunes que influyen o determinan al ingreso o permanencia del menor en el ámbito delictivo, con la elaboración y ejecución de planes, programas y proyectos sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo, incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del desarrollo integral del niño, niña y adolescente en riesgo o incurso en las situaciones descriptas.

Los mecanismos y procedimientos deben ser articulados entre la familia, la comunidad y el Estado, reconociendo a la familia como primordial operador en la defensa, promoción y protección, con criterios de integridad, transversalidad, intersectorialidad e interdisciplinariedad y participación activa de la comunidad.

#### **IV. Conclusiones**

Esta nueva concepción de tutela constitucional preventiva basado no solo en los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989, sino también en los principios rectores emanados de los instrumentos jurídicos derivados de la Convención, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riad, así como los principios del Pacto de San José o Convención Americana de DD.HH de 1969, debe tener como eje central identificar y atacar las causas y factores que contribuyen o determinan a los niños, niñas y adolescentes a ingresar y permanecer en el ámbito delictivo, lo que exige un cambio de un modelo tutelar paternalista por una orientación punitivo garantista, que los considere sujetos plenos de derecho, pero también responsables por sus actuaciones frente a la Ley penal, con una intervención estatal a tiempo que facilite su recuperación y reinserción familiar-social.

#### **Bibliografía**

- Constitución de la Nacional Argentina. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

- Convención Americana de DD.HH de 1969 -Pacto de San José de Costa Rica.
- Normas de la Organización de las Naciones Unidas denominadas Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad.
- La Opinión Consultiva OC-17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Ley 26.061e Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Bol. 29/2005, p. I).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Maldonado” (Fallos 328:4343).



**Definición Administrativa del Pedido de Adoptabilidad -  
Definición Judicial de la situación jurídica de los niños  
en estado de adopción en la franja etaria de los 12 a los 18 años**

NOELÍ BALLHORST\*

---

\* *Abogada- Especialista en Derecho de Familia- Especialista en Derecho Procesal Civil- Posgrado en niñez- Alumna regular del Doctorado en la UNL - Desde el 19/05/2012 Defensora Pública designada por Decreto N° 783 a través del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos. E-mail: noeliba@hotmail.com.*



## Introducción al tema

Pasados 100 años del nacimiento de Cortázar me parece oportuno recordarlo en esta propuesta de trabajo ya que muchas veces me pregunté desde mi lugar de Defensora de Pobres y Menores del Poder Judicial porqué es tan complicado definir situaciones de los niños en situación de adoptabilidad y me recordó a explicaciones tan elementales que realiza Cortázar en *Cronopios y de Famas* al definir por ejemplo “Instrucciones para llorar” o “Instrucciones para subir una escalera”. Creo que a veces es tan difícil resolver lo obvio que dificultamos y transformamos procesos claros en difíciles. Dicho en palabras sencillas: digo: ¿por qué dar tantas vueltas cuando muchas veces tenemos ante nosotros en forma inmediata la respuesta atinada a la situación?

Hecha esta digresión entiendo que el Código Civil nos coloca en la obligación de concretar el “sentido de realidad” propuesto que debemos ayudar todos los operadores a generar en los pretensos adoptantes y también en los niños a ser adoptados y también intentar que el sobrevuelo permanente del fracaso en la adopción que tienen los procesos de adopción se limite.

Desde mi experiencia como Defensora he sentido mucha impotencia y frustración en los casos de adolescentes en los cuales la situación definida por el Organismo de Protección de Derechos de Niños/Niñas y adolescentes y sus familias (COPNAF) es contundente en cuanto a no poder volver con su familia de origen, y solicitando el pedido de adoptabilidad por parte del Ministerio que represento. Desde esta función realizar el pedido de adoptabilidad al Juez a sabiendas que nunca sería adoptado porque no existen familias que acepten niños mayores a los 12 años, con lo cual la definición judicial de adoptabilidad se transforma en letra muerta.

También entiendo que debemos analizar que generalmente cuando existen niños/adolescentes en estado de adoptabilidad no declarada judicialmente, hay responsabilidad del Estado en la ausencia de definición “oportuna” de dicho estado, habrá casos particulares en que así no sea, pero en general los operadores estatales

han dejado transcurrir el tiempo sin resolver cuestiones de vulneración de derechos de estos niños y han omitido definir oportuna, diligente y en tiempo la adoptabilidad del niño pasando el tiempo de la primera infancia y encontrándonos en una franja etaria donde la práctica judicial encuentra ausencia de postulantes para la adopción.

Aquí cabe decir para todos los que intervenimos con situaciones que involucran niños que la infancia es muy corta y que la demora en nuestras decisiones lleva muchas veces a situaciones de difícil resolución luego del transcurso de la tierna infancia (hasta los cinco años).

Por lo cual este ensayo tiene como propuesta modificar las prácticas, haciendo hincapié en que la situación de adoptabilidad de un niño debe ser oportuna, diligente y fundamentalmente en la primera infancia.

Luego de determinada edad debe ser debidamente evaluada la adoptabilidad teniendo en cuenta los criterios de realidad de la provincia y también del país y de no definirse judicialmente la adoptabilidad debe darse un marco normativo acorde a la situación del adolescente propugnando su autonomía y considerando que ya carece de familia.

## **Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia**

La Observación General N° 7 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, tuvo como objetivo impulsar el reconocimiento de que los niños pequeños son portadores de todos los derechos consagrados en la Convención y que la primera infancia es un período esencial para los derechos consagrados en la Convención, las leyes de Protección Integral N° 26.061 Nacional y la Provincia N° 9861 y hoy en el Código Civil y que la primera infancia es un período esencial para la realización de estos derechos. La definición de trabajo de “primera infancia” elaborada por el Comité abarca todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar y hasta la transición al período escolar.

Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone como definición de trabajo adecuada de la primera infancia el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán considerar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición.

El abordaje urgente que los operadores administrativos y judiciales debemos realizar en esta primera infancia implican fundamentalmente considerar el principal derecho de los niños a pertenecer a una familia.

Que la legislación es contundente en propulsar la familia biológica y ampliada para los niños, pero asimismo las leyes de protección integral de derechos tanto nacional como provincial han puesto plazos límites para la definición de las situaciones, teniendo en cuenta que en esta primera infancia se adquieren las herramientas fundamentales para un desarrollo de vida pleno, se adquiere la capacidad de comunicación, las aptitudes intelectuales, las relaciones con los otros niños, los vínculos emocionales fuertes con sus padres y/o cuidadores. Con lo cual una vez transcurrida esta primera infancia en estado de vulnerabilidad no es solo que no existen postulantes para niños mayores a 12 años, sino que estos niños en estado de adoptabilidad probablemente no posean características personales que les permitan vincularse saludablemente con pretensos adoptantes ya que ellos no están interesados en ello tampoco.

### **Interes Superior del Niño en la definición de Adopción**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la

Convención, señala que “el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”

De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño”. (CSJN, 13/03/2007, “A.F.”).

La Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, define en el art. 3 lo que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, señalándose como tal “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Agrega el artículo citado que debe respetarse:

*“a) Su condición de sujeto de derecho;*

*b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;*

*c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*

*d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*

*e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*

*f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

*Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.*

*Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.*

Esta ley y los derechos que allí consagra a los niños y adolescentes, constituirá el marco, junto con los tratados internacionales vigentes, incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75.22), dentro del cual se analizará y resolverá la presente cuestión.

Teniendo en cuenta los derechos en pugna, la Corte Federal ha dicho en algunos casos que “más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar”. (CSJN 13.03/2007 “A.F.”).

En virtud de dichos lineamientos, entiendo que deben analizarse las circunstancias fácticas que rodean cada situación particular del adolescente, como así también, las pruebas rendidas, que han sido elaboradas por personal técnico idóneo en la materia sometida a conflicto. Desde allí fundamentando un dictamen o sentencia en el interés superior de este niño y no otro es que debe justificarse la ausencia de pedido de adoptabilidad y en tal sentido con esta definición judicial que el Organismo de Protección de Derechos continúe su intervención en pos de lograr la autonomía del adolescente que ve frustradas sus posibilidades de inserción en una familia pero desde la capacidad de resiliencia que deberá generarse a través de los profesionales que lo acompañen podrá eventualmente tener una mayor autonomía como sujeto pleno de derechos.

### **Propuesta a Modo de Conclusión**

Volviendo al sentido de realidad puesto de manifiesto entiendo luego de este análisis que lo conveniente sería que previo al pedido de adoptabilidad de niños mayores a 12 años deberíamos solicitar a los registros de Pretensos Adoptantes (en nuestra Provincia es el RUAER) que se nos informe si existen familias en dicho registro

y/o también en la red nacional que puedan adoptar a ese adolescente. Recibida la respuesta negativa debería fundarse acabadamente en el expediente por parte del Ministerio Pupilar la razón por la cual aún cuando la normativa vigente realiza la indicación contundente en cuanto a solicitar la adoptabilidad, desde un criterio de realidad y fundamentalmente en el interés superior del niño no se solicita la adoptabilidad del adolescente a fin de no confundir la situación en lo formal ni ingresar a un adolescente al sistema de pretensos adoptantes para nunca ser adoptado.

Asimismo debe evaluarse la posibilidad de la restricción de la responsabilidad parental de quien/es la detentan con el adolescente aún cuando no la han ejercido para defender los derechos de su hijo. Propugno que esta patria potestad sea privada.

Hablando siempre desde lo trabajado en distintos casos en los cuales he estado como Ministerio Público a un joven que no se le ofrece otra familia sino se le suspende la responsabilidad parental de sus progenitores o tutores habría que designarle un representante legal lo cual también es un tema difícil de definir sin perjuicio que se podrían propugnar tutores legales dispuestos por el Estado a tal fin, teniendo en cuenta que el Organo Administrativo no tiene capacidad jurídica para ser representantes de los niños/adolescentes bajo su órbita de intervención.

Y en tal sentido esta representación legal necesaria debe ser también definida. Bajo el título **El derecho a los papeles** (Extraído de Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes pág. 261 - Andres Gil Domínguez- María Victoria Fama- Marisa Herrera) se expresa términos acabados el reconocido escritor portugués y premio Nobel de literatura José Saramago: *“La identidad de una persona consiste, simplemente, en ser, y el ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamamos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social. Nadie, verdaderamente, puede decir quién es, pero todos tenemos derecho de poder decir quiénes somos para los otros. Para eso sirven los papeles de identidad (...) La ley está para servir no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar*

*ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene delante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida(...)* (citado en “Derecho a la Identidad de niños, niñas y adolescentes”).

Con esto quiero decir que creo fundamental para trabajar la autonomía de un joven que va a ser emplazado en estado de adoptabilidad por no existir familias para ese joven en particular que el mismo sepa cuál es su situación jurídica. Si se encuentra privado de la patria potestad de sus padres deberá el joven trabajar fuertemente esta situación personal de no contar con representantes legales o eventualmente pensarse en un sistema de apoyo para determinados actos de la vida jurídica.



**Análisis de la Calificación Legal del art. 80 inc. 11 del Código Penal en un fallo judicial bajo los Principios Rectores de Control de Convencionalidad, de Igualdad ante la Ley y de la Perspectiva de Género**

DR. SEBASTIÁN B. LOWRY

DRA. SILVIA M. OCAMPO

DR. DIEGO A.C. J BOZZO ROZÉS



## Introducción

Nos proponemos, a través del análisis de un fallo judicial de un Tribunal Superior de Justicia sobre la calificación legal adoptada por el Tribunal de Juicio “a quo” en un hecho en que un hombre dio muerte a su pareja y su hija, discurrir sobre los argumentos y fundamentos vertidos por el Superior para adoptar la calificación legal de “femicidio” (art. 80 inc. 11 del CP) en el caso de la madre y descartarla en el caso de la niña, partiendo desde los principios rectores de control de convencionalidad y constitucionalidad y de igualdad ante la ley y bajo una perspectiva de género.

## Principios Rectores para el análisis del Fallo

### I. El control de convencionalidad por parte de los jueces

En forma sintética, ya que este tema se encuentra desarrollado “in extenso” en otra ponencia, corresponde señalar, que, en la actualidad, cada vez más los jueces, al aplicar al caso concreto las normas vigentes en nuestro sistema jurídico -sobre todo en lo que hace a la vigencia de los derechos humanos, y en ellos, los derechos de las mujeres, de los niños, etc.- con el objetivo de asegurar su plena vigencia, no pueden prescindir de efectuar en sus fallos el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad radica en el control de compatibilidad que realiza un juez, entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares, con relación a los textos de los tratados internacionales de derechos humanos y/o su implementación judicial o consultiva de los realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo.

La doctrina del control de convencionalidad, por la que se impone el deber de los jueces de todo estado firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos de verificar la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno con la Convención, fue asumida por

la Corte Interamericana al fallar en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” del año 2006; lo que afirmó expresamente en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” del año 2007 al pronunciar que el control de convencionalidad debía ser ejercido de oficio por los jueces de los Estados Partes.<sup>1</sup>

Dicha doctrina fue introducida y aplicada por nuestra Corte y los tribunales nacionales en forma creciente con sustento en el consenso supranacional respecto al reconocimiento y protección de los derechos humanos, como también en la obligatoriedad de aplicar a nuestra jurisdicción el texto de los tratados incorporados por mandato constitucional y las interpretaciones de los órganos y/o tribunales con competencia para hacerlo, lo que surge de la expresión “en las condiciones de su vigencia” plasmada en el inc. 22 del art. 75 de nuestra CN que establece el modo en que los tratados y convenciones internacionales se incorporan al derecho nacional; expresión que es entendida por la Corte como aquella que dispone que las convenciones deben ser interpretadas y aplicadas tal como son efectivamente interpretadas y aplicadas en aquellos ordenamientos (fallo “Girolodi”, Consid. 11, Tomo 318:514)<sup>2</sup>

Años después, la Corte Suprema Nacional establece que el control de convencionalidad y la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH que de dicho control se deriva, debe efectuarse de oficio por los tribunales locales. (Fallo “Videla y Massera” Tomo: 333:1957)<sup>3</sup>.

En tal sentido, con motivo de la reforma constitucional de 1994, Bidart Campos sostuvo que el derecho internacional de los derechos humanos está compuesto por tratados destinados a obligar a los estados firmantes a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones, es decir, a hacerlos respetar en protección de las personas que integran la población de tales estados, debiendo salvaguardar los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción de los estados firmantes.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Rossati, Horacio. *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)* Editorial Rubinzal Culzoni. 2013. Santa Fe. pág. 86.

<sup>2</sup> Ob. Cit. (1) pág. 86/87.

<sup>3</sup> Ob. Cit. (1) págs. 91/94.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán. “El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los

A su vez, el constitucionalista expone que sistema de derechos humanos se caracteriza por su completitud, dado que la doble fuente de derecho interno e internacional provee un contenido amplio, elástico y progresivo; existiendo una retroalimentación entre la fuente interna y la internacional como un complemento que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional proveen a nuestra constitución, lo que genera que aún sin norma explícita, las declaraciones, libertades, derechos y garantías constitucionales deban ser interpretadas concordantemente con los instrumentos internacionales incorporados al derecho interno, no solo los que gozan de rango constitucional, sino de aquellos que gozan de jerarquía supra legal<sup>5</sup>; debiéndose interpretar además, tengan o no jerarquía constitucional, bajo la presunción de que son operativos, esto es, directamente aplicables por todos los órganos de poder del Estado, efectuando éstos una interpretación constitucional y legal que sea complementada congruentemente con la norma convencional<sup>6</sup>.

## II. El Principio de igualdad y las conductas de género

La igualdad entre las mujeres y los hombres es un principio jurídico universal, consagrado tanto en las convenciones internacionales, la Constitución Nacional y Local, como en las leyes. Claros exponentes de ello son la Declaración Universal de Derechos Humanos que con su sanción en 1948 consagró la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la no distinción de derechos y libertades en razón del sexo; también lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reafirmó el respeto a los derechos consagrados en ella, al pleno ejercicio por parte de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de sexo o cualquier otra índole o cualquier otra

---

Derechos Humanos”, en la obra: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Compiladores: Abregú Martín y Courtis, Christian Editores del Puerto y Cels. Bs. As. 2004.

<sup>5</sup> Ob. Cit. (4) pág. 81.

<sup>6</sup> Ob. Cit. (4) pág. 84.

condición social y el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas, teniendo derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Así mismo, lo es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, que determina complementaria y específicamente que es discriminación respecto de la mujer, cuáles son sus características, modos y ámbitos, siendo su finalidad la protección y el empoderamiento de la mujer en el pleno ejercicio de sus derechos en un pie de igualdad material con los hombres.

Como consecuencia de tales derechos convencionales, que tienen jerarquía constitucional, el Estado tiene el deber de organizar el aparato y estructura a través de las cuales ejerce el poder -entre ellas el poder judicial- a los efectos de que cumplan con tal obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, que no se concreta con la mera existencia de un sistema legal, sino que requiere que los órganos de gobierno adopten medidas positivas y provean y ejerzan los medios necesarios para la plena vigencia de los derechos humanos.<sup>7</sup>

En igual sentido, debe considerarse la aplicación de los derechos humanos consagrados en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Belem do Pará- que además de ser complementaria e integral respecto de la protección de derechos humanos de las mujeres como grupo vulnerable y de insertarse en el marco de la protección de los derechos humanos en general consagrados en tales convenciones, en nuestro país por mandato constitucional esta convención, si bien aún no cuenta con jerarquía constitucional, tiene jerarquía superior a las leyes<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Rodríguez, Marcela V. "Derecho a la Igualdad y no discriminación" en la obra: *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* Compiladores: Abregú Martín y Courtis, Christian Editores del Puerto. Bs. As. 2004. Pag. 612.

<sup>8</sup> Constitución Nacional, art. 75 inc. 22 Introducido por la reforma constitucional de 1994.

No está demás señalar que los derechos de las mujeres consagrados en las convenciones mencionadas, son derechos humanos, y la violencia contra ellas en cualquiera de sus formas, atenta contra los derechos humanos que las protegen y es pasible de acarrear responsabilidad internacional del Estado.

Volviendo al principio de igualdad, en nuestra Constitución Nacional se encuentra consagrado desde su sanción en 1853/60 en el art. 16, el que a partir de la reforma constitucional de 1994, se complementa y enriquece con lo establecido en el art. 75 inc. 22, en cuanto le otorga jerarquía constitucional a los derechos de igualdad consagrados en las Convenciones enumeradas en el mismo, a la vez que otorga jerarquía superior a las leyes a las convenciones como la de Belem do Pará; y se refuerza aún más, con lo establecido en el mismo artículo en su inc. 23, al fijarse la obligación estatal de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular sobre los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad<sup>9</sup>.

En función de lo expuesto, surge con claridad la necesidad de repensar la integral significación del principio o derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional, ello más allá del debate del criterio fundante fijado en las fuentes normativas que le dieran origen en su primera sanción y su interpretación posterior por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos.

Nuestra Corte ha interpretado en sus fallos el principio de igualdad como un mandato de no discriminación o de razonabilidad. Según el Tribunal se exige que el criterio escogido por el Estado si busca establecer distinciones válidas, tal distinción debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar una acción o establecer una regulación.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Constitución Nacional art. 75 inc. 23 introducido por la reforma constitucional de 1994.

<sup>10</sup> Saba, Roberto P. "Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" en la obra *Teoría y Crítica del De-*

Actualmente, luego de la reforma constitucional de 1994, en razón de las normas convencionales y constitucionales que integran el principio o derecho a la igualdad, tal interpretación fijada por el Alto Tribunal en sus fallos no resultaría incorrecta sino que a la vez, sería determinante en aquellos casos en que se presume que se dan condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento de algunos grupos, entendido el sometimiento como trato desigual grupal histórico y sistemático, o lo que es igual, estructural.<sup>11</sup>

Así se presenta otra forma de entender el derecho a la igualdad que completa al anterior, que es el evitar tratos desiguales integrando la idea de igualdad como no sometimiento o no exclusión. Por tal razón, tratar de un modo diferente a las personas en función al colectivo al que pertenecen, privilegiando a aquel que se observa como excluido o sometido, por ejemplo a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de aquellas, no sería contrario al principio de igualdad como no sometimiento<sup>12</sup> y tampoco contrario al principio de igualdad como no discriminación, dado que el trato diverso no constituye una discriminación en razón a que procede en función del que no es igual por encontrarse discriminado o excluido.

De tal forma, el “ser mujer” sería un criterio insostenible para hacer distinciones y desplazarlas del acceso y ejercicio de sus derechos, excluyéndolas; pero a la vez, se tornaría relevante y exigido por el derecho a la igualdad el darles a las mujeres un trato de privilegio justificado en el pleno acceso y ejercicio de los derechos que le son negados estructuralmente, siendo la finalidad revertir y dismantelar la discriminación o desigualdad estructural; ese sometimiento o exclusión que las afecta.

En el criterio de igualdad expuesto es que se asientan las medidas de acción positivas o acciones afirmativas a las que hace referencia el inc. 23 del art. 75 de la CN, dado que ellas tienen por finalidad como políticas impulsadas desde el Estado, revertir si-

---

*recho Constitucional*, Tomo II, Coordinador Gargarella, Roberto Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 2008. Pág. 704.

<sup>11</sup> Ob. Cit. (10) pág. 705.

<sup>12</sup> Ob. Cit. (10) pág. 707.

tuaciones de sometimiento, exclusión o segregación de un colectivo determinado, provocadas por prácticas sociales naturalizadas.

Las medidas de acción positivas o acciones afirmativas de discriminación positiva o inversa, "...implican la implementación de tratos diferentes entre personas sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables..., pero que se encuentran autorizados constitucionalmente porque persiguen el efecto de dismantelar una situación de exclusión y segregación que contradice la idea de igualdad como no sometimiento"<sup>13</sup>.

En consecuencia, el derecho a la igualdad debe integrarse por los principios de no discriminación y no sometimiento, por lo que el derecho a ser tratado como igual, exige del Estado tratos no arbitrarios, pero a la vez exige, de existir "ex ante" situaciones de sometimiento o exclusión de grupos que sea estructural y sistemática, la obligación de que el Estado actúe llevando adelante acciones afirmativas dirigidas a proteger a esos grupos y dismantelar y eliminar las causas que provocan y perpetúan ese estado de desigualdad, discriminación, sometimiento o segregación social estructural previamente existente<sup>14</sup>.

Cabe señalar que entre los operadores encargados de interpretar y aplicar la ley penal, en muchos casos se observa una fuerte oposición a la aplicación de normas que en su opinión, representan "un incomprensible privilegio para las mujeres" en relación a las víctimas masculinas de los mismos delitos.<sup>15</sup>

A primera vista, es claro que sancionar más severamente a los hombres que a las mujeres por un mismo tipo de delito supone una flagrante lesión al principio de igualdad ante la ley que venimos analizando. Pero a su vez, sin contradecir tal la afirmación precedente, de todo lo expuesto podemos colegir que en cualquier rama del derecho moderno, entre ellas el derecho penal, garantizar

---

<sup>13</sup> Ob. Cit. (10) Pág.734.

<sup>14</sup> Ob. Cit. (10) pág. 736/37.

<sup>15</sup> Laurenzo, Patricia "La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo" en "Género, Violencia y Derecho" Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pág. 265 Editores del Puerto. Bs. As. 2009.

la igual protección de todos los bienes jurídicos y garantizar el derecho a la no discriminación, entendido éste como ausencia de subordinación, de exclusión social, es la lente a través de la que debería observarse y analizarse el derecho en general y las conductas tipificadas penalmente, respecto de aquellos grupos vulnerables que “ex ante” por cuestiones socio culturales estructurales cargan con el lastre de ser sometidos, tratados en forma desigual, ser discriminados, siendo tal vez este uno de los retos del derecho en el siglo XXI<sup>16</sup> en cuanto a su resignificación.

En el caso particular de las mujeres, la violencia de género se vincula a la vulneración del principio de igualdad y se la considera una manifestación de la desigualdad<sup>17</sup> asociada a la discriminación estructural, y por ello, a la posición de subordinación que se les impone y ocupan en la comunidad, por lo que la protección penal de sus derechos obedece a un principio de no discriminación en la situación actual.

Finalmente, este enfoque del derecho a la igualdad, para su concreción requiere de las acciones positivas consagradas en nuestra Constitución Nacional como forma de desarrollar y alcanzar la igualdad, que podemos definir como igualdad sustantiva.<sup>18</sup>

### III. La perspectiva de género

Como ya mencionáramos, en el ámbito del derecho en general y en el penal en particular, el análisis de las cuestiones -en nuestro caso aquellas sometidas a juzgamiento- deberían ser encaradas desde la óptica del derecho a la igualdad ante la ley previamente definido, esto es, buscar garantizar la protección de los derechos de las mujeres en un pie de igualdad con los hombres, entendiendo la igualdad como no discriminación y como ausencia de subordi-

---

<sup>16</sup> Bodelón, Encarna “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pág. 230 Editores del Puerto. Bs.As. 2009.

<sup>17</sup> Ob. Cit. (16) pág. 227.

<sup>18</sup> Ob. cit. (16) pág. 237.

nación de aquellos grupos -entre ellos las mujeres- que por cuestiones socio culturales estructurales que se han perpetuado en el tiempo, padecen tal sometimiento o desigualdad.

Desde este aspecto, es necesario comenzar el análisis y el trabajo de los casos de violencia de género teniendo presente la desigualdad sociocultural estructural que impone una subordinación de la mujer al hombre, y en consecuencia, la desigualdad de poder existente “ab initio” entre hombres y mujeres: La violencia de género se trata entonces de una categoría sociológica con entidad propia que es posible definir a partir de una serie de caracteres específicos que la distinguen de otras formas de violencia social, siendo ella la visión que se impuso desde los años noventa a partir de que la Organización de las Naciones Unidas reconociera la raíz sociocultural de la violencia contra las mujeres.<sup>19</sup> Por ello, es correcto hablar de los derechos humanos de las mujeres ante la violencia de género.

De esta forma de entender la violencia de género, se desprende como distintivo que: a) se trata de una clase de violencia asociada a la discriminación estructural de un determinado grupo social, las mujeres y, b) que ese grupo social discriminado son las mujeres en tanto destinatarias de una asignación de roles subordinados que las sitúa en un estatus de segunda clase, en un contexto de subordinación social y cultural que asigna a lo femenino lugares de sumisión; siendo entonces las mujeres por ser mujeres el blanco de esta clase de violencia, no por su diferenciación biológica con el hombre, sino por el rol de subordinación que le asigna la sociedad patriarcal<sup>20</sup>.

Así, no se debe perder de vista que lo que dota a esta clase de violencia de categoría sociológica, es el sujeto pasivo -la mujer cualquiera sea su edad- y es también este sujeto pasivo el que marca la diferencia como categoría específica porque se trata de atentados contra la integridad de las mujeres que encuentran su razón de ser en sostener la perpetuación de determinados roles asignados a lo femenino<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Ob. cit. (15) pág. 276.

<sup>20</sup> Ob. cit. (15) pág. 276/77.

<sup>21</sup> Ob. cit. (15) pág. 278.

De tal forma, siendo la raíz sociocultural el origen de las agresiones hacia las mujeres, la violencia de género adquiere una dimensión propia como problema social que repercute negativamente en los derechos y bienes jurídicos esenciales del colectivo de las mujeres cuya vida, integridad y libertad se encuentran expuestas a un riesgo cierto y concreto de lesión particularmente intenso.

A la vez, el factor diferencial de la violencia de género que explica que las mujeres en forma más elevada, estén expuestas a sufrir más agresiones que los hombres, se encuentra fundado en la falta de equilibrio en la distribución de poder entre los sexos, en el papel de dependencia y sumisión que la sociedad patriarcal le reserva a todas las ellas<sup>22</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el de los derechos de las mujeres ante la violencia de género, y en ésta, la diversidad de mujeres y la diversidad de los contextos en los que tienen que enfrentarse a dicha violencia, siendo su protección realmente eficaz en la medida que se tenga en cuenta las múltiples desigualdades y las realidades diversas en que viven las mujeres. Por ello, la diversidad de las mujeres y las múltiples discriminaciones que sufren por razones económicas, edad, estatus migratorio, discapacidad, etc., deben ser tomadas en consideración para poder visibilizar las particulares vulneraciones de derechos que sufren ellas en estos casos<sup>23</sup>.

Lo dicho no debe confundirse con la existencia de distintas violencias, distintos son los contextos, las situaciones de desigualdad, de manifestación de ese poder que subordina, pero la violencia es una sola, es única y tiene un origen común: la desigualdad, la subordinación, la discriminación estructural hacia las mujeres perpetuada socioculturalmente. Consecuentemente, queda claro que todas las mujeres pueden ser víctimas de violencia por el solo hecho de ser mujeres y que lo que suele cambiar es el grado y el momento de la violencia. Como contracara, se trata de hacer visible y reafirmar el derecho de la mujer a una sociedad distinta y una vida libre de violencia<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Ob. cit. (15) pág. 283.

<sup>23</sup> Ob.cit. (16) pág. 233.

<sup>24</sup> Ob. cit. (16) pág. 232

Se agrega además otra pauta que no puede soslayar el operador jurídico o social ante el caso concreto. Esta es que para poder dilucidar si se está ante hechos de violencia de género, se deberá observar y analizar contexto en que se gestó y produjo la violencia sufrida por la mujer, tratando de determinar en dicho contexto la existencia o no de un continuum de violencia de género, de ese ejercicio del poder-dominio sobre la mujer en cualquiera de sus clases a través del tiempo, como también si tales circunstancias de violencia evolucionaron en intensidad hasta concretarse en el caso la máxima expresión de violencia de género sufrida por la víctima que encuentre tipificación en la ley penal.

Lo que se quiere señalar, es que la lesión del bien jurídico penalmente tutelado en la mayoría de los casos no se trata de una conducta en función de su manifestación en un momento y lugar precisos, o sea, no se produce en un instante temporal sino a través de una continuidad de manifestaciones que conforman y reafirman el desprecio de los derechos y la integridad de la víctima mujer por parte de su agresor hombre<sup>25</sup> en el ejercicio y detentación de ese poder dominio.

Se debe tener presente además que las mujeres que sufren violencia no cuentan casi siempre con libre acceso a los derechos reconocidos y enumerados en las convenciones y las leyes, lo que en muchos casos se torna para ellas en un límite casi infranqueable.

Finalmente, otro cariz que no puede dejarse de lado, y que guarda estrecha vinculación con esa desigualdad y subordinación estructural perpetuada, es el de la existencia de estereotipos en los que se encasilla a las mujeres desde el discurso jurídico. La víctima de violencia de género es así estereotipada como mujer vulnerable, indecisa, contradictoria, marginada, mentirosa, etc. por lo que bajo la perspectiva de género, el encasillamiento de la mujer víctima de violencia en ellos, lleva al operador jurídico y social a observar los hechos teñidos por la introducción de tales preconceptos que lo dirigen inexorablemente, en el análisis y resolución del caso bajo una

---

<sup>25</sup> Asúa Batarrita, Adela "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en ese ámbito. Inercias Jurisprudenciales" en Género, Violencia y Derecho Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 105 Editores del Puerto. Bs. As. 2009.

visión distorsionada, a adoptar una respuesta que no se deriva de la realidad de los hechos.

Como un llamado de alerta, se debe tener siempre presente que, una insuficiente o equivocada reflexión sobre estos aspectos reseñados puede conducir a no percibir los mecanismos complejos a través de los que se producen las vulneraciones de los derechos de las mujeres y los actos de violencia de los que ellas son víctimas a diario.

## **Análisis del Fallo**

### **I. Valoración del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre la calificación legal adoptada. Opinión**

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en los autos “LIZARRALDE, Gonzalo Martín s/Homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso de Casación-”, sentencia Nro. 156 del nueve de marzo de dos mil diecisiete, hizo lugar parcialmente al recurso presentado por la parte querellante que esta interpusiera contra la sentencia previamente dictada por la Cámara en lo Criminal de la Décimo primera Nominación de la Ciudad de Córdoba en esos actuados, y condenó al encartado Lizarralde como autor de los delitos de homicidio calificado cometido con alevosía y mediando violencia de género (arts. 45, 80 inc. 2, 2do. supuesto e inc. 11 del Código Penal) en perjuicio de Paola Soledad Acosta y homicidio calificado por el vínculo y cometido con alevosía en grado de tentativa (arts. 45 y 42, art. 80 inc. 1, 2do. supuesto e inc. 2, 2do. supuesto del Código Penal) en perjuicio de su hija M. L, todo en concurso real (art. 55 del Código Penal) a la pena de prisión perpetua<sup>26</sup>.

El citado Tribunal Superior en su fallo, cuestionó la valoración de los hechos sustentados en los elementos probatorios obrantes

---

<sup>26</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sentencia Nro. 156, autos “LIZARRALDE, Gonzalo Martín s/Homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa –Recurso de Casación”. Rta. 9-3-17.

en las actuaciones y las consecuentes consideraciones efectuadas por la Cámara, en relación al contexto en que se produjeran los hechos de violencia y la situación de vulnerabilidad de la víctima, lo que llevara a ésta a adoptar una calificación legal agravada pero diversa a aquella consistente en haber mediado violencia de género en relación a Paola Soledad Acosta; confirmando a su vez la calificación legal adoptada en relación al hecho sufrido por la hija de ambos a manos de su progenitor Lizarralde, en la que fuera descartada también el agravante de género, por compartir el Tribunal Superior los fundamentos adoptados en su oportunidad por la Cámara de Juicio.

Sostiene el Tribunal Superior que el análisis efectuado por la Cámara para desestimar la aplicación de la norma prevista en el art. 80 inc. 11 del respecto del hecho sufrido por Acosta, exhibe claramente tres cuestiones: Que la Cámara adoptó para su exploración una noción limitada de lo que comprende la violencia de género, excluyendo de la norma supuestos de violencia que ésta contiene; que tuvo en cuenta elementos propios de la violencia que luego fueron dejados de lado al considerar el caso concreto; y por último, el condicionante real que conlleva adoptar el concepto restringido de violencia de género al analizar y valorar bajo tales límites los elementos fácticos que se han tenido por acreditados, en cuanto que de modo diverso, ello permitiría subsumir el hecho en la figura penal descartada, en el caso de que surjan de aquella claros indicadores de la violencia padecida por la víctima mujer.

En relación a ello, el Tribunal Superior enumeró las cuestiones destacables que la Cámara estimó relevantes para excluir la aplicación de la figura de género al caso concreto.

La necesidad de la existencia de un especial vínculo entre víctima y victimario sobre lo que se argumentara que ambos no tenían una relación formal en el tiempo y el imputado no ejerció en dicho marco la violencia.

Que concurriera entre ambos una relación de dominio, sumisión o de poder por parte del autor exteriorizada a través de amenazas, humillaciones, vejaciones, etc.; que no se habría configurado dado que “el imputado se comportó legalmente más allá del reproche

moral que significara su falta de reconocimiento de la paternidad y el incumplir sus obligaciones como padre respecto de su hija.

La existencia de características inherentes a esa clase de víctima -de violencia de género- respecto a que la misma debe tratarse de una mujer vulnerable, sometida a la voluntad del hombre victimario que la degrada a la condición de un objeto susceptible de ser usado por cualquiera<sup>27</sup>.

Luego el Tribunal Superior hace referencia, como cuestión previa, a la expresión “mediare violencia de género”. En tal sentido, haciendo suyas las palabras de Patsilí Toledo Vazquez, sostiene que existen conductas que desde la teoría son consideradas como tales, al entenderse el femicidio o feminicidio como “... la muerte de las mujeres como consecuencia de la violencia que se ejerce contra ellas por razones de género, ya sea en el ámbito público o privado...”, pero que no se ajustan al concepto legal, donde claramente las normas penales restringen tal noción<sup>28</sup>.

En tal sentido el Tribunal Superior entiende que tal restricción al alcance de la expresión “violencia de género” constituye una condición no prevista en ninguno de los tratados internacionales en la materia, ni en nuestra legislación nacional -Ley 26485- de referencia; y que la violencia de género debe ser entendida de modo transversal en la medida que tenga lugar dentro de un grupo familiar, unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal -con o sin convivencia del agresor, en la comunidad o perpetrada por cualquier persona o que sea perpetrada o tolerada por el propio estado o sus agentes donde quiera que ocurra (art. 2 de la Convención de Belem do Pará)<sup>29</sup>.

Con acierto, el Tribunal Superior expone que la violencia de género como expresión delictiva “ se trata de una noción que per-

---

<sup>27</sup> *Ibidem.* (26) pág. 105.

<sup>28</sup> *Ibidem.* (26) pág. 106 en la que se cita la obra de Toledo Vazquez, Patsilí “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas Pendientes” pág. 46.

<sup>29</sup> *Ibidem.* (26) pág. 105 con cita en el art. 2 de la Convención de Belem do Pará incorporada como tratado de derechos humanos por ley nacional 24632 y con carácter superior a las leyes conforme lo establecido en el art. 75 inc. 22, 1er. pfo. de la CN.

mite aunar fenómenos que en apariencia pueden ser diferentes - homicidios contra mujeres cometidos por desconocidos y aquellos cometidos por maridos, parejas o novios, porque contienen una raíz común dado que se trata de crímenes contra las mujeres motivados o basados en el lugar subordinado que las mismas ocupan en la jerarquía de género<sup>30</sup>, agregando que los femicidios si bien se producen mayoritariamente en el ámbito de las relaciones de pareja, ocurren también fuera de dicho contexto a tal extremo de darse entre hombres y mujeres desconocidos o que nunca tuvieron vínculo o relación entre ellos<sup>31</sup>.

Con sustento en ello, el Tribunal Superior expone que las referencias legislativas citadas por la Cámara -la legislación española en materia de violencia de género- sobre la que interpreta y funda su falta de encuadramiento, no pueden ser aplicadas al caso por colisionar con los tratados internacionales en materia de género y la legislación nacional vigente en nuestro país, dado que estos extienden los casos de violencia de género más allá de las relaciones de pareja o interpersonales de carácter formal.

Bajo esa perspectiva el citado Tribunal expone respecto al art. 2 de la ley 26485 que el objetivo de la citada ley es promover y garantizar “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”; con lo que sin esfuerzo podemos colegir que nuestra legislación sustentada en los principios y derechos consagrados en las convenciones internacionales en materia de género establecen una protección más integral a la mujer contra la violencia de género, más allá de su situación socio familiar o de convivencia respecto de los posibles agresores hombres.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> *Ibidem.* (26) pág. 109 en la que se cita la obra de Toledo Vazquez, *Pat-sili Tipificación del Femicidio en Chile. Un debate abierto. Introducción.* Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, pág. 15 Sgo. de Chile. 2009.

<sup>31</sup> *Ibidem.* (26) pág. 109 en la que se cita la obra de Arocena, Gustavo y Cesano, José Daniel, *El delito de Femicidio. Aspectos político criminales y análisis dogmático jurídico* págs. 86-87, Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

<sup>32</sup> Ley 26485 de Protección Integral de las Mujeres, Ley 24632 de la apro-

A su vez, el Tribunal Superior remarca que ese ha sido el criterio del legislador al momento de su sanción dado que entre los fundamentos por los que se impulsara la ley 26485 se encuentra la protección de la mujer, además de en los casos de femicidios íntimos, aquel realizado por el agresor que tenía una relación íntima o familiar con la víctima; también en los casos de femicidio no íntimo o público, realizado por un agresor que no tiene relaciones íntimas o familiares con la víctima; y en los casos de femicidio por conexión o vinculado, realizado por el agresor contra una persona que guarda un vínculo familiar o afectivo con la mujer víctima con el sólo objeto de provocarle un gran sufrimiento, y así castigarla o destruirla psíquicamente, por considerarla de su propiedad<sup>33</sup>.

Los fundamentos antes expuestos por el Tribunal Superior no solo llevan a concluir que la referencia a la legislación española y su interpretación, fracciona los casos posibles a ser calificados legalmente como de violencia de género y en ella los femicidios, dejando de lado un abanico de hechos en los que la muerte de una mujer, que no cuenta con un vínculo marital, de pareja o de relación de noviazgo con su agresor, pueda ser víctima de muerte por violencia de género, y que por ello restringe el espectro de protección de la Ley 26485, sino que además, dado el marco abarcativo de nuestra ley<sup>34</sup> fundada en su origen en las convenciones internacionales de género y derechos humanos, nos conduce a afirmar que este marco debe ser aplicado a cualquier conducta de agresión que se suscite en un contexto de violencia de género sin tener únicamente que compartimentarse en que la misma se manifieste como violencia física, psicológica, sexual y/o económica y/o se lleve a la expresión máxima de dicha violencia, que es el femicidio; quedando entre aquellas comprendidas los supuestos de aquellos

---

bación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o de “Belem do Pará” y art. 75 inc. 22 que da jerarquía constitucional a la Convención Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>33</sup> *Ibíd.* (26) pág. 108 en el que se cita los “Antecedentes Parlamentarios” de la Ley 26485 pag. 34, parágrafo 3).

<sup>34</sup> *Ibíd.* (26) pág. 111/113 y arts. 3, 4, 5 y 6 de la ley 26485.

femicidios que son parte del mismo plan del autor respecto de sus víctimas mujeres, y uno de ellos queda en grado de tentativa.

## **II. La relación de desigualdad o asimétrica: La inferioridad de la mujer**

El Tribunal Superior al hacer referencia a la interpretación y aplicación por parte de la Cámara, del standard de la existencia de una relación de desigualdad o asimetría que pone en evidencia una situación de inferioridad, de subvaloración hacia la cosificación de la mujer respecto del hombre, señala que el “a quo” habría entendido que tal situación solo se determinaba a través de las amenazas, daños o vejaciones sufridos por la víctima excluyendo aquellas otras formas de violencia de género que se encuentran ocultas en estereotipos que son tolerados socialmente que califican como violencia de género y que también constituyen situaciones de suma gravedad como aquellas basadas en el sexo de la víctima, es decir, aquellas generadas a la mujer por el solo hecho de serlo, contraviniendo el “a quo” la convención de la CEDAW, más allá de tenerse en cuenta si se hace referencia expresamente a la violencia, por lo que el Tribunal concluye, que aquellos actos que califican como violencia corresponde que sean determinados en la figura penal analizando su subsunción típica en función de su subsunción convencional, dado que como uno de los elementos normativos del tipo se requiere para su configuración que concurra el elemento violencia de género <sup>35</sup>.

En tal sentido, se podría sostener que la referencia a la violencia de género abarcaría aquellas conductas de violencia contra la mujer por el solo hecho de ser mujer, pero a la vez, se debe tener en cuenta lo que ser mujer significa en la cultura imperante socialmente, que se enmarca en las estructuras y relaciones de poder y que se ejerce sobre la mujer como forma sostener la discriminación, desigualdad y tales relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres; <sup>36</sup> explicitando la desventaja social de las mujeres

<sup>35</sup> *Ibidem.* (26) pág. 109/10 con cita en el art. 1 de la CEDAW y Recomendación 19, Pto.6.

<sup>36</sup> Barrére Unzueta, María Angeles “Género, discriminación y violencia

como colectivo<sup>37</sup>, donde ser mujer, no es solo tener un sexo femenino, sino que también significa un conjunto de prescripciones normativas y de asignación de espacios sociales, tanto culturales, económicos como políticos asimétricamente distribuidos<sup>38</sup> que actúan como modos de control y de limitación de sus libertades<sup>39</sup>.

Respecto a este tópico, el señero Tribunal afirma que ante hechos de violencia en los que su víctima es una mujer, del que por sus características surjan indicadores que lo determinan como un caso presunto o sospechado de haberse cometido por violencia de género, el juzgador debe dirigir su análisis a relevar el contexto en el que haya ocurrido para confirmar o descartar si se trata de violencia de género. Así, se debe revisar la relación entre el autor y la víctima, sin la influencia de estereotipos, tomando como sustento informes, pruebas técnicas que sean realizadas además sobre la personalidad de ambos actores, a lo que se suma la determinación de las características cualitativas de la violencia sufrida, dirigida a determinar la existencia del rasgo que hace a la identidad central de la violencia de género. Tal enfoque por parte de los operadores judiciales debe enmarcarse en el requerimiento convencional de la debida diligencia con la que se debe actuar en los casos de violencia contra las mujeres, tanto en la investigación, el enjuiciamiento y castigo de tales actos<sup>40</sup>.

En tal sentido, como auspiciosamente el Tribunal Superior en su fallo cita y hace suyos los conceptos expuestos por Toledo Vazquez, en los que expresa que “en la medida que la violencia contra las mujeres se entiende como parte de un fenómeno que va más

---

contra las Mujeres” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 24 Ed. Del Puerto. 2009.

<sup>37</sup> Cobo, Rosa “El Género en las Ciencias Sociales” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 32 Ed. Del Puerto. 2009.

<sup>38</sup> Ob. Cit. (37) pág. 35.

<sup>39</sup> Femenías, María Luisa “Violencia de sexo-género: el espesor de la trama” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 63 Ed. Del Puerto. 2009.

<sup>40</sup> *Ibidem*. (26) pág. 110 y 111 con cita en la Recomendación Nro. 28 del comité de la CEDAW y el art. 7.b de la Convención de Belem do Para.

allá de las solas normas penales, y no simplemente como una clase de lesiones, o una clase de delitos de violencia intrafamiliar, podrán también darse respuestas más adecuadas frente a la complejidad que reviste este tipo de delitos. Cuando no se entiende la violencia contra las mujeres de ese modo, entonces se plantean todo el tiempo cuestiones como “las mujeres también ejercen violencia” o “los hombres también son víctimas”, como si se tratara simplemente de quien da un golpe o un insulto. Solo en la medida que la violencia contra las mujeres se reconoce como parte de todo un sistema en que social y simbólicamente las mujeres se encuentran -al menos- en desventaja, es posible apreciar la necesidad de abordar esta violencia de forma distinta y, en consecuencia, la necesidad de ajustar la noción de debida diligencia a aplicarse en la investigación de los casos, así como la forma en que se interpretan las normas -tanto generales como específicas- en relación a la violencia contra las mujeres<sup>41</sup>; como también con una óptica integral que permita percibir los complejos mecanismos a través de los que se producen las vulneraciones de los derechos de las mujeres, y que a su vez, complete las políticas penales con políticas sociales atendiendo así a las necesidades reales de las mujeres y, entre ellas, la asistencia, contención y protección de las víctimas<sup>42</sup>.

A lo antes expuesto podemos agregar que en el campo del derecho y del derecho penal, se requiere de un esfuerzo de adaptación de las técnicas de argumentación jurídica que superen la valoración estática de una conducta en razón de su generación en un momento y lugar preciso dado, debiéndose comprender que en determinados ámbitos la lesión del bien jurídico penalmente tutelado no se produce en un solo instante temporal, sino que es generado a través de un continuum de acciones, omisiones, de

<sup>41</sup> *Ibidem*. (26) pág. 113 en la que se cita la obra de Toledo Vazquez, Patsili “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas Pendientes” en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*. pág. 50. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual. Sgo. de Chile. 2009.

<sup>42</sup> Bodelón, Encarna “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 235 Editores del Puerto. Bs.As. 2009.

manifestaciones que conforman esa agresión, ese desprecio, esa violencia dirigidos a la víctima cercenando sus derechos<sup>43</sup>. Por ello, la protección solo será realmente eficaz si se tienen en cuenta las múltiples desigualdades y realidades diversas en las que viven las mujeres<sup>44</sup>.

La violencia de género, como sostiene Laurenzo debe ser entendida como una categoría sociológica con entidad propia, que puede ser definida por las características específicas que la determinan y la diferencian de otras formas de violencia social. Dicho criterio es el que se ha impuesto a partir de que las Naciones Unidas determinaran y aceptaran la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres, al definirla como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”, constituyendo ésta un instrumento de un sistema de dominación que perpetúa la desigualdad entre aquellos como estrategia de control sobre las mujeres<sup>45</sup>. Así lo que dota de sentido a esta clase de violencia como categoría sociológica, es el sujeto pasivo o víctima, la mujer, lo que no excluye que sus efectos no puedan alcanzar a otras víctimas secundarias, como sucede en el caso de los hijos, sean niñas o niños, de una pareja signada por la violencia de género <sup>46</sup>.

En ese contexto, son las mujeres por ser mujeres el blanco de esta violencia, esto es, todo acto de violencia contra una mujer motivado por pertenecer al sexo femenino, que afectan a las mujeres desde su nacimiento<sup>47</sup> y que encuentra su razón de ser en el mantenimiento y la perpetuación de determinados roles de su-

---

<sup>43</sup> Asúa Batarrita, Adela “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en ese ámbito. Inercias Jurisprudenciales” en *Género, Violencia y Derecho* Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. pág. 104/105 Editores del Puerto. Bs. As. 2009.

<sup>44</sup> Ob. Cit. (42) pág. 233.

<sup>45</sup> Laurenzo, Patricia “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en “Género, Violencia y Derecho” Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pag. 276 Ed. Del Puerto. 2009.

<sup>46</sup> Ob. Cit. (15) pág. 278.

<sup>47</sup> MESECVI. Guía para la Aplicación de la Convención de Belem do Pará, Art. 2 Definición y ámbito de aplicación, Pag. 23. Año 2014.

bordinación, desigualdad y hasta marginalidad asignados a la mujer en preservación de la supremacía masculina<sup>48</sup>; de allí la existencia de una raíz cultural de las agresiones contra las mujeres, por lo que se está no solo ante un simple problema de violencia sino que su dimensión está dada por constituirse en un problema social<sup>49</sup> y cultural.

Sintetizando: como lo expone el MESECVI -con cita en la CEDAW, y la Corte IDH., 2009 (Caso González y Otras) párrafo 133- “La violencia contra las mujeres tiene sus raíces en la desigualdad y la discriminación contra ellas, tanto en la esfera privada como en la pública. El Comité de la CEDAW ha resaltado que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género.”<sup>50</sup>

### III. La característica de “vulnerable” en la víctima de este delito

En relación a la caracterización de la mujer víctima de violencia de género como “mujer vulnerable” como sinónimo de una persona débil de carácter, disminuida a su consideración como objeto, cosa, la Cámara de Juicio delimita y restringe el ámbito de mujeres que pueden resultar víctimas de esta violencia.

Como debidamente afirma el Tribunal Superior al respecto, se debe una vez más tener en cuenta que el alcance de la normativa internacional y nacional establece su alcance general a todas las mujeres independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales. Ello porque la violencia de género, se presenta bajo formas y modalidades muy diversas en la medida que se sus-

---

<sup>48</sup> Atencio, Graciela “Feminicidio-femicidio: un paradigma par el análisis de la violencia de género”. Madrid. 2011. <http://www.feminicidio.net>

<sup>49</sup> Ob. Cit. (15) pág. 283

<sup>50</sup> Ob. Cit. (47) Art. 3 Derechos protegidos. pág. 29.

tenta en costumbres y prácticas sociales y estereotipos que se fundan en la sola condición de ser mujer; constituyéndose en violencia contra la mujer por el solo hecho de ser eso, una mujer, sin otra razón. El observarse esta realidad desde otro punto de vista nos llevaría a dejar al colectivo de mujeres sin poder hacer realidad en forma efectiva la protección y derechos que consagran tanto las convenciones y las leyes en la materia<sup>51</sup>.

Como sostiene el citado Tribunal, la vulnerabilidad de la víctima mujer no radica en la fortaleza o no de su carácter, lo que podría llevar a discriminaciones arbitrarias excluyendo normativamente casos de violencia contra la mujer por las particularidades que en tal sentido presentan las víctimas, cuando en realidad, la caracterización de vulnerable hace referencia al contexto que coloca a la víctima en tal situación o en esa realidad que la torna vulnerable. Por estas razones, para determinar si existe vulnerabilidad respecto de la mujer víctima, es necesario observar el contexto social que marca la violación de los derechos de las mujeres, debiendo considerar el caso particular como un exponente de prácticas reiteradas o como una evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una comunidad determinada<sup>52</sup>.

El tribunal Superior concluye que los elementos considerados por la Cámara para rechazar el encuadramiento del hecho reprochado a Lizarralde como violencia de género contra Acosta resultan inadecuados, ello porque entiende que la violencia de género no requiere necesariamente que exista un tiempo previo en el que se manifieste esta violencia, menos aún que ella se dé entre personas que tienen entre si alguna clase de relación íntima -femicidio íntimo-, ni tampoco hace falta que la desigualdad entre hombre y mujer se presente a través de formas delictivas, debiendo ser examinada caso por caso con sustento en el contexto en el que es necesario determinar la concurrencia o no de estereotipos y prácticas sociales, es decir, aquellos modos cultural y socialmente aceptados a través de los que se toma como normal o se tolera la desigualdad

<sup>51</sup> *Ibidem.* (26) pág. 114.

<sup>52</sup> *Ibidem.* (26) pág. 114 con cita en el Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas en las Américas.

entre hombres y mujeres; y menos aún que las víctimas deban tener algún rasgo especial en su carácter para adquirir dicho estado.<sup>53</sup>

Posteriormente el Tribunal Superior pasa a considerar lo que entiende como condiciones erróneamente aplicadas y los extremos fácticos omitidos por la Cámara en su fallo, a consecuencia de la aplicación del concepto restringido de violencia de género.

En tal sentido, entiende que la Cámara omitió considerar extremos del hecho que tuvo por ciertos en su fallo que eran característicos de la violencia de género y que no fueron considerados para la aplicación de dicha agravante como los estándares reseñados así lo requieren.

Señala con acierto el Tribunal que el conflicto de Lizarralde con Acosta se deriva a partir del embarazo de la víctima, que se constituye a primera vista, como el móvil que tuviera el imputado para querer dar fin a la vida de las víctimas, dado que además ellas constituían, con su existencia un obstáculo para la vida futura de Lizarralde.

Respecto de la noticia del embarazo de Acosta, si bien la Cámara de juicio consideró el contenido de diversos testimonios que dieran cuenta de la reacción de Lizarralde ante dicha noticia y su actitud posterior, el citado Tribunal dejó de lado elementos de juicio plasmados en ellos que daban cuenta de la negación de tal situación, la indiferencia, el abandono y la desaparición por parte de Lizarralde respecto de ellas, aún cuando Acosta no tuviera trabajo, al punto de intentar que la víctima interrumpiera su embarazo, con el motivo de una posible enfermedad hereditaria familiar por parte de él, y luego a pesar de tener noticias de cuando ocurriría el nacimiento de la niña, su hija no haber concurrido ni asistido.

A ello se agrega que luego del nacimiento de la niña, e iniciados los trámites judiciales para el reconocimiento de la paternidad, Lizarralde reiteró tales comportamientos, en la falta de ayuda asistencial, económica, y afectiva respecto de la niña, como también al evadir el proceso judicial del Tribunal de Familia, situación que llegó a su punto más conflictivo al conocer los resultados del es-

---

<sup>53</sup> *Ibidem.* (26) pág. 114/15.

tudio de ADN que confirmaba su paternidad, ante el que se mostrara sorprendido y luego lo cuestionara en su validez, teniendo que hacerse saber que el estudio era concluyente.

A su vez, en el proceso de familia le fue fijada a Lizarralde la cuota alimentaria, la que Acosta no quiso recibir de manos de la abogada de éste, por lo que debió llevarla personalmente. En esta instancia, continuó manifestando la mismas actitudes, ocultando a su familia y amigos su vínculo con Acosta y la niña, desatendiendo los múltiples reclamos de la víctima de inscribir a la niña en su obra social y a las necesidades de su hija ya que Acosta se había quedado sin trabajo. Ello al mismo tiempo que surgiera del informe psicológico carcelario que evidenciaba sentimientos positivos a futuro por el embarazo de su novia; concluyendo la Cámara de todo ello, que toda esa situación en que Lizarralde mantuviera oculta la existencia de su hija M. L. como también el insistente reclamo de Acosta a que cumpliera su rol de padre, fue lo que gestó en él la idea de darle muerte; a lo que agregamos, que claramente puede sostenerse que fue lo que gestó la idea en él de darles muerte a ambas.

Como ya sostuviera el Tribunal Superior, el análisis de esta clase de casos en este contexto contiene dificultades estructurales propias de esta clase de fenómenos, tratándose de delitos complejos que exige a los operadores judiciales contar con más habilidades y conocimientos que aquellas adquiridas en las escuelas de Derecho<sup>54</sup>.

En relación a lo expuesto no puede dejarse de lado que la mujer embarazada como tal se encuentra por su estado en un momento de máxima vulnerabilidad, dado que su organismo, su metabolismo y su funcionamiento hormonal, postural, afectivo, etc. se verá alterado en determinados momentos de la gestación; lo que la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad afectiva y psicológica, circunstancia que quien maltrata sabe que la mujer se siente más vulnerable y acentúa por ello el maltrato<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibidem.* (26) pág. 122 con cita en la obra de Toledo Vazquez, Patsili “Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas Pendientes” en “Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto”. Pag. 48. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual. Sgo. de Chile. 2009.

<sup>55</sup> *Ibidem* (26) pág.122 con cita en la obra de Strada Bello, Oscar “Em-

Por ello el Tribunal sostiene que de los hechos surgen los elementos indicadores de violencia que se necesitan para calificar el homicidio contra Acosta como tal. El citado Tribunal Superior entiende que lo que puso en evidencia la escalada de violencia en medio de la que se gestó el homicidio, fue el embarazo y los acontecimientos que se sucedieron luego del mismo que modificaron la situación de ambos. En ellos, que Lizarralde con sus actitudes, en todo momento evidenció un desprecio al vínculo que tenía con la víctima a partir de su estado de gravidez, no siendo posible excluir de tal análisis todo lo que sucediera entre ambos hasta el reconocimiento judicial de la paternidad, dado que ello sería ocultar el cúmulo de elementos que muestran de que modo el condenado intensificó la desigualdad que hizo que la madre se hiciera responsable sola de las cargas propias del embarazo y del año y medio de la vida de su hija, mientras vivió junto a ésta.

Se debe tener muy presente que Lizarralde cuando tomó conocimiento del estado de gravidez de Acosta, no solo rechazó hacerse responsable de las obligaciones que tal situación le acarreaban, sino que le sugirió que se practicase un aborto. Así la falta de empatía hacia el estado de salud por el que transitaba Acosta se agrava si se observa que, con sus actitudes y manifestaciones, evidenciaba que conocía que existía la posibilidad de que el bebé fuera suyo.

También su marcada indiferencia, no se basaba solo en la idea de que dudaba de su paternidad, lo que podría haberse resuelto una vez nacida la niña, lo que no sucedió a pesar de los pedidos de Acosta. A la vez, la marcada insensibilidad quedó registrada en varias de las experiencias vividas por Acosta durante el embarazo: la sugerencia del aborto, la negativa a tener cualquier comunicación o trato, etc. son comportamientos que no pueden ser irrelevantes, dado que más allá de que Lizarralde tenía la obligación legal de atender y solventar conjuntamente con Acosta, los gastos y diversas circunstancias propias del embarazo, lo relevante en el análisis es como las distintas acciones se ensamblan con los distintos episodios que le siguieron y que en conjunto juntos resultan

---

barazo y Violencia de Género” publicado en

[http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS\\_AESMATRONAS/06\\_MUJER\\_GENERO\\_EMBARAZO.pdf](http://www.aesmatronas.com/descargas/CONFERENCIAS_AESMATRONAS/06_MUJER_GENERO_EMBARAZO.pdf).

reveladores del sometimiento padecido por la víctima, que sobre el final se potenció y derivó en el modo más extremo de la violencia de género, como lo fue su muerte.

A ese respecto la Convención de Belem do Pará -con sustento en sus arts. 7 y 8- establece que los estados partes deben tener especialmente en cuenta “a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada (art. 9) por lo que es imprescindible contemplar el contexto que transitó Acosta durante su estado de gravidez y los hechos acaecidos y tenidos por ciertos en el fallo, los que resultan ser claros indicadores de violencia de género.<sup>56</sup>

Afirma además, que la falta de un mandato legal por no existir una prueba fehaciente de que la niña por nacer era hija de Lizarralde, no justifica al Juzgador descartar su modo de actuar, es decir, no elimina -y agregaríamos, no neutraliza ni torna inexistente- que el intenso rechazo a su vínculo con Acosta la colocó a está en un mayor estado de vulnerabilidad, lo que conectado con los hechos finales describe como evolucionaron los estadios de violencia por parte de Lizarralde hacia aquella y su hija. Así, no se puede dejar de resaltar que el nombrado no solo dudó de la palabra de Acosta, sino que su accionar se dirigió a agudizar sus padecimientos y preocupaciones, dado que además lo dirigió a dejar de atender sus llamados e impedirle toda forma de contacto con él, a sugerirle la muerte de la niña; accionar que continuó y se agudizó con las acciones posteriores asumidas para obstaculizar el avance del desarrollo de todo el proceso judicial impulsado por Acosta para lograr el reconocimiento de la paternidad de aquel respecto de la niña. Tales circunstancias se patentizaron tanto en las audiencias previas como en aquella en la que se dio a conocer el resultado del ADN, en la que a pesar del resultado su positivo, el encartado continuó poniendo en duda su relación con Acosta y su reclamo sobre la paternidad de la niña, siendo su finalidad incomodarla<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibidem.* (26) pág. 124 con cita en los arts. 7, 8 y 9 de la Convención de Belem do Pará incorporada como tratado de derechos humanos por ley nacional 24632 y con carácter superior a las leyes conforme lo establecido en el art. 75 inc. 22, 1er. pfo. de la CN.

<sup>57</sup> *Ibidem.* (26) pág. 125.

En razón de todos estos extremos, el Tribunal Superior expone que el caso reviste la característica de un “caso sospechoso” de violencia de género y por ello, exige suma atención al cuadro completo en que ocurrieron los hechos considerando el contexto y las situaciones personales y sociales en que se encontraban la víctima y victimario<sup>58</sup>; a lo que entendemos que debería agregarse en dicho análisis la situación de la hija de ambos desde la perspectiva de ésta, dado que aún cuando la violencia fuera dirigida a la madre y que terminó en su muerte, el accionar violento de Lizarralde iba dirigido a ambas para provocar en ellas y particularmente en Acosta, las consecuencias de la violencia psicológica, económica y simbólica de la que fueron víctimas.

No puede dejarse de resaltar que tanto el accionar dirigido en forma directa contra Acosta, como aquel que directa o indirectamente era dirigido contra la niña, terminaba causando violencia psicológica, económica y simbólica contra la madre.

Así, la falta de respuesta a los reclamos de reconocimiento de la situación y de la niña por nacer, de la asistencia tanto antes como cuando Acosta se quedara sin trabajo, a aquellas sufridas al momento del nacimiento, a las posteriores en el proceso judicial para el reconocimiento de la paternidad que seguía negando luego del resultado de éste, los inconvenientes causados para cumplir con la cuota alimentaria, la falta de contacto de Lizarralde con la niña, su ocultamiento al resto de su entorno familiar y de amigos, no solo trasuntan un trato de indiferencia y de irresponsabilidad respecto de ambas, sino además de desprecio y de generarles un daño a ellas, lo que lo llevó a pergeñar un encuentro con ambas, y con la excusa de cumplir con su cuota alimentaria y de gestos de afecto hacia la niña al decirle a Acosta que vería a la niña y le llevaría un peluche, causar el acto de máxima violencia contra ellas, al darle muerte a Acosta y a la niña, accionar que no se consumó en el caso de la niña por causas ajenas a la voluntad de Lizarralde al interferir en su plan criminal un factor externo inesperado que se presentara luego de que éste, convencido de su pronta consumación, dejara de controlar el hecho ilícito, al arrojar a la niña, su hija, aún con vida en una alcantarilla.

---

<sup>58</sup> *Ibidem.* (26) pág. 125.

Como sostiene el citado Tribunal, no puede perderse de vista que la mayoría de los episodios de violencia como éste -de violencia de género- son el resultado de una serie de condicionamientos que no se conforman con los estándares jurídicos clásicos, sino que según las directrices reseñadas previamente, requieren de una tarea más profunda por parte de los órganos judiciales que exceden a las clásicas categorías de la dogmática jurídica -lo que podríamos redefinir como una tarea de mayor especificidad en cuanto a su enfoque y abordaje en el proceso judicial- para que a partir de ella se logre determinar si el agresor aprovecha -y/o utiliza- su situación de poder de hecho restringiendo -y/o anulando- total o parcial los derechos de la mujer de llevar adelante su proyecto de vida, en cualquiera de sus ámbitos y expresiones.

En ese marco, el Tribunal superior expone que como reconociera la propia Cámara de Juicio, la conducta de Lizarralde estuvo orientada a ocultar de su entorno familiar y de amigos su nexos con Acosta y su hija; lo que no le demandó mayores esfuerzos -y que nosotros expresamos que pudo mantener, aún bajo los reclamos, planteos y acciones de Acosta- hasta el reconocimiento judicial de paternidad, porque a partir de éste sus obligaciones legales hicieron visibles ese nexo, que consecuentemente problematizaba su plan de vida del que pretendía dejarlas al margen a ambas; tales son los acontecimientos por los que transitó Lizarralde hasta el homicidio.

Teniendo presente tales sucesos, se observa que la escalada de violencia se manifiesta en concordancia con ellos, dado que al tener que hacer frente a esa nueva -y no deseada- realidad, a la que se agregan las dificultades que le producía el tener que mantener a ambas mujeres -Acosta y su hija- ocultas de su vida familiar, su novia y amigos, las mismas fueron dirimientes para que se determinara en su actuar delictivo de causar la muerte<sup>59</sup> (pudiendo agregarse a ambas).

Se suma como otro factor dirimente, la necesidad exteriorizada por Acosta de integrar a Lizarralde a la vida de su hija, la que era a su vez, evitada y contrarrestada por éste por su marcada in-

---

<sup>59</sup> *Ibidem.* (26) pág. 126.

diferencia y reticencia a cumplir con las cargas que ello le demandaba, dado que en todo momento mantuvo su voluntad de excluirlas de su entorno, mostrando su total desapego al estado vital -la vida- de ambas, que a la vez, lo determinó a cometer el homicidio.<sup>60</sup>

Sostiene el citado Tribunal que aquí está la clave para observar la realidad del caso, del que se evidencia que existía un claro estado de desigualdad entre Lizarralde y su víctima, con sustento en la indiferencia, el ocultamiento, su negación, y para que dejaran de ser un obstáculo, en solo veintidós días tomo la decisión y su acción para su eliminación.<sup>61</sup>

El tribunal nos recuerda que esta desigualdad ha sido expresamente referida en el preámbulo de la CEDAW en tanto señala como ámbito especialmente protegido “el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”<sup>62</sup>

Agrega el Tribunal que el Comité de la CEDAW ha entendido que la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción; y que esa forma de violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ibidem.* (26) pág. 126.

<sup>61</sup> *Ibidem.* (26) pág. 126.

<sup>62</sup> *Ibidem.* (26) pág. 127 con cita en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22, 2do. Pfo. de la CN.

<sup>63</sup> *Ibidem.* (26) pág. 126, con cita en la Recomendación General Nro. 19 de “violencia contra la mujer” de 1992 Pfo. 23 del Comité de la CEDAW.

Ante esto es debido señalar que la citada Recomendación General no solo sostiene lo expuesto por el Tribunal Superior en su fallo, sino que además en el citado párrafo comienza observando que “La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales...”<sup>64</sup>.

El Tribunal con acierto sostiene además, que si bien la necesidad de prevenir la discriminación operada en la persona de Acosta hasta su muerte, pudo no tener respuestas institucionales, oportunas y eficaces, ello no puede condicionar el examen del caso, al punto de desconocer los episodios de violencia transitados según las normas nacionales e internacionales.

En tal sentido se han pronunciado los organismos internacionales. Obsérvese que en la referida Recomendación del Comité de la CEDAW se hace referencia como recomendaciones concretas entre otras, a que “Los Estados Partes velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad.”; proporcionen “... a las víctimas protección y apoyo apropiados. Siendo “... indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención”; “... establezcan o apoyen servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento.”; “... aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de

---

<sup>64</sup> Recomendación General Nro. 19 de “violencia contra la mujer” de 1992 Pfo. 23, 1ra. Pte. del Comité de la CEDAW.

la natalidad.”; y “...adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas: medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo...; medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de violencia o que se encuentren en peligro de serlo<sup>65</sup>.

Resta por señalar, que la Recomendación establece expresamente la responsabilidad en que incurren internacionalmente los Estados por actos cometidos por particulares de no haber adoptado las medidas necesarias para impedir, investigar o castigar los actos de violencia contra la mujer, al exponer que “... de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organización o empresa. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”<sup>66</sup>.

En tal sentido, en relación al análisis efectuado, entendemos que puede traerse a consideración lo puesto de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que: “En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho

---

<sup>65</sup> Recomendación General Nro. 19 de “violencia contra la mujer” de 1992 Pfo. 24, incs. b, k, m, y t.i e ii, “Recomendaciones Concretas” del Comité de la CEDAW.

<sup>66</sup> Recomendación General Nro. 19 de “violencia contra la mujer” de 1992 Pfo. 9 del Comité de la CEDAW.

fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.”<sup>67</sup>

“La investigación en casos de violencia contra las mujeres tiene que hacerse con una perspectiva de género”.<sup>68</sup> “No hacerlo implicaría negarles el acceso a la justicia y la responsabilidad estatal se agravaría por discriminación. En este sentido, el Comité de Expertas/os ha señalado la importancia de crear tribunales específicos como tribunales para violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, violencia sexual y trata de personas, lo que permitirá no solo brindar un tratamiento especializado al tema, sino también más expedito”<sup>69</sup>.

La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará. El deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación tiene que ser seria, imparcial y efectiva y ser realizada por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad. Las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Corte IDH. “Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala: Sentencia de 19 de noviembre de 1999,” párrafo 144, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)

<sup>68</sup> Corte IDH, 2009 (Caso González Y Otras) párrafo 455.

<sup>69</sup> MESECVI, 2012a, op.cit., pág 60.

<sup>70</sup> Corte IDH. “Caso Rosendo Cantú Vs. México: Sentencia de 31 de agosto de 2010,” párrafos 175 y 176:

En casos de violencia contra las mujeres la obligación de investigar se complementa y refuerza con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. De tal modo que, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.<sup>71</sup>

Finalmente, el Tribunal Superior concluye los argumentos que fundan su cambio de calificación legal, sosteniendo que la violencia de género no es un modo de violencia que solo se presenta a través de daños o lesiones explícitas, sino que en muchos casos se requiere de una aguda sensibilidad -a lo que sería necesario agregar un específico conocimiento de las características que puede reunir el contexto en los casos de violencia de género - para detectar los indicadores de desigualdad que colocan a la mujer en una situación de inferioridad en la que el hombre ejerciendo su poder la lesiona física, sexual o psicológicamente o en forma más extrema le causa la muerte<sup>72</sup>.

### **Resolución del Tribunal Superior respecto a la calificación legal adoptada por la Cámara de Juicio sobre el hecho sufrido por la niña M.L.A.**

El Tribunal Superior, en el punto VII de su fallo al expedirse sobre la subsunción en el art. 80 inc. 11 del CP o no del homicidio en grado de tentativa sufrido por la niña M.L.A. de un año y medio de edad, (hija de Lizarralde y Acosta) expone como argumento al descartar esa calificación que en el caso “no se advierte -como sostuvo el a quo- que dicho contexto se dé en el caso de la tentativa de homicidio cometido contra la niña M. L. a diferencia de su madre; **los indicadores antes señalados se ven restringidos** pues

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)

<sup>71</sup> Ibid., párrafo 177.

<sup>72</sup> Ibid. (26) pág. 127/28.

ha sido su madre la que veló por su seguridad y a raíz de ello vivenció el rechazo del imputado. Si bien la niña integró el objeto de ataque planeado lo cierto es que el contexto de violencia de género antes descripto era en referencia a Acosta. No es el caso de que la niña haya vivenciado una situación de desigualdad distinta de la que hubiera tenido un bebé varón. Ella justificaba el atamamiento que el imputado rechazaba tener con su madre pero en si misma no mostraba un contexto de discriminación en si mismo<sup>73</sup>.

### **Crítica a la falta de control de convencionalidad en relación a la subsunción o no del homicidio en grado de tentativa sufrido por la niña**

La crítica a la falta de control de convencionalidad y legalidad en relación a la subsunción en el art. 80 inc. 11 del CP o no del homicidio en grado de tentativa ocasionado en perjuicio de la niña M.L. de un año y medio de edad -hija de Lizarralde y Acosta- corresponde en primer lugar, por la escasa y porque no falta de fundamentación expuesta en los mínimos considerandos del Tribunal Superior al respecto, al descartar la citada calificante con el argumento de que en el caso “...la niña no vivenció una situación de desigualdad distinta de la que hubiera tenido un bebé varón. Ella justificaba el atamamiento que el imputado rechazaba tener con su madre pero en si misma no mostraba un contexto de discriminación en si mismo”, y porque entendemos que debería haber analizado y expuesto los fundamentos del porqué a la luz del control de convencionalidad, bajo la garantía de igualdad enunciada y desde una perspectiva de género, correspondía que se descartara en el caso, que en la violencia sufrida por la niña no se reunían las características que llevaran a determinar que el crimen intentado sobre ella, configurara violencia de género.

---

<sup>73</sup> *Ibíd.* (26) pág. 128.

## Control de Convencionalidad

De observar lo expuesto en el fallo respecto de los hechos sufridos por la niña M. L., surge sin esfuerzo que en los escasos considerandos expuestos por el Tribunal superior sobre porque en el caso no correspondía ser considerado el mismo como de violencia de género, no hay ningún análisis realizado bajo las Convenciones de Derechos Humanos en general, la CEDAW o Belem do Pará en particular, en el que no se incluye la Convención de los Derechos del Niño, y menos aún la Ley 26485 de Protección Integral a las mujeres.

El art. 9 de la Convención de Belem do Pará prevé expresamente la protección contra la violencia de género en el caso de las niñas como uno de los grupos de mujeres vulnerables y así también lo recepta la ley 26485 en su art. 3.

*“Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad. (art. 9 de la Convención de Belem do Pará).*

A nuestro entender, son tres las razones por las que debería haberse efectuado dicho control de convencionalidad, en primer lugar respecto a los derechos humanos afectados en general; en segundo lugar, respecto a los derechos humanos afectados como mujer, dado que M.L. a pesar de tener un año y seis meses de edad cuando fuera víctima de los hechos era mujer, aún desde el momento de su nacimiento; y en tercer lugar, respecto de los derechos que la protegen como niña. Este proceder no es excepcional, se trata del que lleva adelante tanto la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos como la Comisión Interamericana al resolver un caso sometido a su consideración en los que las víctimas son mujeres y a la vez niñas<sup>74</sup>.

Como hemos expuesto al principio de este trabajo, el control de convencionalidad -que no necesariamente debe contener la extensión de los fallos de la CIDH- es una obligación convencional que surge del sentido que los órganos de control internacionales como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, el Comité de la CEDAW y el MESECVI en el caso de Belem do Pará, le dan a las respectivas convenciones y cuál debe ser el criterio a seguir para su aplicación para la plena vigencia de los derechos humanos que éstas consagran respecto a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los estados firmantes de aquellas.

Tal criterio, como también se ha expuesto, fue receptado por nuestra Corte Nacional, la que al igual que el Tribunal Internacional falló que el control de convencionalidad debía hacerse aún de oficio, lo que en el caso de la niña M.L. ni la Cámara de Juicio, ni el Tribunal Superior de Justicia Provincial cumplieron.

### **Presupuesto para el análisis del caso. Presupuesto de Género**

En relación a este punto, se puede afirmar que si bien el Tribunal Superior hace referencia escasa a la naturaleza de los hechos sufridos por la niña, por lo que podría afirmarse que ha contemplado la posibilidad en un inicio, que se estuviera ante un caso de violencia de género respecto de M.L., lo cierto es que sin un análisis claro, en detalle y certero, descarta que la situación de violencia de género sufrida por Acosta -madre de la niña- sea la misma que la de su hija dado que en este último caso, los indicadores de la naturaleza de la violencia de género “se ven restringidos” al no observarse un contexto de discriminación y desigualdad en si mismo respecto de la niña, siendo ella solo el nexa que justificaba el ata-

---

<sup>74</sup> Ibid. (69) y Corte IDH “Caso Claudia Ivette González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México” sentencia de 16 de noviembre de 2009 entre otros fallos.

miento del agresor con Acosta que si fue víctima de violencia de género.

En tal sentido, lo concreto es que ante un hecho de violencia sufrido por una mujer, en este caso dos, y más allá de la edad de las víctimas, el operador judicial, debe indefectiblemente partir del presupuesto de que se está ante un hecho de violencia de género y luego si en base a los elementos de juicio reunidos se determina que no, corresponde que se expliciten fundadamente porque no se dan algunos o todos los indicadores que lo determinarían como de violencia de género, y consecuentemente por lo que se deja de lado la adopción en este caso de la calificación legal prevista en el art. 80 inc. 11 del CP respecto de la niña M.L..

El Tribunal Superior pareció entenderlo de esta manera respecto de Acosta dado que interpreta el caso como que el mismo reviste la característica de “caso sospechoso” de violencia de género, expresando además que se debe tener en cuenta para su determinación “el cuadro completo en el que ocurrieron los hechos considerando el contexto y las situaciones personales y sociales en las que se encontraban víctima y victimario”. Pero ello, fue descartado en el caso de la niña, al menos en esta instancia del análisis<sup>75</sup>, si bien posteriormente Tribunal Superior en su fallo, al establecer las consecuencias del contexto analizado, expone que a partir del reconocimiento de que la niña era hija de Lizarralde y las obligaciones legales que debía asumir al hacerse visible dicho lazo, ellas constituyeron un obstáculo con su plan de vida, por lo que pretendía mantenerlas al margen; y es así que ante dicha exposición, la escalada de violencia por parte de Lizarralde “ se manifiesta acorde con los sucesos, pues hacer frente a esta nueva realidad y las dificultades que significaba **mantener a ambas mujeres** ocultas de su vida familiar junto a su novia, familia y amigos fue el dirimente en la determinación de su accionar delictivo”, (a lo que agregamos para que no haya lugar a dudas) planificar encontrarlas a ambas y causarles la muerte.

---

<sup>75</sup> *Ibíd.* (26) pág. 126..

## La Observación y análisis desde la perspectiva de Género

De los brevísimos fundamentos del Tribunal Superior reseñados, no surge ningún análisis criterioso efectuado desde la perspectiva de género. No se expone porque en el caso de la niña no se está ante un supuesto de violencia de género, no se explica porque se descarta que en el caso, el continuum de situaciones de distintas formas de violencia de género sufridas por la víctima Acosta desde el anociamiento del embarazo a Lizarralde en adelante y hasta su muerte, incluida la sugerencia del encartado de que Acosta se provocara un aborto no hayan afectado de similar forma a la niña.

Debería haberse expuesto porque no existía una relación de desigualdad asimétrica, del agresor respecto de la niña; porque la niña no se encontraba en una situación de vulnerabilidad estructural; porque no había respecto de la niña una detención y ejercicio de poder dominio por parte del agresor y porque la violencia sufrida por ella no se daba en un contexto sociocultural de discriminación y de dominación estructural patriarcal; ni tampoco porque la violencia dirigida contra la niña no fue violencia dirigida a ella por el solo hecho de ser mujer, pero no por ser mujer en sentido biológico, sino a partir de la categoría sociológica en un contexto sociocultural general en el que ser mujer, para muchos hombres se convierte en un disvalor, en una “capitis di minutio” como persona, sobre la cual se puede disponer a su antojo, por ser “titular” por ser hombre del ejercicio de ese poder dominio. Tampoco se analizó el lugar de la niña desde el resignificado del derecho a la igualdad entre las mujeres y los hombres, esto es, desde la colocación a partir de observar el caso desde una perspectiva de género y de las mujeres como un grupo vulnerable, para contrarrestar la desigualdad estructural que existe “ab initio” al comparar la situación de una beba mujer y un bebé varón en un pie de igualdad afirmando que el resultado muerte en ambos casos hubiera sido el mismo. Nada de esto fue ni siquiera someramente analizado por el Tribunal Superior.

Lo cierto es que el actuar criminal del agresor fue dirigido con el fin -que podríamos afirmar siempre fue su voluntad- que era

sacar de su vida a ambas mujeres -madre e hija-, el que a partir de tener la certeza de que la niña era su hija y que tenía obligadamente que incluirla en su vida, ideó decididamente y condujo su único plan y accionar a encontrarlas juntas para luego darles muerte y ocultar lo ocurrido arrojándolas en una alcantarilla para apartarlas definitivamente de él; lo que concretó en el caso de Acosta porque causó su muerte y no lo logró en el caso de la niña por razones ajenas a su voluntad dado que ésta, a pesar de su corta edad y haber sido arrojada junto a su madre a la alcantarilla, continuó con vida y fue rescatada.

A modo de una breve conclusión entendemos que es fundamental en los casos de violencia de género que estos sean abordados bajo los parámetros del control de convencionalidad, el principio y derecho a la igualdad integral reseñado y partiendo desde el presupuesto de la posible existencia de un contexto de violencia de género que debe insoslayablemente analizado y resuelto desde una perspectiva de género, para que se pueda arribar a una respuesta acertada acorde a derecho, y en su caso, descartada bajo fundamentos sólidos que no den margen de duda sobre la resolución que deja de lado la existencia de violencia de género en un caso concreto.

## Bibliografía

- Asúa Batarrita, Adela “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en ese ámbito. Inercias Jurisprudenciales” en *Género, Violencia y Derecho* Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Editores del Puerto. Bs. As. 2009.
- Atencio, Graciela “Feminicidio-femicidio: un paradigma par el análisis de la violencia de género”. Madrid. 2011. <http://www.feminicidio.net>
- Barrére Unzueta, María Angeles “Género, discriminación y violencia contra las Mujeres” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Ed. Del Puerto. 2009

- Bidart Campos, Germán. “El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los Derechos Humanos”, en la obra: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Compiladores: Abregú Martín y Courtis, Christian Editores del Puerto y Cels. Bs. As. 2004.
- Bodelón, Encarna “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pag. 230 Editores del Puerto. Bs.As. 2009.
- Cobo, Rosa “El Género en las Ciencias Sociales” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pag. 32 Ed. Del Puerto. 2009.
- Femenías, María Luisa “Violencia de sexo-género: el espesor de la trama” en *Género, Violencia y Derecho*. Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pag. 63 Ed. Del Puerto. 2009.
- Laurenzo, Patricia “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en “Género, Violencia y Derecho” Patricia Laurenzo y Otras. Coordinadoras. Pag. 265 Editores del Puerto. Bs. As. 2009.
- Rodríguez, Marcela V. “Derecho a la Igualdad y no discriminación” en la obra: *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* Compiladores: Abregú Martín y Courtis, Christian Editores del Puerto. Bs. As. 2004.
- Rossati, Horacio. *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)* Editorial Rubinzal Culzoni. 2013. Santa Fe.
- Saba, Roberto P. “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?” en la obra *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Coordinador Gargarella, Roberto Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 2008.

## Derechos y garantías de las mujeres en el marco del conflicto armado colombiano

ROSA MARÍA CAYCEDO GUIO\*  
YUDY ANDREA CARRILLO CRUZ\*\*

---

\* *Abogada Especializada en Alta Gerencia y Economía Solidaria, Docencia Universitaria, Docente Investigadora Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Villavicencio, hago parte del Grupo de Investigación Abogados Solidarios, correo rosa.caycedo@campusucc.edu.co.*

\*\* *Abogada Magister en Derecho Constitucional y Especializada en Derecho Parlamentario, Docencia Universitaria, Docente Investigadora Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Villavicencio, hago parte del Grupo de Investigación Abogados Solidarios, correo rosa.caycedo@campusucc.edu.co.*



## Introducción

A partir de la constitución del año 1991, Colombia se convirtió en un Estado social de derecho, el cual reconoce y garantiza los derechos y libertades, sin embargo; la población Colombiana en especial las mujeres víctimas del conflicto armado, no han recibido tales beneficios constitucionales, sino por el contrario han sufrido la violencia en los últimos 60 años, además son quienes han perdido sus vidas, bienes muebles e inmuebles de un día para otro, siendo la ausencia del Estado una constante en gran parte del territorio Colombiano.

En la era del posconflicto, se busca analizar si los acuerdos se están cumpliendo por parte de los actores que deja el conflicto armado en Colombia es por ello que desarrollaran en esta ponencia los conceptos de víctimas y quienes tienen la calidad de víctima.

Como se puede observar Colombia es uno de los países más afectados por el conflicto armado a través de las diferentes décadas ya que son múltiples las consecuencias del conflicto y por ende son diferentes los actores del conflicto armado llámese liberales, conservadores, guerrilla, paramilitares y se han generado acuerdos de paz entre los cuales se han identificado las víctimas y victimarios. En este momento de transición donde se generan normas que buscan que los actores del conflicto armado queden conformes según el acuerdo de la Habana; es necesario conocer quiénes son víctimas y victimarios del conflicto armado y la forma como se va a llevar a cabo las reparaciones y reintegración a la vida social de los actores del conflicto.

## Desarrollo

En las últimas décadas Colombia ha alcanzado importantes conquistas en relación a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, si bien aún hay brechas relevantes por reducir, ya que todavía Colombia existen una idiosincrasia machista que sectoriza en todos los campos la igualdad de género.

*“El machismo es una poderosa forma de enfatizar y mantener las diferencias entre los sexos, es la certeza de “la preeminencia de lo varonil y viril”. En las actitudes cotidianas se traduce en el valor que se demuestra en las batallas, en la respuesta airada ante cualquier insulto, en la incapacidad de ceder y en una actitud agresiva y dominante hacia las mujeres.”<sup>1</sup>*

Colombia ha ratificado todos los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, y ha hecho un progreso significativo en el desarrollo de leyes para promover la igualdad de género y garantizar los derechos humanos de las mujeres. Algunos ejemplos son los Lineamientos de la Política Pública para la Equidad de Género para las Mujeres y el Plan Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias aprobados en 2012, y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, aprobada en 2011, con disposiciones importantes sobre la igualdad de género, así como la Ley 1257 de 2008:

*“Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, de 2008 y la Ley 1719 por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, de 2014, entre otras.”*

En Colombia las mujeres han sido declaradas víctimas del conflicto armado interno, directa sobre su persona física y moral, como madres hijas y esposas. La violencia ha generado una descomposición social ya que la familia es la base de un Estado social de derecho.

*En Colombia la mujer ha sido víctima de muchos y atroces crímenes en el marco del conflicto armado, aunado a que son quienes padecen y enfrentan los daños provocados por la violencia en su condición de sobrevivientes. La violencia ha dejado cicatrices profundas en sus cuerpos y en su mente; ha generado trastornos en*

---

<sup>1</sup> “El macho impone su voluntad” Henderson & Henderson.

su vida cotidiana, sus creencias, alterado sus proyectos de vida, familiar al desplazarlas de los lugares de residencia. Las madres, viudas, hijas, además de lidiar con los impactos causados por la violencia, deben asumir de un día para otro toda la responsabilidad económica, social y familiar de sus hogares.<sup>2</sup>

*“Salí con mis siete hijos y cargaba otro en la barriga... A mi esposo lo mataron delante de nosotros. Salí sin mi esposo, sin tierra, sin ropa, sin dinero... ¡sin nada!... Llegué a Montería a buscar cómo mantener estos niños, no podía dejarlos morir de hambre. No había tiempo para la tristeza, no había tiempo para nada. Tenía que buscar dónde dormir, qué hacer para darles un pan y un agua de panela a los niños”. (María Zabala, lideresa de Córdoba)*

Algunas mujeres que ejercían un liderazgo social o político fueron asesinadas, amenazadas, perseguidas y/o desterradas para impedir que desplegaran toda su iniciativa social y comunitaria. La mayoría de las mujeres que fueron violadas fueron además agredidas verbalmente o fueron víctimas de torturas que les causaron graves daños en el cuerpo. Los relatos recogidos por el GHM describen violaciones feroces, embarazos no deseados a temprana edad y transmisión de enfermedades venéreas.

La violencia sexual afecta los sentimientos, las emociones y las percepciones de las víctimas, lesiona sus creencias, su confianza en sí mismas y en los demás, además de transformar profundamente sus vidas y proyectos. Estas secuelas han sido mayores en las niñas más pequeñas. Los impactos y los daños causados por el conflicto armado por la fragilidad de sus cuerpos, que en muchos casos tuvieron que dejar sus estudios y ejercer el rol de madres a temprana edad. Después de las violaciones o para evitar que estas ocurrieran, varias familias tuvieron que desplazarse. Tanto las mujeres como las niñas que han sido violadas tienen dificultades para establecer en el futuro relaciones placenteras y desconfianza con

---

<sup>2</sup> Revista Basta ya, memoria de guerra y dignidad, imprenta nacional 2013, pág. 307.

los hombres. La ley de Infancia y Adolescencia protege a los menores de edad contra toda clase de Violencia, como lo dice el artículo 1 de la ley 1098 de 2006:

*“...<sup>3</sup>garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.”* Y el artículo 3 *“son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años.”*

La violencia transformó abruptamente los roles asignados culturalmente a los hombres. El desplazamiento forzado, por ejemplo, los alejó de sus trabajos, ligados a sus saberes y habilidades; y de sus vecinos y amigos. La mayoría de ellos dejaron de ser los proveedores económicos de su familia, lo que lesionó su autoestima y minó sus relaciones con las familias y comunidades. Muchos han tenido que mendigar o encerrarse, ser dependientes o aceptar trabajos que consideran denigrantes. Algunos hombres presenciaron violaciones de las mujeres o el reclutamiento o asesinato de sus hijos o familiares. En estos casos, los sentimientos de culpa y de impotencia aumentaron su sufrimiento. En el caso de los viudos, a su dolor se sumó el estrés de la crianza de los hijos y las labores del hogar. Los desplazamientos forzados causaron fuertes rupturas familiares que impactaron en especial a los hombres. Después de largas separaciones, muchas mujeres emprendieron nuevas relaciones de pareja, y eso aumentó los conflictos. Los retornos a su vez también evidenciaron los cambios de roles que produjo el desplazamiento:

*“En contra de mi mujer me devolví, me vine con uno de mis hijos. Mi mujer me rogaba, me decía que no me viniera. Yo no le hice caso, el desespero en la ciudad era terrible. Me vine y para mi desgracia, al poco tiempo mi hijo cayó en una de esas minas*

---

<sup>3</sup> Ley 1098 de 2006.

*[antipersonal]... la mina lo mató... eso fue terrible, yo no tenía palabras [...]. Aun así aquí me quedé, acá solo, esperando a si las cosas cambian y si mi mujer se vuelve conmigo". (Habitantes de San Carlos, Antioquia).*<sup>4</sup>

<sup>5</sup>Colombia está mostrando señales importantes de crecimiento económico como una oportunidad para el progreso social, así como los avances en los indicadores de desarrollo humano. Pero todavía hay brechas de género, en particular en las esferas política y económica.

En cuanto a los indicadores relacionados con el género, la participación política de las mujeres ha aumentado del 6% al 11% en los cargos de elección popular, y del 7% al 21% en las elecciones del Congreso en los últimos 20 años. Sin embargo, es uno de los países de América Latina con la menor representación de las mujeres en la política. En 2015 son tan sólo el 14% de concejalas, el 17% de diputadas, el 10% de alcaldesas y el 9% de gobernadoras. Cifras aún muy por debajo de la paridad que haría justicia a la proporción de mujeres dentro de la sociedad. En relación a los derechos económicos, el acceso de las mujeres al empleo formal y su participación en el Mercado laboral, si bien ha ido creciendo, es aún limitada.

En 2013 la brecha de participación laboral fue del 20,94% (frente al 26,63% en 2001); la brecha de desempleo era de 5,30% (frente al 7,38 en 2001); y 2012 brecha salarial de género fue 23,28% (frente al 17,61% en 2002).

En educación, se ha logrado un gran progreso. Mujeres colombianas tienen una tasa más alta de educación que los hombres. Sin embargo, las mujeres aún enfrentan importantes dificultades de acceso al empleo, y cuando entran en el mercado laboral, se enfrentan a diferencias salariales significativas y trabajan en los altos niveles de informalidad.

Colombia ha visto una disminución en la tasa de mortalidad materna; pero todavía hay 500 mujeres que mueren cada año a causa del embarazo y del parto.

---

<sup>4</sup> Revista Basta Ya memoria de guerra y Dignidad, año 2013, pág. 68.

<sup>5</sup> Organizaciones de las Naciones Unidas – ONU, año 2015.

Si bien estas normas proporcionan un marco sólido para avanzar en derechos de las mujeres, siguen existiendo desafíos para su plena aplicación, como muestran los datos sobre las brechas de género.

Las mujeres que son víctimas del conflicto armado en nuestro país, cuentan con una especial protección por parte de nuestro estado, ya que la mayoría hacen parte del<sup>6</sup>Bloque de Constitucionalidad, dentro de estos se encuentra:

*Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948).*

*La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952)*

*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).*

*El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)*

*La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969).*

*Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “CEDAW” (1979)*

*Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)*

*Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará” (1994).*

*Declaración de Beijing (1995).*

*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).*

Se han promulgado numerosas leyes nacionales para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, como la Ley 1257 de 2008.

*“No obstante, las cifras siguen siendo alarmantes. Según el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal en Colombia (INMLCF) en el 2014 fueron asesinadas 1.007 mujeres, se re-*

---

<sup>6</sup> Unidad de Víctimas.

*gistraron 37.881 casos de violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja y 16.088 casos de violencia sexual fueron contra mujeres, el 86% del total de las víctimas de este delito, siendo además las niñas y las adolescentes las principales afectadas por esta forma de violencia.”*

La violencia se agrava en países en conflicto como Colombia. Los efectos de la violencia contra la mujer y de la violación de sus derechos humanos en tal contexto los experimentan mujeres de todas las edades. Son víctimas de actos de amenazas, asesinato, terrorismo, torturas, desapariciones involuntarias, esclavitud sexual, violaciones, abuso sexual, embarazos y abortos forzados. Datos oficiales indican que más de 400.000 mujeres han sido víctimas de homicidio en el marco del conflicto armado, y hay más de 57.000 mujeres víctimas de desplazamiento forzado.

Entre 1995 y 2011, la violencia en el conflicto armado ha generado el desplazamiento interno de más de 2.700.000 mujeres (cerca de 6% de la población total del país y el 51% del total de personas desplazadas). 15,8% de las mujeres desplazadas declaran haber sido víctimas de violencia sexual. Las mujeres pertenecientes a grupos étnicos indígenas y afrocolombianas se han visto afectados de manera desproporcionada por la violencia derivada del conflicto; de 3.445 casos de homicidios de personas indígenas y afrocolombianas, el 65,5% eran mujeres.

## **El Papel de la Mujer Colombiana en el marco del Conflicto Armado**

**Víctima**<sup>7</sup>: *“aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.”*

---

<sup>7</sup> Ley 1448 de 2011, Artículo 3.

Para la **Ley 418 de 1997**<sup>8</sup>, se establecen dos clases de Víctimas que son *las directas e indirectas*: “Directas: son personas de la población civil y personas desplazadas por la violencia, las cuales se vieron afectadas con el accionar de los grupos armados al margen de la Ley.

*Indirectas: son los menores de edad que tomen parte en las hostilidades”*

**Violencia contra la Mujer:** “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”<sup>9</sup>

Las mujeres como víctimas del conflicto en Colombia, unas son parte activa del conflicto armado como aquellas niñas y adolescentes reclutadas por las guerrillas para ser parte de sus filas, como lo cuenta el padre de familia:

*La guerrilla se llevó a mi hija*<sup>10</sup>, El señor Cecilio José Villegas, desplazado de Concordia Meta, su hija Andrea del Pilar Villegas, fue reclutada por la Guerrilla de la Farc, cuando ella tenía 14 años de edad, “aparte que me obligaron a salir de mi tierra y dejar todo abandonado, estos delincuentes se me llevaron a mi hija querida, a quien amo con todo mi corazón. No entiendo porque el Gobierno le brinda todas las ayudas a este grupo subversivo y a nosotros que somos las víctimas no nos dan ni ayudas alimentarias, creo que el mundo está al revés” expresó.

*El señor Cecilio se pregunta a ellos como víctimas quien los repara y a la vez no entiende porque le prestan más atención a unos asesinos que a unas familias victimarias a manos de esas personas que hoy en día después de causar tanto daño a la sociedad los están atendiendo mejor que a los pobres campesinos.* Y otras han sido víctimas sobrevivientes, lo que infiere que llevan tanto en sus vidas

---

<sup>8</sup> Revista de Derecho y ciencias Jurídicas DIXI, Volumen 17, Número 21, pág. 19-20.

<sup>9</sup> Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “convención de Belem do para”, artículo 1 – ONU, año 1994.

<sup>10</sup> Periódico el Extra, febrero 24 de 2017.

como en su cuerpo el peso de la guerra. En este sentido, muchas de ellas deciden dejar de lado ser víctimas pasivas del conflicto y convertirse en agentes empoderados que permiten aportar a la construcción de paz. Por ello, es relevante responder ¿Cómo ha sido el proceso de empoderamiento de los individuos en especial de las víctimas hasta convertirse en constructoras de paz?

*<sup>11</sup>Diana Carol, fue criada por sus abuelos maternos. La abuela fue su gran apoyo, empezó a trabajar desde los 12 años para ayudarse con sus estudios y se graduó a los 16, obteniendo en ese entonces el segundo mejor icfes del Departamento del Meta.*

*Viajo a Bogotá se presentó en la Universidad Nacional logrando así un cupo en la carrera de Ingeniería civil, trabajé de mesera y otros trabajos, pero por ausencia en mi clase perdí algunas materias y por ende el cupo, acabando el sueño de ser profesional.*

*Así, Diana Carol fue acumulando motivos para no querer quedarse en Bogotá, en una ciudad en la que siempre estuvo sola y en la que no recibió ayuda de nadie. En la Nacional había leído a Marx, sobre lucha de clases y materialismo histórico, pero nunca perteneció a ningún grupo político estudiantil. Decidió irse a buscar a la guerrilla porque estaba decepcionada y llena de resentimiento. “Vi dos países, uno para la gente con medios económicos y otra para los que no. Yo estaba indignada y estacionada en el segundo país”.*

*A los quince días, Diana Carol ya estaba decepcionada de la guerrilla, pero después de estar allá no hay marcha atrás. “No era como yo pensaba, los comandantes viven en otro nivel diferente a la tropa y hay mucha presión sexual contra las mujeres” explica.*

*Por su habilidad para hacer cálculos, Diana se convierte en la cartógrafa del Bloque oriental. Es la encargada de hacer los mapas de los terrenos por los que los guerrilleros caminan día y noche. Con el tiempo, le confían un computador en el que, al comienzo, escribe las cartillas de especialidades para la tropa: enfermería o explosivos, y después, es ella la que le recibe el dictado al propio comandante Pablo Catatumbo “Yo, por ejemplo, digitaba los correos que él le mandaba a Alfonso Cano”, relata Diana.*

---

<sup>11</sup> <http://www.eldiariobogotano.com/diana-la-ex-combatiente-que-gano-un-concurso-literario/>

## La Reintegración

*Hace cinco años llegaron, Diana Carol, su esposo y su pequeño hijo, a la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR) y allí trabajaron para que ella y su familia pudieran superar la situación de vulnerabilidad en la que llegan al proceso los excombatientes. La ACR, desde hace 12 años, ha recibido alrededor de 48 mil desmovilizados, de los cuales 21.394 se encuentran en el proceso de reintegración, 9.038, que como Diana Carol, ya lo culminaron y 6.727 personas que por diversas razones están por fuera del proceso.*

*El proceso completo tiene una duración de cinco años, durante los cuáles esta población recibe una atención por parte de profesionales especializados para procurar la no repetición de conductas violentas. El trabajo de recomposición se hace desde las dimensiones personal, familiar, de salud, educativa, de seguridad, ciudadanía, productiva y de habitabilidad.*

<sup>12</sup>Tradicionalmente las mujeres han sido consideradas víctimas pasivas de la guerra, y fue hasta los años 90, con el fin de la Guerra Fría que se empezó a observar el hecho de que las mujeres jugaban diferentes papeles dentro de los conflictos, cuestionando las visiones tradicionales que retrataban a los hombres como agentes activos de la violencia y a las mujeres como las víctimas.

La mujer es la que más padece los rigores de la guerra por varias razones siendo estas: vivir en zonas de conflicto, ser líder comunitaria, tener relaciones afectivas con algún actor armado en armas, por ser familiar de algún miembro de la guerrilla, el Ejército o la Policía; por su condición femenina y por albergar, proteger o alimentar personas que hacen parte de estos grupos armados ilegales. Y por ello, de acuerdo a la ONU, las mujeres víctimas de la guerra son las víctimas más empoderadas en Colombia.

<sup>13</sup>De esta manera, aunque las mujeres han sido integrantes activas de procesos de reclamaciones y luchas sociales, en el curso del conflicto ellas se hacen más visibles, se transforman en voceras

<sup>12</sup> Villevas, 2010.

<sup>13</sup> Mujeres y Guerra: Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano, 2011.

o promotoras de iniciativas de memoria y resistencia, o gestoras de paz y artífices de la movilización por la justicia y la reparación.

A través de su fortalecimiento de su ejercicio como ciudadanas, y de su participación activa y su liderazgo, las mujeres se han organizado de múltiples formas con el fin de incidir en espacios de toma de decisión y exigir que se reconozcan sus derechos, haya mayor equidad y se contrarresten los efectos diferenciados de los conflictos. También se han organizado para que haya una atención a las necesidades específicas de mujeres y niñas, y para que en el enfoque de derechos humanos se dé énfasis en la igualdad al acceso, el trato, la protección y su participación en la toma de decisiones.

Muchas mujeres deciden organizarse en grupos formados únicamente por personas de este género como consecuencia del desprendimiento de su condición de víctimas del conflicto armado y del fortalecimiento de sus capacidades para convertirse en una constructora de paz. Es lógico que las mujeres que han sufrido de una manera similar el impacto de la violencia de manera activa o pasiva, son capaces de identificarse con el sufrimiento de otras víctimas y de esta forma considerar que la única vía para emprender luchas comunes y lograr generar cambios es bajo el principio de la asociatividad, por lo que deciden organizarse bajo los lazos de cooperación y colaboración.

De esta manera, en la creación de los nuevos liderazgos las organizaciones de mujeres han sido clave para que ellas reclamen sus derechos, se sientan apoyadas y tengan confianza en sí mismas. En los últimos 20 años, el país ha visto cómo crecen y se conforman nuevas organizaciones de mujeres que generan un tejido social con miras a construir la paz. Un tejido que ha arrancado en rincones de zonas rurales, donde han surgido organizaciones locales de mujeres como son Meta con Mirada de Mujer o la Red de Mujeres de los Montes de María

Las mujeres han mostrado su lugar en la construcción de la paz, y lo han hecho a través de la representación, que les permiten dejar de ser víctimas pasivas y pasar a convertirse en agentes de cambio, materializado en la labor que ellas desempeñan en los dis-

tintos escenarios de la paz a través del compromiso en las movilizaciones, consolidando sus organizaciones, participando en espacios locales y nacionales y exigiendo más representación en cargos públicos, para promover sus derechos, su liderazgo y su inclusión en las oportunidades de desarrollo.

## **Ordenamiento Jurídico Colombiano**

La lucha de las mujeres por el reconocimiento de su ciudadanía plena y de iguales derechos con respecto a los hombres, ha sido reconocida históricamente como la única revolución pacífica de todos los tiempos. Los medios usados para promover los cambios y su trascendencia permiten otorgar ese calificativo a las lides del movimiento de mujeres, mientras estas continúan siendo víctimas de discriminación y violencia, en ámbitos privados y públicos.

Para transformar la grave situación de los derechos humanos de las mujeres en Colombia, las mujeres y sus organizaciones han promovido acciones reivindicativas. Estas acciones han tenido mayores posibilidades de concreción y éxito a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, que creó una plataforma para la ampliación de libertades y garantía de los derechos de las mujeres.

La inclusión de derechos en la Constitución de 1886, como el reconocimiento del derecho al sufragio, a acceder a la educación superior, a la libre administración sus bienes otorgado a la mujer casada, la abolición de la potestad marital y de la progresión de reglas posteriores más equitativas entre los sexos dentro del régimen marital y familia, no fueron suficientes para dar el salto a un ordenamiento jurídico que dejara de justificar y legitimar la discriminación y violencia contra las mujeres.

No bastaba con remover normas discriminatorias, era indispensable avanzar hacia un nuevo orden jurídico buscara la igualdad material, más que formal. Este cambio de paradigma, que se traduce en el rechazo a la discriminación y la obligación de superarla, ha tenido implicaciones positivas en la vida de las mujeres colombianas.

La Constitución de 1991 introdujo tres grandes bloques de cambios positivos en ese sentido: primero, un bloque de principios constitucionales que fundan la acción estatal; segundo, un listado no cerrado de derechos fundamentales; y, tercero, una justicia constitucional que si bien existe tiempo atrás, hace contrapeso a las mayorías patriarcales.

Por ejemplo, la primacía de la democracia participativa sobre la democracia representativa ha generado un contexto institucional en el que las mujeres pueden participar e incidir en los asuntos que las afectan.

Constitución Nacional de Colombia, artículo 13: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo...”*

**Ley 1257 de 2008**, por la cual se adoptan normas que permiten garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección, atención y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

**Ley 1232 de 2008**, que define la *Jefatura Femenina de Hogar*, como *“una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.”*

**Ley 1450 de 2011**, a través del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, dispuso en su artículo 177 la adopción por parte del Gobierno Nacional de una política pública nacional de Equidad de Género para *“garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y ROM”* y señaló el desarrollo de planes específicos que garanticen los derechos

*de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.*

**Ley 1448 de 2011**, se avanza en la integración del principio de enfoque diferencial, a través del reconocimiento de la existencia de “poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual, situación de discapacidad” (art. 13) y los contenidos fundamentales para el tema de víctimas de violencias de género en el conflicto armado son los siguientes:

Características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual, situación de discapacidad” (art. 13) y los contenidos fundamentales para el tema de víctimas de violencias de género en el conflicto armado son los siguientes:

*<sup>14</sup>“El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social actualmente Ministerio de Salud y Protección Social, diseñará el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas, ... el cual deberá: (...) 2. Atención individual, familiar y comunitaria. Se deberá garantizar una atención de calidad por parte de profesionales con formación técnica específica y experiencia relacionada, especialmente cuando se trate de víctimas de violencia sexual, para lo cual deberá contar con un componente de atención psicosocial para atención de mujeres víctimas. Se deberá incluir entre sus prestaciones la terapia individual, familiar y acciones comunitarias según protocolos de atención que deberán diseñarse e implementarse”*

## **I. Internacional convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)**

La violencia contra la mujer es una forma de discriminación. Los Estados partes son responsables de aprobar las leyes y adoptar otras medidas apropiadas que prohíban toda discriminación contra la mujer y establezcan la protección jurídica de la igualdad de derechos de la mujer, entre otras cosas: [...] b) adoptar las sancio-

---

<sup>14</sup> Ley 1448. Artículo 137.

nes correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; [...] y g) derogar todas las disposiciones penales

## II. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer<sup>15</sup>

La Recomendación General (1992) observa:

La violencia contra la mujer [...] constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención.

– Las medidas para suprimir todas las formas de trata de la mujer incluyen la igualdad de protección de las prostitutas, que son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia. También se requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas durante las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios.

– También es necesario que se adopten medidas preventivas y punitivas para acabar la trata de mujeres y la explotación sexual.

– Los Estados partes deberían garantizar que en las zonas rurales los servicios para víctimas de la violencia sean asequibles a las mujeres y que, de ser necesario, se presten servicios especiales a las comunidades aisladas.

– Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia deberían figurar sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar.

---

<sup>15</sup> Organizaciones de las Naciones Unidas – ONU, año 2009.

– Los Estados partes deberían informar acerca de la amplitud de la violencia en el hogar y el abuso deshonesto y sobre las medidas preventivas, punitivas y correctivas que hayan adoptado.

– Medidas jurídicas para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo.

– Los Estados partes deberían informar sobre todas las formas de violencia contra la mujer e incluir todos los datos de que dispongan acerca de la frecuencia de cada una y de sus efectos para las mujeres víctimas.

– Los informes de los Estados partes deberían incluir información acerca de las medidas jurídicas y de prevención y protección que se hayan adoptado para superar el problema de la violencia contra la mujer y acerca de la eficacia de esas medidas.

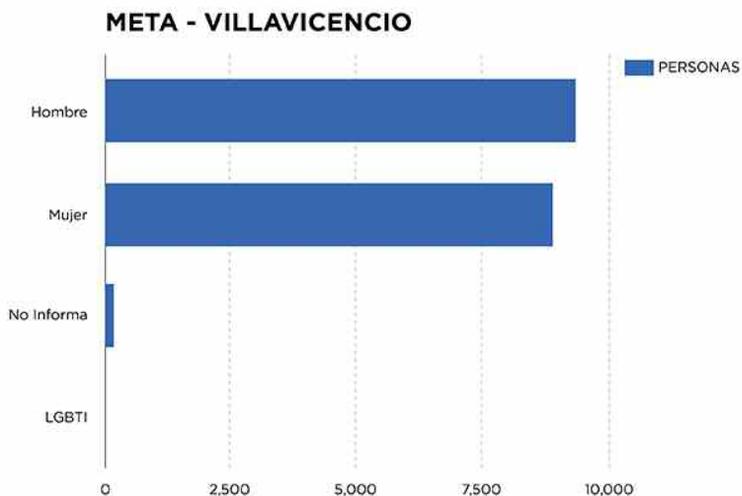
#### Diferencial por género en Villavicencio

##### Tabla

*Número de víctimas según el enfoque diferencial de género.*

<b>GENERO PERSONAS</b>	
Hombre	9.258
Mujer	8.928
No Informa	260
LGBTI	12

Fuente: Unidad para las víctimas. (*victimas*, [www.unidadvictimas.gov.co](http://www.unidadvictimas.gov.co), 2017, número de víctimas según enfoque de género)

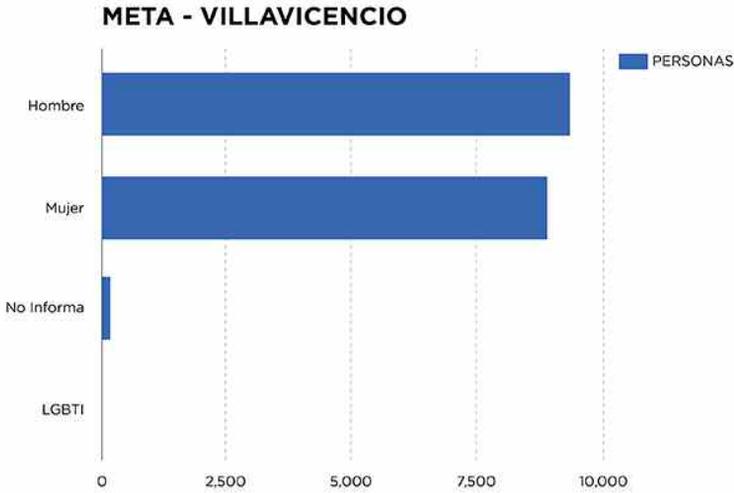


Grafica 5. Número de víctimas, según el enfoque de género. Fuente: Unidad para las víctimas (*víctimas*, [www.unidadvictimas.gov.co](http://www.unidadvictimas.gov.co), 2017, *número de víctimas según enfoque de género*).

La anterior gráfica muestra una paridad tanto en los hombres como en la mujeres, con una cifra de 9.258 y 8.928 casos de víctimas respectivamente registrados al día de hoy en la ciudad de Villavicencio. La cual dista de que el conflicto armado ha tocado a los dos géneros por igual. También a la población LGBTI que si bien es cierto hace parte de una de las comunidades mas vulnerables de la sociedad en este caso la cifra solo alcanza a 12 víctimas registradas al día de hoy. El número de Víctimas reconocidas por la sentencia C280 y Auto 119 de 2013 en la ciudad de Villavicencio según el enfoque diferencial de género es el siguiente.

Tabla

Número de víctimas según el enfoque diferencial de género.



Fuente: Unidad para las víctimas (*víctimas*, [www.unidadvictimas.gov.co](http://www.unidadvictimas.gov.co), 2017, número de víctimas según enfoque de género)

GENERO PERSONAS	
Mujer	324
Hombre	290
No Informa	3
LGBTI	1

Grafica 6. Número de víctimas según el enfoque de género. Fuente: Unidad para las víctimas (*víctimas*, [www.unidadvictimas.gov.co](http://www.unidadvictimas.gov.co), 2017, número de víctimas según enfoque de género)

Según la tabla anterior el número de víctimas en mujeres es mayor que el de los hombres con 324 y 290 respectivamente, aunque la constante de la paridad se sigue manteniendo al igual que en la anterior tabla. En las cifras de la población LGBTI en total se presenta tan solo 1 caso registrado.

Ahora en lo que respecta a la ley 1448 de 2011, esta no ha cumplido con las expectativas de millones de ciudadanos, las diferentes medidas de reparación no se están materializando, las víctimas no se sienten reparadas y no creen que la Ley sea efectiva, la percepción a nivel nacional es de constante desconfianza en las instituciones públicas y pérdida de la credibilidad y no solo de la población víctima, sino de toda la sociedad en general.

En la investigación queda claro el estudio del programa de reparación de víctimas que entra a desarrollar la Ley en mención, en el objeto propuesto en su parte inicial, es también claro el número de víctimas en los diferentes entes territoriales estudiados, pero son también confirmados los resultados negativos del trabajo de campo. Además, que estos resultan muy lamentables para cualquier persona que reconoce e identifica la importancia de la Ley para restablecer esas pérdidas materiales y humanas.

Este trabajo de investigación deja esa sensación de que definitivamente el conjunto de fuerzas que hacen parte del sistema no cumplen a cabalidad con lo que manda la constitución política de 1991, su única intención es el interés personal y la acumulación ostensible de riquezas, es por eso que se invita a los Colombianos, a tener una mirada crítica de la realidad social, invitando a ser partícipes de una nueva realidad política social, la consigna debe ser la dignificación de la vida humana, y que si bien es cierto el mercado debe existir, este debe estar al servicio de la sociedad.

## Conclusiones

El gobierno colombiano debe de replantear la mecánica sobre la reparación integral hacia toda la población víctima del conflicto

armado que lo requiera, mediante políticas públicas que se garantice la atención a las personas víctimas del conflicto armado.

La sociedad civil en general y la empresa privada, también son responsables de la población víctima, es por eso que, de una u otra forma, utilizando todos los medios posibles, debemos de ser partícipes junto con el gobierno, de todo lo que significa el proceso de reparación a las víctimas. La empresa privada debe de priorizar la contratación de personas que hayan sido víctimas del conflicto armado colombiano. También la sociedad civil debe de una u otra forma facilitar y contribuir a que las víctimas lleven un proceso mucho más fácil y tolerable, en el largo proceso de recuperación emocional.

Los programas de atención y asistencia deben de convertirse en un proceso constante de acompañamiento por parte de las autoridades administrativas públicas y privadas, no es solo brindarles una reparación pecuniaria a las víctimas, sino también brindarles una atención psicológica de recuperación emocional, que garantice una reparación integral y además una rehabilitación que le permita desarrollarse en sociedad. También hacer un acompañamiento para que puedan acceder a capacitaciones que le garantice tener una mejor calidad de vida. Este trabajo de investigación deja esa sensación de que definitivamente el conjunto de fuerzas que hacen parte del sistema no cumplen a cabalidad con lo que manda la constitución política de 1991, su única intención es el interés personal y la acumulación ostensible de riquezas, es por eso que se invita a los Colombianos, a tener una mirada crítica de la realidad social, invitando a ser partícipes de una nueva realidad política social, la consigna debe ser la dignificación de la vida humana, y que si bien es cierto el mercado debe existir, este debe estar al servicio de la sociedad.

<sup>16</sup>La guerra ha causado además daños socioculturales enormes para las víctimas y para la sociedad, pues ha destruido sistemas de organización social y comunitaria, ha impedido prácticas fúnebres, rituales, actividades de celebración y de conmemoración, todas ellas importantes en las dinámicas culturales y religiosas de

---

<sup>16</sup> Bello, Martha Nubia, Daño, Devastación y resistencia, pág. 205

pueblos y comunidades. La guerra ha trastocado principios y valores fundamentales para la convivencia pacífica y la democracia, ya que ha instalado la desconfianza, el engaño y el aislamiento.

## Referencias

- Constitución política de Colombia del año 1991.
- Ley 1448 de 2011.
- Ley 1257 de 2008.
- Ley 1232 de 2008.
- Ley 1450 de 2011.
- <http://www.senado.gov.co/>
- <http://librepensador.uexternado.edu.co/11bRe3-3xT3rNaD0-U3C/11bRe3-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2015/10/El-rol-de-la-mujer-en-el-conflicto-armado-colombiano-Maestr%C3%ADa-en-gobierno-y-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-El-Libre-Pensador.pdf> -
- El rol de la mujer en el conflicto armado colombiano Por: María Adelaida Barros y Natalia Rojas Mateus - Universidad del externado
- <http://www.endvawnow.org/es/articles/1125-principales-leyes-instrumentos-y-acuerdos-internacionales-y-regionales.html>
- <https://www.ictj.org/es/news/mujeres-colombianas-afectadas-conflicto-armado-agentes-cambio>
- *www.unidadvictimas.gov.co, 2017*
- <http://www.dinero.com/columnistas/edicion-impres/articulo/como-afecta-machismo/17749>
- <http://www.endvawnow.org/es/articles/1125-principales-leyes-instrumentos-y-acuerdos-internacionales-y-regionales.html>
- <http://hsbnoticias.com/noticias/local/victimas-del-conflicto-armado-olvidadas-en-villavicencio-279089>
- <https://www.joomag.com/magazine/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad/0393736001375038441?page=307>
- Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia.
- Revista Basta Ya, año 2013.

- <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/mujeres.PDF>
- <http://colombia.unwomen.org/es/onu-mujeres-en-colombia/las-mujeres-en-colombia>
- <http://www.bdigital.unal.edu.co/44233/1/46124-224047-1-SM.pdf>
- Revista de Derecho y Ciencias Jurídicas DIXI.

## Reflexiones sobre la Aplicación de los Estándares de Protección de Derechos Humanos Instituidos en el DIDH sobre Justicia de Menores\*

CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO\*\*

JAIME CUBIDES CÁRDENAS\*\*\*

CARLOS ALBERTO ARDILA CASTRO\*\*\*\*

---

\* *Capítulo de libro que expone resultados en conjunto de dos proyectos de investigación (i) “Desafíos para la Seguridad y Defensa Nacional de Colombia”, que hace parte de la línea de investigación: Políticas y modelos de seguridad y defensa” del grupo de investigación “Centro de Gravedad”, reconocido y categorizado en (C) por COLCIENCIAS registrado con el código COL0104976 vinculado al Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa Nacionales (CEESEDEN), adscrito y financiado por la Escuela Superior de Guerra de la República de Colombia y con colaboración de la Universidad Libre de Colombia- seccional Pereira.*

\*\* *Abogada Conciliadora de la Universidad Libre de Colombia, Magister en Defensa de los Derechos Humanos ante Tribunales, Cortes y Organismos Internacionales, de la Universidad Santo Tomas en convenio con la Universidad York de Canadá, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, con experiencia en asesoría y coordinación académica de proyectos de investigación sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Mecanismos de Protección Constitucional, Sistema Regional de Protección y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos. Escritora de artículos y libros sobre sistema interamericano. Asesora de procesos de capacitación sobre DDHH y Sistema Interamericano para los programas de formación de la Unidad de Pedagogía del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH – Costa Rica). Docente investigadora Asociada ante COLCIENCIAS de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia –Seccional Pereira, líder de la Línea de investigación y del Semillero en Derechos Humanos del grupo Derecho Estado y Sociedad. Correo electrónico: carolinarb@unilibrepereira.edu.co*

\*\*\* *Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Asesor e Investigador del CEESEDEN. Contacto: jaimecubides@gmail.com.*

---

\*\*\*\* *Magíster Honoris Causa en Inteligencia Estratégica de la Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia “Brigadier General Ricardo Charry Solano”. Magíster en Relaciones y Negocios Internacionales de la Universidad Militar Nueva Granada. Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. Jefe de Investigación de la Escuela Superior de Guerra de la República de Colombia. Contacto: carlosardilacastro@gmail.com*

## I. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes en Colombia han sido concebidos desde el punto de vista constitucional y normativo, como verdaderos sujetos de derechos. Esta nueva visión hace necesaria la adopción de medidas especiales en aquellos casos en los cuales existe un conflicto con la ley penal, aspecto que fue abordado en Colombia por la Ley 1098 de 2006, más conocida como la Ley de Infancia y Adolescencia, la cual crea un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) acorde a los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que se han consolidado en el ámbito internacional como verdaderos estándares en materia de protección integral a los adolescentes que infringen la ley penal.

No obstante, esta doctrina de la protección integral ha sido ampliamente criticada por varios sectores de nuestro país, pues se considera que al tener un SRPA tan garantista se incentiva que los adolescentes comenten delitos, y que no haya verdadera justicia y reparación para las víctimas de estas conductas delictivas, lo cual puede influir en la reincidencia y el aumento de la criminalidad.

Entender las verdaderas implicaciones del alcance y contenido del SRPA, así como sus principios rectores, implica un análisis detallado de la manera como se ha concretado la doctrina de la protección integral en el DIDH, para lo cual se acudirá de manera directa a los tratados internacionales que se han ocupado de este asunto, tanto en el marco del Sistema Universal como del Sistema Regional de protección de los DDHH. De igual manera se tendrán en cuenta los diferentes pronunciamientos de los órganos de protección instituidos para la salvaguarda de las obligaciones contraídas por los Estados en su calidad de Estado parte de dichos instrumentos internacionales. En el caso del Sistema interamericano solamente se hará referencia a los informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es necesario precisar que cumplir con los estándares que desarrolla la doctrina de protección integral no es una tarea de fácil envergadura, ya que implica un cambio en los paradigmas del sis-

tema penal y constitucional colombiano para ejercer una justicia con enfoques diferenciales. Esta ponencia pretende exponer los principales aspectos que deben ser tenidos en cuenta como referentes en el marco de las garantías establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto a la justicia de menores.

## **II. Justicia de Menores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

El Derecho Internacional de los Derechos humanos tiene en la actualidad dos escenarios concretos para su protección. De un lado, el Sistema Universal (ONU) y de otro, el Sistema Interamericano como sistema regional al cual se encuentra vinculado Colombia (OEA). Estos Sistemas de protección, hoy tienen una estrecha relación debido a que los estándares establecidos en uno y otro empiezan a establecer criterios que deben ser observados de manera integral por los órganos y organismos instituidos para velar por el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos.

Por esta razón se procederá a analizar los principales desarrollos que sobre justicia de menores se ha concretado en dichos sistemas de protección para realizar una reflexión acerca de la manera como se insertan estos elementos en el Derecho Interno de los Estados Parte de los principales tratados sobre el particular.

### ***2.1 Protección Universal de los Derechos de los Menores en conflicto con la ley***

Los niños gozan en principio de los mismos derechos que los adultos; sin embargo, en virtud de su condición de especial vulnerabilidad tienen derecho a especial protección, cuidado y ayuda, por lo tanto los derechos que están reconocidos en los instrumentos universales sobre derechos humanos protegen por igual a los niños, niñas y adultos, a no ser que expresamente se introduzca una limitación a sus derechos con base en su situación especial, o

se amplíe el nivel de protección otorgado, dadas sus particulares características.

Es por lo anterior que sólo se tratarán en esta ponencia los instrumentos que de forma concreta hacen referencia a los derechos de adolescentes en conflictos con la ley, no sin antes señalar que existe un marco general de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un instrumento denominado: Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup>, el cual constituye un compromiso de la comunidad internacional para la protección de sus derechos civiles y políticos al igual que los económicos, sociales y culturales, estableciendo la obligación de garantizar a todos los niños, sin ningún tipo de discriminación, el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia.

#### *La Declaración de los Derechos del Niño<sup>2</sup> y la Convención de los Derechos del Niño*

La declaración de los derechos del niño tiene sus orígenes en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la cual fue reconocida también en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Según la Declaración de los Derechos del Niño, éstos tenían derecho a que se les garantizara una infancia feliz, para lo cual los Estados debían garantizar todos los medios necesarios para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como condiciones de libertad y dignidad<sup>3</sup>.

Esta declaración, si bien no se refirió al caso particular de los adolescentes en conflicto con la ley, sí constituyó un primer avance para construcción de un marco de protección para los derechos de los niños en el DIDH.

---

<sup>1</sup> Antecedió a este instrumento la Declaración de los Derechos del Niño como un primer intento por consolidar un sistema de protección específico a los niños que, por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidado especial no solo material sino legal, tanto antes como después del nacimiento.

<sup>2</sup> Organización de las Naciones Unidas. A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

<sup>3</sup> Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2).

Posteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se establece en el derecho internacional con el objetivo de proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el mundo. Recoge en cincuenta y cuatro artículos los derechos más importantes que deben ser plenamente garantizados a los niños, pero al mismo tiempo establece para los Estados obligaciones consistentes en la adopción de medidas que procuren por el interés superior del niño y de la niña. Este instrumento en Colombia hace parte del Bloque de Constitucionalidad, *strictu sensu*<sup>4</sup>, y fue aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

Vale la pena señalar que uno de los aspectos más importantes de este instrumento radica en la definición de quiénes serían los destinatarios de las especiales medidas de protección esbozadas en el tratado, es decir, los niños, definido como “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”<sup>5</sup>.

Otra de las premisas más importantes que estipula la CDN es aquella que señala que todas las medidas que se adopten por parte de los Estados y sus autoridades, con relación a los menores, deben propender por la concreción del interés superior del niño como principio orientador.

Según MIGUEL CILLERO, la Convención formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos<sup>6</sup>.

Dicho en otras palabras, el interés superior del niño supone una función interpretativa bastante nutrida, que empodera a los

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2004, párr. 37.

<sup>5</sup> Convención Sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990. Artículo 1.

<sup>6</sup> CILLERO BRUÑOL, MIGUEL (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño*. N° 9. Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), p. 135.

niños como sujetos de derecho y no como objeto de la norma en sí misma considerada. Como principio orientador el interés del superior del niño cobra especial sentido en aquellos casos en los cuales se encuentra en conflicto con la ley penal, toda vez que implica un doble ejercicio. Por un lado debe apuntar a la construcción de un SRPA que no sea incompatible con la garantía de un mínimo de derechos especialmente protegidos por el DIDH, ponderación que no resulta nada fácil para el Estado.

Concretamente, sobre este aspecto la CDN señala que los Estados parte reconocen que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad<sup>7</sup>.

En estos casos los Estados deben hacer un doble esfuerzo por garantizar, de un lado, que los niños que puedan ser vinculados formalmente a un proceso penal de acuerdo a las disposiciones del derecho interno de los países, tengan una garantía especial de los derechos a la garantías judiciales<sup>8</sup> y la protección judicial<sup>9</sup> acorde al ejercicio de los demás derechos inherentes a su condición de niños, así como la adopción de medidas y tratamientos posteriores y concomitantes a la etapa judicial acordes al principio del interés superior del niño.

El artículo 40 de la CDN establece además otra obligación fundamental de los Estados parte, y es justamente la que tiene que ver con la adopción de medidas apropiadas “para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. Es decir, se trata de la obligación de crear

<sup>7</sup> Convención Sobre los Derechos del Niño, Artículo 40.

<sup>8</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 40 (i, ii, iv, vi, vii).

<sup>9</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 40 (iii, iv).

un sistema de responsabilidad penal diferencial, garantista y articulado, respetuoso del interés superior del niño.

No obstante lo anterior, el concepto de interés superior del niño tiene una amplitud y generalidad que en un momento determinado puede ser incompatible con los derechos de las víctimas de las conductas cometidas, lo cual exige de los operadores de justicia un mayor esfuerzo para ponderar adecuadamente esta circunstancia.

Otra de las obligaciones contenidas en la CDN va encaminada al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, aspecto que debe ser regulado por los Estados a través de su derecho interno. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que en estos casos se puedan adoptar medidas diferentes al procedimiento judicial.

Finalmente, en el caso de que un niño quebrante la ley penal y sea demostrado así judicialmente, el Estado deberá disponer diversas medidas,

“tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Tal y como puede observarse, este artículo 40 de la CDN es el único que aborda de manera directa el tema de la responsabilidad penal de los niños, y se constituye en un referente inicial en el derecho internacional de lo que implica la construcción de un verdadero SRPA.

### ***Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (RB)***

Como ya se mencionó anteriormente, la CDN fue creada en el seno de la ONU y fue el primer instrumento jurídicamente instituido en el año de 1989 para la protección de los derechos de los niños. No obstante, en el año 1985 la Asamblea General a través de Resolución 40/30, del 28 de noviembre de 1985<sup>10</sup>, estableció una serie de reglas mínimas para la administración de justicia para los menores, que fueron el resultado de varias reuniones tendientes a la prevención del delito y al tratamiento del delincuente. En este escenario se planteó que los adolescentes, por ser personas de especial protección y por estar atravesando una etapa biológica complicada, eran más propensos a un comportamiento desviado, por lo cual se hacía necesario atender a criterios de discriminación positiva en el trato cuando éste infringe la ley. Es decir, establece la necesidad de sistemas específicos para la administración de la justicia a los adolescentes. Aunque por mucho tiempo se cuestionó el poder vinculante de estas reglas, dicha situación fue resuelta con la incorporación de sus principios generales en la CDN.

Tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, si bien no se trata de un tratado internacional de derechos humanos,

“en todo caso es un instrumento internacional adoptado en el seno de las Naciones Unidas, que tiene una finalidad compiladora de las garantías recodidas en tratados, la costumbre, los principios generales, la doctrina y la jurisprudencia internacional en la materia, al cual la jurisprudencia constitucional de manera reiterada le ha reconocido un carácter vinculante cuando se trata del examen de constitucionalidad de las leyes que regulan la investigación y el juzgamiento de menores”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Surgieron en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Caracas (Venezuela) en el año 1980, y fueron aprobadas el 29 de noviembre de 1985.

<sup>11</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-684 de 2009.

La estructura de las RB consta de seis partes:

1. Principios generales.
2. Investigación y procesamiento.
3. De la sentencia y la resolución.
4. Tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios.
5. Tratamiento en los establecimientos penitenciarios.
6. Investigación, planificación y formulación, y evaluación de políticas.

Dentro de las reglas que se exigen se encuentran las generales de un debido proceso, un asesoramiento legal no solo al menor sino a los padres, tutores o quien se haga cargo de los menores, notificación a los padres en caso de que el menor haya cometido una infracción a la ley penal; en principio se podría decir que asuntos de respeto que todo Estado de derecho con un sistema jurídico debe tener.

Ahora bien, los criterios diferenciales de este sistema especial se incorporan en este instrumento a partir del artículo 13, y la principal característica tiene que ver con la naturaleza y función de la pena. Es decir, en el Sistema Judicial de Adultos la privación de la libertad es una regla, mientras que en el SRPA debe ser una excepción y el último recurso a utilizar como medio de sanción para los jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley. De ahí que deben plantearse entonces otras opciones de sanciones tendientes a evitar el internamiento en centro privativo de la libertad.

Para cumplir con este cometido el artículo 18 de las RB establece inicialmente siete medidas:

<b>Artículo 18</b> <b>Pluralidad de medidas resolutorias</b>
a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión.
b) Libertad vigilada.
c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad.
d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones.
e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento.
f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas.
g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos.
h) Otras órdenes pertinentes.

Esta postura, adoptada por las Naciones Unidas en relación con la excepcionalidad de las medidas de privación de la libertad y tratamiento especial de los menores, es una clara demostración de un enfoque orientado hacia la prevención y no a la sanción. El principio de prevención por sobre el de la sanción,

“propio de la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente, es aquel que da prioridad a la prevención antes que a la sanción. Se parte del axioma de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social más que por una adecuada política penal. Puede decirse que esta idea de prevención incluso se refleja en el mismo sistema penal, al preferir sanciones no privativas de li-

bertad y considerar criterios de prevención futura (resocialización)”<sup>12</sup>.

Las RB también instan a los Estados que reconocen el concepto de mayoría de edad penal respecto a los menores, a fijen una edad adecuada teniendo cuenta las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual de los menores, aunque lo deseable según la CDN es que los Estados promuevan “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán los Derechos humanos y las garantías legales”<sup>13</sup>.

Este instrumento señala que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que intervengan en la administración de la justicia de menores, deben tener una formación especial y calificada, con el objetivo de promover la prevención y un tratamiento adecuado de los menores en conflicto con la ley (Reglas 12 y 22).

Específicamente en aquellos casos donde proceda la privación de la libertad en establecimientos penitenciarios, el Estado debe procurar “su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”. Es decir, debe dispensarse al menor una atención integral de acuerdo a su edad, sexo y personalidad, y en interés de su desarrollo sano<sup>14</sup>.

Otro aspecto bastante interesante de este instrumento radica en el reconocimiento de la investigación como base de la planificación, y de la formulación y la evaluación de políticas tal y como lo desarrolla la Regla 30, y para lograrlo el Estado debe fomentar las investigaciones necesarias como base para una planificación y una formulación de políticas que sean efectivas. Sobre este aspecto el papel de las universidades y los centros de investigación es fun-

---

<sup>12</sup> AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE; LAGOS CARRASCO, GLADYS y VARGAS PINTO, TATIANA (2009). “Responsabilidad penal juvenil: hacia una «justicia individualizada»”. En: *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. Vol. 22. N° 2, p. 140

<sup>13</sup> Convención de los Derechos del Niño, Artículo 40.3 b.

<sup>14</sup> Reglas de Beijing, Numeral 26.1.

damental. La efectividad de las medidas adoptadas deber ser revisada y evaluada periódicamente con el objetivo de establecer con claridad las tendencias, problemas y causas de la delincuencia y criminalidad de menores, así como las diversas necesidades particulares del menor en custodia. Dicha evaluación deberá realizarse a través de un mecanismo de evaluación e investigación en el sistema de administración de justicia de menores, en donde se recopilen y analicen los datos e información pertinente para el mejoramiento de dicho sistema.

### ***Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (1990)***

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, llevado a cabo en La Habana en el año de 1990, dio origen a dos importantes resoluciones relacionadas con el fenómeno de la delincuencia juvenil. De un lado, las Directrices para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) aprobadas a través de Resolución 45/112, y las Reglas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana), Resolución 45/113, instrumentos que, al igual que las Reglas de Beijing y la Declaración de los Derechos del Niño, aunque hacen parte del *soft law*<sup>15</sup>, hoy en día gozan de un amplio reconocimiento y son tenidos como referentes fundamentales en el campo de la justicia para menores. Dicho en palabras de MAURICIO IVÁN DEL TORO HUERTA: “el *soft law* resulta relevante cuando el principio de buena fe encabeza las relaciones interestatales, así como el desarrollo, la interpretación y clarificación del derecho internacional o del derecho estatal por los operadores jurídicos”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> El *soft law* o derecho blando en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se contraponen al denominado *hard law*, que hace referencia a los instrumentos internacionales generales de los cuales puede derivar responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de las obligaciones contenidas en ellos, y por lo tanto hacer exigible su cumplimiento ante las instancias internacionales correspondientes.

<sup>16</sup> DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN (2006). “El fenómeno del *soft law*

Por esta razón se analizarán los principales aspectos tanto de las Directrices de RIAD como de las reglas de La Habana, con el objetivo de conocer de manera concreta este amplio espectro de garantías instituidas en el DIDH para los menores en conflicto con la ley penal.

### ***Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices RIAD)***

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “establecen los criterios y estrategias que deben fijarse para prevenir la delincuencia” de jóvenes como parte esencial de la prevención del delito<sup>17</sup>.

El aporte más relevante de este instrumento radica en concebir la prevención de la delincuencia juvenil como un eje de trabajo fundamental a través de la implementación de programas preventivos centrados en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia, lo que implica la adopción de una política progresista que debe incluir, entre otros aspectos:

1. El suministro de oportunidades, en particular educativas para cubrir las diversas necesidades de los jóvenes.

2. La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia basados en las leyes, procesos, instituciones e instalaciones, y una red de servicios cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien.

y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VI. México, p. 535.

<sup>17</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DE ASISTENCIA DIRECTA A PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES DE LA SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN CON LA COLABORACIÓN DEL FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) (2007). *Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil*. Buenos Aires, noviembre, p. 15.

3. Una intervención eficaz que se guíe por la justicia y la equidad, cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes.

4. La protección del bienestar, desarrollo, derechos e intereses de todos los jóvenes.

5. Deben desarrollarse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han creado todavía organismos oficiales. Sólo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de con-

La prevención como estrategia vital para afrontar el fenómeno de la criminalidad juvenil debe comprender, en todos los niveles de gobierno, la formulación de planes que tengan claro un diagnóstico inicial de la problemática, así como “reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles”<sup>18</sup>. Es decir que en primera medida los Estados deben ser conscientes de la capacidad instalada, debilidades y fortalezas que tienen para poder asumir un programa serio de prevención de la criminalidad juvenil.

Una vez este panorama ha sido establecido, deben fijarse las funciones de los organismos, instituciones y personal competente que se ocupa de actividades preventivas, para que de manera articulada y con el apoyo incluso de Organizaciones no gubernamentales se formulen políticas, estrategias y programas y métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil, todo lo anterior con la participación de toda la comunidad en general, de los jóvenes y de personal especializado en todos los niveles.

En virtud de este llamado a la integración de toda la comunidad en torno a la problemática de la delincuencia juvenil, establece de manera general el rol de cada uno de los actores que debe intervenir en este modelo: familia (11-19), Estado (45-51), comuni-

---

<sup>18</sup> Directrices de RIAD. Prevención general. Numeral. 9 Literal a.

dad (32-39). No obstante lo anterior, reconoce dos aliados estratégico para lograr la efectividad de las políticas en materia de prevención: la educación (20-31) y los medios de comunicación (40-44)

Esta nueva concepción de la prevención de la criminalidad juvenil plantea de entrada la adecuación de la legislación de los Estados en relación a la administración de justicia de los menores, pues supone la existencia de leyes y procedimientos “especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes”<sup>19</sup>. Dicho marco legal debe prohibir la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas (53), y propender porque ningún niño o joven sea objeto de medidas de corrección o castigos severos o degradantes en el hogar, en la escuela o cualquier otra institución (54).

Finalmente, se exalta la importancia de la investigación, la cooperación internacional y el intercambio de información, experiencias y conocimientos técnicos de la forma como se aborda esta problemática de manera particular por cada uno de los Estados (60-66).

### ***Reglas de La Habana***

Este instrumento, como lo enuncia el mismo en el artículo 3, tiene por objeto:

“establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Directrices de RIAD. Legislación y administración de la justicia de menores, Numeral. 52.

<sup>20</sup> Reglas de las Naciones Unidad para la Protección de los Menores Privados de la Libertad. Perspectivas fundamentales, Numeral. 3.

Los organismos Internacionales de Protección, aunque consideren que la privación de la libertad es el último recurso, son conscientes de que algunas situaciones deben considerar la detención de los menores, y por ende debe establecer reglas especiales para la implementación de dicha medida, por lo que se establece un capítulo dedicado exclusivamente a la administración de los centros de reclusión de menores, en el cual se fijan reglas de ingreso, registro, traslado, clasificación, medios físicos, alojamiento, educación, trabajo, actividades recreativas, respeto de los derechos de libertad de culto, atención médica integral, atención adecuada por el personal de los centros de reclusión de menores, prohibición del uso de la fuerza, y quizá el más importante es que se permita el contacto con la comunidad para que el adolescente no sea aislado totalmente y pueda seguir en comunicación con su familia.

Este instrumento define claramente la privación de libertad. En este sentido, la Regla 11.b expresa que por privación de libertad “se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Sigue imponiendo la obligación de socializar estas reglas con los administradores y funcionarios del centro de privación de la libertad de menores. La labor de apropiación de estas normas debe ser permanente y vigilada por el Estado, como forma de prevención también.

### ***Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)***

Estas reglas son complementarias a las reglas de La Habana, en el sentido que regulan las medidas no privativas como medidas sustitutivas de la prisión o confinación en centros de reclusión, y fueron adoptadas por la Asamblea General mediante Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990.

Este alcance fue expresado literalmente exaltando a los Estados Miembros a introducir:

“medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”<sup>21</sup>.

Según este instrumento, debe existir un compromiso de toda la sociedad con el fin de lograr la reinserción del menor en conflicto con la ley penal a la sociedad. De igual forma, no se queda en un simple deseo de la rehabilitación, sino que propone fases para la implementación de estas medidas. Reconocen también la importancia de los informes psicosociales con el fin de conocer su entorno social, de tal suerte que dichos hallazgos sean tenidos en cuenta a la hora de aplicar la sanción no privativa de la libertad.

Otro aspecto para tener en cuenta es que señala que los Estados parte deberán fijar en su legislación interna una amplia serie de medidas comprendidas “desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, siguiendo las bases del principio de mínima intervención estatal”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Reglas de Tokio. Objetivos Fundamentales, Numeral 1.5.

<sup>22</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DE ASISTENCIA DIRECTA A PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES DE LA SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN CON LA COLABORACIÓN DEL FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) (2007). *Estándares de derechos humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil*. Buenos Aires, noviembre, p. 15.

<b>Imposición de sanciones<sup>23</sup></b>		<b>Medidas posteriores a la sentencia<sup>24</sup></b>
a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia.	b) Libertad condicional.	a) Permisos y centros de transición.
c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.	d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.	b) Liberación con fines laborales o educativos.
e) Incautación o confiscación.	f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización.	c) Distintas formas de libertad condicional.
g) Suspensión de la sentencia o condena diferida.	h) Régimen de prueba y vigilancia judicial.	d) La remisión.

<sup>23</sup> Reglas de Tokio, Numeral. 8. Imposición de sanciones.

<sup>24</sup> Reglas de Tokio, Numeral 9. Medidas posteriores a la sentencia.

Imposición de sanciones		Medidas posteriores a la sentencia
i) Imposición de servicios a la comunidad.	j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.	e) El indulto <sup>25</sup>
k) Arresto domiciliario.	l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión.	

En cuanto a la duración de estas medidas, se señala que su plazo no superará el establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley, y que puede darse la interrupción anticipada de la medida en caso de que el adolescente en conflicto con la ley haya reaccionado positivamente a ella (11.1-11.2).

Es de resaltar que adicionalmente a las obligaciones que recaen en cabeza de los Estados, este instrumento reconoce una obligación especial para los destinatarios de la medida y tiene que ver con la disciplina y el cumplimiento cabal de la medida. Sobre el particular manifiesta que la medida impuesta al adolescente puede modificarse o revocarse bajo los siguientes supuestos:

---

<sup>25</sup> La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso del indulto, será sometida a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente.

La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente (14.2).

El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad (14.3).

En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas (14.4).

En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o mantenerlo bajo supervisión (14.5).

Insiste además en la importancia de la investigación, la cooperación internacional y el intercambio de información, experiencias y conocimientos técnicos sobre la eficacia de estas medidas (20-23).

***Observación General N° 10. Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores. Comité de los Derechos del Niño (abril 25 de 2007)***

La CDN, en los artículos 43 y 44, da origen al Comité de los Derechos del Niño que tiene como finalidad vigilar y analizar el progreso que se ha alcanzado en la realización de los derechos de la infancia, así como sensibilizar y proveer conocimiento sobre los principios y provisiones de la CDN. También es considerado como el intérprete autorizado de las disposiciones contenidas en dicho instrumento. Las interpretaciones hechas por el Comité se publi-

can bajo la denominación de observaciones generales, las cuales tienen el objetivo primordial, de promover la aplicación adecuada de las disposiciones de la CDN, pero además unificar criterios acerca del alcance y contenido de las garantías instituidas en él. El Comité ha proferido 13 observaciones generales, una de ellas referida al tema de la justicia de menores en el año de 2007. A la fecha no se registra un pronunciamiento posterior sobre esta temática.

La Observación N° 10 del Comité es de vital importancia ya que puede dilucidarse como un claro esfuerzo por dar un mejor entendimiento del alcance de la justicia para adolescentes en conflicto con la ley, estableciendo lineamientos generales sobre la justicia penal para menores, la cual no solo debe abarcar el juzgamiento sino todo un desarrollo en pro de los derechos de los niños.

Según el Comité de los Derechos del Niño:

“una política general de justicia de menores debe abarcar las siguientes cuestiones básicas: prevención de la delincuencia juvenil; intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales; edad mínima a efectos de responsabilidad penal y límites de edad superiores para la justicia de menores; garantías de un juicio imparcial; y privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la condena”<sup>26</sup>.

### ***La Justicia de Menores en el Sistema Interamericano de Protección***

En el ámbito del sistema regional de protección cabe señalar que en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) no existe un desarrollo muy amplio en relación con la justicia de menores. Solamente se puede inferir de manera general

---

<sup>26</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores. Observación General N° 10, Párr. 15.

un mandato de especial protección de tres disposiciones, como lo son los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 19 (derechos de niño). Acerca de la protección del derecho a la vida, la CASDH establece una prohibición expresa de imponer “pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”<sup>27</sup>.

Sobre el tema específico de los menores en conflicto con la ley, la CASDH lo aborda de manera general en el contenido dado al derecho a la integridad personal, al señalar que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”<sup>28</sup>. Finalmente, este instrumento internacional también establece un ámbito de protección de los derechos del niño en el artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Además de las disposiciones anteriormente mencionadas, en el sistema interamericano no existe un instrumento que amplíe este marco general de protección como ocurre en el sistema universal en el caso de los menores en conflicto con la ley, donde se observa que en relación con los niños los esfuerzos del sistema interamericano se han concentrado en las obligaciones alimentarias<sup>29</sup>, la restitución internacional de menores<sup>30</sup>, adopción de menores<sup>31</sup> y tráfico de menores<sup>32</sup>.

Sin embargo, la Organización de Estados Americanos (OEA) en el proceso de consolidación de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión decidió adoptar los

<sup>27</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 4.5.

<sup>28</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 5.5.

<sup>29</sup> Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias. Ámbito de Aplicación.

<sup>30</sup> Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.

<sup>31</sup> Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

<sup>32</sup> Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores.

“Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, donde varias de sus disposiciones hacen referencia a los menores en conflicto con la ley.

Además de estos antecedentes, constantemente el tema de la justicia de menores ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo cual enriquece y profundiza los elementos referenciales que se han consolidado en el sistema regional sobre el particular.

Para entender mejor esta dinámica de protección en el sistema regional se han seleccionado los casos más importantes tanto de la CIDH como de la Corte IDH, y de esta manera identificar los retos que plantea la justicia de menores y la protección de los derechos del niño para la OEA.

### ***Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas(2008)***<sup>33</sup>

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas es un documento en el cual se recogen varios principios y derechos humanos reconocidos a las personas privadas de la libertad en otros instrumentos internacionales del DIDH.

Es importante resaltar que a través de este instrumento internacional se reconocen principios tales como el trato humano, el cual se debe brindar a las personas privadas de la libertad con el objeto de respetar su dignidad humana, sus derechos y garantías fundamentales, lo que implica adoptar medidas especiales de protección del derecho a la vida y la integridad personal, y evitar así amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, etc.

La igualdad y no discriminación como principio rector en el marco de este instrumento posibilita a los Estados implementar medidas de discriminación positiva cuando éstas busquen prote-

---

<sup>33</sup> Documento aprobado por la Comisión en su 131º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

ger los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial, así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, siempre y cuando dichas medidas se apliquen dentro del marco de la ley y del DIDH.

También es importante reseñar que se habla de un principio básico denominado libertad personal, que propende por la protección de la libertad de cualquier tipo de abuso o arbitrariedad de la que pueda ser sujeto el ser humano; se establece una regla general según la cual, “la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario”, y en el caso de los niños y niñas “deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales”<sup>34</sup>.

Prosiguiendo con lo que concretamente nos concierne de este instrumento, es importante resaltar el principio denominado salud, de donde tenemos que se establece la obligación para los Estados de garantizar a todas las personas privadas de la libertad el derecho a la salud,

“entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada, (...) ) y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de la libertad, pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo como, (...) los niños y las niñas (...).”<sup>35</sup>.

Del anterior enunciado se desprende muy claramente el hecho de que todas las personas privadas de la libertad son merecedoras de este derecho, pero hace una distinción en cuanto a las niñas y

---

<sup>34</sup> Principio III. 1. Principio básico.

<sup>35</sup> Op. cit.

niños debido a su particular y especial condición por ser seres un poco más vulnerables que los demás, lo cual queda muy claramente evidenciado en los siguientes apartes del presente instrumento internacional:

“Las mujeres y las niñas privadas de la libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva, en particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto (...) En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y las que acaban de dar a luz”<sup>36</sup>.

Adicional a la tesis planteada sobre la inapropiada interpretación de los instrumentos por parte del legislador interno, se puede mencionar también otro de los principios denominado albergue, el cual reza que se deberá contar con instalaciones adecuadas de acuerdo a las condiciones especiales en que están ciertas personas que se encuentran privadas de la libertad, como son los enfermos, los discapacitados, los niños y niñas, entre otros. Este principio hace una muy clara alusión a que se deben implementar instalaciones adecuadas teniendo en cuenta que las personas mencionadas por su condición especial deben ser tratadas digna y adecuadamente según sus necesidades y su condición, ya que no es lo mismo tratar de rehabilitar y brindar atención a una persona que se encuentre disfrutando de la plenitud de sus capacidades tanto físicas como mentales, que a una persona que se encuentre en un evidente grado de vulnerabilidad por carecer de alguna de dichas facultades.

También hallamos otro principio que establece las condiciones de higiene que se deben tener en cuenta con las personas privadas de la libertad y a través del cual se establece una consideración especial con relación a las mujeres y niñas que se encuentren priva-

---

<sup>36</sup> Op. cit.

das de la libertad, teniendo en cuenta que por el hecho de pertenecer al sexo femenino es necesario hacer dicha distinción, ya que por la particularidad de las condiciones y necesidades físicas necesitan de ciertos implementos y consideraciones que no necesitarían los demás. Sin duda alguna el mencionado principio también incluye a las niñas en su enunciado, quedando muy claro el hecho de que éstas también podrán encontrarse bajo la tutela del Estado, en algunas circunstancias u ocasiones especiales, y que por tal motivo deben ser incluidas para ser tenidas en cuenta con relación a la mencionada consideración.

Además de lo anteriormente expuesto, hallamos algunos otros principios establecidos en el presente instrumento que hacen alusión a las consideraciones especiales que se deben tener en cuenta cuando se prive de la libertad a los niños y niñas (menores entre 14 y 18 años de edad) por cualquier circunstancia, entre los tenemos: el principio de la educación y las actividades culturales, que establece la gratuidad de la enseñanza primaria y básica para las personas privadas de la libertad, pero en especial para los niños y niñas que se encuentren en esta situación. También se fija un principio del trabajo, a través del cual se establece que se deben aplicar todas las normas nacionales e internacionales de protección vigentes en materia de trabajo infantil, para los niños y niñas que se encuentren privados de la libertad y que utilicen este medio para su rehabilitación, con el fin de evitar la explotación infantil y garantizar el interés superior de la niñez, todo por razón de su especial condición de vulnerabilidad.

Para terminar, con relación a este instrumento es importante destacar que existe un principio muy importante por el cual se establece una clasificación de categorías, a través de la que se realiza una separación entre los hombres y las mujeres, los niños y niñas de los adultos, los jóvenes de los adultos y otras. De dicha separación de categorías se puede deducir que aunque se realiza una distinción teniendo en cuenta las características, necesidades y condiciones especiales de las personas que hacen parte de cada categoría, en ningún momento se hacen exclusiones que impliquen que algunas de las personas pertenecientes a alguna en par-

ticular no puedan ser privadas de la libertad o merecedoras de la toma de medidas restrictivas especiales, de lo que se deduce el hecho de que los niños y niñas, aunque se encuentren clasificados de manera separada y no se puedan tratar como a cualquier persona, sí pueden ser privados de la libertad cuando así lo ameriten las circunstancias, ya que en el instrumento se hacen señalamientos hacia todas las categorías en general, y aunque en algunos casos se hacen diferenciaciones con relación a la categoría de los niños o menores, nunca se realizan exclusiones.

### ***Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas (2011)***<sup>37</sup>

Este informe realizado por la CIDH señala que la justicia juvenil no puede equipararse a la justicia de los adultos. Y así lo ha enfatizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al manifestar que: “Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”<sup>38</sup>

De igual manera sostiene la Comisión que las disposiciones que están establecidas tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, hacen parte del Corpus Juris internacional que sustenta la protección especial de los derechos del niño. Por tanto, “el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación”<sup>39</sup> es decir, la

---

<sup>37</sup> Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de julio de 2011.

<sup>38</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96.

<sup>39</sup> Comisión Interamericana de derechos humanos, relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas oea/ser.l/v/ii. Doc. 78 13 julio 2011. Párr. 16.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, las Reglas para la protección de menores privados de la libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Esta visión integradora apunta a la construcción del interés superior del niño como principio orientador de las medidas que los Estados parte de la Convención Americana sobre DDHH deben adoptar en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de este tratado.

### ***Algunos casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)***

La CIDH desarrolla una función principal que radica en la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos en las América<sup>40</sup>. En cumplimiento de su mandato la CASDH ha precisado unas funciones dentro de las cuales se cuenta la de recibir, analizar e investigar peticiones individuales en que se alega que Estados miembros de la OEA han violado derechos humanos<sup>41</sup>.

Cabe recordar que la CIDH no obra dentro de este sistema de peticiones individuales como un órgano jurisdiccional, simplemente:

“formula recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Carta de la Organización de los Estados Americanos, Artículo 106, en concordancia con el artículo 41 de La Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

<sup>41</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 41.f, en concordancia de lo estipulado por este mismo instrumento en los artículos 44-51.

<sup>42</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos, *Artículo 41.B*.

Dichas recomendaciones se realizan a través de informes que pueden ser de cuatro tipos: informes de admisibilidad de un caso<sup>43</sup>, informes sobre la decisión de fondo del asunto<sup>44</sup>, informes anuales<sup>45</sup>, e informes sobre derechos humanos en un Estado<sup>46</sup>.

Otro aspecto bastante interesante en el Sistema Interamericano es que existe una Relatoría sobre Derechos de la Niñez, que ha contribuido en gran medida a la construcción de un marco de protección más sólido en el Sistema Interamericano.

### **César Alberto Mendoza y Otros<sup>47</sup> vs. Argentina**

#### ***Prisión y reclusión perpetua de adolescentes***

Los peticionarios alegan que la República Argentina es responsable internacionalmente en el marco de la CASDH por la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 19 (derechos del niño), con relación a los artículos 1(1) (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), por haber impuesto a las presuntas víctimas la pena de prisión perpetua, por delitos perpetrados siendo menores de 18 años, y que en estos momentos están reclusos en condiciones que ha afectado gravemente la vida y la integridad personal de las presuntas víctimas.

En relación con el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna los peticionarios señalaron que:

“en el ámbito interno, la defensa de los ahora jóvenes interpuso los respectivos recursos de casación contra las sentencias condenatorias, los cuales habrían sido denegados por cuestiones

---

<sup>43</sup> Reglamento Comisión Interamericana, Artículo 36.

<sup>44</sup> Reglamento Comisión Interamericana, Artículo 44.

<sup>45</sup> Reglamento Comisión Interamericana, Artículo 58.

<sup>46</sup> Reglamento Comisión Interamericana, Artículo 58.

<sup>47</sup> Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristián Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández.

formales, con lo que los peticionarios argumentan que las presuntas víctimas no contaron con una revisión, por tribunal superior, de los fallos que los condenaron a prisión perpetua. Asimismo, en la petición se indica que la defensa de los jóvenes interpuso diversos recursos cuestionando la constitucionalidad de las penas impuestas, por tratarse de personas que al momento de cometer los ilícitos penales eran menores de 18 años; dichos recursos fueron rechazados por las autoridades judiciales, al considerar que la aplicación de la pena, en cada caso, se realizó conforme a la Constitución y la legislación argentina aplicable<sup>48</sup>.

En este caso la CIDH al realizar el análisis de admisibilidad en cuanto a los elementos de la competencia<sup>49</sup>, específicamente la competencia *ratione materiae*, advierte que de acuerdo a las normas de interpretación establecidas en la CASDH la Comisión decide analizar el caso a la luz de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas.

Los peticionarios alegaron ante la CIDH que las condiciones de reclusión afectaron gravemente el derecho a la vida y la integridad personal de los peticionarios, y entre 2000 y 2004 se interpusieron varios recursos para mejorar esa situación. No obstante, en el año 2005 se produjo el suicidio de Ricardo David Videla Fernández, la pérdida de visión de Lucas Matías Mendoza como consecuencia de un golpe recibido en el ojo izquierdo y otras lesiones causadas en diferentes hechos a Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez.

En el informe de Fondo del asunto la CIDH centró su debate jurídico en ocho puntos centrales:

1. Las condenas de reclusión y prisión perpetuas.
2. El derecho a recurrir el fallo.
3. Derecho de defensa.

---

<sup>48</sup> César Alberto Mendoza y otros vs. Argentina. Petición 270-02. Informe N° 26/08 párr. 3 (2008).

<sup>49</sup> La Comisión analiza cuatro elementos de la competencia: *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*.

4. Las condiciones de detención en la Penitenciaría provincial de Mendoza.

5. La muerte de Ricardo David Videla Fernández.

6. La pérdida de visión de Lucas Matías Mendoza.

7. Las lesiones causadas a Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez.

8. La integridad personal de los familiares<sup>50</sup>.

Dentro de los aspectos más importantes analizados por la CIDH vale la pena tener en cuenta los siguientes.

<p>a) El estándar de la protección y garantía de los derechos de la niñez</p>	<p>Este estándar implica que los derechos de los niños deben ser salvaguardados tanto por su condición de seres humanos como en razón de la situación especial en la que se encuentran, para lo cual es necesario adoptar medidas especiales de protección (párrafo 136).</p>
<p>b) Estándares Internacionales sobre la justicia penal respecto de niños, niñas y adolescentes</p>	<p>El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se dirige a procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes sean limitadas únicamente a las infracciones más severas, y deben propender hacia formas de sanción distintas a la reclusión o privación de la libertad (párrafo 145).</p>

<sup>50</sup> César Alberto Mendoza y otros vs. Argentina. Informe N° 172/10 OEA/Ser.L./VII.140, doc 70, párr. 127 (2010).

	<p>El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se dirige a procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes sean limitadas únicamente a las infracciones más severas, y deben propender hacia formas de sanción distintas a la reclusión o privación de la libertad (párrafo 145).</p> <p>El ejercicio del ius puniendi por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño (párrafo 146).</p> <p>Los estándares internacionales sobre justicia de menores se aplican no solo para efectos de la responsabilidad penal, sino también para la aplicación de las consecuencias de dicha responsabilidad (párrafo 149).</p>
<p>c) En relación con la prisión perpetua</p>	<p>La prisión perpetua no se encuentra prohibida en términos definitivos, pues la Convención de los Derechos del Niño, artículo 37.a, señala que la misma puede ser aplicada con posibilidad de excarcelación (párrafo 154).</p>

## Penas de muerte para adolescentes

Sobre este tema la CIDH ha analizado cinco casos emblemáticos que han fortalecido el status de norma de *ius cogens*<sup>51</sup>, de la prohibición de imponer pena de muerte a los menores de 18 años.

### ***Caso James Terry Roach and Jay Pinkerton vs. Estados Unidos (1987)***

James Terry Roach y Jay Pinkerton fueron condenados a la pena de muerte, aún cuando al momento de la comisión de las conductas imputadas tenían la edad de 17 años. La Corte Suprema de Justicia en ambos casos rechazó el recurso de revisión (*writ of certiorari*), y finalmente los dos fueron ejecutados en enero y mayo de 1986, respectivamente.

Los peticionarios, además de argumentar ante la CIDH que Estados Unidos había violado el derecho a la vida, protegido internacionalmente, al condenarlos a muerte por haber delinquido siendo menores de dieciocho años, preguntaron a la CIDH si en la legislación norteamericana la ausencia de una prohibición federal respecto a la ejecución de delincuentes menores de edad constituye o no una violación de las normas de derechos humanos aplicables en Estados Unidos bajo el sistema interamericano. Sobre el particular señaló la CIDH en su Informe N° 3/87, que:

La diversidad en la práctica de los Estados de la Unión -reflejada en el hecho de que algunos de éstos hayan abolido la pena de muerte mientras que otros permiten que ella sea aplicada a niños menores de 10 años de edad- tiene como resultado que se apliquen sentencias totalmente distintas por la comisión de un mismo crimen. La privación de la vida por parte del Estado no debería estar sujeta a un factor tan fortuito como

---

<sup>51</sup> Las normas de *ius cogens* se constituyen en reglas que han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos.

el lugar donde el delito fue cometido. Bajo el actual sistema penal de los Estados Unidos un joven de 16 años que cometiere un delito capital en el Estado de Virginia podría ser privado de la vida mientras que si el mismo joven perpetra la misma ofensa del otro lado del Memorial Bridge, en Washington, D.C., donde la pena de muerte ha sido abolida tanto para adultos como para menores de edad, su sentencia no sería la muerte (Párr. 62).

En mérito de lo expuesto, considera la Comisión que determinar en los Estados que no han abolido la pena de muerte, si un menor debe ser juzgado como adulto y por lo tanto debe aplicarse la pena de muerte debería obedecer a criterios objetivos, tales como la naturaleza del crimen y no el lugar donde se cometió. Estas leyes de aplicación arbitraria de la privación de los derechos a la vida y a la igualdad ante la ley son contrarias a los artículos I y II de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente<sup>52</sup>.

Otra conclusión interesante de este informe radica en que no hay duda que en el DIDH existe una norma *ius cogens* que prohíbe la ejecución de menores, lo que ocurre es que no existe un consenso en relación a cuál es la mayoría de edad. No obstante, en estricto sentido no existe una norma *ius cogens* u otra norma del derecho internacional consuetudinario que prohíba la ejecución de menores de 18 años.

### ***Caso Michael Domingues vs. Estados Unidos (2002)***

El 1º de mayo de 2000 la Comisión recibió una petición en nombre del Sr. Michael Domingues, condenado y sentenciado a muerte por ser el autor de dos homicidios que ocurrieron en el Estado de Nevada en 1993, época para la cual tenía 16 años. En 1999 la Suprema Corte de Estados Unidos se negó a revisar un dictamen de la Suprema Corte del Estado de Nevada permitiendo la ejecución de un condenado por un delito cometido siendo menor.

---

<sup>52</sup> La Comisión confronta los hechos demandados a las normas pertinentes de la Declaración Americana, ya que los Estados Unidos no son Parte de la Convención Americana.

Los peticionarios afirman dentro de sus argumentos que para el año 2002 es posible hablar de una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de menores de 18 años y que es necesario que la CIDH evalúe el alcance dado a este asunto en el caso James Terry Roach and Jay Pinkerton.

En opinión de la Comisión:

(...) la práctica mundial de los Estados (...) ilustra la congruencia y generalización entre los Estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito.

Es decir, a partir de este caso la CIDH considera que en el DIDH han surgido diversos instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados en donde se ha reconocido esta prohibición de manera concreta. Incluso el Cuarto Convenio de Ginebra ha sido ratificado sin reservas por los Estados Unidos:

“Sobre esta base, la Comisión considera que Estados Unidos está obligado por una norma de *ius cogens* a no imponer la pena capital a personas que cometieron los delitos cuando no habían cumplido los 18 años de edad. Como norma de *jus cogens*, esta proscripción obliga a la comunidad de Estados, incluidos los Estados Unidos. La norma no puede ser derogada con validez, sea por tratado o por objeción de un Estado, persistente o no”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Michel Domingues vs. Estados Unidos, Caso 12.285, Informe N° 62/02, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.11x. Párr. 2 (2002). Párr. 84.

Teniendo en cuenta este nuevo panorama la Comisión recomienda que se “Otorgue a Michael Domingues una reparación efectiva, que incluya la conmutación de la sentencia”, e indica a Estados Unidos la importancia de revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para garantizar que la pena de muerte no se imponga a personas que, en momentos de cometer su delito, tengan menos de 18 años de edad, en aquellos Estados donde aún persiste esta práctica.

### ***Casos Toronto Markkey Patterson/Napoleón Beazley vs. Estados Unidos***

Las peticiones interpuestas en nombre de Napoleón Beazley (febrero de 2002) y Toronto Markkey Patterson (junio de 2002), quienes se encontraban recluidos en espera de ser ejecutados en el Estado de Texas, aún cuando al momento en que ocurrieron los hechos ellos tenían 17 años de edad. En los dos casos fueron ordenadas medidas cautelares solicitando que el Estado suspendiera su ejecución en tanto la petición estuviera pendiente de trámite ante la Comisión. No obstante fueron ejecutados.

La CIDH, además de enfatizar en el carácter de norma de *ius cogens* de la prohibición de imponer la pena de muerte a los menores de 18 años, aborda el incumplimiento por Estados Unidos de las medidas cautelares ordenadas para preservar la vida de los peticionarios. Consideró la Comisión que con esta actuación se habían privado del derecho de petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y causó un daño grave e irreparable, con lo cual no actuó de acuerdo con las obligaciones fundamentales en materia de derechos humanos, como miembro de la Organización de los Estados Americanos, de tal suerte que le insta en futuras oportunidades a cumplir con los requerimientos de este órgano.

### ***Caso Gary t. Graham, actualmente conocido como Shaka Sankofa vs. Estados Unidos***

Este caso, si bien plantea en principio una discusión jurídica en torno a la prohibición de la pena de muerte de los menores de 18 años, lo cual no resulta novedoso de entrada, desde el punto de vista argumentativo establece aspectos que no habían sido desarrollados en ninguno de los casos anteriores por los peticionarios.

La petición fue presentada por la International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de la American University, y básicamente formulaba tres denuncias<sup>54</sup>:

1. El Estado violó el derecho del Sr. Sankofa a un juicio justo y al debido proceso previstos en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración Americana”), al denegar a dicha persona una asistencia letrada efectiva y acceso a un foro judicial que revisara las pruebas de identificación y otras pruebas que indicaban que era inocente del delito por el que fue condenado.

2. Sostienen que en virtud de la tardanza en la ejecución, Estados Unidos es responsable de violaciones del derecho del Sr. Sankofa de no ser sometido a tortura o a penas crueles, infamantes o inusitadas, conforme al artículo XXVI de la Declaración Americana.

3. Finalmente, sostienen que Estados Unidos es responsable de violaciones del derecho del Sr. Sankofa a la vida y a la igualdad ante la ley conforme a los artículos I y II de la Declaración Americana, ya que tenía 17 años de edad en la fecha del delito por el que fue declarado culpable y condenado a muerte.

---

<sup>54</sup> El Sr. Sankofa fue declarado culpable de un homicidio cometido en mayo de 1981 en el Estado de Texas y condenado a muerte. Se había fijado como fecha de su ejecución el 29 de abril de 1993. La ejecución fue luego postergada en varias ocasiones en virtud de actuaciones judiciales internas. En definitiva, el Sr. Sankofa fue ejecutado el 22 de junio de 2000.

En relación con el acervo probatorio que fundamentó la sentencia del señor Sr. Sankofa, en jurisdicción interna la CIDH señaló que:

“la única prueba en que se basó la condena del Sr. Sankofa fue la prueba de identificación de un testigo ocular del delito, así como la prueba de que el calibre de la bala letal coincidía con el de una pistola que se encontró en posesión del Sr. Sankofa en el momento de su arresto (...) según la información disponible, muy bien podrían arrojar dudas razonables sobre la culpabilidad del Sr. Sankofa”.

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta la rigurosidad máxima que debe ser tenida en cuenta por los tribunales nacionales para establecer objetivamente la aplicabilidad de la pena capital, considera la CIDH que el Estado debió haber puesto a disposición del afectado un recurso de revisión, “sobre la base de la plenitud de la prueba pertinente a través de un procedimiento que incluya mecanismos fundamentales de protección de un juicio justo previstos en la Declaración, incluido el derecho de presentar e interrogar testigos”<sup>55</sup>.

### **Condiciones de los menores privados de la libertad**

Otro de los temas recurrentes abordados por la CIDH en sus informes, corresponde a las condiciones en las que se materializa la sanción de la privación de la libertad de los adolescentes en conflicto con la ley, pues pese al amplio desarrollo que ha tenido esta temática en el DIDH, algunos países aún no adoptan las disposiciones de derecho interno necesarias para cumplir cabalmente con este mandato. Los casos seleccionados para entender mejor los planteamientos que desde el sistema regional se han construido en torno a esta problemática en su mayoría provienen del Brasil. Sin embargo, muchas de las dificultades develadas sin lugar a dudas permiten establecer una serie de lecciones aprendidas que

<sup>55</sup> Gary T. Graham (actualmente conocido como Shaka Sankofa) vs. Estados Unidos, Caso 11.193, Informe N° 97/03, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 en 705 (2003). Párr. 47.

pueden contribuir al fortalecimiento del SRPA creado en Colombia a partir de la Ley de Infancia y Adolescencia.

### ***Adolescentes en custodia de la Febem vs. Brasil***

El 5 de septiembre de 2000 se presentó ante la CIDH una petición contra la República Federativa del Brasil por la presunta violación de los artículos 4, 5, 19, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, sobre el derecho a la educación, en perjuicio de los adolescentes acusados de cometer infracciones penales, en custodia en las unidades de la Fundación de Bienestar del Menor (FEBEM) en el Estado de São Paulo.

Afirmaron los peticionarios en la denuncia que:

“los adolescentes encarcelados en el sistema penal paulista (...) eran sistemáticamente víctimas por torturas, maltratos y golpizas. Además, la situación degradante a que vivían expuestos daba lugar a luchas internas, rebeliones y fugas que terminaban muchas veces en forma violenta, con graves lesiones corporales y hasta la muerte de los adolescentes en custodia”<sup>56</sup>.

La petición fue admitida el 9 de octubre de 2002 sin que hasta el momento haya un pronunciamiento de fondo del asunto. Se han solicitado medidas cautelares ante la Comisión Interamericana en el año de 2004<sup>57</sup>, y medidas provisionales ante la Corte IDH, las cuales fueron concedidas a través de Resolución de 17 de noviembre de 2005. Pese a la existencia de estas medidas de protección ordenadas al Estado de Brasil, sólo hasta el año 2008 fueron levantadas dichas medidas por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>56</sup> *Adolescentes en Custodia de la Febem vs. Brasil*, Caso 12.328, Informe N° 39/02, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 5 rev. 1 en 190. Párr. 2 (2002).

<sup>57</sup> Las medidas cautelares dictadas el 21 de diciembre de 2004 por la Comisión, las cuales habían sido solicitadas el 27 de abril de 2004 y fueron registradas con el N° 852-04.

### ***Caso Lazineo Brambilla da Silva vs. Brasil (2007)***

Este caso hace referencia al asesinato del niño Lazineo Brambilla da Silva de diez y seis años de edad el 9 de noviembre de 2003. Ello tuvo lugar durante una fuga en masa de la Unidad III del Complejo Vila Maria, Adoniran Barbosa, de la Fundación Estadual del Bienestar del Menor (en adelante FEBEM), de São Paulo, donde se encontraba recluido. A esta violación presuntamente se suma una inobservancia del debido proceso legal, materializada en el obrar omisivo de la policía en la producción de pruebas y la falta de recursos contra el archivo indebido del caso por el Juez, con aquiescencia del Ministerio Público<sup>58</sup>.

Este caso resulta bastante particular, toda vez que la defensa del Estado argumentó la existencia de una “duplicidad de procedimiento”, ya que se encontraba en trámite ante la CIDH el caso “Adolescentes en custodia de la Febem vs. Brasil”, lo cual en su criterio “materializa una litispendencia (...) pues la última supuestamente incluye a la FEBEM como institución, conteniendo como presuntas víctimas a todos sus internos, entre los cuales se halla Lazineo Brambilla da Silva”. Esta postura del Estado de Brasil fue desestimada por la CIDH. Pese a haber sido admitida, aun no existe un pronunciamiento de fondo sobre este caso en particular.

### ***Caso Personas Privadas de Libertad en el Centro de Detención Provisional de Guarujá, São Paulo vs. Brasil***

Varias organizaciones de derechos humanos presentaron una petición contra la República Federativa del Brasil, al tiempo que una solicitud de Medidas Cautelares el 18 de abril de 2007:

“Esta petición denuncia la situación de superpoblación carcelaria, condiciones degradantes de detención, malos tratos y consecuentes violaciones a los derechos humanos de los adultos, niños, niñas, y jóvenes privados de libertad en la *Cadeia*

---

<sup>58</sup> Caso Lazineo Brambilla da Silva vs. Brasil. Petición 998 05, Informe N° 41/07, inter-am. (2007). Párr. 2.

*Pública* (Centro de Detención Provisional) del Municipio de Guarujá, Estado de São Paulo, Brasil. Manifiestan los peticionarios que los hechos caracterizarían violaciones al derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), derechos del niño (artículo 19) y derecho a la protección judicial (artículo 25), así como el incumplimiento de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (artículo 1.1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («la Convención Americana»).

Para la CIDH resulta claro que los hechos denunciados constituyen eventualmente violaciones a los artículos 5.2. Y 19 de la CASDH, así como:

“los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la tendencia de integrar el sistema regional y el sistema universal. La Comisión considera que el daño físico y psicológico que la detención podría haber causado en las niñas, las cuales por su edad y sexo se encuentran en particular riesgo de sufrir actos de violencia y atentados contra su integridad física y psicológica, podrían configurar una violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. La CIDH estima que estos hechos ameritan un examen de manera más precisa y completa en la etapa de fondo”<sup>59</sup>.

No obstante, aún no ha habido un pronunciamiento de fondo por parte de la CIDH.

### ***Caso Menores Detenidos vs. Honduras***

Los peticionarios denuncian la detención ilegal de niños habitantes de calle y su posterior direccionamiento a la cárcel central de Tegucigalpa por motivos no tipificados como delitos (vagancia-

<sup>59</sup> Caso Personas Privadas de Libertad en el Centro de Detención Provisional de Guarujá, São Paulo v. Brasil. Petición 478-07, informe N° 41/08, inter-am. (2008). Párr. 85.

orfandad), porque según las autoridades no existía un lugar mejor donde enviarlos. Una vez allí, los menores fueron reclusos en dos celdas junto a 80 detenidos más, todos ellos adultos, situación que ha propiciado que se les causaran abusos físicos y sexuales.

Manifiestaron categóricamente los solicitantes que esta situación es contraria a todas las normas internacionales que regulan la detención de menores de edad, entre ellas: los artículos 5, 7, 19 y 29(b) CASDH; 7 y 10(b) del PIDCP; 3(1), 19(1) y, especialmente, 37 de la CDN, y 13(4) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

La Comisión Interamericana centra su análisis en la reclusión de menores de edad junto con adultos, señalando que se trata de un “grave riesgo para su integridad física, psíquica y moral, y que viola el artículo 19 de la Convención, que establece la obligación no susceptible de garantizar, en forma especial, la protección de la niñez”<sup>60</sup>.

A su vez, establece que no resulta admisible restringir la libertad de un menor por una razón que se encuentra por fuera de la ley, y menos cuando se argumenta que se toma esta medida invocando razones de tutela, pues privarles de la libertad por encontrarse en situación de riesgo equivale a una sanción injustificada. Cabe recordar que de acuerdo a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, los menores no deben ser privados de libertad sino en situaciones excepcionales, lo cual implica que el encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

En este orden de ideas, la CIDH determina dos obligaciones generales del Estado en estos casos de extrema vulnerabilidad como ocurre en el caso de los niños en condición de calle: la prevención y la rehabilitación, en concordancia con lo estipulado en el artículo 39 de la CDN, es decir, adoptar medidas tendientes a la recuperación física y psicológica, y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier formas de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

<sup>60</sup> Menores Detenidos vs. Honduras, Caso 11.491, Informe N° 41/99, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 573 (1998). Párr. 98.

La CIDH también señala que de las normas del DIDH sobre la justicia de menores y derechos del niño claramente se desprenden unas reglas muy claras en relación con el diseño de la política social y el papel subsidiario de la política criminal en tratándose de menores, a saber<sup>71</sup>:

1. El Estado no puede utilizar el *ius puniendi* estatal como un mecanismo para obviar o no abordar los problemas sociales que enfrentan los niños.
2. El Estado debe limitar la intervención penal al mínimo. Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad.
3. No debe emplearse, por tanto, el *ius puniendi* estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor.
4. Aún en el caso de infracciones tipificadas, la legislación tutelar del menor debe propender hacia formas de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad.

## Conclusiones

Los estándares de protección instituidas a los Niños, Niñas y Adolescentes en el derecho internacional, especialmente cuando se trata de infractores de la ley penal establece claramente una protección reforzada de los derechos del niño que se debe materializar no solo en garantías formales del debido proceso (garantías judiciales y protección judicial) consistentes en principio en la aplicación de principios como legalidad, excepcionalidad, especialización, igualdad y no discriminación y no regresividad, sino en la creación de sistemas de justicia

---

<sup>71</sup> Menores Detenidos vs. Honduras, Caso 11.491, Informe N° 41/99, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 573 (1998). Párr. 116–117.

juvenil que les reconozcan como sujetos de derechos y no como objeto de la acción penal.

Bajo este entendido, dichos sistemas deben contemplar límites al uso de la imposición de sanciones privativas de la libertad, entendiendo que estas medidas encuentran límites, puesto que esta solo procede como medida de última ratio, bajo el principio de excepcionalidad. En aquellos casos en que la imposición de la medida sea necesaria, ésta debe ser proporcional y mientras persista esta limitación a la libertad física de los menores debe procurarse una protección especial a sus derechos fundamentales y en todo caso debe garantizarse una revisión periódica de la medida y el contacto con la familia y la comunidad, quedando así proscritas medidas de aislamiento en tratándose de la justicia de menores.

En todo caso las medidas de privación de la libertad deben atender a la implementación de enfoques diferenciales que inciden por ejemplo en los Criterios de clasificación de las niñas, niños y adolescentes privados de libertad y las condiciones y lugares en las cuales se va a materializar la sanción establecida por el juez, pues debe garantizarse de manera reforzada el derecho a la vida, la integridad, la alimentación, la salud física y mental, la educación y la recreación.

Pese a este amplio marco de protección establecido tanto en el sistema Universal como en el Sistema interamericano, en la mayoría de países de Latinoamérica persisten muchas debilidades en los sistemas de justicia establecidos, pues en muchos países aún no se contempla la inclusión de dichos enfoques diferenciales e incluso la privación de la libertad es la medida más recurrente. De otro lado, en los países que si han avanzado en ello, se encuentran enfrentando problemáticas especialmente referidas al abordaje de la reincidencia como evidencia de un modelo poco exitoso y la falta de condiciones adecuadas de los centros de reclusión de menores.

## Bibliografía

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE; LAGOS CARRASCO, GLADYS y VARGAS PINTO, TATIANA (2009). “Responsabilidad penal juvenil: hacia una «justicia individualizada»”. En: *Rev. derecho* (Valdivia) [online].
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño*. N° 9. Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN (2006). “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. VI. México.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices RIAD). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
- Declaración de los Derechos del Niño. A.G. res.1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).
- Estándares de Derechos Humanos para la implementación de un sistema de justicia penal juvenil. Buenos Aires, noviembre de 2007.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR (1998). *Separata del libro Liber Amicorum Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.
- Observación General de las Naciones Unidas N° 10 sobre los Derechos del Niño en la justicia de menores de 2007.
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (1990).
- Organización de las Naciones Unidas. A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. Aprobado por la Comisión en su 131° Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. Asamblea General de la ONU. Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por Asamblea General mediante resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

### ***Cartas y convenciones***

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias. Ámbito de Aplicación.
- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.
- Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

### ***Casos ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos***

- Caso César Alberto Mendoza y otros vs. Argentina. Petición 270-02. INFORME N° 26/08 (2008).
- Caso Michel Domingues vs. Estados Unidos. Caso 12.285, Informe N° **62/02**, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.11x. (2002).
- Casos Toronto Markkey Patterson/Napoleón Beazley vs. Estados Unidos. Caso 12.439, Informe N° 25/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.11x. (2005).
- Caso Adolescentes en Custodia de la Febem vs. Brasil. Caso 12.328, Informe N° 39/02, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 5 rev. 1 en 190. Párr. 2 (2002).

- Caso *Lazinho Brambilla da Silva vs. Brasil*. Petición 998 05, informe N° 41/07, inter-am. (2007).
- Caso *Personas Privadas de Libertad en el Centro de Detención Provisional de Guarujá, São Paulo vs. Brasil*. Petición 478-07, informe N° 41/08, inter-am. (2008).
- *Menores Detenidos vs. Honduras*, Caso 11.491, Informe N° 41/99, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 573 (1998).
- Caso *Gary T. Graham (actualmente conocido como Shaka Sankofa) vs. Estados Unidos*. Caso 11.193, Informe N° 97/03, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 en 705 (2003).
- *Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño (Arts. 8 and 25 la Convención Americana de Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-17/02, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) N. 17 (18 agosto 2002).

**CAPÍTULO III**  
**DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA**



## La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad

*Un examen cuantitativo y crítico*

JAVIER INDALECIO BARRAZA\*

---

\* *Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad París X y Carlos III de Madrid. Master en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Director del Master en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Prof. Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Univ. de Bs. As. Prof. Asociado de Derecho Político de la Univ. del Salvador. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia de Derecho de Buenos Aires. Ganador del Premio Bienal de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs. As.*



## I. Introducción

El estudio de la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) ha sido abordado con un método insuficiente. En efecto, el examen cualitativo de la cuestión nos muestra los modos de interposición, y los recaudos que el Tribunal Superior de Justicia ha fijado para este tipo de acción.

Sin embargo, se impone realizar un relevamiento cuantitativo que nos permita medir con certeza y mediante parámetros fiables y absolutos la utilidad de esta acción.

## II. Informe Previo y Diferencias

En primer lugar, el Ministerio Público Fiscal-Fiscalía General Adjunta de la Ciudad de Buenos Aires ha realizado un informe titulado “Análisis y sistematización de jurisprudencia” sobre un relevamiento cuantitativo de la ADI. En dicho informe surge que la cantidad de sentencias que ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) son 223 (v. p 63 a 67). Dicho número difiere de nuestra investigación, en el que hemos constatado 205.

Dicha diferencia surge, dado que el Ministerio Público Fiscal computa todas las intervenciones del Tribunal Superior de Justicia (v. gr. Farkas aparece citado cuatro veces, y se computan como cuatro casos; “Ortiz Basualdo” aparece dos veces, “Kisner de Olmos” tres veces, entre otros). En tanto que de nuestra investigación, hemos tomado únicamente la sentencia que decide o rechaza la cuestión. Las intervenciones previas del TSJ no resultan -desde nuestra perspectiva- un dato relevante a los efectos de un estudio cuantitativo.

## III. Objeto y Debate

La ADI<sup>1</sup> ha generado múltiples discusiones. Así, se debate acerca

---

<sup>1</sup> La referida acción está prevista en el artículo 113 inc. 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Posteriormente, fue regulada mediante la ley 402.

de su utilidad y finalidad para fortalecer sistemas de democracia participativa. Por otra parte, sus detractores consideran que este es un instrumento utilizado por políticos o personeros del poder para obstaculizar la acción de gobierno.

En otro orden de ideas, los estudios sobre aquella no proporcionan datos cuantitativos que nos permitan medir, entre otras cuestiones, su utilización por los distintos sectores de la comunidad, grado de éxito<sup>2</sup>. En fin, estimo de particular importancia realizar mediciones cuantitativas, que nos permitan dilucidar con exactitud y rigurosidad científica la utilidad de esta acción, quienes la han utilizado, si el ciudadano común utiliza esta herramienta, etc.

Por otro lado, la utilización promiscua de esta acción por legisladores quienes no logran obtener los consensos necesarios en su ámbito específico, o por grupos empresarios para fines comerciales o corporativos, ha hecho que el TSJ opte por una fuerte restricción. En efecto, mediante mediciones cuantitativas, surge que el referido Tribunal en toda su existencia admitió solo quince ADI.

El período que comprende nuestra medición abarca el 1° de febrero de 1999 (inicio de las actividades del TSJ) hasta el 1° de abril de 2017. En ese período de 18 años, tan solo se admitieron un 7,31% de las acciones.

#### **IV. Concepto**

La ADI es un instrumento jurídico concedido al ciudadano común para que pueda impugnar cualquier norma contraria a las disposiciones de la Constitución.

#### **V. Finalidad**

La finalidad de este tipo de acción es:

- 1) mantener la supremacía constitucional,

---

<sup>2</sup> V. BARRAZA, JAVIER INDALECIO, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, ED Año LIII N° 13.839, 23 de octubre de 2015.

- 2) crear conciencia constitucional
- 3) fortalecer la democracia participativa y
- 4) evitar la subsistencia y aplicación de normas contrarias al orden constitucional.

No obstante, estos fines no se han logrado, ya que el ciudadano común no interpone este tipo de acción, diría más aquel no está interesado en estas cuestiones<sup>3</sup>. Se podría decir que la acción declarativa de inconstitucionalidad es un instrumento útil, pero no utilizable.

En el presente trabajo, mostraré mediante datos cuantitativos, que el ciudadano común no utiliza esta acción. Diría más no está interesado en esta cuestión. Por otra parte, la utilización de esta acción ha sido utilizada por políticos, corporaciones empresarias, o profesionales, y siempre guiados por un interés patrimonial o personal.

## VI. El Método

La acción declarativa de inconstitucionalidad ha sido estudiada mediante el método cualitativo. La abundante bibliografía, artículos y comentarios a fallos nos enseñan el modo de interponerla, la legitimación y los distintos avatares y vicisitudes que ha debido transitar el TSJ para modelarla con los perfiles actuales.

---

<sup>3</sup> En el sitio web [www.youtube.com](http://www.youtube.com) se puede observar que se han subido tres audiencias sobre esta cuestión. V. “Ludueña, José Luis y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” con tan solo ciento cuarenta y nuevas visitas para una ciudad de tres millones de habitantes (datos obtenidos al 20 de febrero de 2017). Si se observa el video respectivo, se puede advertir que tan solo concurrieron nueve personas del público en general. Es decir, la misma cantidad que los miembros del Tribunal Superior y de los letrados intervinientes. En la causa n° 9552/13 “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” con tan solo 274 visitas (datos relevados al 20 de febrero de 2017). En la causa n° 9066/12 “Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” el número de visitas es de 192 (datos obtenidos al 20 de febrero de 2017). En suma, se puede concluir que al ciudadano común, no le interesa este tipo de acción.

Por otra parte, los estudios demuestran un fuerte sesgo positivista, basados en las previsiones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 402 que regula esta acción.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, estimo que se debe realizar un estudio cuantitativo, a fin de disponer de cifras rigurosas y exactas sobre el estado actual de la cuestión.

## VII. Los Escollos del Análisis Cuantitativo

Realizar un análisis cuantitativo de este tipo de acción encuentra algunos obstáculos.

### *El buscador del TSJ*

En primer lugar, la base de datos oficial del TSJ no incluye la totalidad de las acciones en las que se ha tratado el tema. Esta circunstancia impide hacer mediciones cuantitativas. En definitiva, no podemos obtener una información oficial, que nos diga cuántas acciones se han interpuesto. Así, por ejemplo, el caso “Roitman”<sup>4</sup> no figura en la base de datos de la página web oficial.

Por otra parte, dicho buscador no discrimina entre las medidas previas que emitió el TSJ y las sentencias definitivas.

En otros términos, si se intenta saber mediante la página oficial la cantidad de sentencias que se pronunciaron sobre esta cuestión, no es posible saberlo. Ni mucho menos la cantidad de sentencias, en las que se admitió este tipo de acción. En consecuencia, es preciso hacer una pesquisa caso por caso.

### *Diferencias*

Por otra parte la Fiscalía General de la Ciudad de Buenos Aires ha realizado un informe sobre esta cuestión, la cual arroja diferencias. Para dicha Fiscalía el número de acciones es de doscientas

---

<sup>4</sup> v. TSJ CABA, 25/9/2000, “Roitman, Mauricio José c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. 453/00.

quince, en tanto que de nuestra investigación el número asciende a doscientas cuatro.

Cabe señalar, que en dicho informe se advierten muchas acciones que se repiten en el relevamiento efectuado.

El informe elaborado por un órgano oficial, y la página web del TSJ demuestran el grado de imprecisión en el que desplegamos nuestras actividades. Asimismo, se puede comprobar la precariedad de los sistemas informáticos que impiden saber con certeza el número exacto de esta acción importante para generar conciencia constitucional y propiciar mecanismos de democracia participativa.

### *Casos dudosos*

Es dable manifestar, que hay un caso “Sandrini”, el que resulta dudoso, pues el actor interpuso una acción declarativa de certeza. No obstante, el TSJ también trató lo relativo a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Por tales razones, atento el tratamiento que le dio el TSJ incluimos este caso<sup>5</sup>.

### *Los políticos y el número*

Tampoco es posible conocer la cantidad de diputados que han interpuesto este tipo de acción. En efecto, si se toma la carátula del juicio tan solo surge uno solo, pero si se examina el caso concreto, se observan múltiples actores (v.gr. casos Hourest -dos-, Bidonde -dos-, Brusca -cinco-, Olivetto -cinco-, Nadeo -trece-).

Este es otro punto crucial, pues si se toma únicamente la carátula, se podría decir que en el caso de los políticos y diputados tan solo un 10,05% ha utilizado esta acción. Ahora bien, si se computan la totalidad de los actores con el universo relevado el número asciende rápidamente, tal el caso “Nadeo”, en el que trece diputados se presentaron para interponer la acción.

---

<sup>5</sup> TSJ CABA, 4/6/99, “Sandrini c/GCBA s/acción declarativa” Expte. 21/99.

### *La calidad de los actores*

Por otra parte, tampoco es posible conocer en su totalidad la calidad de los actores, esto es, a qué se dedican, si tienen título profesional, etc. Del examen cuantitativo realizado existen 22 casos, donde la calidad del actor es desconocida. Esto representa un 10,73%.

Asimismo, existen entidades o personas físicas que interpusieron varias acciones de este tipo, por lo que también resulta difícil conocer esta cuestión (v. gr. Asociación por los Derechos Civiles, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público). En efecto, el buscador nos brinda todo lo que se decidió, sin discriminar por tema, o por medidas previas, por lo que se hace preciso hacer un relevamiento manual. Esta tarea se dificulta, pues la carátula siempre es la misma y lo único que difiere es el número de expediente.

En suma, conocer la calidad de los actores es crucial, pues de esa forma podemos advertir si el ciudadano común está interesado en la formación de conciencia constitucional y la participación democrática, o bien podemos detectar si la ADI ha sido el instrumento para la gestión de un interés personal (v. gr. un docente que cuestiona una norma por una cuestión que le afecta su sueldo, o un arquitecto por una norma que no le permite construir y desplegar su actividad profesional), o bien si se trata de políticos que intentan perturbar la acción de gobierno.

### **VIII. Un Primer Análisis<sup>6</sup>**

En el período 1 de febrero de 1999-1° de abril de 2017 se han interpuesto doscientas cinco ADI, y solo se admitieron quince. Es decir, en dieciocho años prosperaron quince. Esto representa un porcentaje muy bajo de éxito para quien interpone esta acción. En efecto, quince casos representan solo un 7,31%.

---

<sup>6</sup> En el período que va desde el 1° de febrero de 1999 hasta el 1 de julio de 2008 se interpusieron 143 acciones declarativas de inconstitucionalidad y se rechazaron 91. Es decir, un poco más del 63% (v. SAAVEDRA, Heriberto, *La acción declarativa de inconstitucionalidad porteña. Diez años de ejercicio*, artículo publicado en Revista Jurídica La Ley-Suplemento Actualidad del 20 de noviembre de 2008).

De esa admisión, se hizo lugar parcialmente en diez casos y solamente en cinco casos se hizo lugar en forma total. Es decir, se admitió parcialmente la acción en un 4,87% y en forma total en un 2,43%.

Las ADI interpuestas han sido rechazadas -mayoritariamente- por las siguientes razones:

- 1) cuestiones formales,
- 2) intimación para que el actor explique o fundamente su presentación;
- 3) inacción del actor,
- 4) desistimiento;
- 5) declaración de incompetencia del Tribunal
- 6) porque la cuestión había devenido abstracta.

A riesgo de resultar reiterativo, muy pocas acciones fueron admitidas. Por lo demás, las acciones que fueron rechazadas, mayoritariamente lo fueron por cuestiones formales, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión.

### *¿Quiénes interponen la acción?*

Un dato importante es que la ADI concebida como una acción popular, para que el pueblo pueda participar y propiciar el sostenimiento de los valores constitucionales, no es tal. Así, los actores son mayoritariamente diputados (quienes tienen inmunidades y privilegios), corporaciones empresarias, empresas, abogados, o comerciantes. Es decir, todos han interpuesto la acción persiguiendo un interés propio. Hay un dato llamativo, es el caso de Andrés Gil Domínguez, Profesor de Derecho Constitucional de la Univ. de Bs. As. El referido docente interpuso cuatro acciones, no guiado por el afán de lucro, pero persiguiendo también un interés personal, el interés académico y científico, aspectos que son de su actividad profesional. En efecto, el referido letrado es un destacado constitucionalista.

Por lo demás, hay un grupo de vendedores ambulantes que han sido usados por grupos políticos partidarios. Muchos de los vendedores ambulantes que interpusieron la acción en 1999 y

luego en 2008 fueron contactados para que brinden su testimonio, se negaron a brindar información.

Asimismo, un dato que llama la atención es que hay acciones del mismo ciudadano, quien carece de conocimientos jurídicos, o que ni siquiera sabe los alcances de la acción. No obstante, interpusieron en dos ocasiones este tipo de acción (v. caso Alián o Simonit, quienes interpusieron la ADI, en 1999 y 2008).

En el caso Alián de 2008, se puede advertir a un grupo de personas que parecería que guardan algún vínculo de parentesco (v.gr. Espinosa (Marcos y Domingo); Schreiber (Orlando Ignacio y Orlando Oscar); Sulzyk (Antonio y Mario); Valle (Analía, Gabriel y Rosa).

Cabe preguntarse ¿Son ciudadanos comunes que buscan la formación de conciencia constitucional mediante el uso de esta acción? ¿Se trata de personas que gestionan un interés personal? ¿Son activistas políticos que utilizan esta acción para sus fines político-partidarios? ¿Por qué se niegan a brindar testimonio?

En virtud de lo expuesto, el ciudadano común (el que carece de aquellas inmunidades y privilegios, el que no tiene poderío económico o no ostenta un título profesional, o no lleva adelante actividad político-partidaria) no le interesa esta cuestión.

Del mismo modo, la mayoría de las sentencias revela que no se han interpuesto para el sostenimiento de los valores constitucionales, sino para gestionar un interés particular.

### *Legisladores*

En el caso de los legisladores -según los datos consignados en el cuadro- parecería que esta acción es utilizada cuando no logran obtener los consensos necesarios en el ámbito específico de sus incumbencias. En consecuencia, recurren a aquella para obstaculizar la acción de gobierno, o ante la imposibilidad de aceptar su derrota en la arena política.

### *Letrados*

En el caso de los abogados también se nota una particularidad, parecería que utilizan esta herramienta jurídica para la gestión de un interés profesional o el interés académico, a saber:

- Gil Domínguez, cuatro casos;
- Rodolfo Spiso, cuatro casos.
- Delia Gutiérrez, esposa del Dr. Spisso, y letrada.

### *Empresas*

En el caso de las empresas, la acción se interpone no para salvaguardar el interés general, sino para resguardar un interés sectorial específico.

En suma, la acción declarativa de inconstitucionalidad ideada para propiciar la participación del pueblo, del ciudadano común, paradójicamente su ejercicio ha sido llevado adelante por<sup>7</sup>:

- Comerciantes y empresarios (2,92%)
- Abogados (15,60%)
- Legisladores y políticos (9,75%)
- Sociedades comerciales (10,73%)
- Asociaciones civiles, ONG y fundaciones (8,78%)
- Corporación Empresaria (3,90%)
- Administrador de consorcio (1,95%)
- Entidades sindicales (2,92%)
- Ministerio Público (2,43%)
- Profesionales (0,97 %)
- Docentes para la defensa de su salario (1,95%)
- Empleados del GCBA (1,95%)
- Defensoría del Pueblo (1,95%)
- Banco (0,48%)
- Colegios Profesionales (1,46%)
- Jueces (0,96%)
- Taxista (0,48%)

---

<sup>7</sup> Este porcentaje puede variar, pues en un 11,21% es desconocida la calidad del actor.

- Militar (0,48%)
- Club (0,48%)
- Vendedor ambulante (16,09%)
- Remisero (0,48%)

### *Lo público y lo privado*

Por otra parte, de las cifras consignadas también se puede advertir que la ADI ha sido utilizada mayoritariamente por el sector privado.

En efecto, solo nueve acciones han sido interpuestas por organismos públicos (defensor del pueblo y ministerio Público). Es decir, la utilización de esta herramienta jurídica por parte de organismos públicos, representa tan solo un 4,39%.

## **IX. Cantidad y Evolución**

El número total de ADI es de 205, y solo quince fueron admitidas por el TSJ. Por otra parte, si tomamos como universo el total de sentencias pronunciadas por el TSJ, más de 9000, con la cantidad de sentencias que se pronunciaron sobre las ADI en el período 1999-2017, se puede inferir que las ADI representan solo el 2,27% del total de los fallos del TSJ.

Por otro lado, si tomamos solamente las sentencias que admiten la acción alcanzan solamente al 0,16% del total de las presentadas. Esto demuestra un escaso interés del Tribunal por tramitar este tipo de acción.

También, se podría decir que el TSJ ha abdicado de su función política que le ha encomendado la Constitución local al establecer este tipo de acción.

En otro orden de ideas, a ese escaso número se suma una población silente e indiferente a los postulados y valores constitucionales. De hecho, el ciudadano común no está interesado en promover los valores constitucionales y la formación de conciencia constitucional.

**CUADRO N° 1**  
**Cantidad de ADI presentadas y con sentencia favorable**  
**1999-2017**

<b>Año</b>	<b>Presentadas</b>	<b>Sentencia favorable</b>
1999	56	2
2000	12	0
2001	9	2
2002	5	0
2003	6	1
2004	14	2
2005	7	0
2006	6	0
2007	15	3
2008	10	0
2009	9	0
2010	11	1
2011	12	0
2012	12	1
2013	8	2
2014*	5	1
2015	4	0
2016	3	0
2017	1	0
	<b>205</b>	<b>15</b>

\*Relevamiento realizado al 1 de abril de 2017

En el Cuadro N° 1 se advierte el ritmo descendente de las ADI, en particular después del primer año (1999), en el que se tramitaron cincuenta y seis casos.

Desde 2008 se visualiza un ritmo descendente más atenuado.

En el período (1999-2008) se presentaron 141 ADI, esto es, más de los dos tercios de estas acciones, y sólo un tercio en el período 2009-2017.

## Cuadro Nº 2

En el Cuadro Nº 2 se puede observar con mayor nitidez el ritmo descendente de las acciones que tuvieron acogida favorable: de las 15 exitosas, 10 corresponden al período 1999 - 2007, y sólo 5, al período 2008 a 2017, coincidiendo con la modificación de la composición del TSJ.

Para decirlo en otros términos, en el primer período (1999-2007) se observa la mayor cantidad de acciones que prosperaron, un 73,33%. En tanto que en el período 2008 a 2013, el porcentaje se reduce a un 26,66%. Finalmente, en el período 2014 a 2017 se observa que no ha prosperado ninguna acción.

Podríamos decir, que las ADI han seguido una evolución descendente signada por tres períodos:

Primer período (1999-2007): Desarrollo y auge

Segundo período (2008-2013): De restricción.

Tercer período (2014-2017): De negación.

Esta última etapa nos lleva a preguntarnos: ¿Existe por parte del Tribunal Superior de Justicia interés para tramitar estas acciones? ¿Estamos asistiendo a la muerte de las ADI?

Los números indican que sí. Es nuestra esperanza que se pueda revalorizar y reivindicar este instrumento fundamental, que permita al ciudadano común participar en la vida política de un Estado. En consecuencia, parecería importante crear mecanismos para difundir este instrumento jurídico fundamental, que la ciudadanía sepa que puede usar este mecanismo con un objetivo concreto, la formación de conciencia constitucional. Asimismo, que sepan los ciudadanos, que mediante este instrumento están participando en la vida político institucional, y en el procedimiento legislativo.

Cuadro N° 2

Autos	Fecha	Resultado
"Fiore, Savino Enrique c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad". Expte. 143/99	22/12/99	Admitido
"Hipódromo Argentino de Palermo S.A c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Causa 506/00	28/6/01	Admitido
"Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 826/01	21/11/01	Admitido
"De Cristóbal de Sieber, Graciela Ester c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 1530/02	4/12/02	Admitido
"Gordillo, Agustín Alberto c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" Expte. 1867/02.	25/11/03	Admitido parcialmente
"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Causa 2535/03	13/10/04	Admitido parcialmente

<b>Autos</b>	<b>Fecha</b>	<b>Resultado</b>
"Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 2671/03	20/10/04	Admitido parcialmente
"Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 4627/07	11/12/07	Admitido parcialmente
"Unión de Músicos Independientes. Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad". Expte. 5167/07	27/12/07	Admitido parcialmente
"Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" Expte. 5296/07	27/12/07	Admitido
"Ministerio Público-Asesoría Tutelar c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 6153/08	12/5/10	Admitido parcialmente
"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. 8730/12	1/8/12	Admitido

<b>Autos</b>	<b>Fecha</b>	<b>Resultado</b>
“Ludueña, José Luis y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” Expte 9577/13.	7/8/13	Admitido parcialmente
“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. 8730/12,	6/9/13	Admitido
“Piñero, Alicia Nilda c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Expte. 9743/13	22/10/13	Admitido parcialmente

### *Detalle de acciones rechazadas*

En el Cuadro N° 3, se muestra que el 92,68% de las acciones fueron rechazadas. Asimismo, se observa que tal rechazo no fue por la cuestión de fondo, sino mayoritariamente por cuestiones formales, lo que implica que casi no tuvieron trámite.

### CUADRO Nº 3 Detalle de las ADI rechazadas

Resultado	Número
Inadmisible	89
Rechazo	44
Incompetencia	25
Abstracto	5
Se intimó para que explique	22
Desistimiento	2
Archivo	3
Total	<b>190</b>

#### Temas planteados

En el Cuadro Nº 4 se muestran las ADI según el tema abordado. Se advierte que las cuestiones de derecho tributario y licencias y permisos, son las mayoritarias. En efecto, si sumamos las cuestiones referidas, podremos advertir que el número asciende a 87 casos. Esto representa un 42,43%.

En definitiva, el mayor interés ha estado centrado, en temas del pago de impuestos o en la posibilidad de trabajar. Sin embargo, hay casos, donde parecería que se gestiona el derecho de trabajar, pero en el fondo, se trata de un grupo de personas que presentaron sus acciones a instancias de grupos políticos partidarios. En efecto, las múltiples acciones que se presentaron en 1999, se trataba de vendedores ambulantes, a quienes hemos entrevistado y quienes no tenían idea de lo que estaban presentando. Asimismo, consultados algunos de ellos, se han negado a brindar su testimonio. Resulta paradójico, pero la formación de conciencia constitucional y la posibilidad de que el ciudadano común participe en la vida política, mediante este instrumento brillan por su ausencia.

Por otra parte, hay un caso, que ni aún con la lectura del fallo es posible conocer el tema tratado. Se trata del caso “Gas y Gas”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> TSJ CABA, 28/11/07, “Gas y Gas S.A c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” Expte. 5248/07.

**CUADRO N° 4**  
**ADI por tema**

<b>Tema</b>	<b>Número</b>
Acceso a la justicia	2
Administración de consorcios	7
Amparo	2
Colegio profesional	2
Contrato administrativo	4
Decreto de necesidad y urgencia	4
Derecho a la vivienda	2
Derecho a no discriminación	3
Derecho de comerciar	6
Derecho de defensa	2
Derecho de propiedad	2
Derecho a trabajar	13
Derecho a transitar	1
Desalojo administrativo	1
Designación de magistrados	2
Electoral	1
Empleo público	12
Libertad de expresión	1
Libertad sindical	1
Licencias y permisos	39
Multa	2
Penal	7
Político	27
Recusación generalizada de Gallardo	1
Salud	8
Seguridad	2
Seguridad Social	2
Tributario	48
Desconocido	1
<b>Total</b>	<b>205</b>

*ADI con sentencia favorable*

En el Cuadro N° 5 se presentan las acciones acogidas total o parcialmente, según tema.

Se constata que a pesar de concentrar buena parte de las acciones, las cuestiones de derecho tributario han logrado un solo éxito y éste es parcial. En tanto que el empleo público, el derecho del trabajo y la seguridad social son las que mayores éxitos recogieron.

**Cuadro N° 5**  
**ADI con sentencia favorable total o parcialmente según tema**

<b>Tema</b>	<b>Sentencia favorable (total)</b>	<b>Sentencia favorable (parcial)</b>	<b>Total</b>
Político	1	1	2
Acceso a la justicia		1	1
Tributario	1		1
Administración consorcios		1	1
Amparo	1	1	1
Derecho a la vivienda		1	1
Derecho de comerciar		2	1
Derecho de trabajar	2	1	4
Designación de magistrado		1	1
Libertad sindical		1	1
Penal			1
			15

*ADI con sentencia favorable por calidad del actor*

En el Cuadro N° 6 se observa que 53,33% corresponden a personas físicas (53,33%) y el resto, a personas jurídicas u organismos públicos (sociedades comerciales, entidades sindicales, ministerio público).

Ahora bien, si hacemos la división público y privado, la actividad privada es la que más ha triunfado en esta acción. En efecto, la actividad privada ha obtenido sentencias favorables en un 93,33%. En tanto que tan solo un organismo público ha obtenido éxito en esta acción, lo cual representa un 6,66%.

**Cuadro N° 6**

<b>Calidad del actor</b>	<b>Sentencia favorable (total)</b>	<b>Sentencia favorable (parcial)</b>	<b>Total</b>
Abogado	1	2	3
Administrador de consorcio		1	1
Asoc Civil	1	2	3
Comerciante	1		1
Entidad sindical		1	1
Ministerio Público		1	1
Profesor		1	1
Sociedad comercial	1	1	2
Desconocido	1	1	2
			15

## X. Conclusiones

Como se puede advertir, la ADI ha sido un instrumento utilizado por sectores más aventajados para la gestión de un interés personal, corporativo o por cuestiones políticas. Por lo contrario, ninguna persona en situación de pobreza o en alto estado de vulnerabilidad interpuso esta acción.

En otro orden de ideas, el TSJ admitió muy pocas acciones de este tipo, tal como se expuso. Asimismo, se rechazaron muy pocas acciones por la cuestión de fondo. En efecto, del universo referido, tan solo un 21,46% se rechazaron sobre estas circunstancias.

## **El Aporte de *Losicer* al Estado de Derecho**

ALEJANDRO HERNÁN SPESSOT



## I. Introducción

Abordar la potestad punitiva estatal, sea cual fuese el subtema objeto de análisis, es apasionante, por la diversidad de planos que convergen en la cuestión, máxime en el punto de evolución que se encuentra actualmente el derecho público contemporáneo, sin perder el centro de atención: la persona humana y sus derechos y garantías constitucional y convencionalmente protegidos

Trataremos de aproximarnos en pocas líneas, al significado de la evolución de la jurisprudencia a partir del caso Losicer (CSJN).

## II. El legado de *Losicer*

En materia de derecho sancionador en tono con el ius interamericano, se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Losicer*, una esperada decisión<sup>1</sup> que si bien implica a mi entender, un compendio rector a seguir en la materia, estimo que, básicamente, los postulados de sus considerandos 7, 8 y 10 -por la relevancia que significa su contenido- conforman un punto de partida alentador para la evolución del derecho administrativo en nuestro Estado Constitucional de derecho, por las siguientes razones:

Expresa<sup>2</sup> “... *el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas, como corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, que incluye según su jurisprudencia, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal*” (Fallos: 272:188; 300:1102 y 332:1492) y afirma que

---

<sup>1</sup> BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. “*El caso Losicer. Una esperada decisión de la Corte Suprema que reconoce la garantía de obtener el pronunciamiento en un plazo razonable en los procedimientos sancionatorios*” (Suplemento Administrativo, La Ley, Noviembre 2013, N° 7, ps. 25/34.

<sup>2</sup> “*LOSICER, Jorge A. y otros c/ BCRA - Resol. 169/05*”, CSJN, 26/06/2012, II LXV, 744.

*“que las garantías que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5, 18 y 33 de la Constitución Nacional) se integran por una rápida y eficaz decisión judicial (Fallos: 300:1102) y que “el Estado con todos sus recursos y poder no tiene derecho a llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a las molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar también la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable” (Fallos: 272:188). (Considerando 7).*

Asegura que cabe descartar que *“el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”*

Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que **cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas.**

Por dicha razón esa Corte considera *“que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana”* (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71).

En un fallo posterior esta doctrina fue ampliada por ese Tribunal que consignó que si bien el art. 8° de la Convención Americana se titula *“Garantías Judiciales”*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de re-

quisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

Es decir, en palabras de la mencionada Corte, que *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”*, pues *“es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”* (caso *“Baena Ricardo y otros vs. Panamá”*, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127). (Considerando 8)

Por último, el Considerando diez indica que el *“...”plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inc. 1, del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión.*

*Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana -cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar- han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento ...”.*

### III. Hacia un derecho constitucional sancionador

Hemos emprendido el camino hacia, un **derecho constitucional de la potestad punitiva estatal, que abarque sus aspectos sus-**

**tanciales y procesales**, aspectos que en esta materia, más enfáticamente que en otras, son inescindibles, todo ello sin afectar la distribución constitucional de competencias entre los gobiernos federal y local, en cuanto corresponde a estos últimos legislar en toda la materia sancionatoria no penal, en materia administrativa y, por último, en materia procesal.

Claro que, -recordemos- como consecuencia de las características históricas de desarrollo del derecho liberal de los dos siglos pasados, el eje del derecho sancionatorio ha sido el derecho penal (un subsector del derecho sancionatorio).

Esto ha conducido a tomar a este subsector como “*modelo*” o “*punto de referencia*” de la totalidad del derecho sancionatorio, de forma que, por ejemplo, se considera que los principios constitucionales penales (procesales-penales) son aplicables al resto del derecho sancionador “*con matices*”, en términos de Alejandro Nieto.

Es esta una forma tal vez inevitable de proceder hasta tanto se desarrolle el mentado derecho constitucional sancionador, que contenga los principios comunes a la totalidad, para luego aprehender los matices de cada subsector.<sup>3</sup>

Como señala Nieto: “*La matización, en suma, no debe realizarse en la fase de aplicación del Derecho Penal al Derecho Administrativo sino en la fase de concreción del nivel constitucional al administrativo (y al penal). La aplicación que actualmente se viene realizando de principios y criterios del Derecho Penal es absolutamente incorrecta, aunque haya que aceptarla de manera transitoria mientras se van elaborando unos principios constitucionales punitivos, que todavía distan mucho de estar perfilados*”, debería informar el actual sistema derechos humanos de cara a un nuevo *corpus iuris interamericano*.

Sin perjuicio de lo dicho, no puede obviarse que, cualquiera sea la visión general que se adopte sobre la cuestión, es preciso tener en cuenta la *intersección* de, por un lado, la potestad punitiva del Estado y, por otro, del conjunto sistemático de las potestades

<sup>3</sup> PECES-BARBAS MARTINEZ, Gregorio, “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Teoría general. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 323 y ss.

público-administrativas (tal el caso de las potestades financiera, de policía, de protección de usuarios y consumidores, etc.).

Esta intersección se manifiesta, en lo esencial y de acuerdo a la realidad misma del derecho positivo contemporáneo, en el reconocimiento (salvo excepciones) de la posibilidad de que el poder punitivo del Estado sea ejercido, en estas situaciones, directamente por la administración, a través de un procedimiento administrativo sancionador (o sumarial), que concluye en un acto administrativo (contenido sancionador) y que, como todo acto, debe ser susceptible de un control judicial posterior (revisión judicial de la actuación administrativa sancionadora).

En este cruce entre lo administrativo y lo sancionador es donde juega, según el inevitable lema que hoy debe seguirse, la aplicación con matices del derecho constitucional penal y procesal penal, que a mi juicio debe entenderse como la máxima aplicación de aquellos principios, en la medida de su compatibilidad con:

- las características y fines de la potestad administrativa involucrada, y
- las características del procedimiento administrativo que debe utilizarse para ejercer este aspecto del poder punitivo constitucional del Estado de Derecho que recepte la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es justo reconocer que, en realidad, las huellas confirmatorias de un sendero jurisprudencial apegado a los actuales principios constitucionales, se habían sellado en el fallo "*Grimaldi, Carlos Alfredo; Medanito S.S s/ Inf. Ley 19.359*" del 14 de mayo de 2010, donde el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 4 absolvió a la compañía petrolera Medanito S.A y a su Presidente de la infracción al régimen penal cambiario y confirmó la libre disponibilidad del 70% de las divisas provenientes de exportación de hidrocarburos por aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, previsto en el decreto 2703/02 que los beneficiaba. Recordemos que el Banco Central de la República Argentina había

imputado a una compañía petrolera y a sus directivos la falta de ingreso de las divisas provenientes de las exportaciones de hidrocarburos realizadas durante el año 2002 por presunta infracción a la ley de Régimen Penal Cambiario (Ley N° 19.359, texto ordenado por Decreto N° 480/1995) (46).

En suma, las posiciones recientes de la jurisprudencia y de la doctrina han atribuído indudablemente un claro contenido democrático a la materia, conforme al nuevo esquema normativo del Estado de derecho nacional a partir de la reforma de 1994, confirmándolo en 2013 el máximo Tribunal del país en el caso *Lo-sicer*, L.216.XLV- Resol. 169/05 (expte. 105666/86 - SUM. Fin. 708)- CSJN- 26/06/2012- operándose la fuerza expansiva de la que Dos Santos se ha hecho eco de dicho decisorio, calificándolo como “...una esperada decisión de la Corte Suprema que reconoce la garantía de obtener el pronunciamiento en un plazo razonable en los procedimientos sancionatorios” ..

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la resolución del BCRA -que impuso multas por aplicación de lo establecido por el inc. 3°, del art. 41 de la Ley N° 21.526, por diversas infracciones al régimen financiero cometidas por quienes actuaron como directores o síndicos de una sociedad anónima-, pues los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentan como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura.

Ello demuestra una irrazonable dilación del procedimiento administrativo que resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De este modo también lo entiende la doctrina; las garantías judiciales consagradas en los artículos 8° inc. 1° y 25 del Pacto de

San José de Costa Rica (en particular la referida a una decisión dentro de los plazos razonables) son aplicables a los procedimientos administrativos sancionatorios y disciplinarios, abandonando la reiterada, injusta y antigua jurisprudencia federal de que aquéllas debían regir sólo y exclusivamente en las causas judiciales penales.<sup>4</sup>

#### **IV. Dimensión de la juricidad que debe impregnar la actividad administrativa**

En este estado de las reflexiones de los diversos aspectos analizados no es vano recordar que la materia que se analiza reposa la dignidad del hombre, que informa todo el sistema de derechos humanos y a los presupuestos básicos que dotan de sentido y fundamento a la organización y funcionamiento de las instituciones. El plexo de principios generales imperante en nuestro orden jurídico encuentra actualmente su fuente en el sistema constitucional y en las declaraciones y los tratados con jerarquía constitucional, consagrados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Así las cosas, los órganos estatales -máxime en el caso de las Direcciones de Sumarios, deben estar imbuidas de una ética y un clima moral singulares y, en el caso de la administración pública, los principios que deben servir de referencia para la toma de decisiones surgen del conjunto de valores mínimos de ciudadanía a partir de los cuales cobra sentido el Estado de derecho en toda su dimensión.

#### **V. A modo de conclusión**

Por esa razón, bregamos para que los profesionales de la administración pública se formen y se entrenen en el razonamiento propio de la actividad del derecho sancionador del nuevo horizonte jurí-

---

<sup>4</sup> SAENZ, Jorge “*Procedimiento Administrativo*”. *Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo*. Capítulo VIII, Tomo I; “*Principios Generales del Procedimiento Administrativo*”, año 2012, Ed. La Ley, págs. 325/367.

dico interamericano Un razonamiento de carácter intersubjetivo, con unos principios mínimos, que pueden ser compartidos por la ciudadanía en general y que deben ser encarnados por las organizaciones.

Es primordial que los funcionarios públicos, que son la esencia de las instituciones, conozcan estos temas y los pongan en práctica. Se requiere de decisiones justas en el ámbito de la administración, en el marco de los valores democráticos y la plena vigencia de los derechos humanos. Solo la buena voluntad y el compromiso lo harán posible.

## Control de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Administración Pública\*

RAMSIS GHAZZAOUI\*\*

---

\* Ponencia presentada en el Segundo Congreso Argentino de Justicia Constitucional, el 30 de agosto y 01 de septiembre de 2017, en Villa La Angostura, Argentina. Panel sobre: Derechos Humanos y Administración Pública.

\*\* Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Venezuela. Profesor invitado. Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad de Belgrano (UB), Argentina. rghazzaoui@ucab.edu.ve. rghazzaoui@gmail.com.



## I. Sobre el neoconstitucionalismo y la aplicabilidad de la Constitución

Al estudiar actualmente la teoría de la constitución nos encontramos con varios tópicos abordados por la misma, como los elementos, fundamentos y caracteres de las constituciones, la problemática de la legitimación del poder (representación y legitimidad), la constitución como organización-función, la constitución como orden dirigido a una finalidad (justicia y orden social<sup>1</sup>) y la constitución como orden semántico (la racionalidad como presupuesto del sistema constitucional, la constitución como primera norma del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y la interpretación de las disposiciones constitucionales). De este último aspecto (primordialmente más no exclusivamente) se han derivado algunos rasgos o cánones que un grueso sector de la doctrina ha caracterizado y que resumo más o menos así<sup>2</sup>:

1. La rigidez de la Constitución.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación de las leyes conforme a la Constitución.
4. El reconocimiento constitucional de un amplio y nutrido elenco de valores sustantivos - y no ya formales o procedimentales

---

<sup>1</sup> Una interesante aproximación al estudio de la jurisdicción constitucional en el orden social y la vinculación de los tribunales constitucionales como tribunales sociales, en el caso del Tribunal Constitucional alemán puede verse en HÄBERLE, Peter y HESSE, Konrad. “El tribunal constitucional como poder político” en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán)*. Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 104 y ss.

<sup>2</sup> Una inicial aproximación a estos rasgos la tomamos de GUASTINI, Riccardo, quien se adentra en estas características del llamado neoconstitucionalismo desde la perspectiva italiana, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor)...op. cit., pp. 49-73. También en GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Carbonell, Miguel (Editor), Editorial Fontamara, 4º edición, México, 2013, pp. 147-177, y de PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. Editorial Ubijus, México, 2014, pp. 13-80.

- a cuya vigencia - aunque inconcreta, por su carácter abstracto - se sujeta la validez de las leyes ordinarias.

5. La incorporación creciente de preceptos que, a tenor de la dicotomía terminológica de Ronald Dworkin<sup>3</sup>, podrían venir catalogados, más que como reglas, como principios, llamados a presidir todos los ámbitos de la actividad pública administrativa (incluyendo la organizativa) e incluso las relaciones entre los individuos y los grupos sociales.

6. La ampliación de los derechos fundamentales del individuo, que ahora constituyen una totalidad tan grande y ambiciosa que resulta prácticamente seguro el surgimiento de antinomias y colisiones (y no de lagunas)<sup>4</sup>, por lo cual los derechos así declarados o reconocidos actúan, nuevamente, mas como principios (por su estructura, mas no por su valor)<sup>5</sup> que como reglas en sentido estricto.

---

<sup>3</sup> Principalmente en sus obras *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012, pp. 61-208, y *Una cuestión de principios*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 53-102.

<sup>4</sup> Una extraordinaria exposición de las colisiones y antinomias y su diferenciación con las lagunas, a partir de la filosofía analítica del Derecho (y de la interpretación jurídica) se encuentra en dos obras capitales del máximo exponente de la escuela realista genovesa: GUASTINI, Riccardo, en ellas el autor asume que las lagunas son creación del interprete en el proceso interpretativo de la disposición jurídica analizada, en cambio las primeras (conflictos entre normas) son producto de un suerte de “descubrimiento” al momento de la aplicación de la norma jurídica (resultado interpretativo) al caso concreto; así, con provecho: *La sintassi del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014 (Hay traducción castellana: *La sintaxis del Derecho*, Álvaro Núñez Vaquero (traducción), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 253-265, 341-354); *Lezioni di teoria costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2001 (Hay traducción castellana: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Cesar E. Moreno More (traducción), Legales Ediciones, Lima, 2016, pp. 169 y ss.). Un tratamiento más profundo y analítico de las antinomias en los razonamientos judiciales a la luz de la doctrina realista puede verse en CHIASSONI, Pierluigi. “Antinomias” en *Interpretación y razonamiento jurídico*, Santiago Ortega Gomero (Editor), Ara editores, Lima, 2010, pp. 269 y ss.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición, Madrid, 2007, pp. 67 y ss. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 3º reimpresión, 2014, pp. 417-423.

7. Un concepto más rico y profundo de Estado de Derecho, que ya no se limita a su núcleo mínimo original (a saber: que el poder público esté sujeto a la obediencia de las leyes, de la Constitución, del Derecho - principios de legalidad y juridicidad<sup>6</sup> - que en parte él mismo ha dictado, en vez de estar *solutus legibus*), sino que implica la garantía jurisdiccional de un amplio abanico de derechos individuales.

8. La subordinación de la interpretación constitucional a valores y fines de los poderes públicos, que no son solo los expresamente declarados en el texto de la Carta Magna, sino también los exigidos por la realidad social y por el propósito al que aspira a servir el ordenamiento jurídico-constitucional en su conjunto.

Aunque estos rasgos no son tan novedosos ni su plasmación en nuestro ordenamiento va mucho más allá de meros *desiderata*, no cabe duda que su cumplimiento conlleva una alteración del paradigma del Estado constitucional, que ha dado lugar a que hoy en día, para referirse a ese modelo presuntamente nuevo, se haya acuñado el neologismo “neoconstitucionalismo”, cuyo característica más exhibible es una progresiva constitucionalización del derecho, que invade y condiciona tanto la legislación como la jurisprudencia.

Estas transformaciones han suscitado un interés a nuestro modo de ver en seis cuestiones:

1. la constitucionalización del ordenamiento;
2. las objeciones a la justicia constitucional (y, dentro de ella, la alternativa, no definitivamente zanjada, entre el control difuso y el control concentrado);
3. la relevancia de los valores y los principios como dos categorías de especial importancia dentro de las normas jurídicas;
4. el conflicto entre diversos valores y principios constitucionales así como entre derechos constitucionalmente reconocidos;
5. la técnica de la ponderación;
6. un desafío al paradigma del positivismo legalista, hegemónico en la filosofía jurídica contemporánea, toda vez que la fidelidad al derecho realmente existente parece ahora reclamar que se

---

<sup>6</sup> En Venezuela, en la Constitución en los artículos 137 y 141 respectivamente (Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, enmendada según Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009).

invoquen, en la aplicación misma de las leyes, consideraciones axiológicas, aun cuando carezcan de expreso reconocimiento en los textos legislativos.

Estas seis cuestiones que suscitan un interés actual y preponderante en la doctrina sobre la teoría constitucional han hecho surgir (también) seis propuestas, dentro de las cuales se circunscriben las respuestas de los doctrinarios a la general problemática del neoconstitucionalismo: 1° el positivismo inclusivo; 2° el positivismo exclusivo (que critica al anterior tachándolo de incoherente y ambivalente, alegando que la fuerza vinculante de los valores viene solo del acto de promulgar la ley por parte del legislador al incorporarlo al ordenamiento; 3° el neoconstitucionalismo propiamente dicho (alegando que el derecho va más allá de la vieja diatriba entre positivismo y derecho natural, en una suerte de “tercera vía”); 4° el garantismo; 5° el no-positivismo inclusivo, propio de Robert Alexy<sup>7</sup>; 6° una propuesta actualmente más que minoritaria de recuperación de un derecho natural<sup>8</sup>.

## II. Sobre el valor normativo de la constitución y el principio de supremacía constitucional

En Venezuela el vigente texto constitucional recoge en su artículo 7 el concepto de constitución como norma jurídica cuando afirma

<sup>7</sup> El pensamiento teórico jurídico de Alexy, en lo que podría llamarse su teoría general del Derecho puede encontrarse en su obra *Der Begriff und Geltung des Rechts*, publicado por Verlag Karl Albert GmbH, Munich, 1992, de la que existe traducción castellana: *El concepto y la validez del Derecho*, Jorge Malem Seña (traducción), Editorial Gedisa, Barcelona, Buenos Aires, 2008. Una inicial y sucinta aproximación a su teoría general del Derecho puede verse en “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, en Luc J. Wintgens (editor), *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 22-45.

<sup>8</sup> La “nueva teoría del Derecho natural” surge en el mundo angloamericano a la luz del pensamiento de Santo Tomas de Aquino, y tiene como principal exponente en Estados Unidos al Profesor de la Universidad de Princeton Robert P. George. Una aproximación a esta teoría puede verse en su artículo “Natural Law” en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, N° 31.1, Harvard Press, 2008, pp.171-196.

lo siguiente: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejerzan el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Dicho valor normativo se ve reforzado por lo establecido en el artículo 335 *eiusdem*, que al efecto consagra “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. Paralelamente, la Exposición de Motivos del Texto Constitucional subraya los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, y al efecto prevé que “...dichos principios, constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional...”.

Tales preceptos del texto constitucional vigente no hacen sino reconocer el principio de supremacía y valor normativo de la Constitución, el cual en América Latina se arraigó desde el siglo pasado, con una clara influencia norteamericana.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> ESCUDERO, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativas y ejecutiva del Poder Público*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p.61. Para DE OTTO en Europa la finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna – por decirlo así – al aparato de poder del Estado, de modo que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sujeción de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sujeción a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley. Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta

El valor normativo de la Constitución conlleva a la separación del carácter programático atribuido a algunas normas constitucionales, y a su ejecución por los tribunales, como normas directamente aplicables a los individuos, dejando de ser consideradas como buenas intenciones. Uno de los argumentos que subyace en la tesis del carácter programático de algunas normas constitucionales es la imprecisión e indeterminación de tales dispositivos, que serían por tanto inaplicables hasta que fueran determinados y concretados por la legislación posterior.<sup>10</sup> Uno de los argumentos que subyace en la tesis del carácter programático de algunas normas constitucionales es la imprecisión e indeterminación de tales dispositivos, que serían por tanto inaplicables hasta que fueran determinados y concretados por la legislación posterior.<sup>11</sup>

---

claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de constitucionalidad del mismo. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistemas de Fuentes*. Octava edición. Editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp.13-14.

<sup>10</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo VI. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1996, pp.24 y ss.

<sup>11</sup> En este sentido es relevante la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1278 del 17 de junio de 2005, recaída en el caso *Adriana Vigilancia García y otros*, con ocasión del cual se dispuso lo siguiente: "(...) la Sala, ante todo, recordar que las Constituciones modernas, entre ellas la venezolana, contienen auténticas normas de Derecho, por lo que no es posible hablar de disposiciones programáticas, salvo que así lo haya establecido expresa y claramente el Texto Fundamental. (...) La determinación de la naturaleza normativa (vinculante) de las disposiciones constitucionales fue uno de los grandes avances del Derecho Público. De hecho, la jurisdicción constitucional – que esta Sala representa en el ordenamiento venezolano- sólo puede basarse en la afirmación del carácter normativo del Texto Fundamental. Sería imposible censurar al legislador en caso de que sus actos se aparten de la Carta Magna y, en consecuencia, anularlos, si no estuviera sometido a mandatos categóricos consagrados por el Constituyente. Por supuesto, no toda disposición constitucional es de aplicación directa e inmediata. Las Constituciones son, entre otras cosas, textos en los que las sociedades jurídicamente organizadas regulan su estructura y funcionamiento, así como precisan el alcance de los derechos ciudadanos y de las potestades públicas, pero también son textos en los que se exponen los deseos de

esa misma sociedad –a veces de difícil realización- y los medios que, para satisfacerlos, han ideado. Las disposiciones constitucionales, por ello, son de muy diverso contenido. Rara vez se encontrarán disposiciones legales o sublegales que consistan en declaraciones de propósitos. En cambio, las Constituciones sí suelen incluir declaraciones de la más variada índole. Basta leer el Preámbulo que antecede a muchas de ellas, como es el caso venezolano, para confirmar este aserto. Ahora, al ser la Constitución el documento en el que se reflejan los valores generalmente compartidos por la sociedad de que se trate, esas declaratorias de propósitos tienen un indudable valor, tanto para los órganos del Estado, que deben orientarse por ellas, como para los jueces, en especial esta Sala como máxima tutora judicial de la constitucionalidad. Los diversos cometidos que el Estado asume son órdenes que deben ser ejecutadas. De poco serviría un texto carente de vinculación para sus destinatarios: autoridades públicas y particulares. Lo que sí resulta cierto es que, aunque pueda afirmarse que toda la Constitución contiene disposiciones que deben ser ejecutadas, no todas son de naturaleza idéntica: algunas son mandatos al legislador para que, haciendo uso de su libertad de apreciación y decisión, escoja los mecanismos más idóneos para dar satisfacción al propósito del Constituyente. Es el caso, precisamente, de las llamadas normas programáticas: aquellas que, inspiradas en un fin, prevén la necesidad de materializarlo, pero dejan su desarrollo al legislador, representante de la voluntad popular. Una disposición programática no contiene un mandato directamente ejecutable por toda la colectividad: tiene destinatarios específicos, que deben desarrollarlo de manera tal que el propósito perseguido logre cumplirse. Antaño existió la tendencia a estimar como programáticas disposiciones que no lo eran, desconociendo su naturaleza. Hoy en día, en buena medida gracias a la interpretación del Máximo Tribunal, se deslindaron las disposiciones programáticas (mandatos al Legislador, por lo general) de las inmediatamente ejecutables por todas las autoridades públicas y los particulares...”. Este criterio es reiterado en Sentencia N° 163 del 28 de febrero de 2008 de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Debe señalarse que la circunstancia de que existan cláusulas constitucionales abiertas que requieran ser concretadas a través de la interpretación, no debe traducirse en que éstas carecen de valor normativo; por el contrario, las mismas son vinculantes y pueden ser invocadas directamente ante los Tribunales, siendo los operadores jurídicos los llamados a concretar tales enunciados según las circunstancias de cada caso concreto. De hecho, como lo expresa PEÑA, las normas que integran la Constitución están redactadas “...en una especie de continuo que va desde un alto grado de abstracción (...) hasta un significativo nivel de concreción...” no obstante, en ambos casos se trata de verdaderas normas jurídicas que se clasifican en reglas clásicas del derecho, principios y valores. PEÑA

En íntima relación con el carácter normativo del texto constitucional la doctrina suele postular el denominado principio de supremacía de dicho Texto. Bajo esta premisa, se afirma que en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional es fundamentalmente posible “...no sólo cuando existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho...”<sup>12</sup>.

No obstante, para lograr el objetivo perseguido por dicho principio es preciso fijar los medios de protección del Texto Constitucional, ya que de lo contrario la aludida supremacía constitucional carecería de todo significado. La supremacía de la Constitución sería imperfecta o inoperante desde el punto de vista jurídico si no se establecieran en la misma las garantías que la protegen de los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento constitucional. La supremacía de la Constitución significaría nada si no se fijaran, con precisión, los medios para protegerla tanto en su parte orgánica, incluyendo los procedimientos constitucionales, como en la dogmática que se refiere a los derechos fundamentales. De allí las garantías de la Constitución, entre ellas, los sistemas de justicia constitucional.<sup>13</sup>

La supremacía que se predica respecto al texto constitucional y más concretamente su valor jurídico, conduce al establecimiento de mecanismos denominados comúnmente como controles de constitucionalidad de leyes, los cuales, de acuerdo a las particularidades que ofrece cada Estado, permiten hacer prevalecer las disposiciones de la Constitución sobre la aplicación de cualquier otra ley de inferior rango y que la contraríe en sus normas o principios.

---

SOLÍS, José. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Tomo I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, pp. 126-127.

<sup>12</sup> BREWER, A. *Instituciones Políticas...* op. cit., p. 25.

<sup>13</sup> Sobre el origen y antecedentes de este principio, con provecho en la doctrina patria DUQUE CORREDOR, Román José. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Legislación Económica, Bogotá, 2008, pp. 94-95.

La idea de supremacía y valor normativo del texto constitucional, muy pronto obligó a los juristas de la época a establecer mecanismos para garantizar tales principios, a los fines de que éstos no fueran simples enunciados sin ningún tipo de utilidad práctica. Así, por ejemplo, se generó toda una controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, en torno a si sería el poder judicial o el jefe de estado el encargado de la defensa de la Constitución.<sup>14</sup>

Estos mecanismos se constituyen en modelos de justicia constitucional, nos referiremos, entonces, al modelo europeo germano austríaco de jurisdicción constitucional concentrada y al modelo norteamericano de jurisdicción constitucional difusa, así como a los denominados modelos mixtos.

### III. Aproximación a los modelos de justicia constitucional

El modelo concentrado germano austríaco se perfila con las siguientes características “lo contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario, siendo centralmente un control represivo o reparador, es competencia de un solo tribunal determinado constitucionalmente con tal fin, el que resuelve dichas

---

<sup>14</sup> De dicha controversia, da cuenta clara LÖSING quien, al referirse a la posición sostenida para la fecha por Carl Schmitt, expresó lo siguiente: “Carl Schmitt retomaba así las reservas expresadas en Francia después de la Revolución contra un gobierno de los jueces al afirmar que: Una expansión sin inhibiciones del poder judicial no transformaría el Estado de administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría a los tribunales en instancias políticas. No se justificaría la política, sino que se politizaría la justicia. Justicia Constitucional sería, pues, una contradicción en sí misma”. No obstante, advierte el mencionado autor, que la misma experiencia durante la República de Weimar, donde el Jefe de Estado era, según el concepto constitucional, el guardián de la Constitución y en realidad resultó ser el sepulturero de dicho Texto, parece desarticular la argumentación ofrecida por Carl Schmitt. LÖSING, Norbert. “Tribunal Constitucional: ¿guardián de la Constitución, gobierno de los jueces o legisladores sustitutos? La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho”, AA.VV. en *Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2009, p. 101.

controversias a iniciativa de determinadas autoridades u órganos estatales, en base a razonamientos jurídicos, produciendo su sentencia efecto de cosa juzgada y erga omnes, como asimismo la sentencia tiene carácter constitutivo y efectos *ex nunc*.<sup>15</sup>

En efecto, en dicho modelo si bien es cierto que el órgano encargado de velar por la defensa de la Constitución posee naturaleza jurisdiccional, el mismo es concebido como distinto a los tribunales ordinarios.

El planteamiento de Kelsen, de una parte, respeta el lugar que le corresponde al legislador que, en lugar de ser desplazado, resulta complementado por el Tribunal Constitucional erigido en legislador negativo, por cuanto pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica y, de otra parte, preserva la posición de los tribunales ordinarios en cuanto encargados de aplicar la ley a casos concretos, despojándolos de competencias para interpretar y aplicar la Constitución. Nuestro autor separa así, en forma radical, las esferas de actuación de las dos jurisdicciones: los jueces ordinarios interpretan y aplican la ley, y el Tribunal Constitucional interpreta y aplica la Constitución.<sup>16</sup>

Las características básicas del modelo norteamericano están dadas por ser un control judicial, practicado por los jueces y tribunales que integran el poder judicial; es un control constitucional difuso, vale decir, practicado por todos los jueces y cortes; es un control represivo o reparador, se concreta respecto de normas vigentes que integran el ordenamiento jurídico; es de carácter concreto, al desarrollarse a partir de la impugnación de un precepto legal que intenta aplicarse en un procedimiento judicial en curso;

---

<sup>15</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2006, p. 52.

<sup>16</sup> PAZ, Belinda. *El control difuso de constitucionalidad de leyes: su empleo por la Administración Pública*. Trabajo de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Administrativo. Universidad Monteávil, inédito. Caracas, 2010, pp. 51 y ss. Este trabajo constituye un excelente desarrollo doctrinal del tema referido a la posibilidad de aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de la Administración, tema que aquí abordamos, y del cual hemos seguido parte de las notas que constituyen el presente opúsculo.

es un control por vía de excepción, por regla general, lo que indica que en el litigio se impugna el precepto considerado inconstitucional, solicitando al tribunal que no lo aplique a dicho caso; y las sentencias tienen efectos de cosa juzgada pero solo inter partes. La sentencia es de carácter declarativo y produce efectos *ex tunc*, ya que la sentencia de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente.<sup>17</sup>

En los modelos mixtos, el órgano llamado a ejercitar la justicia constitucional es único y especializado, como en Austria; pero, al igual que en los Estados Unidos, cada juez está involucrado en el ejercicio del control de constitucionalidad: puede, y en ciertas circunstancias más bien debe, llevar a cabo un juicio preliminar de conformidad a la Constitución de la ley aplicable a un caso concreto y, sólo si tiene la duda (o la razonable certeza) de que existe una contradicción, interpone la cuestión ante el Tribunal Constitucional. He aquí la razón del *nomen* atribuido a este modelo, definido como incidental puesto que se articula en torno a un incidente o excepción procesal, y no a un recurso directo.<sup>18</sup>

Así, encontramos que el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra, entre las atribuciones de la Sala Constitucional, las descritas en los numerales primero, segundo y tercero del mencionado dispositivo, en los siguientes términos:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

---

<sup>17</sup> NOGUEIRA, H. *Justicia y Tribunales...* op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> LOPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional comparado*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p.422.

Dicha norma, en concordancia con el último aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen, sin lugar a dudas, las bases legales del denominado control concentrado en Venezuela.<sup>19</sup>

Al lado de dicho método concentrado o abstracto, en nuestro país encontramos el que, en contraposición, se denomina difuso o concreto y el cual consistiría en la posibilidad que cualquier juez de la República desaplique una norma cuando ésta colige con la Constitución.

El artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra esta forma de control en el encabezado y primer aparte de dicho artículo, cuando establece lo siguiente:

*“Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.*<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerce esta forma de control concentrado tanto a priori o preventivamente, como a posteriori. Con respecto al control concentrado a priori se ha introducido la figura del control preventivo de los tratados internacionales y respecto a las leyes orgánicas, desligando el control de la constitucionalidad por iniciativa del Presidente de la República del veto presidencial de las leyes. También, como parte del control preventivo, el Presidente de la República después de la sanción y antes de la promulgación de una ley, remite el texto a la Sala Constitucional con el objeto de solicitar una revisión judicial acerca de la constitucionalidad del texto en general o sólo de algunos artículos, dependiendo de lo que se haya solicitado. Como control concentrado a priori también se encuentra el ejercicio a través de la acción de amparo constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantía Constitucionales (Gaceta Oficial N° 33.891 del 22 de enero de 1988) normas aún vigentes. Sobre el control concentrado a posteriori, se ejerce por la acción popular de inconstitucionalidad tal como lo establece la Constitución (artículo 336). En este contexto, FARIAS RODRÍGUEZ, María Gabriela. “El control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes” AA.VV. en *Revista de Derecho Constitucional* N° 9. Editorial Sherwood. Caracas, 2004, pp.177-178.

<sup>20</sup> También reflejado hace mucho en el Artículo 20 del Código de Pro-

Dicha norma, se conjuga, a su vez, con lo consagrado en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el recurso de revisión, el cual actúa en nuestro sistema como una especie de *write of certiorari*, que permite, entre otras cosas, unificar los criterios que se emitan con ocasión de las desaplicaciones que efectúen los jueces de la República.

Más concretamente, dicha forma de control es ejercido en Venezuela de la siguiente forma: “...cuando un juez en un caso concreto que le corresponde conocer y decidir se percata de que una norma que en principio debe aplicar a ese caso concreto colide con una norma o principio constitucional, debe desaplicar la norma legal en referencia y aplicar, en su lugar, la norma o principio constitucional...”<sup>21</sup>

#### **IV. Aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de la administración. Soluciones**

Como hemos visto, el control difuso de constitucionalidad se encuentra histórica, jurídica y doctrinariamente delimitado para ser ejercido y aplicado en un contexto judicial y por un órgano jurisdiccional; sin embargo, conforme a los artículos 7, 25 y 131 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se desprenden tres principios fundamentales del Estado constitucional de derecho y de justicia, los cuales hacen por lo menos discutible la participación de la Administración en el empleo en sede administrativa del control difuso de constitucionalidad de leyes, así:

*Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.*

---

cedimiento Civil de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.970 del 13 de enero de 1987).

<sup>21</sup> HARO, José Vicente. El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión, AA.VV en *Revista de Derecho Constitucional N° 9*, Editorial Sherwood, Caracas, 2004, p. 256.

*Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.*

*Artículo 131. Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público.*

Así mismo, como limitación constitucional al empleo de este mecanismo de control constitucional por parte de órganos distintos de los que ejercen función jurisdiccional están los principios de distribución y separación de poder y de legalidad, así:

*Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. (...) Cada una de las ramas de Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaboraran entre sí en la realización de los fines del Estado.<sup>22</sup>*

---

<sup>22</sup> La postura de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano sobre el principio de separación de poderes es extrema y si se quiere contraria a la posición cerrada e irrestricta del principio, apoyada en la cláusula de colaboración. Así, en sentencia N° 1889 del 17 de octubre de 2007 estableció: "...el principio de división de poderes, no se presenta actualmente como un valor de carácter estanco, a tenor del cual se distribuyen las funciones del Estado de una forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos. Antes bien, las potestades públicas pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad (...) En efecto, tal como señala Castillo Alonzo, (Derecho Político y Constitucional Comparado. Barcelona: Tercera Edición. 1932. P. 205), sólo la pobreza y la riqueza son las que no pueden estar reunidas en las mismas manos y de allí, que la formulación aristotélica del principio de división de poderes, haya evolucionado desde una concepción de funciones categorizadas en compartimientos estancos e impenetrables, hacia una visión axiológica basada en que cada poder público

ejerce de manera preponderante pero no excluyente ni exclusiva la función que le es propia por atribución constitucional, lo cual incluso se extiende a la cooperación con los otros poderes públicos en los puntos de contacto (...) Así, el principio orgánico dogmático de la separación de poderes trasciende la concepción monopólica que en sus orígenes tuvo justificación en la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo ejecutivo y pasó a recoger la noción de colaboración, como un efecto de la concientización de que el aislamiento rígido de las funciones esenciales, atenta contra el pragmatismo de las instituciones en la satisfacción de los cometidos del Estado, que incluso, es progresivo en aras de la justicia social que vincula las funciones esenciales de los distintos poderes para la satisfacción de los intereses colectivos. De este modo, se abrieron paso sendas fórmulas de colaboración de poderes, una basada en lo que Loewenstein (Teoría de la Constitución. Barcelona. 1965. P. 132) denomina la interdependencia por coordinación, la cual supone la existencia de puntos de contacto conforme a los cuales el desarrollo de una función determinada, demanda cooperación de al menos dos poderes del Estado, como puede constarse en diversas áreas de nuestro sistema constitucional, como son la promulgación de leyes, según lo dispuesto en los artículos 213 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las observaciones a las leyes sancionadas según dispone el artículo 214 *eiusdem*, la celebración de los contratos de interés nacional, artículo 187.9 *ibidem*, entre otros.(...) Lo expuesto evidencia, como conforme a la interdependencia por coordinación los poderes públicos actúan con autonomía en el desarrollo de sus funciones propias, sin aislamiento y por ende, sin menoscabo de la cooperación que para la efectiva concreción de su actividad, deben desarrollar con otro poderes en ciertas actividades previamente determinadas. La segunda formulación del principio de colaboración de poderes, se basa en que la idea esencial del mismo se encuentra en la división orgánica que reconoce formalmente la existencia de una estructura orgánica y subjetiva del Estado, donde el *ius imperio* se encuentra distribuido entre varias figuras subjetivas, sin que ello suponga que las funciones del Estado se encuentren atribuidas de manera privativa o exclusiva entre cada una de las denominadas ramas del poder. Por el contrario, la moderna concepción de la división de poderes y dentro de él, el principio de colaboración, no tiene como postulado una eventual separación de funciones, sino que se basa en una visión cuya particularidad reside en que los poderes públicos deben desarrollar con carácter principal y de forma específica la función que le es natural, mientras que desarrollarán el resto de las funciones esenciales, siempre que para ello se encuentren facultados por una disposición normativa que le atribuya competencia y que su ejercicio resulte consustancial a la operatividad del poder del Estado como único e irresistible. De este modo, se observa, cómo el principio *in commento* en-

*Artículo 137. La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen.*

Casal, al referirse al tema, establece que según jurisprudencia de la Sala Constitucional están igualmente cubiertas por el artículo 334 algunas de las instancias que desarrollen medios alternativos de resolución de conflictos, como los tribunales arbitrales. En cambio los órganos administrativos no están facultados para el ejercicio del control difuso, ni siquiera cuando cumplen lo que algunos califican de función cuasi-jurisdiccional. No obstante, no cabe descartar que la Administración Pública, la cual se encuentra sujeta a la Constitución, al igual que los demás órganos del Poder Público, se ve obligada, ante violaciones graves y manifiestas de la Constitución derivadas de una Ley o decreto - ley, a ignorar la norma correspondiente, sobre todo cuando ésta sea lesiva de derechos garantizados por la Constitución, ya que su artículo 25 prescribe la nulidad de los actos del Poder Público que los vulneren, por lo que la autoridad o funcionario administrativo mal podría emitir u ordenar actos de ejecución de una ley que flagrantemente los cercene.<sup>23</sup>

---

traña una integración funcional del Poder Público cuya diversificación de tipo institucional, en modo alguno imposibilita la convergencia de actividades de distinta naturaleza en una misma figura subjetiva, sino el desarrollo primordial de la función que le es inherente a una rama en concreto del Poder Público. Como puede advertirse, el principio bajo análisis no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades. Significa entonces, que no debe confundirse la función en sí misma con el acto resultante, por cuanto la naturaleza jurídica de este no se encuentra exclusivamente determinada por la actividad sustancial, sino que es menester valorar su rango normativo y, de igual forma, la figura subjetiva que lo concretiza”.

<sup>23</sup> CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Constitución y justicia constitu-*

Como bien ha señalado la jurisprudencia de la Sala Constitucional el control difuso de la constitucionalidad sólo puede ser ejercido por órganos jurisdiccionales. En este sentido la sentencia número 833 recaída en el caso *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao* de fecha 25 de mayo de 2001, señaló que conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas; mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales; sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada cuasi jurisdiccional, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto. Este criterio había sido establecido en la sentencia número 331 de fecha 13 de marzo de 2001 recaída en el caso *Henrique Capriles Radonsky*, y fue confirmado mediante sentencia número 752 de fecha 5 de mayo de 2005 recaída en el caso *Corporación Maraplay, C.A.* No obstante lo anterior se ha señalado que la Administración Pública podría verse obligada a ignorar una norma legal o sublegal cuando sea lesiva de derechos constitucionales en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución. Debemos precisar que en tal caso no se trataría del ejercicio de un control difuso de la constitucionalidad por parte de la Administración Pública. El control difuso implica que el mismo sea ejercido por órganos jurisdiccionales, no por órganos administrativos, de allí que, la Administración Pública si bien pudiera abstenerse de aplicar una norma a un caso concreto por considerarla violatoria de derechos constitucionales con fundamento en el artículo 25 de la Constitución, no debe concluirse que está ejerciendo un control difuso de la Constitucionalidad, en el sentido correcto del término.<sup>24</sup>

---

*cional*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p.165.

<sup>24</sup> HARO, José Vicente. "El Control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión" AA.VV. *Revista de Derecho...* op. cit., p. 263. En este trabajo el autor recoge lo que ha sido la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional con respecto al tema. En Colombia la excepción de inconstitucionalidad, equiparable, con sus diferencias, al control difuso en Venezuela, es, por lo general, de carácter judicial, pues

En relación a otra solución como lo es la aplicación de la cláusula constitucional relativa a la derogatoria del ordenamiento preconstitucional, en Venezuela, a pesar de imprecisiones a nivel jurisprudencial<sup>25</sup>, pudiera plantearse el empleo de la derogatoria tácita del ordenamiento jurídico pre constitucional como una vía distinta al método difuso de control de constitucionalidad de leyes, situación que permitiría el uso de dicha herramienta por parte de los agentes administrativos, a los efectos de eludir la aplicación de una norma inconstitucional.

Empero, tal herramienta sólo constituiría una solución parcial del problema que en dicho ámbito se verifica, ya que ello aportaría

---

no es muy ortodoxo que a las autoridades administrativas corresponda esa atribución, eminentemente jurisdiccional, que es la típica del *diffused* control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América que confiere a todo juez el poder de no aplicar, en un caso contrario, una norma contraria a la Constitución Federal. Aquí se insiste en que la excepción de inconstitucionalidad es aplicable sólo por los jueces de la República en los litigios concretos, cuya decisión se traduce en la no aplicación de la ley reputada de inconstitucionalidad. Los demás servidores públicos, si bien están obligados a respetar y obedecer la Constitución, no están facultados para aplicar la excepción de inconstitucionalidad y de las controversias que surjan con tal motivo se ocupa el Poder Judicial. Vid. CAMARGO, Pedro Pablo. *Acciones Constitucionales y Contenciosas Administrativas*. Editorial Leyer, Bogotá, 1999, pp. 223-225.

<sup>25</sup> Sentencia de la Sala Constitucional N° 1307 del 22 de junio de 2005, caso *Ana Mercedes Bermúdez*, en el cual mediante la declaratoria de derogatoria tácita se eliminó la consulta contemplada en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, reiterada en sentencia N° 877 de la Sala Constitucional del 11 de julio de 2007, caso *Moisés Solano Cabello*. Sin embargo, en paralelo a tales pronunciamientos, la mencionada Sala ha negado el uso de la Cláusula derogatoria analizada, pronunciándose sobre la necesidad de utilizar en tales casos los métodos de control de constitucionalidad de leyes. De esta forma el aludido órgano de la jurisdicción constitucional dispuso en su sentencia N° 1744 del 9 de agosto de 2007, lo siguiente: “Previamente, al análisis de fondo la Sala Constitucional observó que las normas impugnadas eran preconstitucionales, pero que ello no obstaba para que las mismas fueran objeto de control en cuanto a su conformidad con el nuevo Texto Fundamental, a fin de determinar si existe contradicción entre la precitada norma y la Constitución vigente, situación que, de ser el caso, supondría una declaratoria de inconstitucionalidad sobrevenida”.

una salida a la Administración Pública pero sólo frente a normas pre constitucionales, toda vez que respecto a las restantes seguiría imposibilitada, en ausencia del método difuso, de eludir su aplicación.

En este contexto es interesante la solución aportada por Hernández-Mendible, quien señala que si bien la Administración no puede ejercer el control difuso, ya que ello supondría una usurpación de funciones del Poder Judicial, tampoco puede desatender los imperativos de la Carta Magna y su fuerza vinculante. En virtud de ello, propone las siguientes opciones:

En caso que la Administración deba aplicar una norma preconstitucional y considere que la misma es contraria a la Carta Magna, puede invocar la cláusula derogatoria de la Constitución, conforme a la cual, se deroga el ordenamiento preconstitucional que la contravenga y en consecuencia, entender que la norma ha perdido vigencia o, en segundo lugar, tiene la opción de interpretarla en sentido progresivo y conforme a la Constitución, siempre que ello sea posible.

Luego, si la norma que debe aplicar es postconstitucional, podría actuar como si no existiera, es decir, ignorar la norma que se reputa como inconstitucional y en consecuencia, proceder a resolver el asunto conforme a la interpretación y valoración que desarrolle de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico que considere aplicable al caso concreto y de igual forma, compatible con la norma suprema.<sup>26</sup>

Otra solución es la relativa a la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución; las decisiones emanadas conforme a este principio se denominan sentencias interpretativas. En este contexto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido que a través de estas sentencias "...lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado

---

<sup>26</sup> HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. citado por BLANCO GUZMÁN, Armando. "El control Constitucional y la Administración Pública" AA.VV. en *La Justicia Constitucional y La Justicia Administrativa como garante de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2013, p. 64.

con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución...”, teoría que, según afirma más adelante y tal como se expresó en las líneas que anteceden, “...se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países [Alemania, Italia y España]...”, que conllevó a que los respectivos órganos de la jurisdicción constitucional revisasen si tales normas se adaptaban a la Constitución y en el supuesto de que existiera una “...duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que esa Instancia Constitucional procediera a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a plantear posibles inconstitucionalidades, para así acomodarla al marco de la Constitución...”<sup>27</sup>

La interpretación conforme a la Constitución consiste en acomodar el contenido de una determinada disposición legal o sublegal a los principios y preceptos que éste contiene, todo ello a fin de evitar su desaplicación o declaratoria de inconstitucionalidad.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2855 del 20 de noviembre de 2002 y N° 952 del 29 de abril de 2003.

<sup>28</sup> En referencia a la forma de interpretación CASAL resume que: “La inconstitucionalidad de la norma legal no ha de ser admitida por el juez a la ligera, sino después de un serio análisis del principio o regla constitucional, así como de la significación del precepto legal. Antes de desaplicarlo ha de explorarse, sin forzar el sentido de la disposición legal, la existencia de una solución interpretativa que la haga compatible con la Constitución. Esta interpretación conforme a la Constitución no ha de equiparse completamente a la que debe llevar a cabo la Sala Constitucional en el ámbito de sus atribuciones, pues ésta posee poderes más amplios para reinterpretar y adaptar la norma legal a la Constitución, estableciendo, con efectos erga omnes, la significación que ha de recibir a fin de no entrar en conflicto con la Norma Suprema. Si no resulta diáfana, en el ámbito del control difuso, la interpretación conforme con la Constitución del precepto legal, ha de procederse a su desaplicación, correspondiendo a la Sala Constitucional en su oportunidad, el ejercicio

Lo que nos interesa destacar en esta oportunidad es que los agentes administrativos tienen a su alcance la posibilidad de rechazar interpretaciones literales de determinados enunciados legales aduciendo que ello implicaría una contradicción con el Texto Constitucional, sin que pueda entenderse que a través del ejercicio de dicha facultad se estaría haciendo uso del método difuso de control de constitucionalidad de leyes. En otras palabras, la Administración Pública tendría a su alcance el empleo de la denominada técnica de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, en virtud de la cual podría rechazar el uso de determinadas normas que se deriven de un enunciado legal por considerarlas inconstitucionales, pero aplicar, en cambio, otra que sí se adapte al contenido del Texto Fundamental.

Por último, Duque se plantea la necesidad de reconocer el empleo de la desaplicación administrativa de normas legales y actos que vulneren derechos humanos. Para ello, el referido autor efectúa las siguientes consideraciones:

*“(...) el gobierno, entendido como poder público, debe ser democrático, vale decir, conforme los artículos 2 y 3 de la Constitución, que en sus actuaciones ha de respetar la preeminencia de los derechos humanos. De allí que por aplicación del artículo 25 del mismo Texto Fundamental resultan nulos de nulidad absoluta sus actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la misma Constitución, que como se expresó integran el bloque de constitucionalidad y de legalidad. Además, que los ciudadanos tienen el derecho a exigir que se les garantice el principio de supremacía de la Constitución, a la cual quedan sujetos todos los órganos de los poderes públicos. De manera que la razón de ser del principio de la sujeción de la Administración Pública a la Constitución y la ley, es la de proteger la preeminencia de los derechos humanos, por encima de cualquier autoridad o acto, de modo que si no se interpretan las normas señaladas, a favor del ciudadano, en el sentido que la administración está facultada, en base a esas mismas normas, para desaplicar temporalmente las normas legales o sublegales violatorias o que ame-*

de la facultad de revisión que le otorga el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución”. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Constitución y...* op. cit., p. 166-167.

nacen tales derechos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos se convierte en puro humo.

*En mi criterio, el anterior debe ser el sentido y significado, que debería dársele a los artículos 1º, 2º, 5º, 8º y 10º de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en concordancia con los artículos 7, 19, 25 y 137 todos de la Constitución.(...) En concreto (concluye) que es posible sostener que la Administración puede desaplicar en un caso concreto, en vía administrativa, de manera temporal, una norma que viole ostensiblemente derechos fundamentales, puesto que, ante las disposiciones constitucionales y legales citadas no podría argumentar jerarquía alguna superior al derecho violado o menoscabado, por ser éstos preeminentes; o presunción de legalidad o legitimidad que supere esa preeminencia. Y para ser congruente con el sistema de división de los poderes públicos, y del respeto de las competencias del Poder Judicial, al desaplicar una disposición o acto por violar los derechos humanos, la misma administración, comprometida con el principio de la supremacía de la Constitución, debe plantear un incidente de inconstitucionalidad y suspender el respectivo procedimiento, por ante la justicia constitucional”.*<sup>29</sup>

Se acepta así que la Administración pueda desaplicar, como lo haría un juez en ejercicio del control difuso, una norma o un acto, cuando transgreda un derecho fundamental.

## V. Reflexión final

El valor normativo y la supremacía que actualmente se predica del texto constitucional, trae consigo la existencia de controles efectivos que permitan mantener dichos principios. En este contexto, suele hablarse de dos grandes modelos o sistemas de justicia constitucional. El primero, conocido como el modelo norteamericano, y, el segundo, denominado europeo o kelseniano.

---

<sup>29</sup> DUQUE CORREDOR, Román José. “Postulados y Principios. El Sistema constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana”, AA.VV. *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 169-171.

De tales modelos han surgido fusiones o combinaciones que conducen a la identificación de un tercer grupo o sistema. Específicamente, se trata de los llamados sistemas mixtos, dentro de los cuales la mayor parte de la doctrina ubica a Venezuela. Lo anterior obedece a que en nuestro país se registra junto al método concentrado, ejercido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el que en contraposición es denominado como método difuso, por cuanto permitiría a cualquier juez de la República desaplicar en el marco de un caso concreto una norma inconstitucional.

Dicha forma de control ha sido reservada con carácter exclusivo a los jueces, según la literalidad del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de acuerdo a la interpretación que sobre la materia ha dado tanto la Sala Constitucional como la mayor parte de la doctrina. Tal posición encuentra respaldo en la legitimidad que se predica del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de leyes, el cual sirve como freno a las decisiones mayoritarias, a través de la preservación del principio de supremacía constitucional.

Asumimos apropiada la posición de Duque, de permitir la inaplicación por parte de la Administración a un caso concreto de normas o actos que vulneren o transgredan derechos fundamentales. Sin embargo, vamos más allá, en Venezuela, con base en los artículos 7, 25 y 131, relativos al valor normativo de la Constitución, la supremacía constitucional, la responsabilidad personal de funcionarios por dictar o ejecutar actuaciones inconstitucionales y la garantía de la nulidad de los actos estatales, se puede ampliar el ámbito de empleo del control difuso a las Administraciones, quienes están obligados por los principios mencionados a desconocer cualquier norma que colida con el valor supremo y fundamental de la Constitución.



## Administración Pública: Principios y Actividades que tienden a garantizar los Derechos Humanos de los Administrados

FLAVIO ISMAEL LOWENROSEN\*

---

\* *Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y del Consumidor. Director del Suplemento de Derecho del Consumidor y Regulación de los Servicios Públicos de [eldial.com](http://eldial.com). Ganador del Premio Formación Judicial 2010- Edición del Bicentenario- del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA, Eje: Usuarios y Consumidores. Autor de libros y artículos en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo, del Consumidor, Comercial y Civil. [flrabogado@hotmail.com](mailto:flrabogado@hotmail.com). [flrabogado@gmail.com](mailto:flrabogado@gmail.com).*



## I. La Administración Pública

### 1.a.- Concepto:

La Administración Pública es la organización que ejerce función administrativa<sup>1</sup>, entendida esta como el conjunto de actividades necesarias para que el Estado pueda gestionar sus actividades y cumplir sus finalidades<sup>2</sup>.

Entonces, por Administración Pública debe entenderse el ámbito jurisdiccional en el cual se desarrolla o se ejerce función administrativa.

### 1.b.- Funcionamiento:

Esa Administración, es ejercida por funcionarios que actúan en nombre y representación de los distintos poderes (en realidad órganos de gobierno con competencias propias, autónomas y exclusivas) del Estado<sup>3</sup>, conforme las competencias que le hayan sido

---

<sup>1</sup> Dice un profesor del derecho que: “Se sostuvo primero que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo, criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdicción ales) también realizan funciones administrativas.”. Agrega ese autor que la “diferencia entre la administración y las otras funciones: Mientras que en las demás funciones el elemento material es demasiado amplio para caracterizarlas (requiriéndose agregar un elemento restrictivo para lograr la naturaleza jurídica del acto y de la función), en la función administrativa el elemento material es demasiado estrecho para ello, siendo por lo tanto imposible de mejorar o corregir.”. Gordillo, Agustín Alberto; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 5, Capítulo 3, páginas III.3 y III.9, ver [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/01/01-capitulo3.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo3.pdf)

<sup>2</sup> Sostiene un autor que: “La función administrativa en cambio, es aquella que provee a la satisfacción de necesidades colectivas, que actúa sobre el presente, es continua, permanente, y es por ello que esta función no se puede interrumpir...”. Altamira Gigena, Julio Isidro; *La Función Administrativa*, file:///C:/Users/juli/Downloads/artfuncionadministrativa.pdf

<sup>3</sup> Se ha entendido el poder del Estado es uno solo. Al respecto dice un autor que: “el poder es un solo y radica en el Estado; que los órganos son tres: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, y las funciones son también tres: la administrativa, la legislativa o normativa, y la jurisdiccional.”. Altamira Gigena, Julio Isidro; *La Función Administrativa*:

expresamente asignadas por acto válido y que, consecuentemente, legalmente pueden ejercer. La competencia es la potestad o el complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo, en síntesis, sería el conjunto de atribuciones y facultades que corresponden al ente, sea centralizado o descentralizado<sup>4</sup>.

Las competencias establecen el límite de actuación de los organismos estatales, como también de los funcionarios que ocupan los cargos respectivos, por lo que las mismas deben ser detalladas en forma taxativa en la norma, para determinar con precisión sus alcances.

Significa, lo aludido, que a través de las competencias se confieren las pertinentes atribuciones que le permiten, a los órganos del Estado, adoptar decisiones<sup>5</sup>, pues éstas son tomadas dentro de atribuciones concretas y determinadas<sup>6</sup>.

Y en virtud que las decisiones que adopten los órganos administrativos no pueden ser contradictorias, principio de unicidad<sup>7</sup> de la actividad administrativa mediante, es que las competencias:

1. Deben ser precisas,
2. Tienen que ser unívocas,
3. Deben ser propias y exclusivas de cada órgano, por lo que no resultará susceptible de ser asumida -una misma competencia-

---

*file:///C:/Users/juli/Downloads/artfuncionadministrativa.pdf*

<sup>4</sup> Autos “Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Arg. s/ contrato administrativo”, Causa: 9.009/92, fallo del 23/11/1995 de la CNACAF, Sala I.

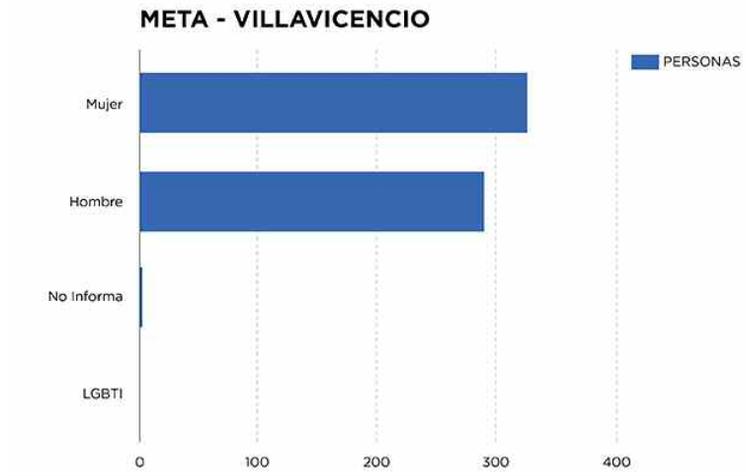
<sup>5</sup> Los órganos adoptan decisiones dentro de su competencia. La competencia es el conjunto de atribuciones que un órgano legítimamente puede ejercer. La competencia es el piso y el límite de las atribuciones de un órgano. La competencia es en razón de tiempo, lugar y materia.

<sup>6</sup> La competencia de un órgano es expresa, y el atribuido no puede apartarse de los términos taxativos ella.

<sup>7</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que: “El Estado Nacional y aun la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional, teleológica, criterio del cual no puede prescindirse a la hora de encarar su representación en cualquier forma.” Dictámenes: 232:336.

por dos órganos diferentes<sup>8</sup>, pues cuando ello ocurre hay conflicto “positivo” de competencias<sup>9</sup>.

4. Tienen que abarcar todas las actividades del Estado, sin que existan lagunas que conduzcan que ningún órgano tiene la atribución de ejercer determinada actividad<sup>10</sup>.



<sup>8</sup> Cada órgano tiene competencias propias establecidas por la norma, que son independientes y distintas a las de los otros órganos.

<sup>9</sup> El “conflicto positivo de competencia” ocurre cuando los órganos quieren tomar para sí la misma actividad, superponiéndose en la competencia de otro. Se sostuvo que: “el conflicto es un tipo de proceso especial y exclusivamente diseñado para resolver las controversias relativas a la titularidad o al modo de ejercicio de las competencias”. Punset, Blanco, Ra; “*Los conflictos positivos de competencia entre el estado y las comunidades autónomas*”,

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-LosConflictosPositivosDeCompetenciaEntreElEstadoYL-1048942.pdf

<sup>10</sup> La competencia de un órgano es expresa y taxativa, no puede ser inferida. Se ha sostenido, al respecto, que: “De la facultad del ENARGAS para autorizar servidumbres, más su deber genérico como órgano encargado del cumplimiento de las normas, el ente infiere su competencia para expedirse sobre la legitimidad del gravamen municipal. Sin embargo, no resulta expresa o implícitamente del texto de tales disposiciones, ni del contexto del mencionado art. 52, que el ENARGAS tenga competencia para dirimir tal cuestión.”. Autos “Municipalidad de Villa Constitución c/ENARGAS -Resol. 8/94”, Causa: 20.734/94, fallo del 29/12/1995, CNACAF, Sala IV.

En este contexto, se advierte que los órganos que integran la Administración Pública ejercen sus funciones mediando una competencia expresa<sup>11</sup>, la cual constituye el conjunto de facultades que legalmente pueden ejercer<sup>12</sup>, dentro de un ámbito territorial o institucional determinado, en forma autónoma e independiente de otros organismos<sup>13</sup>.

*1.c.- Principios de la Actividad Administrativa que permiten que la Administración cumpla sus fines:*

La Administración Pública, sumando las competencias de sus distintos organismos cualquiera fuera al “poder<sup>14</sup>” bajo el cual reporten, debe propender a satisfacer el interés público colectivo.

---

<sup>11</sup> Las competencias son expresas. Deben estar establecidas en la norma. Se sostuvo que: “Ante la falta de norma expresa no resulta adecuado instituir pretorianamente la procedencia de un “recurso judicial directo” ante esta Cámara cuando esa forma de acceder a la instancia judicial reviste carácter de excepcional.”; Causa 41.049/05, autos “Solanas Coutry SA -RQU- c/ DNCI- Resol 17-XI-05 (Expte. S.01:290607/05)”, fallo del 30/05/2006 de la CNACAF, Sala III.

<sup>12</sup> Autos “Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Arg. s/ contrato administrativo”, Causa: 9.009/92, fallo del 23/11/1995 de la CNACAF, Sala I.

<sup>13</sup> Se sostuvo que: “El conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y financiera, convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a la política cambiaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación, y la fiscalización de su cumplimiento (C.S.J.N. “Columbia SA de Ahorro y Préstamo para Vivienda c/Banco Central”, 19/05/92); accionar que se encuentra ligado a la delegación estipulada por la Constitución Nacional.”. Expediente 24.236/06, autos “Staub Claudio Daniel y otros c/ B.C.R.A. -Resol 109/05 (expte.101369/82 Sum Fin 577)”, fallo del 30/09/2010, de la CNACAF, Sala I).

<sup>14</sup> Se sostuvo que: “...son claras las enseñanzas de Villegas Basavillbaso que, siguiendo a Jellinek sostiene que el poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembración no podría cambiar su sustancia, y es por ello que la denominación del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial lleva necesariamente a una confusión. Las funciones del poder y no el poder pueden distinguirse por su naturaleza, y por ello pueden ser diferenciadas en legislativas, ejecutivas y judiciales.”. Altamira Gigena, Julio Isidro; *La Función Administrativa*, file:///C:/Users/juli/Downloads/artfuncionadministrativa.pdf

Eso significa que, la Administración Pública, debe cumplir con las cargas y responsabilidades que le han sido conferidas por la Constitución Nacional, más las provinciales según corresponda, ya que sólo de ese modo puede cumplir con sus múltiples finalidades, las cuáles entre otras son:

1. Organizarse, a los fines de conformar los órganos de gobierno.
2. Adoptar las medidas necesarias para que las personas puedan ser amparadas en sus garantías constitucionales.
3. Prestar los servicios básicos que permitan a las personas gozar de los derechos constitucionales.

A los efectos que la Administración Pública pueda cumplir con los fines para los que ha sido creada, la actividad administrativa debe estar conducida por principios que tiendan a armonizar el ejercicio de la función administrativa, con el objeto que a través de ésta la Administración pueda actuar de acuerdo a derecho y conforme lo que se espera de ella, atento las prerrogativas que le han sido conferidas para que pueda cumplir sus fines.

Los principios que deben regir el ejercicio de la función administrativa son los siguientes:

**1.c.1.- Unicidad:** La Administración Pública Nacional es una integridad jurídica, por lo que no puede adoptar un órgano medidas o decisiones que se contrapongan con las que toma otro, ya que el Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética<sup>15</sup>.

En virtud de ello, se debe rechazar la posibilidad de un pleito entre dos entes públicos nacionales y también entre la Nación y uno de sus entes autárquicos, pues esto último, en definitiva, equivale a litigar consigo mismo<sup>16</sup>.

Sobre esto último vale agregar que lastima la lógica y el buen sentido jurídico ver a una porción del Estado Nacional -aún des-

<sup>15</sup> Dictamen PTN Sin Número. 23 de febrero de 2001. Expte. PTN N° 021/01. Universidad Nacional de Mar del Plata, Dictámenes: 236:411.

<sup>16</sup> Dictámenes PTN: 193:56; 199:97.

centralizada- llevando ante los Estrados de la Justicia al mismo Estado al que pertenece<sup>17</sup>.



**1.c.2.- Celeridad:** La administración debe actuar con rapidez a los fines de ejercer sus funciones y resolver las controversias que le plantean los particulares, esto con el fin de garantizar un actuar continuo, como también de reparar los derechos de los administrados en tiempo oportuno, ello a los efectos de evitar que el retardo en resolver genere denegación de justicia y, amén de ello, produzca daños palmarios e irreparables en los administrados.

La celeridad obliga a que se actúe con la pericia y diligencia necesaria para evitar que la actividad administrativa lleve a cabo conductas innecesarias y dispendiosa como carentes de sentido<sup>18</sup>, que sólo retardarán su gestión, como la pronta resolución de un pedido llevado a cabo por los administrados.

<sup>17</sup> Se ha sostenido que: “El designio de la Ley N° 19.983 no ha sido otro que el de sustraer de la majestad de la justicia los diferendos económicos entre distintas parcelas del Estado,” doctrina del Dictamen PTN Sin Numero. 23 de febrero de 2001. Expte. PTN N° 021/01. Universidad Nacional de Mar del Plata, Dictámenes: 236:411.

<sup>18</sup> PTN, Dictámenes: 286: 30.

## ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**1.c.3.- Simplicidad:** Este principio obliga a que la actividad administrativa sea sencilla, ello a los efectos de evitar duplicidad de gestiones o tramites que solo dilaten el ejercicio de la actividad<sup>19</sup>, y la pronta obtención de resultados.

**1.c.4.- Continuidad:** La Administración debe actuar con continuidad, ello a los fines de cumplir con sus obligaciones en todo momento, esto a los efectos de satisfacer el interés y las necesidades públicas.

La continuidad debe recaer sobre toda actividad administrativa, entendida esta como un servicio público<sup>20</sup>. Es por eso que debe actuar la Administración en todo momento y estar puesta a disposición de los administrados cuando estos lo requieran.

Por ello, se deben brindar servicios administrativos y técnicos cuando el administrado los necesite (prestación a través de personal idóneo del servicio de salud, de educación, de recepción de

<sup>19</sup> PTN, Dictámenes: 286: 30.

<sup>20</sup> Postura de la doctrina francesa del Siglo XIX y XX, principalmente. Por ejemplo Jeze, Gastón en su *"Principios Generales del Derecho Administrativo"*, Editorial Depalma, Bs. As., 1948. Sostuvo, ese autor, que "El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos" (página 1 del tomo I). Es decir, consideraba que el servicio público es el único componente y objeto de estudio y regulación del derecho administrativo.

denuncias, de justicia), como también en forma continua deben suministrarse prestaciones domiciliarias<sup>21</sup> y no domiciliarias a través de bienes y cosas (servicio de transporte, servicio de suministro de luz, gas y agua domiciliaria, etc.).

Así las cosas, la continuidad significa ejercicio permanente de actividad administrativa:

1. En lo concerniente al ejercicio de actividades humanas (médicos, enfermeros, policías, maestros, profesores, etc.),

2. Como también en lo atinente a la puesta a disposición a favor de la sociedad de establecimientos que permitan que los miembros de ella puedan acceder a ellos (colectivos, hospitales, escuelas, comisarías, etc.) y amén de ello contar, también, con los medios y cosas (insumos médicos, energía, luz, agua, combustible, etc) necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.

Por ello, la continuidad de la actividad administrativa debe, básicamente, considerarse desde el punto de vista de:

La actividad en sí misma, es decir el accionar permanente de las instituciones administrativas.

El permanente acceso de los administrados a los servicios y bienes que le permitan satisfacer sus necesidades básicas y ejercer en forma regular sus derechos constitucionales.



<sup>21</sup> Los Llamados servicios públicos domiciliarios, regulados por las normas específicas (leyes Nros. 24.065, 24.076 y 26.221, para los servicios de suministro de energía eléctrica, de gas natural, de agua corriente y tratamiento cloacal, respectivamente).

En este sentido, se entiende que la continuidad en el ejercicio de la actividad administrativa debe propender a que, la Administración estatal, actúe en forma constante, permanente, a los efectos de poder cumplir con sus fines, con sus cargas legales y constitucionales, y, amén, de ello con el objeto de organizarse<sup>22</sup>.

Para poder cumplir con sus fines, la Administración Pública cuenta con prerrogativas especiales, que se han denominado potestades administrativas<sup>23</sup>, las cuales son irrenunciables.

Por ello, la Administración está obligada a emplearlas a los efectos de asegurar la continuidad de su actividad. Esas prerrogativas son una carga-deber, que recae sobre la Administración.

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, se sostuvo que: “Las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituída con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial...”. Opinión dada en autos “Marcos Norma Gladys c/ Estado Nacional (M° de Educación y Justicia) s/Empleo Público”, causa n° 17.981/97, el 13/04/1998 por la CNACAF, Sala V.

<sup>23</sup> Marienhoff las considera atribuciones irrenunciables de la Administración, que implican el doble juego de prerrogativa-deber, ya que teniéndolas, la Administración no puede prescindir de ellas a los efectos de cumplir con sus finalidades. Esas potestades serían las sioguietes, según el citado autor: 1) Imperativa o de mando, 2) De gestión, 3) Reglamentaria, 4) Jurisdiccional, 5) Sancionatoria. Señala ese autor que: “Para desarrollar su actividad y lograr los fines perseguidos con ello, la Administración Pública necesita disponer de los medios jurídicos correspondientes. Estos medios jurídicos constituyen las “potestades” de la Administración, que se diferencian entre sí de acuerdo a la finalidad que en cada caso se pretenda lograr”. Y agrega que: “la “potestad”, en lo que respecta p.273 a su ejercicio, puede ser prerrogativa inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública”. Marienhoff, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, páginas 272 y 273, <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I.pdf>



**1.c.5.- Legalidad Objetiva:** La actividad administrativa debe someterse al régimen de legalidad, lo que significa que la Administración no puede, bajo ningún aspecto, apartarse de lo que establece la letra de las normas que la deben regir<sup>24</sup>, aun cuando estas hayan sido declaradas, para un caso en particular, inconstitucionales<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Ello en virtud del principio de legalidad objetiva. Se sostuvo que: “El principio de legalidad no solamente supone la sumisión de la actividad administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo sino, asimismo, el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes y, finalmente, la sumisión de los actos concretos a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad. Este principio impone a la Administración Pública un obrar sujeto a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juricidad y de oportunidad, conveniencia o mérito.”. Autos “SILVA SAN MARTIN, Graciela c/ MINISTERIO DE SALUD Y ACC. SOC. s/JUICIOS DE CONOC.”, fallo del 20/10/1994, CNACAF, Sala II. Un autor dice que: “la administración se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad. Todo lo que haga o decida hacer tiene que tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera.”. Pando Vélchez; “LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL: ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA?”:

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/NORMA%20INCONSTITUCIONAL%20APLICACION%20E.N%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf.

<sup>25</sup> Limitando esa postura se sostuvo que: “En primer término, es incues-

En virtud de lo dicho, la Administración no puede apartarse del régimen legal, por lo que debería considerarse que no tiene voluntad propia, en la medida que la misma debe someterse al orden legal que la rige.

El régimen legal que somete a la actividad administrativa, debe ser aplicado en todos los casos, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos<sup>26</sup>, lo que significa que no

---

tionable que la Administración debe someter su conducta a la ley y al Derecho, por imperio de la concepción de la separación de poderes propio de nuestro esquema republicano de gobierno, y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho, que en nuestro ordenamiento reconoce la supremacía constitucional.”. Se agrego que: “A su vez, como aclara Cassagne: “la mención al Derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva, pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del Derecho”. Y se siguió desarrollando que: “En tal entendimiento, la interpretación que el dictaminante deba hacer de las distintas normas jurídicas -como ser leyes y reglamentos- deberá realizarse siempre conforme a la Constitución, los Tratados Internacionales y los principios Generales del Derecho. Si en este análisis, el asesor jurídico no encuentra una interpretación adecuada a este ordenamiento, no puede, bajo ningún motivo, apartarse del mismo y avanzar en la aplicación de una ley, reglamento o acto administrativo que repugne de manera evidente la legalidad de nuestro Estado de Derecho.”. Cassagne, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, Diario La Ley del 15/08/2012, página 1 y [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El\\_dictamen\\_de\\_los\\_servicios\\_juridicos\\_de\\_la\\_Administracion\\_.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_dictamen_de_los_servicios_juridicos_de_la_Administracion_.pdf)

<sup>26</sup> En virtud del principio de igualdad ante la ley y de sometimiento al orden legal objetivo, los reglamentos no pueden ser derogados (inaplicados) por la Administración para un caso en particular. Por ejemplo, en España, a ello se opone la regla de la inderogabilidad singular de reglamentos que se recoge del artículo art. 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Debe atenderse, también, a que este principio de “inderogabilidad singular de reglamentos”, según la corte Suprema de Justicia de la nación Argentina, no es absoluto, ya que algunos órganos, por ejemplo los Concejos Deliberantes Municipales, podrían adoptar decisiones individuales contra sus propias ordenanzas, para un caso en particular. Al respecto se sostuvo: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, basándose exclusivamente en el principio de la “inderogabilidad singular de los reglamentos”, sostuvo que el Concejo Deliberante del Municipio demandado

puede derogarse (es decir no aplicarse) la normativa para un caso en particular.

De ocurrir lo señalado en el párrafo anterior in fine, se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley<sup>27</sup>, ya que a unos se les aplicaría la norma (a fin de conferirle derechos o de exigirle el cumplimiento de obligaciones) y a otros no, lo que resulta, claramente, opuesto al régimen de trato igualitario que emana del texto constitucional<sup>28</sup>.

Por último, decimos que **la garantía de igualdad ante la ley** radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable **igualdad** de circunstancias<sup>29</sup> y que se vulnera esa garantía cuando se priva a algunos de aquello que se reconoce a los demás habitantes en circunstancias similares<sup>30</sup>.

---

no pudo válidamente apartarse de sus propias reglamentaciones urbanísticas generales, al dictar las ordenanzas que autorizaron al departamento ejecutivo a aprobar un proyecto, siendo que tal principio no se aplica a los actos normativos de sustancia legislativa, como son las ordenanzas municipales”, autos “Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso - administrativa. P. 457. XXI, fallo del 24/08/1989, Fallos: 312:1394.

<sup>27</sup> Sostuvo el tribunal cimero que: “La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución.”, autos “CIA AZUCARERA BELLA VISTA S.A. c/ CIA NACIONAL AZUCARERA S.A. s/INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS”, C. 623. XLI. REX, fallo del 06/11/2007. Y “para que la garantía de igualdad ante la ley se vea vulnerada, es necesario que la norma legal establezca distinciones irrazonables o inspiradas en fines de ilegítima persecución, indebido favor, privilegio o inferioridad personal.”, autos “COHEN ARAZI EDUARDO c/ EN - JEFATURA DE GABINETE s/RESOL. 155/01 Y OTRO EMPLEO PUBLICO”, C. 86. XLI. REX, sentencia del 11/12/2007, Fallos: 330:5032.

<sup>28</sup> Artículo 16 del texto constitucional. Dice la CSJN que la igualdad ante la ley surge del artículo 16 de la Constitución Nacional, Fallos: 329:2719.

<sup>29</sup> CSJN, autos “DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES - MINISTERIO DEL INTERIOR - c/ YALMOR S.R.L. s/RECURSO”, D. 1308. XXXIX. REX, fallo del 12/12/2006, Fallos: 329:5567.

<sup>30</sup> CSJN, autos “TORREZ TRANCITO Y OTRO c/ SUPERMERCADOS

**1.c.6.- Regularidad:** La Administración debe actuar con regularidad cuando ejerce actividad administrativa. Significa ello que tiene que someterse a las normas, técnicas y principios que regulan su actividad, no sólo desde lo normativo, sino en el marco de la gestión que lleva a cabo.

La regularidad en el actuar administrativo trae como consecuencia la previsibilidad de la actividad administrativa, ello como consecuencia que se adoptan decisiones de acuerdo a derecho y a las técnicas administrativas y de gestión en vigor.

De este modo, se persigue la mitigación de la incertidumbre con respecto al actuar administrativo<sup>7631</sup> y, básicamente, en el

---

NORTE S.A. Y OTRO s/ACCIDENTE LEY 24557”, T. 649. XLII. REX, fallo del 07/10/2008, Fallos: 331:2169.

<sup>31</sup> Entendemos que a fin de elaborar un nuevo paradigma de funcionamiento de la Administración Pública, debemos receptor lo factual, los problemas que ofrece de la naturaleza, la realidad social, los hechos sociales como elemento conducente. Actuando de ese modo, es decir modificando un paradigma institucional administrativo y/o normativo, con base a la realidad:

*Se disminuye la incertidumbre que puede generar su aplicación y seguimiento por parte de las personas alcanzadas, tanto en el caso de los sujetos activos -es decir aquellos que deben ejercer funciones administrativas y/o de control-, como en los sujetos pasivos, como ser aquellos que deben someterse al nuevo ordenamiento.*

*Se mitiga el riesgo, tanto en lo concerniente a la interpretación humana como al efecto del nuevo paradigma, ya que se llevaron a cabo evaluaciones concretas amparadas en la realidad, que permitieron determinar lo mejores mecanismos a implementar.*

Así las cosas, se considera básico que se elabore un “protocolo” o “procedimiento” que determine los pasos a seguir a los efectos de establecer cambios en los paradigmas normativos y/o institucionales.<sup>76</sup>

Ese “protocolo” debe establecer, parámetros mínimos que deben ser seguidos, en los casos mencionados en el párrafo anterior. Esos parámetros deben consistir en análisis, acciones y evaluaciones sobre:

La organización institucional administrativa actual,

Las debilidades y fortalezas institucionales actuales,

Los recursos humanos disponibles, y su grado de capacitación,

Los recursos materiales s y tecnológicos disponibles,

El grado de cumplimiento de a ciudadanía con el paradigma vigente,

El nivel cultural de las personas encargadas de aplican y de cumplir el nuevo paradigma,

marco de las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados.

**1.c.7.- Buena Fe:** La actividad administrativa debe someterse a la buena fe<sup>32</sup>, en su carácter de principio que debe guiar toda actividad y relación jurídica.

En virtud de ello, la actividad administrativa debe estar exenta de ardidés que tiendan a:

Exonerar a la Administración del cumplimiento de sus obligaciones.

Colocar en una situación de manifiesta debilidad al administrado.

Generar privilegios incausados a la Administración y/o a los funcionarios usuario, en desmedro de los derechos y/o legítimos intereses de los administrados y/o del propio Estado.

Distorsionar los principios jurídicos en pos de beneficiar a la Administración.

**1.c.8.- Formal y Solemne:** La actividad administrativa es formal<sup>33</sup> y solmene<sup>34</sup>. Significa esto que, la Administración, deberá ajustarse a los procedimientos vigentes y expresarse a través de los canales legales en vigor en el marco de su actividad.

---

Los mecanismos que se utilizarán para una efectiva información y educación sobre el nuevo paradigma.

<sup>32</sup> Se sostuvo que: “El principio cardinal de la buena fe hace exigible, por un lado, a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar, y como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público.” CSJN, Fallos: 325:1787.

<sup>33</sup> La CSJN sostuvo, por ejemplo, que: “Los contratos administrativos debían ser celebrados con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección.” autos “LIX KLETT SAIC c/ BIBLIOTECA NACIONAL SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN s/COBRO DE SUMAS DE DINERO” L. 249. XLV. ROR, fallo del 31/07/2012, Fallos: 335:1385.

<sup>34</sup> Autos “CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 482/2006-C-43-RHE, fallo del 05/10/2010, Fallos: 333:1922.

Por ello, tiene que manifestarse, la Administración, a través de actos institucionales que hayan cumplido con los procedimientos previos para su emisión, como condición de validez de los mismos<sup>35</sup>.

**1.c.9.- Transparencia:** La actividad administrativa debe ser transparente. En virtud de ello, deben instrumentarse los mecanismos que permitan que los administrados puedan acceder a los documentos e instrumentos generados en el marco del ejercicio de la actividad administrativa<sup>36</sup>, como también establecerse herramientas y crear instituciones que propugnen a la transparencia en el actuar administrativo.

La transparencia en el ejercicio de la actividad administrativa debe ser en cuanto a que ésta debe carecer de decisiones que tengan por norte dañar el patrimonio del Estado, como también ocultar las decisiones que se adoptan, ya que estas son públicas.

**1.c.10.- Razonabilidad:** La Administración debe actuar con razonabilidad. Significa esto que su obrar, en el marco el ejercicio de la actividad administrativa, debe ser razonable, lo que significa

---

<sup>35</sup> Autos “CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 482/2006-C-43-RHE, fallo del 05/10/2010, Fallos: 333:1922. “LIX KLETT SAIC c/ BIBLIOTECA NACIONAL SECRETARIA DE CULTURA DE LA NACIÓN s/COBRO DE SUMAS DE DINERO” L. 249. XLV. ROR, fallo del 31/07/2012, Fallos: 335:1385.

<sup>36</sup> Ley 19549 y su reglamento. Decreto Delegado 1023/2001. Ley N° 27.275, entre otras. La Ley N° 27.275 en su artículo 1° establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y se funda en los siguientes principios:

*Presunción de publicidad:* toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley.

*Transparencia y máxima divulgación:* toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.”

que su actuación debe guardar proporcionalidad con el resultado esperado<sup>37</sup>.

La razonabilidad puede ser considerada como la base para una decisión proporcional, pero también como el sustento para que la decisión sea legítima, es decir legal<sup>38</sup>, y no arbitraria<sup>39</sup>.

**1.c.11.- Eficacia:** El principio de eficacia impone que la Administración debe actuar con pericia y diligencia, adoptando las decisiones que resulten más convenientes para la satisfacción de las necesidades estatales. Por ello, por ejemplo:

La representación procesal la debe ejercer el organismo que mejor conozca los antecedentes fácticos, técnicos, jurídicos y normativos que dieran origen a la demanda, salvo situaciones excepcionales de posible indefensión originadas ante el inmediato vencimiento de términos procesales<sup>40</sup>.

Se deben adquirir bienes y/o servicios cuyo precio resulte conveniente a los intereses estatales, como también la calidad del producto o prestación devenga acorde a lo esperado y necesitado<sup>41</sup>. Se debe elegir personal idóneo, preferentemente por concurso público de oposición y antecedentes, para cubrir cargos públicos.

---

<sup>37</sup> Autos “ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS - c/ INTERCORP S.R.L. s/EJECUCIÓN FISCAL”, A. 910. XXXVII. REX, fallo del 15/06/2010, Fallos: 333:935.

<sup>38</sup> Sostuvo la CSJN que esta “La legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad-...”. Autos “Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, 2488/2005-S-41-ORI, 08/04/2008, Fallos: 331:735

<sup>39</sup> Se sostuvo que: “...el obrar de la administración en ejercicio de facultades discrecionales de manera alguna justifica una conducta arbitraria. Es la razonabilidad con se ejerzan tales facultades lo que otorga validez a los actos estatales, y obliga a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, a verificar el cumplimiento de dicha exigencia.” Autos “Stipelman, Carlos A. c/ E.N. (Policía Federal) s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, Causa: 15.563/95, fallo del 07/02/1996, de la CNA-CAF, Sala IV.

<sup>40</sup> Dictámenes: 232:336; 236:544.

<sup>41</sup> Artículos 15 y 25, inciso A), del Decreto N° 1023/20101.

## ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**1.d.- Ejercicio de la Actividad Administrativa:** La función o actividad administrativa debe ser reputada como la actividad integral que se lleva a cabo a los efectos que la administración pueda cumplir con sus finalidades.

En este contexto, a fin de precisar, bien vale señalar que la función administrativa es el conjunto de actividades que se lleva a cabo en la Administración pública, las cuales abarcan todas las etapas de un procedimiento administrativo, desde su inicio y hasta su resolución.

Quienes desempeñan esas funciones, en nombre y representación de la Administración estatal entonces, deben ser tildados o reputados como empleados o funcionarios administrativos, y, por ende, alcanzados por las obligaciones que rigen a quienes se desempeñan dentro de la administración pública.

## ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA



**1.d.1.- El ejercicio de la actividad administrativa no es privativo del Órgano Ejecutivo:** El concepto actividad administrativa excede a la mera actividad que se desempeña dentro del órgano Ejecutivo. Por ello, comprende también actividades que se desarrolla en los órganos legislativo y judicial.

Si bien el órgano Ejecutivo lleva a cabo actividad esencialmente administrativa, no toda la actividad administrativa es desempeñada por ese órgano, ello debido a que esa la actividad debe ser reputada o considerada como aquella que se lleva a cabo con el fin de organizar a los órganos estatales.

Entonces debe ser reputada como administrativa toda actividad organizativa interna que permita que un órgano pueda cumplir con sus fines.

Así las cosas, por ejemplo, es considerada administrativa la actividad destinada a: i) Designar personal, ii) Adquirir bienes y servicios, iii) Controlar el cumplimiento de las normas administrativas, iv) Sancionar al personal y a sus proveedores, v) Resolver recursos administrativos, etc..

Esas actividades son desplegadas por todos los órganos de gobierno (legislativo, judicial, ejecutivo) por lo que, todos ellos, despliegan actividad administrativa. Quienes las llevan a cabo, lógicamente, ejercen función administrativa.

## ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ¿Quiénes la representan?



De lo aludido surgen diferentes cuestiones, a saber:

1. La actividad administrativa no es exclusiva del órgano Ejecutivo.

2. Los órganos judicial y legislativo despliegan actividad administrativa cuando se organizan internamente.

3. Los funcionarios y empleados que despliegan actividad administrativa deben ser reputados como empleados administrativos.

En este contexto, podemos señalar que la actividad administrativa es común a todos los órganos de poder.

Esa actividad es de carácter ordinario o común o meramente organizacional, ya que la actividad administrativa superior (es decir la destinada a establecer las directivas de las políticas públicas) sólo es competencia del órgano Ejecutivo, según los designios establecidos en la Constitución de la Nación (artículo 99), como también de la Ciudad.

Lo dicho nos permite entender que la actividad administrativa puede tipificarse en un doble sentido: i) La ordinaria u organizativa, ii) La superior. Mientras la primera es común a todos los órganos de gobierno, la segunda es propia, exclusiva del órgano Ejecutivo.

Lo señalado nos lleva a concluir que los órganos de gobierno despliegan actividad administrativa ordinaria u organizativa. Y la finalidad de ello radica en el hecho que a través de ella pueden cumplir y desarrollar sus actividades específicas, como lo son:

1. Actividad Administrativa superior, el órgano administrativo.

2. Actividad legislativa, el órgano legislativo.

3. Actividad judicial, el órgano judicial.

## TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA



Ello así, en orden a que tanto los órganos Administrativo, Legislativo y Judicial, a los fines de desplegar sus actividades específicas, es decir aquellas para las que han sido creados, necesitan, por ejemplo:

1. Organizarse internamente, mediante estructuras en las cuales se dividan competencias y funciones.
2. Adquirir bienes y servicios.
3. Contratar personal.
4. Sancionar a su personal, a través de la actividad disciplinaria.
5. Sancionar a los administrados que no cumplan con la normativa administrativa, a través de la actividad correctiva.

En este contexto, se advierte que la actividad administrativa organizativa, común a todos los órganos de gobierno, es el soporte que permite que puedan desarrollar sus actividades para ejercer las competencias para las que han sido creados.

Entonces, todos los órganos de gobierno desarrollan actividad administrativa, y ejercen consecuentemente funciones como administración pública administrativa, pero también como legislativa y judicial en los casos que corresponda.

## II. Protección de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos de los administrados deben ser protegidos, en forma amplia, por el Estado, el que no debe establecer límites a ellos<sup>42</sup>, a través de la legislación reglamentaria, de la función de contralor y de la jurisprudencia.

Cuando nos referimos a una protección ampliada, es en virtud desde el inicio del análisis de este tema consideramos que la protección integral de los Derechos Humanos de las personas debe extenderse a todos los aspectos de su vida, ya que los mismos deben tender a que las personas vivan íntegramente en condiciones de dignidad<sup>43</sup>.

En este contexto, entendemos que el análisis de concepto de derechos humanos no debe circunscribirse, exclusivamente, a la protección física del individuo administrado frente y/o ante los excesos de las autoridades que ejercen la fuerza del Estado (actúen institucional o inorgánicamente).

El concepto Derecho Humano, según consideramos, excede el que usualmente es entendido por los medios de comunicación o en charlas coloquiales, donde se lo subsume a la protección de las personas ante exabruptos del Estado, que puedan implicar la pérdida de la libertad, y/o lesión en su integridad física, psíquica, o hasta la pérdida de su vida en forma violenta.

---

<sup>42</sup> La Corte Internacional de Derechos Humanos, el 02/02/2001, en autos "Baena, Ricardo y otros" (Supl. Mensual del Rep. Gral. de la Rev. La Ley de Julio 2001, parág. 591, pág. 64), sostuvo que "En cualquier materia, inclusive en materia laboral y administrativa, la discrecionalidad de la Administración pública tiene límites inquebrantables, siendo uno de ellos el respeto por los derechos humanos... razón por la cual es necesario que su actuación se encuentre regulada...".

<sup>43</sup> Se sostuvo que: "El acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes.". Voto del Dr. Petracchi, fallo de la CSJN, autos "Q.C.S.Y. c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTRO s/AMPARO", fallo del 24/04/2012, Fallos: 335:452.

Por el contrario, consideramos que el concepto Derecho Humano debe extenderse tanto a las obligaciones de hacer y/o de no hacer (que procuran la protección íntegra del administrado) que recaen:

1. Sobre el Estado a nivel institucional, y consecuentemente la Administración a través de su gestión.
2. Sobre los funcionarios en virtud que actúan en representación del Estado.
3. Sobre quienes son operadores de justicia, quienes deben actuar con pericia y diligencia, ello en pos de resolver, con inmediatez y celeridad, los planteos y las demandas de los administrados, esto a los efectos de evitar que, el retardo en brindar justicia, genere perjuicios irreparables.
4. Sobre los proveedores de bienes y/o servicios, sean personas jurídicas públicas estatales, no estatales, o privadas, y hasta personas físicas.



Entonces, según consideramos, el concepto Derecho Humano es amplio, íntegro, e incluye todas las garantías sociales y jurídicas y los principios emergentes del Derecho que propenden a que el individuo pueda vivir en las condiciones de dignidad que, las Cartas Magnas establecen en su carácter de textos que fijan los derechos mínimos de los administrados.

### III. El ejercicio de la Actividad Administrativa no puede colisionar con los Derechos Humanos

El ejercicio de la actividad administrativa no puede resultar opuesta a los Derechos Humanos de los administrados, sin distinción si dicha actividad:

1. Es ordinaria, es decir la que realizan los poderes del Estado a los efectos de su organización interna (comprar bienes, designar personal, resolver peticiones, etc.).

2. Es especial, es decir la actividad administrativa propia del Poder Ejecutivo, en cuanto elabora e implementa políticas de Estado.

Por ello, la Administración Pública debe, en todo momento, adoptar medidas concretas y eficientes a los efectos de garantizar los derechos humanos de los Administrados.



Para ello, debe conducirse, la Administración, bajo los principios que la deben guiar, los cuáles, empleados en forma razonable y mesurada tienden a permitir que estas cumplan con sus fines, destinados a satisfacer el interés público, y consecuentemente:

1. Se posicione al administrado en una posición de efectiva tutela de sus derechos, con base a las garantías constitucionales.

2. Se permita que las personas puedan satisfacer en tiempo oportuno sus necesidades, a través de la atención que le debe ser dispensada<sup>44</sup>, y de los servicios que le deben ser brindados, sean estos:

1. Administrativos.

2. Públicos domiciliarios, como ser provisión de energía eléctrica, o e gas natural, o de telefonía, o de agua y tratamiento cloacal.

3. Públicos puestos a disposición de los administrados en oficinas o dependencias estatales, o en la vía pública.

3. Se resuelvan en forma justa y fundada las presentaciones y solicitudes de los administrados.

4. Se le informe a los administrados sobre sus derechos y obligaciones.

5. Se establezcan limitantes a cualquier invasión irrazonable y excesiva a la intimidad de las personas, que pueda mancillar:

1. Su dignidad.

2. Su integridad.

3. Su seguridad.

6. Se permita el acceso irrestricto y continuo de los Administrados, a sede administrativa a los efectos de:

1. Presentar recursos.

2. Plantear reclamos.

3. Interponer impugnaciones.

4. Efectuar peticiones.

5. Solicitar pretensiones.

---

<sup>44</sup> “El Estado debe establecer los mecanismos tendientes a evitar situaciones que puedan comprometer no sólo su eficacia sino su continuidad en pro de la satisfacción del interés y las necesidades de carácter general”, opinión de la CNACAF, Sala II, en autos “Transener S.A. c/ Resolución ENRE 70/95”, Causa: 36707/96, el 17/09/1998. También un prestigioso profesor del derecho administrativo se manifestó en este sentido. Ver Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, T.II, págs. 61/82.

## ADMINISTRACIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHOS HUMANOS



En este contexto, se advierte que la actividad la actividad administrativa debe tender a garantizar derechos básicos de los administrados, los cuales deben reputarse Derechos Humanos, en el sentido amplio del concepto<sup>45</sup>.

### IV. Los Derechos Humanos involucrados en el ejercicio regular de la Actividad Administrativa

#### 4.a.- El orden Constitucional:

Cuando la Administración actúa, ejerce su actividad, debe adoptar medidas que tiendan a posibilitar su funcionamiento, pero también que protejan los derechos de los Administrados, por cuyos derechos, en virtud de las garantías que emergen del texto constitucional, debe velar.

Vale acotar, que consideramos que aun cuando el texto constitucional no consagre ciertos derechos ni determine, consecuentemente, las garantías que existen a los fines de la protección de los mismos, estos existen en la medida que resulten básicos y esenciales para la vida humana en condiciones de regularidad, ya que existen ciertos derechos que:

---

<sup>45</sup> Entendemos que este sentido amplio incluye la tutela de la intimidad, de la voluntad, del honor, del patrimonio básico, de la educación, de las personas.

1. Son de naturaleza social, y, consecuentemente, preexistentes a la Constitución. La Constitución (sea dictada antes de su conformación, o modificada una vez que haya sido conformado) es:

1. El instrumento basal que organiza a un Estado, mediante:

1. La determinación de sus atribuciones.

2. La consagración poderes del Estado.

3. La distribución de competencias entre esos poderes.

4. La creación de los institutos orgánicos constitucionales, por ejemplo: Ministerio Público<sup>46</sup>, Defensor del Pueblo<sup>47</sup>, Auditoría General de la Nación<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Órgano de la Constitución, ver artículo 120 de la Carta Magna Nacional. Reza el mismo que: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

<sup>47</sup> Órgano de la Constitución, ver artículo 86 de la Carta Magna Nacional. Reza el mismo que: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.”

<sup>48</sup> Órgano de la Constitución, ver artículo 86 de la Carta Magna Nacional. Reza el mismo que: “*El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su*

5. La fijación de perfiles y características que hay que reunir a los efectos de acceder a determinados cargos públicos.

2. El instrumento que consagra los derechos de los administrados, dándole un contexto real a los mismos, por ejemplo:

1. Como Derechos de orden propio frente a terceros:

1. Derecho a la intimidad (Principio de Reserva).

2. Derecho a la igualdad.

3. Presunción de inocencia.

4. Derecho a la protección de sus datos personales (Habeas Data).

2. Como Derechos propios a la condición humana:

1. Derecho a la libertad.

2. Derecho a la dignidad.

3. Como Derechos de carácter social:

1. Derechos políticos.

2. Derechos a la protección del medio ambiente.

4. Como Derechos de carácter judicial:

1. Derecho a interponer amparos individuales y colectivos.

2. Derecho de defensa.

3. Presunción de inocencia.

5. Como Derechos de carácter económico:

1. Derecho a la propiedad.

2. Derecho a la protección de sus intereses económicos.

3. Derecho a la competitividad.

6. Derechos políticos.

1. Partidos políticos.

2. Participación política.

3. Derecho electoral.

---

*creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.”*

2. Existen independientemente de su consideración expresa por parte del orden constitucional.

3. Deben ser protegidos por el Estado, aun cuando la normativa constitucional no establezca los mecanismos adecuados para esa tutela.

## ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y DERECHOS HUMANOS



A la luz de todo lo desarrollado, podemos señalar que la Administración Pública, en el marco del ejercicio de la actividad administrativa, debe velar por los derechos de lo individuos, de los administrados.

### *4.b.- El impacto de la actividad Administrativa en los Derechos Humanos:*

La Administración debe adoptar medidas concretas y suficientes para resguardar, en sentido amplio, los Derechos Humanos de las personas.

No lo hace, cuando omite adoptar las medidas necesarias y suficientes que protejan a los administrados, o cuando adopta medidas abusivas que se oponen a esos derechos, por suprimirlos, por mancillarlos, por reducirlos.

Tanto los exabruptos de la Administración, como sus omisiones, impactan negativamente en los Derechos Humanos de los Administrados, cuando la actividad administrativa no es ejercida debidamente en pos de velar por derechos que deban ser considerados humanos.

## ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA



**4.b.1.-** Acá encontramos una cuestión liminar que debe ser analizada: **¿Cuáles son los Derechos Humanos de los Administrados que deben ser satisfechos por la actividad administrativa?** Los Derechos Humanos que deben ser tutelados por la Administración a través del ejercicio de función administrativa, exceden al mero análisis tradicional de considerarlos, exclusivamente, como la garantía que no se avasalle, por el aparato represivo del Estado, la libertad y la integridad física de los administrados.

Esta visión reduccionista de los Derechos Humanos, dejaría fuera de tal clasificación a derechos esenciales que hacen a la regularidad de la vida en condiciones físicas y síquicas armónicas.

Y por ello, no serían objeto de protección integral y absoluta, por parte de los poderes del Estado atribuidos (y consecuentemente obligados) de las competencias necesarias y suficientes para ello, en la medida que no se los catalogue como derechos básicos y esenciales, como derechos fines<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Lowenrosen, Flavio; *Régimen Jurídico de la Emergencia Pública*, Edi-

## ADMINISTRACIÓN ADMINISTRATIVA Y DERECHOS HUMANOS



Los derechos fines son aquellos que tienden a satisfacer las necesidades básicas de los individuos, mientras que los derechos medios son los que posibilitan que esos derechos esenciales puedan ser, efectivamente, ejercidos.

Por ende, unos, los derechos fines, son absolutos, inmodificables, inmovibles, mientras que los otros, los derechos medios, pueden ser razonablemente regulados y limitados, en la medida que ello no conmueva la integridad de los derechos fines.

Podemos decir que los derechos medios permiten que los derechos fines se ejerzan en forma regular. Y esos derechos fines permiten el ejercicio de la vida humana en condiciones de regularidad.

Por eso, se puede entender que estamos ante una secuencia de procedimientos que propenden a culminar en una efectiva tutela de la integridad humana, la que parte de la necesidad, continua con la ejecución de los medios para paliar satisfactoriamente esa necesidad y así proteger derechos esenciales.

Los derechos esenciales, son los que hacen a la intangibilidad del individuo, y que, por ende, pueden considerarse la piedra basal de la vida humana. Constituyen el sustento de esta. Todos ellos deben ser considerados Derechos Humanos<sup>50</sup>, como también los

---

torial Ediciones Jurídicas, Bs. As., 2002.

<sup>50</sup> Lowenrosen, Flavio; *Régimen Jurídico de la Emergencia Pública*, Editorial Ediciones Jurídicas, Bs. As., 2002. Ver además, Tambussi, Carlos, *El consumo como derecho humano*, Editorial Intermilenio, Bs As., año 2009.

derechos medios que permiten -en forma directa e inmediata- que esos derechos fines puedan ejercerse.

En este contexto, los derechos fines son los que posibilitan a las personas vivir en condiciones regulares, y por ello los mismos serían:

1. El derecho a la vida, en su amplia aceptación, lo que implica la vida de las personas como bien supremo a proteger y resguardar, por parte del Estado. Para eso la Administración, por ejemplo, debe:

1. Prescindir del uso de violencia contra los administrados.

2. los servicios necesarios para garantizar la integridad física de las personas, para lo que debe adoptar las medidas de seguridad, suficientes y necesarias, para ello.

3. Realizar las obras necesarias que edifiquen las instalaciones necesarias y disponer de los recursos humanos que actúen en pos de prestar los servicios básicos de salud que resguarden la vida humana.

4. Construir las obras suficientes para poder acceder a servicios públicos domiciliarios básicos que garanticen la vida humana en condiciones de regularidad, como lo es el de suministro de agua corriente. Este servicio no sólo favorece exclusivamente al destinatario del servicio sino a la colectividad toda, ya que su uso garantiza la salubridad e higiene pública, principalmente en centros urbanos.

5. Resolver con celeridad y adoptar las medidas suficientes con inmediatez que resulten necesarias para satisfacer las solicitudes fundadas de los administrados, cuya finalidad sea la protección de su vida o de su salud.

6. Informar, por sí, o a través de terceros (que actúan bajo regulación pública), en forma clara, cierta, veraz, completa, absoluta y previa, a los administrados, sobre las condiciones y/o medidas que deben adoptar a los efectos de resguardar su vida en diversos casos, por ejemplo:

1. Ante la ocurrencia de fenómenos naturales.

2. Cuando ingieren alimentos, medicamentos.

3. Cuando manipulan sustancias peligrosas.

2. El derecho a la salud, como derecho fin en cuanto es la salud un bien esencial de las personas, cuya integridad permite la vida en condiciones regulares, pero también en su carácter de medio que permite la vida. La Administración Pública debe arbitrar, a través de resoluciones, políticas públicas, obras todas las medidas necesarias para:

1. Resguardar la salud, evitando daños colectivos e individuales a la misma. Por eso, con efectos colectivos, debe elaborar políticas y adoptar medidas que eviten polución, afectación ecológica, insalubridad, epidemias.

2. Adoptar medidas de atención médica directa a los individuos que lo necesitan o requieren.

3. El derecho a la dignidad, como sustento de la vida humana. En realidad la vida en condiciones de dignidad es el resultado de la sumatoria regular del ejercicio de distintos derechos, fines o medios, como ser: A la salud, Seguridad, Acceso a servicios, A no ser discriminado, A no ser vejado, A no ser mancillado en su honor, etc.

Entendiéndose a la dignidad como un derecho humano, es evidente que la Administración los violenta cuando no adopta medidas en pos de brindarle al administrado un trato que garantice esas condiciones. Así las cosas, consideramos que la Administración está obligada a atender al administrado en condiciones que resguarden íntegramente sus derechos, ya que este, además de ser el objeto final de la tutela del Estado, es un colaborador de éste, y no un mero súbdito ni subordinado<sup>51</sup>.

Amén de lo dicho, entendemos que las autoridades públicas deben actuar, con constancia, en pos de la protección de los derechos de los Administrados.

Ello así, a los fines de asegurar la dignidad de las personas, para lo que deben actuar con diligencia, pericia, buena fe y de acuerdo a las finalidades de su función.

---

<sup>51</sup> “A su vez, las garantías procesales son: el informalismo en favor del administrado (o, más propiamente, formalismo moderado a causa del carácter de colaborador que a éste corresponde reconocerle), un concepto amplio de legitimación y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo.” Comadira, Julio; Escola, Héctor; “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, página 12.

Todo esto, con el objeto de evitar que las personas sufran lesiones a sus derechos, como también, con el fin de no obtener (esas autoridades, o sus allegados, o terceros que actúan en connivencia con ellas) beneficios no previstos en la norma, que puedan ser considerados incursos en vicio de poder<sup>52</sup>.

Esos son los derechos fines, es decir los que permiten que se pueda vivir con regularidad, uno, el máximo bien tutelado, la vida, posibilita la existencia del individuo y los otros, salud y dignidad, que el sujeto pueda desarrollarse con plenitud y normalidad.

Para que esos derechos puedan ejercerse regularmente, es necesario que la Administración posibilite, con acciones concretas

---

<sup>52</sup> “Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley...Casos de desviación de poder:

El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.

El funcionario actúa con una finalidad personal. Trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir su finalidad.

El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros. Ello ocurre cuando, también aquí, sin violar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros; por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc.

El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas municipales, sino para obtener fondos para la comuna; usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etc.”; Gordillo, Agustín; [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo09.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo09.pdf)

y medidas precisas (regulatorias, conductuales y sancionatorias), que las personas puedan ejercer derechos que constituyan el medio que permite llegar al fin.

Esos derechos, deben ser garantizados por la Administración, a través de distintas medidas que debe adoptar.

Por ejemplo, existe la necesidad social de acceder al servicio básico de suministro de agua potable y tratamiento cloacal domiciliario. Para poder usufructuarlo es necesario que el administrado posea el dinero suficiente para poder construir las instalaciones necesarias, como también a los fines de abonar la provisión del mismo. Es por ello que el derecho de propiedad, económico, es el medio que permite que se pueda acceder al servicio de agua potable y tratamiento cloacal, el que resguardará el derecho humano del individuo a una vida sana, en condiciones de dignidad mínima.

Con respecto al ejemplo vertebado en el párrafo anterior, surgen dos cuestiones diferentes de intervención administrativa, a saber:

1. Por una parte, la necesaria a los efectos de universalizar el servicio y prestarlo en condiciones de igualdad técnica y cualitativa<sup>53</sup>, lo que obliga a que con celeridad se construyan las obras públicas necesarias a los fines de prestar el servicio y que al mismo puedan acceder los miembros de la sociedad, cuando lo necesiten.

2. Por la otra, la que resulte suficiente a los efectos de posibilitar el acceso al servicio a todos los que lo necesitan. Para ello deben arbitrarse mecanismos de subsidios cruzados que permitan que las personas puedan acceder a los servicios, sin perjuicio de su situación económico-patrimonial. Por eso, por ejemplo, se otorgan subsidios a sectores económicamente vulnerables (jubilados, pensionados, discapacitados, familias numerosas, etc.) con el objeto que estos puedan acceder pagando al servicio pagando una tasa (precio) diferencial, que resulta inferior al valor ordinario fijado reglamentariamente para todos los usuarios<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> En lo que hace a las condiciones de calidad con qué recibe el servicio.

<sup>54</sup> Se lo denomina “subsidio cruzado”.

Así las cosas, se advierte que la Administración Pública tiene que actuar en forma diligente y positiva, ejerciendo todos los principios que guían su actividad<sup>55</sup>, ello con el objeto de posibilitar que los Administrados puedan acceder, usufructuar y gozar de los servicios con regularidad y continuidad, es decir de acuerdo a las normas del buen arte que gobiernan la prestación (regularidad), como también cada vez que lo necesiten (continuidad).

Dimos el ejemplo en materia de acceso a servicios públicos básicos, como estandarte de la actividad administrativa que debe llevarse a cabo a los efectos de resguardar derechos fines, pues el usufructo de esos servicios esenciales (el agua lo es, y fue declarado un derecho humano) garantiza la vida en condiciones de salud básica y dignidad.

Pero también, la administración pública, debe adoptar medidas que posibiliten el regular ejercicio de los derechos medios, ya que estos garantizan que los administrados puedan ejercer sus derechos humanos básicos.

Por ello, amén de prestar los servicios públicos (domiciliarios y no domiciliarios básicos), la Administración debe adoptar medidas concretas a través de las políticas públicas que adopta y de los servicios administrativos que brinda, que tiendan a:

1) **Garantizar el derecho de defensa:** La Administración debe adoptar medidas concretas que permitan que los administrados puedan defender y hacer valer sus derechos. Para ello tiene que:

1. Establecer plazos razonables para que los administrados puedan cumplir las cargas que le son impuestas por la administración, o para que puedan presentar escritos, solicitudes, peticiones, recursos, impugnaciones<sup>56</sup>, etc., ello a fin que no se conviertan

---

<sup>55</sup> Ver punto 1.c.- de este trabajo.

<sup>56</sup> La Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Parra de Presto, Estella Maris c/ Municipalidad de Escobar” sostuvo que: “la doctrina expuesta resulta de estricta aplicación en el sub iudice. En efecto, frente a una sanción de tal magnitud como lo es la cesantía y, no obstante, el informalismo del procedimiento administrativo, el actor debe contar con un plazo razonable que le permita fundar adecuadamente el recurso deducido contra esa medida separativa. En el caso, la exigencia de deducir el recurso de revocatoria del art. 89 de la ordenanza general 207 dentro del plazo de 24 horas, computadas a partir de la notificación del

en abstractos sus derechos en general, y el debido proceso en particular<sup>57</sup>.

2. Permitir el acceso a sede administrativa, a los fines que los administrados puedan plantar reclamos y quejas. Todo ello dentro del denominado debido proceso adjetivo, principio del procedimiento administrativo que posibilita que los administrados puedan: i) presentarse a los efectos de ser oídos, ii) Probar y fundar su pretensión, iii) Ser destinatarios de una resolución justa y fundada por parte de la Administración.

3. Resolver con prontitud los reclamos, recursos, solicitudes y quejas que plantean los administrados. La demora en resolver planteos, viola el derecho humano de los administrados, ello debido a que las respuestas y soluciones deben ser brindadas en tiempo oportuno.

Significa esto que no se deben diferir las resoluciones, pues si eso ocurre, la respuesta o solución o resolución del planteo o controversia es adoptada de modo tiempo tardío, lo que sin dudas implica diferir el derecho de defensa del administrado, y hasta colocarlo en una situación de perjuicio palmario y definitivo, ello en la medida que como consecuencia de la demora en resolver la persona soporta un daño irreversible.

Por ejemplo, el daño será irreversible cuando se adoptan medidas tardías en materia de asistencia de salud, ya que puede profundizarse la enfermedad de la persona, o está directamente fallece, con lo que se afecta su bien máspreciado, como lo es la vida.

4. La resolución de los planteos debe ser expresa, ya que cuando se deniegan de modo tácito<sup>58</sup> las pretensiones de los ad-

---

acto, torna ilusorio el derecho de defensa del agente municipal, toda vez que, sin duda alguna, en ese breve período no se pueden, razonablemente, rebatir los fundamentos dados por la administración en oportunidad de disponer su baja. En consecuencia, la interposición inoportuna del recurso obedece a la imposibilidad de deducirlo con un margen de tiempo extremadamente breve y no, como lo sostiene el a quo, a un accionar negligente del apelante”.

<sup>57</sup> Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos “Parra de Presto, Estella Maris c/ Municipalidad de Escobar”.

<sup>58</sup> Silencio gatorio, consagrado por el artículo 10 de la Ley N° 19.549.

ministrados, estos se ven afectados en la defensa de sus derechos, pues no conocen las causas que ameritan el rechazo, y por ende no son objeto de una resolución fundada, característica esta del debido proceso adjetivo<sup>59</sup>.



2) **Establecer medidas que garanticen la seguridad y la integridad de las personas:** Estas medidas deben provenir de un actuar concreto de las autoridades públicas, mediante la prestación de servicios (policía, bromatología) que sean brindados en ejercicio de función de policía<sup>60</sup> administrativa, bajo parámetros de normas reglamentarias dictadas en ejercicio de poder de policía<sup>61</sup>.

Pero, amén de ello, debe destacarse que también se resguarda la seguridad e integridad de los administrados preservando la intimidad de las personas, sus datos más íntimos, sus imágenes.

<sup>59</sup> Artículo 1º de la Ley N° 19.549, inciso f, apartado 3).

<sup>60</sup> La función de policía es la actividad administrativa que ejecuta las normas dictadas en ejercicio de poder de policía, es decir la función que hace cumplir las reglamentaciones. Al respecto ver Dromi, José Roberto; *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Bs. As., 1998.

<sup>61</sup> El poder de policía es una "función" reglamentaria del Estado, mediante el cual se reglamentan derechos, pero bajo ningún aspecto se los debe eliminar o abortar su ejercicio. Se sostuvo que: "El ejercicio del llamado "poder de policía" debe ser razonable, desde que no puede transformarse una facultad privativa consistente en ejercer la función de "policía" mediante leyes, en una sustraída al contralor jurisdiccional", CSJN, autos "Russo, Angel, y otra c/ C. de Delle Donne, E", Fallos: 243:467.

Por ello, debe prescindir la Administración de adoptar medidas que tiendan a publicitar datos privados (patrimonio, dirección, herencias recibidas, etc.) de los individuos que no tienen vinculación laboral directiva o empresarial con el Estado que puedan poner en riesgo la seguridad física de las personas.

También deberán adoptarse medidas que tiendan a evitar que datos privados, íntimos, de los individuos, que hacen a su reserva e integridad moral y humana<sup>62</sup> (identidad sexual, creencias religiosas, ideología, etc.) se divulguen como consecuencia de imprecisiones administrativas.

Cuando la Administración adopta decisiones que implican la difusión de datos sensibles, pone en riesgo los derechos humanos de los individuos, en cuanto se divulga información privativa de las personas, la que por sus características pueda ser el germen de discriminación, o vejamen contra la persona cuyos datos se exteriorizan.

A los efectos de evitar el “genocidio del derecho a la intimidad” (que se produce cuando por imperio normativo se obliga al administrado a divulgar datos privativos a su reserva, como ser patrimonio, carácter sucesorio, familiares, ideología, tenencia sexual, creencia religiosa, etc.), la Administración debe prescindir de adoptar medidas que impongan la obligación de difundir datos privados, sensibles. Esto traería como consecuencia la protección del derecho humano a la intimidad, el cual es el medio que resguarda uno de los aspectos de la dignidad humana, como ser el que corresponde a una vida regular sin ser objeto de discriminación y vejamen.

**4.b.2.-** En virtud de todo lo señalado, la Administración pública debe adoptar medidas que tiendan por acción (omitiendo tomar decisiones que mancillen los derechos) a permitir que los administrados puedan ejercer derechos (de carácter humano) como ser a la intimidad, a la defensa, a la seguridad, al honor, a la integridad, que son los medios que permiten que las personas puedan acceder a derechos fines como ser trato en condiciones de dignidad, resguardo de su salud y protección de su vida.

---

<sup>62</sup> Ley N° 25.326.

## V. Palabras finales

Los derechos humanos de los administrados deben ser resguardados y protegida por la Administración, con decisiones activas y concretas.

Los derechos básicos (vida, salud, condiciones dignas de vida) son ínsitos al individuo, y existen sin perjuicio que una norma los consagre, o no, expresamente<sup>63</sup>.

Los derechos humanos de los administrados, son regularmente ejercidos cuando la administración permite que se ejecuten derechos medios, que también son humanos, que se constituyen en las herramientas que permiten el disfrute de los derechos fines.

Esos derechos medios, son también derechos humanos, ya que hacen a la defensa, integridad, intimidad, seguridad de los individuos. Sin ellos no sería posible que las personas vivan en condiciones básicas de regularidad en cuanto a su vida, salud y dignidad.

Entonces, Administración debe reguardar los derechos de los individuos, pues si no los hace, impacta negativamente en sus derechos humanos, entendido esto en el sentido amplio del concepto.

Para lograr ello, la Administración Pública necesita, invariablemente, utilizar todas las prerrogativas especiales de las que la ha dotado la normativa (potestad imperativa, potestad de gestión, potestad reglamentaria, potestad sancionatoria -interna y externa) como también emplear todos los principios necesarios (detallados en el punto 1.c de este trabajo) a los fines de lograr una efectiva protección de los derechos con continuidad.

---

<sup>63</sup> “Es el derecho a la vida lo que está fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”, Fallos: 302:1284, Voto de los Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino.

## Bibliografía principal

- Barra, Rodolfo: Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abaco, 2002.
- Beck; Ulrico: “Sociedad del riesgo global”, editorial Siglo XXI.
- Bidart Campos, Germán: Manual De La Constitución Reformada, Editorial Ediar, 2008.
- Bielsa, Rafael: Compendio de Derecho Público, Editorial la Ley. Ciencia de la Administración, Editorial Depalma. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley.
- Dromi, José Roberto: Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, 1998.
- Gordillo, Agustín Alberto: Derecho Administrativo de la Economía, Editorial Macchi, Bs. As., 1968. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial FDA, 1999.
- Jeze, Gastón: Principios de derecho Administrativo, Editorial Desalma, 1948.
- Lowenrosen, Flavio: Derecho del Consumidor, Editorial Ediciones Jurídicas, 2008. Práctica de Derecho Administrativo, Editorial Ediciones Jurídicas, 2002 y 2008. Régimen Jurídico de la Emergencia Pública, Editorial Ediciones Jurídicas, 2002.
- Marienhoff, Miguel S: Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, 1966.
- Sagues, Nestor Pedro: Manual de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 2007.

**Convencionalización de lo Contencioso Administrativo:  
Desarrollo Pretoriano del CCV en la Jurisprudencia del Consejo  
de Estado Colombiano (Tipología Convencional)**

JAIME CUBIDES CÁRDENAS\*  
WISMAN JOHAN DÍAZ CASTILLO\*\*

---

\* *Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista y Magister en Docencia e Investigación Universitaria con énfasis en Ciencias Jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, Docente de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia- UNIAGRARIA. Contacto: jaimecubides@gmail.com.*

\*\* *Abogado de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia (UNIAGRARIA), integrante semillero Derecho Verde de la facultad de ciencias sociales, jurídicas y humanas de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia (UNIAGRARIA). Contacto: wisman\_diaz@hotmail.com.*



## Introducción

El derecho como ciencia estudia los comportamientos de la especie humana dentro de las relaciones interpersonales, interinstitucionales, intercomunitarias e incluso internacionales desde el punto de vista regulatorio con el objeto de producir normas por las cuales se puedan reglamentar dichos comportamientos, este objeto de estudio condiciona al derecho a estar sujeto a la volatilidad propia de la humanidad pues desde su origen esta especie ha cambiado, sin embargo, en los últimos siglos dicha evolución ha sido considerablemente rápida, por ello, esta ciencia tiene la obligación de adecuarse para satisfacer las necesidades que en cada etapa se presentan por parte de las sociedades para reglamentar las relaciones entre sus integrantes. Como fue en su momento la creación del Estado de Derecho como mecanismo que anulará los poderes absolutos que tenía la monarquía para reemplazarlos por leyes y órganos estatales en los cuales se condensara la voluntad del pueblo generando validez a dichas normas y de esta manera regular las sociedades en razón de una república, tal es su importancia que es indispensable considerar que “ha sido por excelencia el tipo de Estado que ha prevalecido en el mundo occidental, de acuerdo a su característica esencial la prevalencia del derecho sobre los aspectos sociales, económicos y políticos, ha sido considerado el máximo protector de los ideales democráticos en la actualidad”<sup>1</sup>, teniendo que decir también que,

*“La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, su objeto la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como “ente común (res publica). Se trataría de un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los de-*

---

<sup>1</sup> García Lozano, L. F. (2011). “La incidencia del concepto estado de derecho y estado social de derecho en la independencia judicial”. Prolegómenos Derechos y Valores, 14(27), 181 – 198, recuperado de: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/71198/Articulo+11-27.pdf>, el día 11 de mayo del 2017.

*rechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos*<sup>2</sup>.

En similitud a este ejemplo cada una de las respuestas que el derecho brinde a la humanidad deben ser adecuadas a sus necesidades especialmente propendiendo porque su eficacia repercuta positivamente en la sociedad. Esta premisa se exterioriza en el caso de los Derechos Humanos<sup>3</sup> pues el derecho ha estado presente en su construcción como bienes que deben estar tutelados por el ordenamiento jurídico de los Estados y la comunidad internacional, sin menospreciar cada uno de los movimientos sociales que propendieron por tal finalidad como el caso de la Revolución Francesa, Movimientos de Trabajadores, entre muchos otros. Principalmente los avances en esta materia se han dado desde la creación de las Naciones Uni-

---

<sup>2</sup> Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. Rev. Derecho del Estado, 20, 73 – 96, recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3400539.pdf>, el día 11 de mayo del 2017.

<sup>3</sup> Sobre la naturaleza de los derechos humanos existen dos perspectivas principales desde hace muchos siglos. Una sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico. La segunda manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural, las escuelas son muy diversas unas de otras. En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales. En cambio, en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos, denominación sobre la que reflexiono más adelante. Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. Cuestiones constitucionales, (25), 3-29. Recuperado de: <http://www.re-dalyc.org/pdf/885/88520881001.pdf> el día 11 de mayo del 2017.

das mediante la promulgación de la Carta de San Francisco de 1945, pilar fundamental que permitió el surgimiento del Sistema Universal de los Derechos Humanos (en adelante SUDH) que ante la inexplicable violación y desconocimiento de la persona por el periodo entre la Primera y Segunda Guerra Mundial se inclina por la existencia de diferentes niveles jurídicos armónicos entre sí que efectivamente dignificaran a la humanidad, como se evidencia en la creación de constituciones bajo la premisa del Estado Social de Derecho, al igual de que se constituyeron regiones que buscaran proteger estos derechos. No obstante, a pesar del desarrollo jurídico de ordenamientos que salvaguarden los derechos humanos sigue existiendo en la actualidad casos en los cuales su desconocimiento es total, eventos en los que tiene que intervenir el propio Estado para remediar tal deshumanización mediante las instituciones que lo integran como los jueces, funcionarios y demás servidores que pueden mitigar esta problemática, existe empero, ordenamientos supranacionales que permiten una veeduría vertical en la efectiva protección de los derechos humanos, llegando a circunstancias en las que existe un diálogo permanente ente cada uno de los niveles en caminados mutuamente a cumplir el fin último de la dignificación como especie. En este orden de ideas, este articuló cuestiona ¿Cuáles son los medios por los que el Estado puede proteger efectivamente los derechos humanos de cada una de las personas sujetas a su jurisdicción, principalmente en aquellos avances que se han logrado por parte de la Jurisdicción Contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado en la implementación de figuras jurídicas del orden regional? Con el objeto de solucionar esta problemática y para poder desarrollar esta investigación, se dividirá su exposición en tres ejes temáticos, comenzando por i) la descripción teórica del Control de Convencionalidad, ii) prosiguiendo con un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial de dicho control dentro del sistema regional de derechos humanos, para finalizar iii) con la exposición de los desarrollos pretorianos del Consejo de Estado en la materia, haciendo uso del método deductivo a partir del rastreo de fuentes secundarias y sus correspondientes análisis.

## Sistemas de protección de los Derechos Humanos

Como se mencionó en la introducción de este artículo con la promulgación de la Carta de San Francisco se creó el SUDH, esto se debe al hecho de que desde el preámbulo de esta Carta se perpetuo el objeto mismo del sistema al mencionar que: “nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos: (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)” dejando claro que la finalidad de este sistema es preservar la especie humana, no sólo el SUDH está integrado por este instrumento jurídico, sino que en el trascurso de la mitad del siglo XX se promulgaron pactos, tratados y convenciones adicionales que han consolidado un cuerpo sustancial en la materia como lo son, la declaración universal de los derechos del hombre, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos entre muchos otros. Se debe agregar, que no solo son normas las que integran este SUDH sino también órganos como las Naciones Unidas y el Tribunal internacional de Justicia de la Haya que igualmente se incorporan al sistema en mención. Conviene en esta parte establecer el concepto mismo de sistema para poder entender las ampliaciones que el tema tratado tiene no solo para la comunidad internacional sino también para cada nación, en este orden de ideas,

*“Siempre que se habla de sistemas se tiene en vista una totalidad cuyas propiedades no son atribuibles a la simple adición de las propiedades de sus partes o componentes. En las definiciones más corrientes se identifican los sistemas como conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directo o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo (teleología)”<sup>4</sup>.*

---

<sup>4</sup> Arnold, M., & Osorio, F. (1998). Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas. Cinta de Moebio, 3(12), 142. Recuperado de:

<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/CDM/article/viewFile/26455/27748>, el 12 de mayo del 2017

Por ello el SUDH es un conjunto de órganos e instrumentos jurídicos en caminados a que en la totalidad del mundo se respeten y garanticen los derechos humanos como medida que permita preservar a la humanidad como especie. No obstante, al tener un objeto de aplicación tan amplio este sistema universal se enfrenta a problemas de ejecución graves que le imposibilitan asegurar el cumplimiento de sus metas, razón por la cual, se crearon sistemas regionales que al reducir la esfera de ejecución posibilita en mejor medida cumplir estos fines. Que en la actualidad son tres sistemas, uno europeo, otro africano y el que compete a el caso colombiano el interamericano, es necesario mencionar que en el continente asiático se creó por parte de la población civil declaraciones en materia de protección a los derechos humanos, pero que ante el poco respaldo institucional su eficacia está ampliamente limitada.

Para el caso europeo es importante aclarar como sus elementos principales se localizan

*“en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950. Un primer aspecto a tener en cuenta es que el Convenio se firma en el marco del Consejo de Europa, en cuanto que sus signatarios son, como indica el Preámbulo, miembros del Consejo de Europa, siendo esa pertenencia condición para su firma (Art. 59), y que diversos órganos a que se refiere el Convenio (Comité de ministros, Secretario General) son órganos del Consejo de Europa. Por otro lado, debe recordarse el contexto histórico en que se produce, una Europa que aún sufría las consecuencias de una Guerra Mundial iniciada por la agresión de regímenes totalitarios, y en la que era bien presente la amenaza de la extensión de nuevos conflictos. El Convenio, como indica expresamente su Preámbulo, se basaba en la creencia de que el mantenimiento de la paz reposaba en la existencia de regímenes democráticos y de un respeto común de los derechos humanos”<sup>5</sup>.*

<sup>5</sup> López – Guerra, L. (2013). El sistema europeo de protección de derechos humanos. España: Univesiat Pompeu Fabra. Recuperado de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Ma](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Ma)

Son varias las ventajas que este sistema tiene, como es el caso de la obligatoriedad de las sentencias que el tribunal europeo de derechos humanos profiera pues tiene dos formas por las cuales puede hacer efectiva sus decisiones una de ámbito regional y otra de ámbito nacional, para el caso regional existe el comité de ministros que profiriera sanciones económicas y políticas para que los estados parte no desconozcan dichos pronunciamientos, y para el caso nacional las personas favorecidas por estos fallos pueden solicitar su ejecución ante los tribunales nacionales.

Por otra parte, para el caso africano

*“Tuvieron que pasar casi treinta y tres años desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, para que los estados africanos decidieran comprometerse colectivamente, como región, con la protección de los derechos humanos. El 27 de junio de 1981 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la entonces Organización de la Unidad Africana 1 adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, “Carta Africana” o “Carta”), en Nairobi, Kenya. Este tratado es el primer instrumento africano de derechos humanos africano, resultado del largo proceso de adopción del concepto mismo de “derechos humanos” que los estados africanos hicieron suyo para lograr su independencia, principalmente durante los años 60”<sup>6</sup>.*

El caso africano se constituye como uno de los paradigmas contemporáneos en materia de derechos humanos más representativos pues es la respuesta que como comunidad cada uno de los estados africanos decida implementar para mitigar los daños que cada uno de los genocidios cometidos en dicho territorio.

---

nual.165-186.pdf. El día 12 de mayo del 2017.

<sup>6</sup> Saavedra Álvarez, Y. (2008). El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos. Anuario mexicano de derecho internacional, 8, 671-712. Recuperado de:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25346.pdf> el 12 de mayo de 2017.

## Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)<sup>7</sup> sus antecedentes se remontan a la declaración de los derechos y deberes del hombre en 1948, junto con la Carta de la OEA del mismo año, instrumentos jurídicos que acervan como

*“Los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.”<sup>8-9</sup>*

---

<sup>7</sup> Ante estas vulneraciones y la imposibilidad de cumplir con su obligación principal de protección, los Estados se ven inmersos en deberes accesorios a este incumplimiento dentro de los cuales está la efectiva materialización de los derechos de las víctimas, como lo son la verdad, la justicia y la reparación, en referencia a este último ha sido muy amplia la jurisprudencia interamericana que habla sobre él, pues lo ha dotado de elementos teóricos que desarrollan su contenido compilando al mismo tiempo la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) los postulados internacionales con producción netamente regional, este trabajo ha tenido acogida en los países latinoamericanos, como es el caso colombiano donde se han realizado avances jurisprudenciales y legislativos en esta materia, por su parte el Estado mexicano con las reformas legislativas y judiciales (Calderón, 2013, p. 207) busca no solo consagrar la reparación integral en su ordenamiento, sino que también cumplir las medidas que la misma Corte IDH le ha solicitado realizar en favor de las víctimas, igualmente, encontramos a la Ley General de Víctimas como la adaptación mexicana de carácter legislativo que elaboró aplicando los preceptos convencionales. Martínez, A. J, Cubides, J. A., & Díaz, W. J. (2016). Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del Ius Commune Interamericano. *IUSTITIA*, (13), 487-504.

<sup>8</sup> Declaración de los derechos y deberes del hombre, 1948, recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> el 12 de mayo del 2017.

<sup>9</sup> En nombre de sus pueblos los estados representados en la ix conferencia internacional americana, Convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable

Razón por la cual los antecedentes del SIDH se remontan a estas declaraciones y tratados, igualmente se debe establecer como antecedente la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por parte de la OEA en 1959. Cada uno de estos actos propendieron para que el 22 de noviembre de 1969 se promulgara la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por la cual se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y se dan nuevas funciones a la CIDH constituyéndose de esta manera el SIDH.

Del principal sustento normativo de este SIDH se centra en las obligaciones que son contenidas en los dos primeros artículos de la CADH donde los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la convención, y al no tener normatividad interna que los proteja debe adaptar las medidas necesarias para tal fin, esta normas deben ser cumplidas en su totalidad al ser premisas cubiertas por el *ius cogens* y el principio de *pacta sunt servanda* consignada en la convención de Viena de 1969, y sirven como sustento para el pleno ejercicio del SIDH. En síntesis, el trabajo mancomunado re-

para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones; Conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho; Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Persuadidos de que el bienestar de todos ellos, así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental; Determinados a perseverar en la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente; Convencidos de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia, y De acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México.

alizado por la CIDH y la Corte IDH para la protección de los derechos humanos en ejercicio de las dispersiones normativas contenidas en la CADH sus protocolos y demás instrumentos regionales e internacionales en la materia, especialmente la jurisprudencia y los informes proferidos por estos órganos configuran el SIDH. En este contexto la Corte IDH ha proferido un sin número de sentencias por las cuales ha buscado salvaguardar a cada una de las personas que integra el sistema de violaciones a sus derechos, sin embargo, el contexto latinoamericano a propendido por que dicha tarea sea fácilmente cumplida, razón que conlleva a esta corporación a idear figuras que le permitieran luchar por estas prebendas como es el caso del CCV.

### Control de Convencionalidad

“El control de convencionalidad (En adelante CCV)<sup>10</sup> se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, garantía y efectivización de los derechos enunciados en el Pacto”<sup>11</sup>, “Con-

<sup>10</sup> A manera de corolario, podríamos indicar que las propuestas para el logro de una mayor implementación de las decisiones de la Corte IDH, han emanado de los actores más importantes del Sistema; entre las estudiadas se encuentran: el control de convencionalidad (propuesta por la Corte misma), las vías adoptadas por la sociedad civil organizada (litigio estratégico), la implementación de reformas constitucionales de supra constitucionalidad (cláusulas de supremacía) y de los tribunales constitucionales (adopción jurisprudencial de las directivas dictadas por la Corte IDH). Las diversidades de las propuestas indican que la efectiva solución a la problemática del sistema no se encuentra en un mecanismo particular, ni tampoco en una reflexión meramente jurídica, pues el comportamiento evasivo de los Estados frente a los fallos condenatorios representa más bien una cultura jurídica que debe ser re-direccionada desde varios puntos y medios de presión. Vivas Barrera, T. G., & Cubides Cárdenas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8(2), 184-204.

<sup>11</sup> Martínez, A. N., & Defelippe, O. E. (2013). Derecho humano al agua y control de convencionalidad. *Derecho PUCP*, (70), 105-120. Recuperado de file:///C:/Users/WISMAN%20DIAZ/Downloads/6746-26186-1-PB.pdf

comitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales”<sup>12</sup>. Este control “es un dispositivo que - en principio y siempre que sea adecuadamente empleado - puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales”<sup>13-14</sup>. Adicionalmente, implica para los jueces nacionales “internalizar en su actividad jurisdiccional que son jueces interamericanos<sup>15</sup> en el plano nacional, debiendo siempre garantizar los atributos de los derechos contenidos en la CADH”<sup>16-17</sup>.

---

<sup>12</sup> Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

<sup>13</sup> Bazán, V. (2012). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Direito Público*, 9(45). Recuperado de: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2085/1103>

<sup>14</sup> Desde 2003 el concepto de control de convencionalidad se ha ido construyendo de manera progresiva por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuestión que puede constatarse al reconocer sus primeras alusiones en el voto concurrente razonado del juez García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Perú*, para luego ocupar un lugar central en las sentencias de la Corte, desde del fallo *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006. Viñas, H., & Viñas, M. L. L. H. (2014) La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* no. 24. recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n24/n24a05.pdf>

<sup>15</sup> Brewer-Carías, A. R. (2012, September). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. In Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días (pp. 27-28). Recuperado de: [http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCI%C3%93N%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc\).pdf](http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCI%C3%93N%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc).pdf)

<sup>16</sup> Nogueira Alcalá, H. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en pe-

Significa que, “este ‘control de convencionalidad’ no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario”<sup>18</sup>. Ahora bien, no se puede olvidar mencionar que en su doble dimensión: “externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de un largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>19</sup>. En síntesis:

*“El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente, lo que tiene como fundamento que los derechos esenciales de la persona son parte del bien común regional, que es superior al bien común nacional, desde la perspectiva*

---

río 2006-2011. Estudios constitucionales, 10(2), 57-140. recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art03.pdf>

<sup>17</sup> Es importante mencionar la existencia de una “teoría general” sobre la aplicabilidad por parte de los jueces nacionales del “control difuso de convencionalidad” (que preferimos denominarlo así para diferenciarlo del “control de convencionalidad” que realiza la Corte IDH en sede internacional). Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios constitucionales, 9(2), 531-622. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>

<sup>18</sup> Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios constitucionales, 7(2), 109-128. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>

<sup>19</sup> Hoy es tema de consideración destacada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -precisamente a propósito de la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco- como primera y trascendental etapa en la tarea de conferir orden y rumbo a estas cuestiones en el ámbito del derecho interno. No es conveniente que algunos progresos del sistema jurídico nacional se hallen desprovistos de cauce legal, como ha ocurrido en otras materias: así, jurisdicción para menores en conflicto con la ley penal, jurisdicción para la ejecución de penas, por ejemplo. García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. Revista ius, 5(28), 123-159. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>

*de la estimativa jurídica, lo que obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir los estándares mínimos de los derechos asegurados por la Convención a niveles inferiores de aseguramiento de atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho interno, incluido el texto constitucional. Este es el compromiso asumido por los Estados al ratificar la CADH y al aceptar la jurisdicción vinculante de la CIDH*".<sup>20,21</sup>

Este concepto como ya se menciona es una creación pretoriana por parte de la Corte IDH, quien al ver la magnitud de las violaciones que se producen en la región y la naturaleza subsidiaria de su jurisdicción, naturaleza que la misma corte se encarga de explicar al estimar que

*“si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”<sup>29</sup>, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante*

---

<sup>20</sup> Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Boletín mexicano de derecho comparado, 45(135), 1167-1220. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a8.pdf>

<sup>21</sup> El tema relativo al control de convencionalidad se muestra como una cuestión más complicada, ya que no es ordenado como medida de reparación ni como obligación directa, pero sí se encuentra en el texto de la sentencia como parte de las consideraciones relativas al análisis de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición determinadas como parte de las medidas de reparación, y de manera específica, respecto a la determinación que tomó la CoIDH en cuanto a que no debía ser modificado el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo al fuero de guerra, al considerar que el problema planteado en el caso bajo análisis estaba en el artículo 57 del Código de Justicia Militar y no en el texto constitucional Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. Anuario mexicano de derecho internacional, 11, 593-624. recuperado de:

<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a20.pdf>

*la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento”<sup>22</sup>.*

Encontró en esta figura el medio por el cual los jueces nacionales sean en primera medida los que protejan efectivamente los derechos haciendo con ello cumplir la CADH en sus territorios, evitando adicionalmente que los Estados sean declarados responsables internacionalmente, de esta manera la corte ha dicho que:

*El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”<sup>23</sup> entre las normas jurídicas internas que aplican en*

---

<sup>22</sup> Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

<sup>23</sup> El Control de Convencionalidad (CCV) es un mecanismo jurídico de origen internacional que desarrolla la confrontación normativa de la norma convencional con la norma interna de cada Estado, en procura de la protección efectiva de los Derechos Humanos. Dicha teoría ha ido, creciendo, desarrollándose y consolidándose; donde se identifican posiciones divergentes y convergentes por lo cual es necesario proponer una taxonomía para identificar, analizar y sistematizar las diferentes clases que se han venido presentando dentro de la comunidad jurídica, a través

*los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*<sup>24</sup>.

Este primer pronunciamiento sobre el CCV<sup>25</sup> dentro del cuerpo del fallo proferido por este máximo tribunal regional es el origen propio dentro del seno de la Corte IDH de esta figura jurídica, dado que, solo fue en votos razonados que esta figura era mencionada por esta corporación desde el año 2003. Este control tiene fundamentos en los principios consignados en la convención de Viena de 1969 donde se estipula que los Estados al momento de suscribir y ratificar los tratados, lo hacen en razón de su auto determinación como naciones, razón por la cual al ratificarlos deben

---

de una metodología deductiva analítica y con un enfoque propositivo. Se exponen tres ejes temáticos; el primero, una conceptualización y un estado del arte del CCV, desde tres categorías; el segundo, con base a lo anterior, se seleccionan dos teorías que se encuentran en pugna el margen de apreciación nacional y el ius comune interamericano; y por último, se desarrolla una taxonomía donde se determinan las clases y las modalidades del CCV. Lo anterior, no cierra la discusión sino acrecienta a la Dogmática Convencional, categoría utilizada para englobar todos los estudios e investigaciones para incentivar el debate del CCV y el análisis en contextos nacionales y el rol de los agentes de Estado para su correcta y obligatoria aplicación. Cubides, J. A., Triana, N. C., & Lazcano, A. J. M. (2016). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Academia & Derecho*, (11), 53-94.

<sup>24</sup> Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>25</sup> Es así, como se plasma la necesidad de implementar y desarrollar normatividades y estrategias efectivas, que logren llevar al Control de Convencionalidad a la producción de efectos prácticos, y no solo sentencias que terminan por continuar vulnerando o sin reconocer las respectivas indemnizaciones derivadas de las violaciones contra los derechos humanos que se han producido por parte de los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Cubides, J. A., Triana, N. C., Baquero, M. N. S., & Sua, C. P. P. (2015). Los desafíos en la materialización efectiva del Control de Convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México. *Revista Via Iuris*, (18).

no solo cumplir lo pactado y consignado en el tratado en mención, sino que también deben abstenerse de realizar cualquier conducta que implique la ineficacia en la ejecución del mismo, especialmente argumentando razones jurídicas del rango interno para ello (principio *pacta sunt servanda*). Igualmente, la corporación menciona que los mismos preceptos consignados en los artículos primero y segundo de la CADH son el fundamento jurídico de este tipo de control. Sobre el artículo segundo de la CADH, la corte ha sido clara en expresar su importancia, debido a que, no pueden los estados excusar su incumplimiento de lo pactado por la existencia de normas que le imposibilitan satisfacer dichas obligaciones, como se vislumbra en los siguientes casos.

Caso chileno, la Corte IDH ha expresado que:

*“El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar, porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”.*<sup>26</sup>

En Argentina se ha mencionado que,

*“La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la*

---

<sup>26</sup> Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

*Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana [...] y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia”.*<sup>27</sup>

Y para México esta corporación promulga que,

*“Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.*<sup>28</sup>

De esta mención inicial sobre el CCV se encuentran establecidos cada uno de los elementos que hacen parte del CCV, como lo son:

<sup>27</sup> Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013

<sup>28</sup> Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, ver también Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218.

el sujeto que aplica el CCV, el objeto sobre el cual se aplica el control, y la norma a partir de la cual se realiza el CCV, cada uno de los cuales a lo largo de los años han sido desarrollados teóricamente por las mismas sentencias de la Corte IDH. Antes de profundizar en estos elementos, resulta pertinente mencionar la tipología de este CCV, consistente en la existencia de un CCV de carácter concentrado y otro de carácter difuso. El primero de estos es el ejercido por la propia corte IDH quien como la misma CADH establece es su protectora e interprete al momento de establecer la responsabilidad de los Estados por presuntas violaciones ejerce el CCV concentrado. Mientras que, el CCV difuso es el medio por el cual se faculta a los Estados para que sus funcionarios en sede interna evalúen cada una de las conductas que pueden vulnerar derechos humanos aplicando lo estipulado en la CADH. Realizada esta salvedad se puede ahondar en el contenido teórico de los elementos de este control.

Para iniciar este apartado, se estudiará lo dicho por la Corte IDH sobre lo sujetos que deben aplicar el CCV, puntualizándose que deben ser los jueces como funcionarios representantes del Estado para ejercer jurisdicción y resolver los conflictos que surjan entre los habitantes de su territorio, de esta manera la Corte ha mencionado que:

*“Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>29</sup>.*

Con posterioridad, la Corte afirma que dentro de la dinámica propia del estado existen eventos en los cuales se administra justicia sin la intervención de los jueces, como es el caso de los fiscales, entre otros, por ello expande la jurisprudencia regional los sujetos que aplican el CCV difuso para atribuírselo a todo funcionario

<sup>29</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

que administre justicia, esto se entiende de pronunciamientos que dicen que:

*Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana<sup>30</sup>*

Igualmente se ha dicho que,

*por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>31</sup>.*

Por otra parte, la Corte IDH, comprendió con posterioridad que al momento de que se presenta violaciones a los derechos huma-

---

<sup>30</sup> Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

<sup>31</sup> Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

nos, son varios los poder y funcionarios que pueden intervenir para evitar tales situaciones, como es el caso del legislador, la administración y los jueces, en esto dicha corporación promulga que,

*“Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.*<sup>32</sup>

Asimismo, se ha esclarecido la necesidad de que sea el estado en su totalidad quien aplique el CCV, pues,

*“La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia [...]. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que, a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte en ejercicio del control de convencionalidad”.*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014

<sup>33</sup> Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Sobre la norma partir de la cual se debe aplicar el CCV, se comprende que no se limita a la CADH y sus protocolos adicionales, sino que se acepta la inclusión de toda disposición regional o internacional que trate los temas específicos sobre derechos humanos, inclusive se debe aplicar los pronunciamientos de la Corte IDH al momento de aplicar el control en mención, configurándose de esta manera un corpus iuris interamericano dotado de normas sustanciales de todo nivel pero que se sustentan principalmente en la CADH y sus protocolos, además de los pronunciamientos que sobre la temática promulgue la Corte, en esto se ha dicho que

*La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.<sup>34</sup>*

---

<sup>34</sup> Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012

Consideración que conlleva a la exposición de un bloque de convencionalidad<sup>35</sup> que surte de forma sustancial este control, al integrar cada una de las devociones que se han mencionado.

### **Control de Convencionalidad difuso en el consejo de Estado**

El Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el encargado de declarar la responsabilidad administrativa del Estado, ha decidido desde el año 2008 aplicar el control de convencionalidad convirtiéndose de esta manera en un juez convencional, teniendo una particularidad como juez de esta naturaleza, dado que, ha creado dos tipos de CCV difuso esta corporación de lo contencioso administrativo uno de carácter fuerte y otro de carácter tenue, el primero consiste en los eventos donde el Consejo de Estado hace uso del Control de Convencionalidad para establecer la responsabilidad del Estado, mientras que, el segundo consiste en la aplicación del CCV solamente para establecer la forma de reparar a las víctimas de la vulneración a los derechos fundamentales, en la siguiente tabla se describirán las sentencias que fundamenta la tipología anteriormente mencionada.

---

<sup>35</sup> Visto lo anterior, se puede afirmar la inclusión de la jurisprudencia como un criterio que conforma del bloque de convencionalidad resulta válida y compatible con el derecho internacional. Lo anterior, porque ésta es una fuente formal de derecho, de acuerdo al Estatuto de la CIJ, y porque la Corte IDH es el único organismo en el ámbito del SIDH con el mandato, -otorgado por los mismos Estados-, de interpretar y aplicar la CADH, lo que lo convierte, -de acuerdo a su propia jurisprudencia-, en “intérprete último” de este instrumento.<sup>61</sup> La inclusión de la jurisprudencia no sólo es legítima, sino necesaria para la interpretación de las obligaciones emanadas de la CADH, porque, como lo señala Nogueira, la interpretación hecha por la Corte IDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición; de la misma manera como se entiende operativa la interpretación de un Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada. Salinas Gómez, J. P. Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: alcance y recepción a partir del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia).

Tabla 1

Tipología del Control de Convencionalidad en el Consejo de Estado.

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
<p style="text-align: center;"><b>CCV DIFUSO DE CARÁCTER FUERTE</b></p>	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 21 de noviembre de dos mil trece (2013) - Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764)</p>	<p>Al llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye, por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional, amen, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este control, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03380-01(26669)</p>	<p>artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes.</p> <p>La vida es un derecho esencial cuyo goce pleno es una condición ineludible para el disfrute de los demás derechos. Frente al derecho a la vida, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, el deber de no privar arbitrariamente de la vida a ninguna persona (obligación negativa); y de otro lado, a la luz de su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, la</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
		<p>adopción de medidas apropiadas para proteger y preservar este derecho (obligación positiva). En este caso, la privación arbitraria de la vida del señor Luis Alfonso Jaramillo por parte del Ejército supone una clara violación de derechos humanos que hace surgir sin duda alguna la responsabilidad administrativa del Estado. (...) el campo del derecho internacional humanitario comprende distintas normas sobre protección de bienes y personas de carácter civil, y de forma categórica prohíbe, en tiempos de guerra, cualquier acción que pueda tener consecuencias respecto de la vida y la integridad de quienes no tienen participación directa en las confrontaciones.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04390-01(35298)</p>	<p>Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016) - Radicación número: 05001-23-31-000-2005-04635-00 (46697)</p>	<p>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Procedente por rechazo de decreto de prueba en segunda instancia.</p>
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015). - Radicación número: 07001-23-31-000-2004-00162-01 (34507)</p>	<p>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Derechos vulnerados: derecho a la vida y derecho a la libertad de expresión. Aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos.</p>
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero</p>	<p>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Graves violaciones a derechos humanos. Principio de reparación integral</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013) - Radicación número: 08001-23-31-000-1992-08356-01(30620)</p> <p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C. consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00078-00 (45679)</p>	<p>Y por otra parte, en virtud del control de convencionalidad obligatorio y oficioso que deben ejercer los jueces nacionales, debe destacarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
		<p>consideración judicial” (subrayado fuera de texto); y comentando el artículo 25 de la Convención señaló que “La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”; pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). - Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00 (53057)</p>	<p>Esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).</p> <p>-Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00361-02 (49798)</p>	<p>El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.</p>
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil</p>	<p>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Violación de derecho internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario: Desplazamiento forzado de trabajadores de ha-</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>dieciséis (2016). - Radicación número: 18001-23-31-000-2003-00230-01(34545)</p> <p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867)</p>	<p>cienda La Gaitana / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Acreditación de propiedad de vehículo automotor: Legitimación y perjuicios / PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL O RESTITUTUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Medida compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, investigación penal de violaciones de DDHH y DIH.</p> <p>Control de convencionalidad. Normatividad internacional, regional y nacional.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02626-01 (28642)</p>	<p>En el sub bite se hace forzoso e ineludible para la Sala ejercer el control de convencionalidad en los términos en que ha sido precisado por la jurisprudencia interamericana para afianzar la garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos -en adelante CADH</p>
<p><b>CCV DIFUSO DE CARÁCTER TENUE</b></p>	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D. C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076)</p> <p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera,</p>	<p>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Medidas de reparación no pecuniaria / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - A favor de paciente que sufrió pérdida anatómica del órgano reproductor femenino por procedimiento de histerectomía abdominal.</p> <p>Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de conven-</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015). - Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00182-01(30385)</p> <p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015). - Radicación número: 76001-23-25-000-1999-01062-01(29181)</p>	<p>cionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:</p> <p>Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.</p>

TIPO DE CCV	SENTENCIA	CONTENIDO
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02877-01(37226)</p>	<p>Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.</p>
	<p>Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). - Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00403-01(26731)</p>	<p>Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias” con el objeto de responder y la restitutio in integrum que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.</p>

***Fuente: elaboración propia partir de la información obtenida***

Esta tabla vislumbra como el consejo de estado dentro de su jurisprudencia aplica dos tipos de CCV difuso, uno fuerte en el cual toma los recursos propios de este control con el objeto de establecer cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado como es el caso de los eventos de Desaparición Forzada entre muchos otros, este CCV difuso de carácter fuerte nutre los pronunciamientos del consejo especialmente lo referente al daño y el nexo de causalidad. Mientras que, el CCV difuso de carácter tenue es la aplicación que el consejo de estado hace en sus sentencias para establecer solamente las formas de reparación.

**Conclusiones**

En la actualidad existen varios sistemas de protección de los derechos humanos de diferente orden tanto horizontal como verticalmente. Verticalmente existen los sistemas de protección, internaos consagrado por cada uno de los Estados dentro de sus ordenamientos, otro de carácter regional y por último el sistema universal concentrado en las Naciones Unidas. horizontalmente existen varios sistemas dentro de un mismo orden como es el caso en los sistemas regionales en donde se encuentra, el sistema europeo, africano e interamericano.

En el caso del sistema interamericano se demostró que sus antecedentes e remontan al año de 1948 donde se suscribió por parte de los países de este continente la declaración de los derechos y deberes del hombre junto con la carta de la OEA, adicionalmente se vislumbra que para el año de 1959 con la creación de la CIDH se ubica otro antecedente relevante del SIDH, que surgiría en plenitud a través de la CADH en 1969 y que a la fecha ha tomado gran relevancia en todos los países de la región. El sistema en mención está integrado por la Corte IDH y la CIDH las cuales están sustentados en normas sustanciales como lo es la misma CADH y sus protocolos adicionales, además década una de las disposi-

ciones que de forma internacional se profieran en materia de derechos humanos.

Dentro del SIDH se ha creado una figura denominada CCV como mecanismo en el cual cada uno de los -estados parte del sistema están en la obligación de hacer efectivo los lineamientos de la CADH, determinado si su ordenamiento interno está acorde a las obligaciones contenidas en la convención, de lo contrario deben ser expulsadas aquellas normas o instrumentos jurídicos mirando en todo momento la eficacia de la convención, dentro del cual se integra igualmente la regulación de toda conducta que pueda vulnerar derechos humanos.

Para el caso colombiano, el Consejo de Estado ha establecido claramente la aplicación de este control, sin embargo, sus disposiciones van más allá pues ha creado su propia tipología para el CCV difuso uno de carácter fuerte y otro de carácter tenue, el primero de los cuales es utilizado para establecer la responsabilidad del Estado y la otra al momento de determinar las medidas de reparación, con esta tipología se exponen claramente la forma en que el estado colombiano particularmente la jurisdicción contencioso administrativa, no se puede olvidar, que es un tema nuevo y que constantemente está sujeto a cambios por lo cual resulta indispensable continuar con la profundización en estos temas.

## Bibliografía

- Arnold, M., & Osorio, F. (1998). Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas. *Cinta de Moebio*, 3(12), 142. Recuperado de: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/CDM/article/viewFile/26455/27748>, el 12 de mayo del 2017.
- Bazán, V. (2012). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Direito Público*, 9(45). Recuperado de: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/2085/1103>.

- Brewer-Carías, A. R. (2012, September). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. In Conferencia preparada para la jornada organizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, días (pp. 27-28). Recuperado de:  
[http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCI%C3%93N%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc\).pdf](http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCI%C3%93N%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc).pdf)
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29. Recuperado de:  
<http://www.redalyc.org/pdf/885/88520881001.pdf> el día 11 de mayo del 2017.
- Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 11, 593-624. recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a20.pdf>.
- Cubides, J. A., Triana, N. C., & Lazcano, A. J. M. (2016). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Academia & Derecho*, (11), 53-94.
- Cubides, J. A, Triana, N. C., Baquero, M. N. S., & Sua, C. P. P. (2015). Los desafíos en la materialización efectiva del Control de Convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México. *Revista Via Iuris*, (18).
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9(2), 531-622. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista ius*, 5(28), 123-159. Recuperado de:  
<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>

- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, 7(2), 109-128. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/esconst/v7n2/art05.pdf>
- López - Guerra, L. (2013). El sistema europeo de protección de derechos humanos. España: Univesiat Pompeu Fabra. Recuperado de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf). El día 12 de mayo del 2017.
- Martínez, A. J, Cubides, J. A., & Diaz, W. J. (2016). Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del Ius Commune Interamericano. *IUSTITIA*, (13), 487-504.
- Martínez, A. N., & Defelippe, O. E. (2013). Derecho humano al agua y control de convencionalidad. *Derecho PUCP*, (70), 105-120. Recuperado de <file:///C:/Users/WISMAN%20DIAZ/Downloads/6746-26186-1-PB.pdf>.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, 10(2), 57-140. recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art03.pdf>.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45(135), 1167-1220. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a8.pdf>
- Saavedra Álvarez, Y. (2008). El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. *Prolegómenos. Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 671-712. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25346.pdf> el 12 de mayo de 2017.
- Salinas Gómez, J. P. Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: alcance y recepción a partir del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia).

- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136. Recuperado de  
<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Rev. Derecho del Estado*, 20, 73 - 96, recuperado de:  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3400539.pdf>, el día 11 de mayo del 2017.
- Viñas, H., & Viñas, M. L. L. H. (2014) La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* no. 24. recuperado de:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n24/n24a05.pdf>
- Vivas Barrera, T. G., & Cubides Cárdenas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8(2), 184-204.

### **Jurisprudencia**

- Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235.
- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218.

- Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 21 de noviembre de dos mil trece (2013) - Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03380-01(26669).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04390-01(35298).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016) - Radicación número: 05001-23-31-000-2005-04635-00(46697).

- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015). - Radicación número: 07001-23-31-000-2004-00162-01(34507).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013) - Radicación número: 08001-23-31-000-1992-08356-01(30620).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C. consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). - Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). -Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00361-02(49798).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 18001-23-31-000-2003-00230-01(34545).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016). - Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867).

- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02626-01(28642).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D. C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013). - Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015). - Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00182-01(30385).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015). - Radicación número: 76001-23-25-000-1999-01062-01(29181).
- Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). - Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00403-01(26731).

## Normas

- Declaración de los derechos y deberes del hombre, 1948, recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> el 12 de mayo del 2017.



